

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 6088.0

Setembro, 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 TREVISO

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

MARLENE TERESINHA FUVERKI

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

NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI

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

RUBENS FERNANDO CLAMER DOS SANTOS JÚNIOR

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

SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA

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

VITOR SALINO DE MOURA EÇA

Pós-doutor em Direito Processual Comparado pela Universidad Castilla-La Mancha, na Espanha. Professor Adjunto IV da PUC-Minas (CAPES 6), lecionando nos cursos de mestrado e doutorado em Direito. Professor visitante em diversas universidades nacionais e estrangeiras. Professor conferencista na Escola Nacional de Magistratura do Trabalho – ENAMAT e na Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil. Pesquisador junto ao Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social - España. Membro efetivo, dentre outras, das seguintes sociedades: Academia Brasileira de Direito do Trabalho – ADBT; Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – AIDTSS; Asociación de Laboralistas – AAL; Equipo Federal del Trabajo – EFT; Escuela Judicial de América Latina – EJAL; Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior- IBDSCJ; Instituto Latino-Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – ILTRAS; Instituto Paraguayo de Derecho del Trabajo y Seguridad; e da 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	
O fim da universalidade e da compulsoriedade da contribuição sindical como oportunidade de renascimento dos sindicatos <i>Alcir Kenupp Cunha</i>	17
La “Reforma Macron” del Código del Trabajo Francés <i>Antoine Jeammaud</i>	25
Reforma trabalhista de 2017 no âmbito da audiência de julgamento. Representação das partes em audiência e os efeitos da ausência de qualquer dos litigantes <i>Denise Alves Horta</i>	57
O desequilíbrio processual decorrentes da inexigibilidade da qualidade de empregado do preposto do reclamado <i>Gustavo Carvalho Machado</i>	77
A prescrição intercorrente no processo do trabalho à luz da Lei n. 13.467/2017 (Reforma trabalhista) <i>Theanna de Alencar Borges</i>	85
A Justiça do Trabalho na rede nacional de proteção à saúde do trabalhador <i>Gianítalo Germani</i>	95
A Reforma Trabalhista e o Direito Intertemporal: questões de direito processual <i>José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva</i>	113
O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador do direito humano fundamental ao trabalho: a sua aplicação no âmbito da reforma trabalhista <i>Rodolfo Pamplona Filho e Matheus Lins Rocha</i>	131

Honorários de sucumbência trabalhista: em busca de uma interpretação conforme a Constituição <i>Marcelo Wanderley Guimarães</i>	155
Capitalismo monopolístico e ruptura com o Estado de Direito Social: análise da atual crise do Estado de Direito Social no Brasil, por meio do resgate da crítica de Neumann e Kirchhmeier ao capitalismo monopolístico <i>Bruno Alves Rodrigues</i>	173
A reforma trabalhista e a liberdade contratual: o direito ao trabalho construído sob a perspectiva puramente econômica <i>Lourival José Oliveira e Mayra Freire Figueiredo</i>	193
A mitigação de direitos fundamentais decorrente da prevalência do negociado sobre o legislado, confirmada pela teoria de Robert Alexy <i>Marília Costa Barbosa Fernandes</i>	211
Os acordos extrajudiciais na Justiça do Trabalho e a Lei n. 13.467/2017: jurisdição voluntária? Validade formal ou material? Competência? <i>Ana Paula Tauceda Branco</i>	237
A uniformização da jurisprudência trabalhista diante da reforma: uma crítica aos discursos da modernização e da segurança jurídica <i>Almiro Eduardo de Almeida e Simbard Jones Ferreira Lima</i>	255
Estudo da permissão de contratação do autônomo com exclusividade prevista na Lei n. 13.467/17 e seus reflexos no fenômeno da pejetização <i>Joel Sousa do Carmo</i>	271
Jurisprudência	
Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho — Reforma Trabalhista, realizada em Brasília/DF, nos dias 9 e 10 de outubro de 2017	283
Índice Geral	307

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

Caros leitores,

Chegou o momento da Revista de Direito Material e Processual do Trabalho, organizada pela ANAMATRA em parceria com a LTr Editora, abordar os mais sensíveis e variados temas decorrentes da aprovação da Lei n. 13.467/2017, mais conhecida como a “Reforma Trabalhista”.

Quando da Edição da Revista n. 58 (fato esclarecido no Editorial anterior), *“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”*.

Esta Edição, por sua vez, procura abordar os principais impactos daquilo que foi efetivamente aprovado pelo Congresso Nacional.

É por isso que temas como a universalidade da contribuição sindical, a uniformização de jurisprudência, o direito intertemporal para questões de direito processual, o controle de convencionalidade, a disciplina dos honorários advocatícios sucumbenciais, os direitos fundamentais frente a prevalência do negociado sobre o legislado, entre outros, foram abordados nesta temática.

Esta Edição da Revista também conta com interessante artigo que aborda as propostas de alteração da legislação trabalhista no sistema francês, para que o leitor possa ter conhecimento sobre a matéria em âmbito internacional.

Como material anexo, trazemos para conhecimento dos leitores os Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, evento organizado pela ANAMATRA, que contou com a presença de mais de 600 participantes, entre Juízes, Procuradores do Trabalho, Auditores-Fiscais do Trabalho e Advogados.

Este foi o primeiro grande evento nacional de estudos e debates, que se debruçou, exclusivamente, sobre os impactos da Reforma Trabalhista.

Com isso, damos continuidade à análise dos principais aspectos inerentes à Reforma Trabalhista, que iniciou-se com as publicações anteriores desta Revista.

E, para a próxima Edição, prepararemos uma nova seleção de artigos, abordando, exclusivamente, as principais questões e alterações que envolvem o direito sindical, advindas com a vigência da Lei n. 13.467/2017.

Aos leitores, renovamos o convite para este importante debate. A todos, uma excelente leitura.

Julho 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

O fim da universalidade e da compulsoriedade da contribuição sindical como oportunidade de renascimento dos sindicatos

Alcir Kenupp Cunha^(*)

Resumo:

- ▶ Este trabalho tem por objetivo, a partir do estudo de aspectos históricos da formação dos sindicatos, do direito comparado em matéria de financiamento das entidades sindicais, e das mudanças promovidas pela Reforma Trabalhista em relação à contribuição sindical, identificar os efeitos dessa alteração para o futuro dos sindicatos e de seus representados.

Palavras-chave:

- ▶ Sindicato — Contribuição — Sindical — Reforma — Trabalhista — Futuro.

Abstract:

- ▶ The objective of this work is, based on the study of historic aspects of the labor union, comparative law regarding labor union entities financing, and on the changes promoted by the Labor Reform related to labor union contribution, to identify the effects of this alteration in the future of labor union organizations and their representatives.

Key words:

- ▶ Labor union — Contribution — Reform — Labor — Future.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Breve história do movimento obreiro e do direito do trabalho
- ▶ 3. Formas de financiamento da atividade sindical
- ▶ 4. Contribuição sindical no direito comparado — Breves notas

(*) Magistrado, Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 10ª Região, Pós-Graduado em Direito Material e Processual do Trabalho, e aluno dos Cursos Intensivos válidos para Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires.

- 5. Representatividade sindical e contribuição sindical
- 6. Considerações finais. Sindicatos: de volta ao começo
- 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

A proposta originária da reforma trabalhista previa duas alterações no que tange ao Direito Coletivo do Trabalho: a criação da figura do representante dos trabalhadores na empresa e a força de lei para convenções e acordos coletivos de trabalho. A criação da figura do representante dos trabalhadores no local de trabalho foi proposta como inclusão do que seria o art. 523-A da CLT. Durante sua tramitação legislativa, essa proposta evoluiu para uma representação por meio de comissão de empregados, sendo inseridos na CLT os novos arts. 510-A a 510-D. Quanto à força de lei das convenções e acordos coletivos, foi aprovada com algumas alterações, mantida a essência do projeto.

Uma alteração essencial — que não constava do projeto original — foi a retirada da natureza universal e compulsória da contribuição sindical. O pagamento ou recolhimento da contribuição sindical, seja pelos participantes das categorias econômicas, seja pelos participantes das categorias profissionais ou de profissionais liberais, passou a depender de prévia e expressa autorização, conforme expressamente expresso na nova redação dos arts. 545, 578, 579, 582, 583, 587, 602 e 611, inciso XXVI, da CLT.

Dessa alteração, e seus efeitos para sindicatos e representados, é o que trataremos neste artigo.

2. Breve história do movimento obreiro e do direito do trabalho

Importante recordar, mesmo que de forma resumida, como surgiu o movimento de trabalhadores e as primeiras associações que vieram a se tornar os sindicatos.

Em que pese autores como Vianna (1953)⁽¹⁾ e Mignone (1982)⁽²⁾ que apontam para origens mais remotas, compartilhamos o entendimento de que o movimento obreiro — embrião dos sindicatos — surge com a revolução industrial.

Segundo Carrera e Fernández⁽³⁾, a transformação da raiz da força social produtiva decorrente da Revolução Industrial foi condição necessária para o surgimento do movimento obreiro, com o surgimento do que designam de “trabalhador coletivo”. Esse “coletivo” se movimentou com as greves por melhores salários e condições de trabalho, além do recurso de ataques às máquinas, atividades que deram uma base objetiva e material, além de uma experiência organizacional para os trabalhadores.

O movimento dos trabalhadores e suas primeiras associações não conseguiram se estabelecer sem lutas. Tiveram muitas dificuldades. Os governos criaram leis para proibir e criminalizar a atividade. São exemplos: a “Lei *Le Chapelier*” (França – 1791) e as “*Combination Acts*” (Inglaterra – 1799-1800). A persistência dos movimentos obreiros acabou por levar à revogação destas leis e ao reconhecimento e legalização das organizações de trabalhadores. Graças ao movimento obreiro e à ação dos sindicatos vieram as conquistas de melhores condições de trabalho e melhores salários. Daí nasceu o Direito do Trabalho. Carrera e Fernández⁽⁴⁾ conseguiram resumir essa relação de causa e efeito:

(1) VIANNA, S. *O Sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica Editôra, 1953. p. 13-15 (Um pouco de sindicalismo na História).

(2) MIGNONE, R. F. *Los Sindicatos: Curso introductorio a su régimen jurídico*, Vol. I. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernandez, 1982. p. 13-33 (Antecedentes Históricos).

(3) MEIK, M. *Estudios críticos de derecho del trabajo*. 1. ed. Buenos Aires: Legis Argentina, 2014. p. 61.

(4) “A resistência dos trabalhadores às condições de vida e trabalho impostas pelo capital, e as tentativas de

“La resistencia de los obreros frente a las condiciones de vida y de trabajo impuestas por el capital, y los intentos por construir formas de organización económica, social y política que los tuvieran como protagonistas, incluyendo la transformación de raíz de la sociedad, tuvieron un papel central en la conformación de la legislación laboral.”

Mignone⁽⁵⁾ aponta a Conferência de Berlin de 1890 como a primeira reunião internacional sobre temas trabalhistas que contou com representantes oficiais, onde foram tratadas questões como idade mínima, proibição de labor noturno para menores, licença pós-parto para trabalhadoras e restrição de labor feminino noturno, perigoso ou insalubre.

Somente com a criação da OIT — Organização Internacional do Trabalho em 1919, nascem as primeiras normas internacionais sobre direito coletivo do trabalho, em especial sobre liberdade sindical.

3. Formas de financiamento da atividade sindical

Qualquer entidade, para a execução de seus fins, necessita de meios materiais para realizar as atividades decorrentes de seus objetivos. Quanto a isso não há dúvida ou contrariedade.

No que se refere aos sindicatos, a origem dos recursos suscita preocupações relativas à proteção da liberdade de atuação. A Convenção n. 98 da OIT, em seu art. 2, indica a importância da independência financeira para a manutenção da liberdade sindical ao assumir

construir formas de organização econômica, social e política que os tiveram como protagonistas, incluindo a transformação das raízes da sociedade, tiveram um papel central na elaboração da legislação trabalhista.” (Tradução do Autor). MEIK, Moisés et al. *Estudios críticos de derecho del trabajo*. 1. ed. Buenos Aires: Legis Argentina, 2014. Capítulo I — Trabajo y Poder Privado, 1.2 — In: CARRERA, Nicolás Iñigo; FERNÁNDEZ, Fabián; MEIK, Moisés Génesis. *Formación y Desarrollo del Movimiento Obrero*. p. 59.

- (5) MIGNONE, R. F. *Los Sindicatos*: Curso introductorio a su régimen jurídico. Vol. I. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernandez, 1982. p. 39.

que o controle das fontes de recursos implica ingerência na atuação do sindicato.

O patrimônio sindical, como se sabe, é composto pelo ativo e o passivo da entidade. O ativo é integrado: pelas contribuições, pelos bens adquiridos e seus frutos, pelas doações e legados, além de outros recursos eventuais. Mignone explica essas fontes: A “cota sindical” é a contribuição ordinária periódica, devida pelos filiados; a “cota extraordinária”, que também é devida pelos filiados, destina-se a cobrir gastos imprevistos; a “matrícula sindical” é uma contribuição paga uma só vez, quando do ingresso no sindicato; o “imposto sindical”, é uma contribuição obrigatória, devida por todos, inclusive os não filiados. Na categoria de “bens adquiridos e seus frutos” geralmente é o local e equipamentos onde o sindicato desenvolve suas atividades. As “doações e legados” merecem cuidado especial para evitar comprometimento da autonomia.

Outros autores mencionam a contribuição de solidariedade e o cânon de negociação⁽⁶⁾.

Mascaro⁽⁷⁾ (2009) aponta que no Brasil, para custeio das despesas, o sindicato conta com uma principal fonte de obtenção de recursos: as contribuições pagas pelos representados. São espécies: a contribuição confederativa, a taxa assistencial, a contribuição sindical e a contribuição associativa.

A mensalidade sindical é uma contribuição que o sócio sindicalizado faz, facultativamente, a partir do momento que opta em filiar-se ao sindicato representativo. Esta contribuição é normalmente feita através do desconto mensal em folha de pagamento, no valor estipulado em convenção coletiva de trabalho. Aqui, não há dúvida de que apenas os sindicalizados estão obrigados.

-
- (6) MARTINS, Sergio Pinto. *Contribuições Sindicais*: direito comparado e internacional; contribuições assistencial, confederativa e sindical. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 83-86.

- (7) NASCIMENTO, Amauri Mascaro *Compêndio de direito sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 349-355.

A contribuição confederativa, cujo objetivo é o custeio do sistema confederativo, poderá ser fixada em assembleia geral do sindicato, conforme prevê o art. 8º, inciso IV da Constituição Federal, independente da contribuição sindical.

A contribuição assistencial, conforme prevê o art. 513 da CLT, alínea “e”, poderá ser estabelecida por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, com o intuito de sanear gastos do sindicato da categoria representativa.

O Tribunal Superior do Trabalho brasileiro — TST, por meio do Precedente Normativo n. 119⁽⁸⁾, firmou jurisprudência no sentido de que os empregados que não são sindicalizados não estão obrigados à contribuição confederativa ou assistencial.

Já a contribuição sindical (na origem *imposto sindical* — Constituição Brasileira de 1937, do chamado Estado Novo) até a Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) possuía natureza tributária e era devida por empregadores e trabalhadores, mesmo os não sindicalizados. Pela redação anterior, a contribuição sindical devida pelos empregadores era recolhida compulsoriamente no mês de janeiro. A devida pelos trabalhadores era compulsoriamente descontada em folha de pagamento, de uma só vez, no mês de março de cada ano e correspondia à remuneração de um dia de trabalho. Não há dúvida de que a contribuição sindical

sempre foi a principal fonte de receita dos sindicatos brasileiros.

4. Contribuição sindical no direito comparado — Breves notas

Neto⁽⁹⁾, ao tratar da organização sindical estrangeira, relata como é tratada a questão do imposto sindical, entre outros, na Espanha, Itália, Portugal e Argentina.

Aponta que a Lei Orgânica de Liberdade Sindical da Espanha (Lei n. 11/85) prevê duas modalidades de contribuição sindical: a paga somente por trabalhadores filiados ao sindicato e outra — uma espécie de contribuição de solidariedade — para filiados e não filiados, desde que beneficiados pela negociação coletiva, sendo assegurado ao trabalhador o direito de manifestar-se expressamente a respeito. Em Portugal e na Argentina não há imposto sindical. Ainda segundo Neto, o imposto sindical foi extinto na Itália com a edição da Lei n. 300, de 20.5.1970 (Estatuto dos Trabalhadores).

Sobre a Alemanha, Martins⁽¹⁰⁾ informa que não existe legislação sobre contribuições devidas ao sindicato, e que, na Áustria, a legislação veda a cobrança de contribuições sindicais que sejam descontadas dos salários sem autorização do empregado.

5. Representatividade sindical e contribuição sindical

A Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho — OIT, que trata da liberdade sindical e da proteção ao direito de sindicalização, foi adotada pela OIT em 9.7.1948. O Brasil, até hoje, não a ratificou.

Como se sabe, referida Convenção estabelece a plena liberdade de criação de entidades representativas de trabalhadores e empregadores,

(8) *Precedente n. 119. Contribuições Sindicais — Inobservância de Preceitos Constitucionais — (mantido) — DEJT divulgado em 25.08.2014.* “A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados”. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN119>.

(9) NETO, A. E. O. *Contribuições sindicais: modalidades de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical*. São Paulo: LTr, 2010. p. 29-38.

(10) MARTINS, Sergio Pinto. *Contribuições sindicais: direito comparado e internacional; contribuições assistencial, confederativa e sindical*. 55. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

a liberdade de associação, além da proibição de intervenção estatal e outras formas de limitação da atividade sindical.

A Constituição Federal de 1988, em seus arts. 8º a 11⁽¹¹⁾, estabelece as regras pertinentes

- (11) Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V – ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII – o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento

às entidades sindicais, como, por exemplo: a liberdade de associação profissional ou sindical; a proibição de exigência de autorização para fundação de sindicato; direito de greve; participação obrigatória nas negociações coletivas e garantia de emprego ao dirigente ou representante sindical.

Em sua maior parte, os dispositivos da Constituição brasileira se alinham com as diretrizes da Convenção n. 87 da OIT. Entretanto, o inciso II do art. 8º estabelece a chamada unicidade sindical, que limita uma só organização sindical para uma mesma base territorial (seja representativa de categoria profissional ou econômica) não podendo esta base ser inferior à área de um município, em qualquer grau da organização sindical.

O Ministério do Trabalho é o órgão competente para conceder o registro sindical à organização representativa de categoria econômica, profissional ou específica. Essa competência para o registro de entidades sindicais é uma decorrência natural da manutenção do sistema da unicidade sindical, que visa a impedir que mais de um sindicato represente o mesmo grupo econômico, profissional ou específico na mesma base territorial (art. 8º, II, da CF/1988). Para isso, existe um Sistema de Cadastro Nacional de Entidades Sindicais que abriga e procura manter atualizadas todas as informações sobre as entidades sindicais.

Segundo dados do Ministério do Trabalho⁽¹²⁾, em 2010 existiam no Brasil 10.723 sindicatos de trabalhadores e 5.032 de empregadores. De acordo com matéria publicada no jornal *O Globo* de 29 de março de 2014⁽¹³⁾, existia naquela

direito com os empregadores. (Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, arts. 8º a 11). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

- (12) Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/cnes/sindicatos-de-trabalhadores-atualizados-ate-22-12-2010.htm>>.

- (13) Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/sindicatos-receberam-32-bi-de-imposto-em-2013-alta-de-13-12033184#ixzz3QcqsCRD3>>.

data 2.100 pedidos de registro de entidades sindicais pendentes de exame no Ministério do Trabalho.

Pesquisa divulgada em abril de 2017 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁽¹⁴⁾, com base em dados de 2015, apurou que somente 19,5% dos trabalhadores brasileiros eram sindicalizados, e que, o principal motivo para a não sindicalização era o desconhecimento sobre qual sindicato representava a categoria.

Segundo reportagem, também do jornal *O Globo*⁽¹⁵⁾, no ano de 2013 a arrecadação da contribuição sindical no Brasil atingiu 3,2 bilhões de Reais. O montante é distribuído a sindicatos, federações, confederações e à “Conta Especial Emprego e Salário”, administrada pelo Ministério do Trabalho, destinada ao FAT — Fundo de Amparo ao Trabalhador.

A unicidade e a contribuição sindical obrigatória no Brasil têm sido promotores de disputas judiciais. Os sindicatos demandam na Justiça do Trabalho, questões relacionadas à demora de seu registro junto ao Ministério do Trabalho, buscando a declaração de representatividade de determinada categoria ou cobrando valores devidos por empregadores.

De acordo com dados estatísticos da Justiça do Trabalho⁽¹⁶⁾, entre os assuntos mais recorrentes nas Varas do Trabalho de todo o país estão aquelas em que se debate: enquadramento sindical (5.658), representação sindical (2.199), registro de entidade sindical (390), representação sindical — unicidade sindical (379), e anulação de constituição de sindicato (365). Também a busca pela arrecadação de valores

pelos sindicatos gera um grande número de ações para cobrança de: multa convencional (75.027), contribuição sindical (19.517), taxa assistencial (12.865), contribuição confederativa (8.912), multa por atraso de contribuição sindical (7.771), contribuição sindical rural (5.300), e comprovação de repasse de contribuição sindical (3.757).

Enxergo uma mitigação da unicidade sindical, com a criação das comissões de representação dos trabalhadores nas empresas (art. 510-A a D da CLT), o que fatalmente irá gerar novas lideranças de trabalhadores.

Em que pese o importante papel que o sindicato desempenha no contexto da relação entre trabalhadores e empregadores, a experiência demonstra, a partir do exame das ações em que atuamos, que a busca pela criação de novas entidades sindicais no Brasil, pelo menos antes da Lei n. 13.467/2017, se relacionava muito mais com disputa de fatias do “bolo” do imposto sindical, do que com a qualificação da representatividade dos trabalhadores ou a busca da melhoria das condições destes.

A ausência de representatividade se revela, por exemplo, em atas de assembleias de sindicatos com registro de presença ínfima de trabalhadores e nas disputas eleitorais com práticas antidemocráticas (como não abertura da sede do sindicato para evitar registro de chapas concorrentes, ou mudanças das regras do processo eleitoral criando exigências para excluir, de última hora, outros concorrentes).

Enquanto perdurou a obrigatoriedade e universalidade da contribuição sindical, muitos sindicatos não tinham interesse em angariar associados, já que não dependiam destes para obtenção de recursos. Menor quantidade de associados significa maior controle sobre a eleição para os cargos de direção da entidade, criando verdadeiras “dinastias” no comando dos sindicatos.

Propostas para o fim da contribuição sindical foram recorrentes no Congresso

(14) Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/menos-de-20-dos-trabalhadores-sao-sindicalizados-no-brasil-aponta-ibge.ghtml>>.

(15) Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/sindicatos-receberam-32-bi-de-imposto-em-2013-alta-de-13-12033184#ixzz3QcqsCRD3>>.

(16) Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/9d3eb90e-0d53-4a15-aa67-f8b941be345f>>.

Nacional⁽¹⁷⁾, até que, por fim, veio a mudança promovida pela Lei n. 13.467/2017.

6. Considerações finais. Sindicatos: de volta ao começo

Não vejo catástrofe no fim da universalidade e da obrigatoriedade da contribuição sindical. Ao contrário, vejo uma grande oportunidade.

É verdade que muitos sindicatos serão extintos, mas o serão justamente pela total falta de representatividade.

Conforme recordamos no início, a conquista de melhores condições de trabalho (segurança, limites de jornadas, limites de idade, licenças à mãe trabalhadora, salários) não veio sem dificuldades ou sem lutas.

A História nos mostra que a aglutinação dos obreiros e a organização desenvolvida ao longo dos embates com os detentores do capital moldaram a entidade sindical.

Em muitos países, como Argentina, Espanha, Alemanha e Itália, não existe a obrigatoriedade e a universalidade da contribuição sindical, tampouco a unicidade sindical e, mesmo assim, as entidades sindicais são fortes e atuantes.

A contribuição sindical obrigatória fez com que, por décadas, os dirigentes sindicais não precisassem percorrer o “chão de fábrica” para captar associados. Os sindicatos, e seus dirigentes, terão que mostrar serviço, retomando sua gênese, redescobrimo sua forma primitiva de atuação.

E não se iludam os dirigentes sindicais com a unicidade sindical. Liderança não se impõe.

Mesmo antes da Reforma Trabalhista, várias entidades sindicais já eram solenemente ignoradas pelos trabalhadores da categoria, por não se sentirem verdadeiramente representados. Haverá verdadeira “seleção natural”. A necessidade do aumento do quadro de associados irá oxigenar os sindicatos. As verdadeiras lideranças chegarão aos cargos de direção, de forma democrática.

Se alguém pensou que os sindicatos seriam enfraquecidos com a reforma, estão enganados. É fato que, no primeiro momento, haverá uma certa desorientação. Mas, a médio prazo, os sindicatos irão se fortalecer pela força da representatividade de fato.

Da mesma forma, se alguém pensou que a prevalência do negociado sobre o legislado favorecerá somente o capital, aguardem o retorno dos sindicatos e verão.

7. Referências bibliográficas

BRASIL. *Constituição Federal*. 1988.

Cadastro Nacional de Entidades Sindicais. Ministério do Trabalho. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/cnes/sindicatos-de-trabalhadores-atualizados-ate-22-12-2010.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

Câmara dos Deputados. *Proposições Legislativas*. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/busca-ProposicoesWeb/resultadoPesquisa?emtramitacao>>. Acessado em: 14 dez. 2017.

DEVEALI, M. L. *Curso de derecho sindical y de la prevision social*. 2. ed. Buenos Aires: Fidenter, 1954.

Imposto Sindical. Reportagem jornal *O Globo*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/sindicatos-receberam-32-bi-de-imposto-em-2013-alta-de-13-12033184#ixzz3QcqsCRD3>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

JÚNIOR, A. U. S. [et al]. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. *Contribuições sindicais: direito comparado e internacional; Contribuições assistencial, confederativa e sindical*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIK, M. *Estudios críticos de derecho del trabajo*. 1. ed. Buenos Aires: Legis Argentina, 2014.

(17) Propostas de Emenda à Constituição Federal: Câmara dos Deputados: PEC n. 71/1995 (Jovair Arantes — PSDB-GO); PEC n. 102/1995 (Luiz Carlos Hauly — PP/PR); PEC n. 247/2000 (Glycon Terra Pinto — PMDB-MG); PEC n. 252/2000 (Ricardo Berzoini — PT/SP); PEC n. 305/2013 (Augusto Carvalho — PPS/DF); Senado Federal: PEC n. 40/2003 (Sibá Machado); PEC n. 36/2013 (Blairo Maggi). Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?emtramitacao>>, e <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>>.

MIGNONE, R. F. *Los Sindicatos: curso introdutorio a su régimen jurídico*, Vol. I. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernandez, 1982.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009.

NETO, A. E. O. *Contribuições sindicais: modalidades de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical*. São Paulo: LTr, 2010.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). *A liberdade sindical*. São Paulo: LTr, 1994.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). *La reforma laboral en América Latina: un análisis comparado*. 1. ed. Lima: Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

Precedente n. 119. Contribuições Sindicais — Inobservância de Preceitos Constitucionais — (mantido) — DEJT divulgado em 25.8.2014. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN119>. Acesso em: 14 dez. 2017.

Presidência da República. *Consolidação das Leis do Trabalho — CLT*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 14 dez. 2017.

PROPOSTAS de Emenda à Constituição Federal: Câmara dos Deputados: *PEC n. 71/1995* (Jovair Arantes — PSDB-GO); *PEC n. 102/1995* (Luiz Carlos

Haully — PP/PR); *PEC n. 247/2000* (Glycon Terra Pinto — PMDB-MG); *PEC n. 252/2000* (Ricardo Berzoini — PT/SP); *PEC n. 305/2013* (Augusto Carvalho — PPS/DF); Senado Federal: *PEC n. 40/2003* (Sibá Machado); *PEC n. 36/2013* (Blairo Maggi). Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/busca-ProposicoesWeb/resultadoPesquisa?emtramitacao>> e <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

Senado Federal. *Proposições Legislativas*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

Sindicalizados no Brasil. Reportagem jornal *O Globo*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/menos-de-20-dos-trabalhadores-sao-sindicalizados-no-brasil-aponta-ibge.ghtml>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

RUPRECHT, A. J. *Derecho colectivo del trabajo*. 1. ed. México: Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1980.

Tribunal Superior do Trabalho. *Precedentes Normativos do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN119>. Acesso em: 14 dez. 2017.

VIANNA, S. *O sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica Editôra, 1953.

La “Reforma Macron” del Código del Trabajo Francés⁽¹⁾

Antoine Jeammaud^(*)

Extracto:

- La llegada al poder del nuevo Presidente de la República se tradujo en la adopción de una importante reforma anunciada del Código del Trabajo. El objeto de este texto no consiste en realizar una valoración pormenorizada de las Ordenanzas de septiembre de 2017, sino de esbozar un panorama general y crítico tanto de su contenido como de su proceso de adopción, y de apreciar las principales medidas previstas para implementar el programa presidencial. Entre ellas, se abordan especialmente las modificaciones destinadas a “reforzar” la negociación colectiva, las que proceden a la recomposición de la representación del personal y las que flexibilizan el régimen relativo a las condiciones de extinción de los contratos de trabajo.

Palabras-clave:

- Francia — Negociación colectiva — Instituciones representativas del personal — Despido.

Abstract:

- The coming to power of the new President of the Republic resulted in the adoption of an important announced reform of the Labor Code. The purpose of this text is not to make a detailed assessment of the Ordinances of September 2017, but to outline a general and critical view of both its content and its adoption process, and to appreciate the main measures planned to implement the program presidential. Among them, the modifications aimed at “reinforcing” collective bargaining, those that proceed to the recomposition of the representation of the staff and those that make the regime related to the termination of employment contracts are addressed.

Key words:

- Reform — France — Collective bargaining — Institutions representing personnel — Dismissal.

Índice de los temas:

- Introducción

(1) Trabajo traducido por Pierre Henri Cialti, profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pablo de Olavide.

(*) Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Université Lumière-Lyon 2. Centre de recherches critiques sur le droit (Universités de Saint-Etienne et Lyon 2/CNRS).

- ▶ 1. El proceso de la reforma
 - ▶ 1.1. El recurso a las Ordenanzas
 - ▶ 1.2. La realización de la operación
- ▶ 2. El contenido de la reforma
 - ▶ 2.1. El “reforzamiento de la negociación colectiva”
 - ▶ 2.1.1. La nueva potencia del acuerdo de empresa respecto al convenio sectorial
 - ▶ 2.1.1.1. Tres modalidades de relaciones
 - ▶ 2.1.1.2. ¿Una competencia por las normas convencionales de empresa?
 - ▶ 2.1.2. Innovaciones en las condiciones de validez de los acuerdos colectivos
 - ▶ 2.1.2.1. El acuerdo de empresa, acuerdo mayoritario
 - ▶ 2.1.2.2. La diversificación de las vías de obtención de un acuerdo colectivo
 - ▶ 2.1.3. El acuerdo colectivo frente al contrato de trabajo
 - ▶ 2.2. La recomposición de la representación del personal
 - ▶ 2.2.1. Una instancia única
 - ▶ 2.2.1.1. Constitución
 - ▶ 2.2.1.2. Composición y elección
 - ▶ 2.2.2. Atribuciones y medios de la nueva institución
 - ▶ 2.2.2.1. Atribuciones del comité social y económico
 - ▶ 2.2.2.1.1. En las empresas de al menos 50 trabajadores
 - ▶ 2.2.2.1.2. En las empresas de menos de 50 trabajadores
 - ▶ 2.2.2.2. Atribuciones del consejo de empresa
 - ▶ 2.3. La reducción parcial de las “rigideces” para el empleador en la relación de trabajo
 - ▶ 2.3.1. Observaciones generales
 - ▶ 2.3.2. Rupturas en el Derecho común del despido
 - ▶ 2.3.2.1. Una reducción del formalismo procesal
 - ▶ 2.3.2.2. La imposición de un baremo de indemnizaciones del despido improcedente
 - ▶ 2.3.3. Cambios en el régimen del despido por motivo económico
 - ▶ 2.3.3.1. El ámbito de apreciación del motivo
 - ▶ 2.3.3.2. La ruptura por mutuo acuerdo en el marco de un acuerdo colectivo
- ▶ 3. A modo de conclusión
- ▶ Adenda

Introducción

Los distintos gobiernos que se han sucedido desde 1981, año del primer acceso al poder de fuerzas políticas de izquierdas desde 1958 y el nacimiento de la Vª República, adoptaron una o varias leyes que modificaron de forma importante el Código del Trabajo. Incluso

después de su “recodificación de derecho constante”, cuya entrada en vigor el 1º de mayo de 2008 iba a garantizar, según algunos, más estabilidad a este texto denso y fuertemente sensible a los cambios políticos o a las políticas tanto económicas como sociales. Más aún, este movimiento de modificaciones-agregaciones

prosiguió a partir de agosto de 2008. Bajo la presidencia de François Hollande (2012-2017), varias leyes (sin mencionar los innumerables decretos) modificaron el Código del Trabajo, entre ellas, tres en particular: la ley de 14 de junio de 2013 *relative à la sécurisation de l'emploi*, la ley de 17 de agosto de 2015 *relative au dialogue social et à l'emploi* y la ley de 8 de agosto de 2016, *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels* (conocida como “ley El Khomri”, nombre de la entonces Ministra de Trabajo). Esta última ley suscitó en una parte importante del movimiento sindical mucha hostilidad, que se materializó en numerosas manifestaciones, y preveía en su artículo primero la instauración de una comisión encargada de proponer una “refundición del Código del Trabajo”. A esa trilogía legal, se podría añadir la ley de 6 de agosto de 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, que afectó de forma marginal al Código del Trabajo, pero que incluía inicialmente una limitación de la cantidad de la indemnización en caso de despido improcedente, entonces declarada inconstitucional, y hoy en día presente en derecho positivo desde la reciente reforma. En todo caso, esa ley traducía la voluntad de su inspirador y defensor ante el Parlamento, Emmanuel Macron⁽¹⁾, de “liberar la iniciativa económica” y de fomentar la competencia, hasta conocerse como “ley Macron”.

La reforma, realizada mediante un conjunto de textos legislativos y reglamentarios promulgados en septiembre de 2017, es consecuencia directa de la transformación política que Francia había conocido cuatro meses antes. Es cierto que el fuerte vínculo entre un acontecimiento político y un cambio en el ámbito del Derecho del Trabajo no constituye una novedad en la historia de este país. El cambio político de mayo-junio de 1981 (elección de François Mitterrand, líder del Partido Socialista, a la presidencia de la República, seguida

de la disolución de la Asamblea Nacional dominada por la derecha y de la elección de una mayoría de unión de la izquierda en apoyo a un gobierno de la misma tendencia⁽²⁾) había permitido la adopción de una serie de Ordenanzas y de leyes en los años 1982 y 1983 que procedieron a la reforma más amplia del Derecho del Trabajo, de la Seguridad Social y del régimen de las empresas públicas (tras importantes nacionalizaciones) desde 1945.

Ahora bien, las victorias electorales de Mitterrand y de los partidos de izquierda en 1981 eran más previsibles meses antes que las de Emmanuel Macron en la elección presidencial y de los candidatos de *En Marche!* en las elecciones legislativas. En efecto, dado el debilitamiento político de Hollande y las profundas divisiones de la izquierda, se podía esperar una nueva y clásica “alternancia política”: la elección del candidato del partido “Les Republicains” (LR, nacido en 2015 de una tentativa de *cambio de look* de la “Union pour un Mouvement Populaire” — UMP — que procedía a su vez de una alianza de “gaullistas” — cada vez menos “gaullistas” — y de fervientes defensores del liberalismo económico) a la presidencia de la República, seguida de la victoria de los candidatos de este partido en las elecciones legislativas. Así, la derecha hubiera vuelto al poder de Estado tras cinco años de presidencia de François Hollande y de presencia, en la Asamblea Nacional, de una mayoría inestable de diputados del Partido Socialista (PS) con supuesta vocación de apoyar la acción del Presidente y de su gobierno (dirigido desde 2014 por Manuel Valls)⁽³⁾. La celebración de

(2) La mayoría se constituía de diputados del PS, del Partido Comunista (PCF), del Movimiento de los radicales de izquierda (Mouvement des radicaux de gauche-MRG), y el Gobierno de Pierre Mauroy, de dirigentes socialistas cercanos a Mitterrand y de cuatro ministros comunistas (por primera vez desde 1946 y el fin del Gobierno provisional de la República constituido en la Liberación, la entrada en vigor de la Constitución de 1946 y la elección de la primera asamblea de la IV República).

(3) La reforma constitucional de 2000 reduce de siete a cinco años la duración del mandato presidencial, alineándose con el mandato de los diputados. Así,

(1) Entonces Ministro de Economía del Gobierno Valls.

primarias en cada “bando” desembocó en la designación de François Fillon, candidato de LR, con posiciones muy a la derecha (con el propósito de resistir al crecimiento del Frente Nacional — FN — y de su candidata, Marine Le Pen, hija del fundador de este partido de extrema derecha) y, tras la renuncia de François Hollande a solicitar su reelección, de Benoît Hamon como candidato del PS (con propuestas bastante audaces en materia de trabajo y empleo), preferido a Manuel Valls, etiquetado representante de la tendencia más a la derecha del partido.

Los acontecimientos no han seguido el guión establecido, con determinados hechos destacables.

1º) La aparición en el verano de 2016 de un nuevo candidato, Emmanuel Macron, joven y abiertamente hostil a las visiones clásicas de la social-democracia. Un candidato procedente, como tantos otros políticos franceses, de la Escuela Nacional de Administración (ENA) y miembro del prestigioso cuerpo de la Inspección de las finanzas, con experiencia en la Banca Rothschild. Un candidato miembro del PS de 2006 a 2009, nombrado en 2012 secretario general adjunto en el gabinete del Presidente Hollande, Ministro de Economía, de Industria y del Digital en 2014 en el Gobierno Valls, antes de dimitir de este puesto en 2016 tras haber creado su movimiento “En Marche!”. Una candidatura que contribuyó, sin la menor duda, a convencer a Hollande de no volver a presentarse.

2º) El rápido debilitamiento del candidato Fillon, ganador de las “primarias de la derecha” con posiciones a la vez *pro-business* en el ámbito económico y “societal” (como es lo relativo a modos de vida y coiales; por

cada cinco años, en primavera, se celebran la elección presidencial y a continuación las elecciones legislativas, estas últimas fuertemente influenciadas por aquella. Se elige los senadores por nueve años pero la tercera parte del Senado se renueva cada tres años.

ejemplo, lo relacionado con el matrimonio del mismo sexo) y conservadoras, incluso reaccionarias, en el ámbito social. Un candidato que reivindicaba su inspiración cristiana pero que fue acusado de prácticas deshonestas (hasta el punto de ser objeto de investigación penal) y reveladoras de una codicia insospechada. La pérdida de apoyo de este candidato en su propio partido y en su electorado, asqueado por su “inmoralidad” y su evidente ambición personal, debía ayudar a la candidatura Macron.

3º) La progresión constante, observada en cada sondeo, de esta candidatura, “ni de izquierda, ni de derecha”, con un programa bastante indefinido en el cual figuraba, sin embargo, una reforma del Código del Trabajo (su “modernización” en búsqueda de “flexiseguridad”), la extensión de las prestaciones por desempleo a los trabajadores “dimisionarios” (que cesaban voluntariamente) y autónomos o la supresión del impuesto sobre la fortuna así como de un impuesto local abonado por personas con pocos recursos.

4º) El peso de dos candidaturas calificadas de “populistas”: la de M. Le Pen que se esforzaba en presentar el FN como el partido de la gente modesta, de los obreros especialmente, víctimas de la mundialización, de la Europa liberal y de una inmigración “masiva e incontrolada”. A “la izquierda de la izquierda”, la de Jean-Luc Mélenchon, antiguo miembro del PS y ex ministro, con el apoyo de su movimiento *La France insoumise*, e impuesta a un Partido comunista muy débil que se presentaba en principio como su aliado.

5º) El éxito de E. Macron, en la primera vuelta con 24% de los votos, ante Le Pen (21,30%), Fillon (20%), Mélenchon (19,50%), Hamon (¡menos de 7%!), seguido de su clara victoria en la segunda vuelta (66%) contra la responsable del partido de extrema derecha, así como, pocas semanas después, el éxito

del partido “La République en marche” (LREM), que obtiene mayoría absoluta en las elecciones legislativas, con un gran número de candidatos nuevos en política y algunos tráfugos del PS, del partido centrista MODEM, del partido ecologista y, más excepcionalmente, de LR.

6ª) La formación de un nuevo Gobierno dirigido por Edouard Philippe, hasta entonces diputado de LR, y compuesto de otros miembros de este partido (responsables de la política económica...), de ex-socialistas y de “representantes de la sociedad civil” (especialmente una figura emblemática de la lucha para la defensa del medioambiente y contra el calentamiento global, una profesora de medicina, una rectora de universidad, una campeona olímpica etc., así como una ex directora de “recursos humanos” de un gran grupo industrial, encargada del Ministerio de Trabajo).

El Presidente Macron y el Gobierno Philippe cuentan, por lo tanto, con una sólida mayoría aritmética de LREM en la Asamblea Nacional y de una indiscutible legitimidad para poner en ejecución el programa presidencial que no se puede calificar de “centro-izquierda” ni tampoco de “centrista”. Por otra parte, reciben apoyo de varios diputados del partido oficialmente centrista y, más puntualmente, de diputados del principal partido de oposición, LR, especialmente cuando se trata de medidas de inspiración neo-liberal. Los diputados del PS que componen el grupo parlamentario “Nouvelle gauche”, han manifestado su preferencia por estar en la oposición a los proyectos del Gobierno. La oposición más completa y determinada es muy heterogénea: diputados de *La France insoumise* (LFI) y del Partido comunista a la izquierda y los del FN a la extrema derecha. Ahora bien, la “derecha republicana” ha accedido recientemente a la mayoría en el Senado, donde los “macronistas” no han conocido el mismo éxito que en la Asamblea Nacional.

Ese reparto de fuerzas en las instituciones políticas alimentó las discusiones y debates de la primera e inmediatamente puesta en marcha reforma de importancia del mandato presidencial: la del Código del Trabajo. Conviene señalar otra variable contextual importante, puesta en evidencia por los sondeos y por las numerosas manifestaciones de apoyo público a favor del candidato Macron: una franja considerable del electorado que le ha votado en la primera vuelta de la elección presidencial no se muestra convencida por su programa pero hizo esta elección, bien por el rechazo a Fillon tras el escándalo ya evocado, bien por oponerse a Le Pen (que tenía posibilidad de llegar en primer lugar a la primera vuelta) un candidato susceptible, más que Fillon, de congregarse un electorado lo bastante amplio en la segunda vuelta. En definitiva, de todos los Presidentes de la Vª República⁽⁴⁾, Emmanuel Macron constituye el que ganó con la menor tasa de adhesión a su programa.

Probablemente, esta consideración ha influido el método utilizado por el poder ejecutivo para adoptar y permitir la aplicación cuanto antes de los textos de la reforma. Conviene, pues, formular algunas precisiones al respecto (1), antes de emprender el examen de las principales medidas que provocan una transformación parcial del Código del Trabajo (2).

1. El proceso de la reforma

Una vez constituido y con el fin de poner en marcha el proyecto presidencial, el Gobierno Philippe desarrolla un programa de seis reformas a llevar a cabo en los dieciocho meses siguientes a su toma de posesión, con el objetivo de “renovar en profundidad (el) modelo social francés con las organizaciones sindicales y patronales de la Nación”. Concretamente, en palabras del ejecutivo:

- “fomentar la convergencia entre rendimiento social y rendimiento económico”,

(4) Cronológicamente, De Gaulle, Pompidou, Giscard d’Estaing, Mitterrand, Chirac, Sarkozy y Hollande.

gracias a la evolución inmediata del Derecho del Trabajo “para tomar en cuenta la diversidad de las aspiraciones de los trabajadores y las necesidades de las empresas” así como para proporcionar “seguridad” a las relaciones jurídicas del trabajo (una forma de obsesión de la “seguridad jurídica” — estabilidad de los actos, previsibilidad de las consecuencias, especialmente económicas, de los actos, en particular de los despidos — reclamada por las organizaciones patronales y por los juristas a su servicio);

- aumentar el poder adquisitivo de los trabajadores mediante la reducción de las cotizaciones sociales a su cargo;

- reforzar los dispositivos de formación profesional;

- refundir el aprendizaje para desarrollar masivamente la oferta de las empresas a los jóvenes de menos de 25 años;

- abrir las prestaciones de desempleo a los trabajadores “dimisionarios” (hasta ahora sólo se benefician los trabajadores involuntariamente en desempleo) y a los trabajadores autónomos;

- renovar el sistema de jubilación haciéndolo más transparente y justo.

Por lo que se refiere a la primera de esas reformas, el informe al Presidente de la República relativo a la primera de las Ordenanzas a las que nos referiremos más abajo, ofrece un discurso convenido pero significativo: esta reforma traduce un *“proyecto global de transformación del Código del Trabajo destinado a liberar las energías y ofrecer verdaderas protecciones a los trabajadores, mediante la negociación con los trabajadores y sus representantes”*, un proyecto que *“debe contribuir a favorecer el progreso social y económico para Francia y los franceses, en la línea de nuestra herencia social, conciliando fidelidad al pasado y adaptación a los desafíos de nuestro tiempo”*, a través de *“medidas concretas, pragmáticas”* que *“configuran un nuevo derecho social en nuestro país: en el marco definido por la ley, la negociación fijará,*

en adelante, las reglas de funcionamiento en la empresa y en el sector”⁽⁵⁾.

1.1. El recurso a las Ordenanzas

La reforma del Derecho del Trabajo mediante la del Código del Trabajo (eliminando reglas jurisprudenciales en determinados puntos) responde a las aspiraciones de la Comisión Europea formuladas en sus “recomendaciones” a los Estados miembros⁽⁶⁾, en las que se insta a Francia, de forma constante, a proceder a una clara “modernización del mercado de trabajo”, eufemismo que nadie puede obviar y que se refiere a una flexibilización de las condiciones jurídicas del uso de la mano de obra. La “ley El Khomri”, precedente más reciente entre muchos otros textos, respondía claramente a esa preocupación.

El Presidente y el Gobierno debían frente, sin embargo, a dos condicionantes.

Un condicionante político en primer lugar: realizar esta reforma del Código del Trabajo antes del final del periodo estival, poco propicio a movilizaciones sindicales que la operación podía provocar, lo que encomendaba recurrir al procedimiento de *las Ordenanzas*, previsto en el artículo 38 de la Constitución⁽⁷⁾. Éste prevé que “el Gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitar al Parlamento la autorización para adoptar por Ordenanzas, durante un plazo limitado,

(5) Extracto del informe relativo a la Ordenanza n. 2017-1385. Igualmente, se puede leer que “esta reforma apuesta por la confianza y la inteligencia colectiva de las empresas, de los trabajadores y de sus representantes, especialmente las organizaciones sindicales” o que reivindica “la confianza dada a las empresas y a los trabajadores a través de la capacidad de anticipar y de adaptarse de manera sencilla, rápida y segura”.

(6) “Loi travail: Bruxelles espère des mesures fortes de la France/Bruxelles attend Emmanuel Macron sur sa future loi travail”, *Le Monde*, 23 mai 2017.

(7) Fue la vía seguida por el Gobierno Mauroy en 1981 para realizar una primera serie de reformas sociales, especialmente de reducción del tiempo de trabajo, antes de la discusión y la aprobación de las “leyes Auroux”. Otros Gobiernos utilizaron el procedimiento de las Ordenanzas.

medidas que corresponden normalmente a la ley”, caso de la fijación o de la modificación de las reglas principales del Derecho del Trabajo. La autorización del Parlamento se materializa en una ley de habilitación que fija la duración de esa modalidad de delegación del poder legislativo y define las materias así como las orientaciones de la producción normativa confiada al ejecutivo.

Las Ordenanzas, cuyo proyecto se somete al previo Dictamen consultivo del Consejo de Estado (en su función de consejero del gobierno⁽⁸⁾), se adoptan en Consejo de Ministros presidido por el jefe del Estado que las firma y prescribe su publicación (con el informe al Presidente que ha de acompañar cualquier Ordenanza para exponer las razones de su adopción y describir sus líneas maestras) al *Journal Officiel* de la República. Entran en vigor en el momento de la publicación pero solo tienen valor reglamentario hasta su ratificación por ley aprobada en el Parlamento⁽⁹⁾. Es decir que, hasta la promulgación de esa ley, quedan expuestos, como los decretos presidenciales o ministeriales, a un recurso de anulación por ilegalidad (o *a fortiori* por inconstitucionalidad) ante el Consejo de Estado (sección de lo contencioso), jurisdicción administrativa suprema⁽¹⁰⁾. A partir de la entrada en vigor de la ley de ratificación⁽¹¹⁾, que puede modificarlas,

las disposiciones de las Ordenanzas o introducidas por ellas en los códigos o leyes anteriores, tienen valor legislativo y sólo pueden ser anuladas por el Consejo constitucional vía una “cuestión prioritaria de constitucionalidad” alegada durante un litigio ante la jurisdicción judicial o administrativa.

Otro condicionante para el Gobierno, de tipo jurídico, se desprendía del artículo L. 1 del Código del Trabajo introducido por la ley “de modernización del diálogo social” de 31 de enero de 2007. En virtud de esta disposición, que abre hoy en día el Capítulo Preliminar (titulado “Diálogo social”) del Código refundido en 2007-2008, “todo proyecto de reforma contemplado por el Gobierno que se refiere a las relaciones individuales y colectivas de trabajo, al empleo y la formación profesional y que pertenece al ámbito de la negociación nacional e interprofesional, es objeto de una concertación previa con las organizaciones sindicales de trabajadores y empresarios representativas en el ámbito nacional e interprofesional, con vista a la apertura eventual de una negociación”. Esta regla especial de procedimiento legislativo que impone, salvo urgencia, una “concertación” — solicitud e intercambios de puntos de vista y pareceres de los interlocutores sociales sobre el proyecto de reforma — tiene como objetivo garantizar la toma en consideración (por el Gobierno) de la posición de las organizaciones patronales y sindicales, y favorecer la apertura, entre ellas, de una negociación de la reforma legislativa (dicho sea de paso, algo que casi nunca ha ocurrido hasta la fecha).

Así, con la intención de someter al Parlamento un proyecto de ley que le habilita a “legislar vía Ordenanzas” para modificar sustancialmente el Código del Trabajo, el Gobierno Philippe tuvo que empezar previamente

Presidente de la República, ser objeto de recurso ante el Consejo constitucional que examinará su conformidad a la Constitución. Pueden formular tal recurso el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente del Senado o el de la Asamblea Nacional o - lo que ocurre más frecuentemente - 60 diputados o 60 senadores.

(8) Las secciones denominadas “administrativas” del Consejo de Estado, entre ellas, la Sección Social, ejercen esta función.

(9) Este mecanismo resulta muy similar al de los artículos 82-85 de la Constitución española de 1978. La “ley de habilitación” (o de “autorización”) corresponde a la ley de bases (se requiere igualmente en caso de delegación de poder legislativo para refundir textos legislativos, especialmente realizar una “recodificación de derecho constante”, como se ha producido frecuentemente, en particular en 2006, para la recomposición del Código del Trabajo). Las Ordenanzas se asemejan al decreto legislativo. La Constitución de 1958 no reconoce al Gobierno la facultad de adoptar decretos leyes como los del artículo 86 de la Constitución española.

(10) La CGT y la CFTD han impugnado algunas disposiciones de las Ordenanzas del 22 de septiembre.

(11) Como cualquier “ley ordinaria”, puede, tras su aprobación y antes de su promulgación por el

por organizar encuentros, para exponer su proyecto global y las principales medidas de la reforma, con cada una de las organizaciones patronales representativas — Movimiento de las empresas de Francia (Medef), Confederación general de las pequeñas y medianas empresas (CGPME) etc.— y cada una de las cinco confederaciones de sindicatos de trabajadores actualmente representativas en el ámbito nacional y en todos los sectores de actividad (CGT, CFDT, CGT-FO, CFTC, CGC-CFE⁽¹²⁾). Hecho llamativo, el ejecutivo no ha mantenido reuniones con el conjunto de esas organizaciones, de acuerdo con lo que se podía pensar de la forma de la concertación prescrita por el Código, y ha optado por reuniones bilaterales entre la Ministra de Trabajo y cada una de las organizaciones. Reuniones sobre los proyectos de Ordenanzas que se realizaron hasta el final del mes de agosto. Los interlocutores sociales no abrieron ningún proceso de negociación, ya que ninguna organización deseaba una negociación nacional e interprofesional que asumiera esta reforma del Código del Trabajo prometida por el candidato Macron. La legalidad de esta manera de practicar el procedimiento del “diálogo social” del artículo L. 1 no ha sido contestada por los parlamentarios de la oposición de izquierdas que han recurrido la ley de habilitación ante el Consejo constitucional, y no podrá serlo a través de una eventual cuestión prioritaria de constitucionalidad relativa a una disposición del Código introducida por una Ordenanza ratificada.

Por consiguiente, es bajo una forma jurídicamente discutible — en el marco de lo que se denomina pomposamente “democracia

social”⁽¹³⁾ — que los proyectos de textos han sido elaborados, si bien los repetidos intercambios (“más de 300 horas de intercambios profundizados”, se garantiza) entre el Primer Ministro, la Ministra de Trabajo y sus asesores (principalmente procedentes del mundo patronal), por una parte, y las organizaciones sindicales, por otra parte, han permitido a estas últimas conseguir algunas correcciones de los proyectos iniciales. Dichas correcciones han permitido reducir la hostilidad de centrales como la CFDT y FO, con el efecto de evitar lo que temía el Gobierno: la adhesión de esas confederaciones, conocidas como “reformistas”, a la posición de la CGT y a su llamamiento, ya anunciado, a la movilización en contra de la “reforma Macron”. En todo caso, se trató de correcciones menores que no han tomado en consideración las reivindicaciones o propuestas sindicales esenciales, por lo que la apreciación final del movimiento sindical sobre la reforma ha sido globalmente negativa o reservada aunque no haya sido expresada de forma unitaria.

1.2. La realización de la operación

La discusión del proyecto de ley de habilitación ha dado lugar, desde julio, a intensos

(12) CGT: *Confédération générale du travail* (la más importante en efectivos y en resultados electorales si se consideran todos los sectores de trabajadores dependientes, incluso la función pública); CFDT: *Confédération française démocratique du travail* (organización más representativa en el sector privado desde las últimas elecciones profesionales); CGT-FO: *CGT-Force ouvrière* (nacida de una escisión de la CGT en 1947); CFTC: *Confédération française des travailleurs chrétiens*; CGC-CFE: *Confédération générale des cadres-Confédération française de l'encadrement*.

(13) Varias leyes del principio del siglo XXI utilizan esta expresión en su título (entre otras, la ley de 20 de agosto de 2008 “*portant rénovation de la démocratie sociale*”, que modificó el régimen de la representatividad sindical). Sin embargo, sería razonable y sano hacer un uso más moderado de tal terminología (A. Jeammaud, “Ne rêvons plus de ‘démocratie économique’ ou ‘industrielle’, ne parlons plus de ‘démocratie sociale’!”, *Revue de droit du travail*, Octubre 2017, p. 577). Las reformas del Derecho del Trabajo realizadas en 1982-1983, que se acompañaron de la ampliación del sector público industrial y comercial (nacionalizaciones), daban una cierta credibilidad a la voluntad proclamada por el primer Gobierno y la primera mayoría de izquierdas, de permitir la eclosión de una “democracia económica” o, al menos, de una forma avanzada de “democracia industrial” (ver: A. Jeammaud y A. Lyon-Caen, “Francia”, in *Derecho del trabajo, democracia y crisis, en Europa occidental y en América*, dir. A. Lyon-Caen et A. Jeammaud, ed. española dir. L. E. De la Villa Gil y M. C. Palomeque López, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, p. 55 sig.).

debates entre la nueva mayoría de la Asamblea Nacional y, principalmente, la oposición de izquierdas (grupos “Nueva izquierda”, LFI y PCF). La ley ha sido aprobada de forma rápida con el concurso de algunos diputados de LR (la derecha “republicana”) y la oposición del FN en nombre de “la defensa de los trabajadores (franceses)”. Tras la decisión del Consejo constitucional que desestimó todas las críticas jurídicas formuladas por los diputados de la izquierda⁽¹⁴⁾. Promulgada el 15 de septiembre, la ley habilita “al Gobierno a adoptar, vía Ordenanzas y durante un plazo de seis meses, diversas medidas de reforzamiento del diálogo social”. Preparadas desde el mes de julio, fueron firmadas cinco Ordenanzas el 22 de septiembre por el Presidente de la República con una puesta en escena inusual (periodistas y televisiones invitadas en el Palacio del Eliseo, breve discurso presidencial). De conformidad con el artículo 8 de la ley, el Gobierno ha depositado el 27 de septiembre ante el Parlamento un proyecto de ley única de ratificación de aquellos cinco actos.

Estas Ordenanzas, con números 2017-1385 a 2017-1389 y con tamaños muy desiguales, las integran principalmente artículos que modifican, sustituyen, crean o derogan artículos del Código del Trabajo y, en mucha menor medida, otros Códigos⁽¹⁵⁾. Si la pretensión fue “simplificar” y “modernizar” un Código del Trabajo cuyo volumen, seguramente excesivo, ha sido denunciado con constancia por el sector empresarial, los economistas ortodoxos y la derecha política, el conjunto de la ley del 15 y de las Ordenanzas de 22 de septiembre ocupa un centenar de páginas en el *Journal Officiel*. Otros textos van a complementar o ya han complementado ese conjunto: los Decretos expresamente previstos por algunas disposiciones introducidas por estas Ordenanzas o, en cualquier caso, indispensables para su

aplicación. Solo tras su completa publicación se podrá apreciar, en su justa medida, la reducción del volumen del Código.

2. El contenido de la reforma

De acuerdo con las exigencias de la jurisprudencia del Consejo constitucional, la ley de habilitación del 15 de septiembre precisa las orientaciones sustanciales de las Ordenanzas por venir: “reconocer y atribuir un papel central a la negociación colectiva de empresa” a través de numerosos medios por precisar⁽¹⁶⁾; “instaurar una nueva organización del diálogo social en la empresa y [...] favorecer las condiciones de implementación sindical y de ejercicio de las libertades sindicales”, según modalidades por precisar; “reforzar la previsibilidad y, así [...] proporcionar seguridad jurídica a la relación laboral o los efectos de la ruptura para los empleadores y para los trabajadores” etc. La mayoría de las nuevas disposiciones del Código del Trabajo entran en vigor el 1º de enero de 2018; algunas, sin embargo, ya se aplican desde el 24 de septiembre o el 1º de octubre.

Resulta imposible en el marco de este trabajo considerar todas las aportaciones de esta reforma parcial del Código del Trabajo (el Gobierno anunciaba “36 medidas”)⁽¹⁷⁾, por

(14) Decisión n. 2017-751 DC de 7 de septiembre de 2017.

(15) Código Rural y de la Pesca marítima que contienen disposiciones aplicables a los trabajadores del sector agrícola o de la pesca, Código de la Seguridad Social, etc.

(16) El artículo 1, 3º de la ley (que hubiera podido proceder directamente a esta supresión) encomendaba al Gobierno suprimir la comisión de expertos creada por el artículo 1º de la “ley El Khomri” y encargada de proponer una “refundición de la parte legislativa del Código del Trabajo” (¡sorprendente fórmula!), que debía “atribuir un papel central a la negociación colectiva”, de acuerdo con las recomendaciones del Informe Combexelle (antiguo Director general del trabajo en el ministerio de Trabajo, y actual presidente de la Sección social del Consejo de Estado) al Primer Ministro Valls. La Ordenanza n. 2017-1385 ejecuta el “mandato” del nuevo legislador y deroga el artículo inicial de la ley de 2016. Se sabe que esa comisión no había podido constituirse o no lo había hecho.

(17) Modificaciones de alcances muy variados han retocado el régimen de la extensión y de “la ampliación” (élargissement) de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo, el régimen del teletrabajo (para fomentar su práctica) y el régimen del derecho de expresión directa reconocido a los trabajadores a partir del año 1982 (para facilitar su ejercicio, aparentemente poco utilizado en la práctica, a través de las herramientas digitales). Otras disposiciones se refieren

lo que sólo se pretende describir a grandes rasgos las principales innovaciones: las encaminadas, según las propias palabras de la primera Ordenanza, al “reforzamiento de la negociación colectiva”, que parece obsesionar tanto al legislador francés contemporáneo como a los dirigentes de determinadas organizaciones profesionales (2.1.), las relativas a la representación del personal en la empresa, con la “fusión” de las tres principales instituciones representativas (2.2.), y las tendentes a un alivio de las cargas y a una reducción de las rigideces que el Derecho de la relación de trabajo supone para el empleador (2.3.).

2.1. El “reforzamiento de la negociación colectiva”

En Derecho francés, el régimen de la negociación colectiva se caracterizaba durante mucho tiempo por cuatro grandes rasgos: el monopolio de las organizaciones sindicales de trabajadores representativas como agentes de la negociación; el dominio del convenio o acuerdo de sector sobre el acuerdo de empresa, salvo disposiciones más favorables para los trabajadores; la exclusión de cualquier regulación convencional contraria a las reglas legales (las del Código del Trabajo esencialmente), salvo disposiciones más favorables para los trabajadores; y una cierta capacidad de resistencia de los contratos de trabajo a las normas colectivas⁽¹⁸⁾. Este perfil ha sufrido varias alteraciones desde

a la valorización de la trayectoria profesional de los trabajadores que dedicaron tiempo y energía al ejercicio de mandatos sindicales o de representación a pesar del riesgo de sacrificar su carrera profesional (se trata de animar las vocaciones sindicales o de representación del personal, de preferencia por la inversión en la negociación de empresa). Finalmente, cabe señalar la puesta en marcha de un “Código del Trabajo digital” para facilitar el acceso gratuito de todos los empleadores o trabajadores (vía el servicio público de difusión del derecho por internet) a las disposiciones del Código y a las de los convenios y acuerdos colectivos aplicables.

- (18) No parece inútil recordar periódicamente que la capacidad de resistencia según las reglas de derecho no se puede confundir con la capacidad efectiva y la elección (fuertemente dependiente de la información) de ejercer esta facultad (este “derecho”).

hace casi quince años, es decir, desde la reforma del conjunto del derecho a la negociación colectiva operada por una ley de 4 de mayo de 2004 (“ley Fillon”, nombre del ministro de Trabajo de aquel entonces) hasta la ley “El Khomri” de 2016. Las disposiciones del Código del Trabajo modificadas o introducidas con vista al “reforzamiento de la negociación colectiva”, tal y como se titula la Ordenanza n. 2017-1385, garantiza especialmente el de la negociación empresarial⁽¹⁹⁾.

2.1.1. La nueva potencia del acuerdo de empresa respecto al convenio sectorial⁽²⁰⁾

2.1.1.1. Tres modalidades de relaciones

Las materias susceptibles de negociación se reparten en tres grupos de materias — los

(19) No se abordarán todos los cambios del régimen de la negociación colectiva: modificaciones de la periodicidad (anual, trianual o quinquenal etc.) y del contenido de las negociaciones obligatorias con un papel incrementado de la negociación colectiva; modificaciones del régimen de la extensión de los convenios colectivos; “segurización” de la aplicación de éstas (reducción a dos meses del plazo para impugnar el convenio y solicitar su nulidad) etc. Por otra parte, si bien existe desde 1950 un organismo tripartito, la Comisión superior de los convenios colectivos, denominada Comisión nacional de la negociación colectiva desde 1982 (parecida a la *Comisión consultiva nacional de convenios colectivos*), y, desde el año 2008, un Alto Consejo del diálogo social encargado de cuestiones relativas al reconocimiento de la representatividad de las organizaciones sindicales y patronales, la Ordenanza n. 2017-1385 prevé la creación, en el ámbito provincial y por decisión de la autoridad administrativa, de un “Observatorio de análisis y de apoyo del diálogo social”, de composición tripartita, encargado de fomentar el diálogo social y la negociación colectiva en las empresas de menos de 50 trabajadores de la provincia, así como de establecer “un balance anual del diálogo social en la provincia”.

(20) En la nueva terminología del Código, la expresión “convenio de sector” se refiere al género que incluye el convenio colectivo de sector, el acuerdo colectivo profesional (acuerdo sectorial relativo a una o varias materias: jornada, salarios, derecho sindical, por ejemplo) y el acuerdo interprofesional; la expresión “convenio de empresa” corresponde al nombre genérico para el convenio o el acuerdo colectivo empresarial o de centro de trabajo. Para más comodidad, nos referiremos a la expresión *acuerdo colectivo* para designar de forma genérica el conjunto de estos actos jurídicos especiales.

comentaristas hablan de “bloques” — que corresponden a tres relaciones diferentes entre convenio de sector y convenio de empresa.

En trece materias limitadamente enumeradas — *primer bloque* — las disposiciones del convenio sectorial prevalecen sobre las del acuerdo de empresa, firmado anteriormente o posteriormente, salvo sobre las que aseguran a los trabajadores “garantías al menos equivalentes”⁽²¹⁾. Integran ese bloque las siguientes materias: las clasificaciones profesionales; los salarios mínimos por cada nivel jerárquico; la igualdad profesional entre hombres y mujeres; las condiciones y la duración de la renovación del periodo de prueba en el contrato de trabajo por tiempo indefinido; determinadas medidas relativas a la jornada y a su distribución; algunos elementos del régimen del contrato de duración determinada y de los contratos a través de empresas de trabajo temporal sobre los cuales el acuerdo colectivo no podía hasta entonces derogar al Código (duración del contrato, número de renovaciones etc.); el régimen del nuevo contrato “firmado por la duración de una obra o de una operación”.

En otras materias, *el acuerdo de empresa se aplica de forma preferente al de sector anterior, salvo si éste impone expresamente la solución contraria, en tal caso prevalecen únicamente las normas convencionales de empresa que aseguran a los trabajadores “garantías al menos equivalentes”* (se habla de “cláusula de cierre”). Ahora bien, este *segundo bloque* tiene un tamaño relativamente reducido: prevención de los efectos de la exposición a determinados riesgos profesionales (penosidad, exposición a determinados agentes químicos etc.); inserción profesional de los trabajadores con discapacidad; pluses por trabajos peligrosos e insalubres; y efectivo de la empresa a partir del

cual las organizaciones sindicales representativas pueden designar delegados sindicales y su número.

En todas las demás materias — *tercer bloque* — las disposiciones del acuerdo de empresa, firmado antes o después de la entrada en vigor del convenio de sector, prevalecen sobre las de este último que tienen el mismo objeto, incluso más favorables. En defecto de acuerdo empresarial, lógicamente, se aplica el convenio sectorial.

Se observa, por lo tanto, un importante incremento de la autonomía de la negociación en el ámbito empresarial o en el centro de trabajo que se ilustra igualmente por el régimen especial de un tipo de acuerdo de empresa “para responder a las necesidades de funcionamiento de la empresa o con vistas a preservar o desarrollar el empleo”. Este acuerdo puede adaptar la jornada de trabajo, sus modalidades de organización y de distribución, modificar la remuneración en el respeto del salario mínimo legal (SMIC) y de los salarios mínimos convencionales de sector (por ejemplo, suprimiendo una ventaja salarial prevista en un acuerdo de empresa anterior, por uso profesional o reconocido unilateralmente por el empleador), determinar las modalidades de movilidad profesional o geográfica interna a la empresa, o abordar varias de estas cuestiones. Estos acuerdos, sin nombre en las nuevas disposiciones y denominados “acuerdos de competitividad” por el Consejo constitucional en su decisión de 7 de septiembre de 2017 relativa a la ley de habilitación, tienen como singularidad desplegar una eficacia especial sobre los contratos de trabajo incluidos en su ámbito de aplicación (ver *infra* 2.1.3).

2.1.1.2. ¿Una competencia a través de las normas convencionales de empresa?

Se dice con excesiva simplificación que la ley de agosto de 2016 y la Ordenanza n. 2017-1385 han conducido a una “inversión de la pirámide de las normas”. Realmente, y suponiendo que esta figura de “pirámide de

(21) Los juristas y profesionales de las relaciones laborales, acostumbrados a la fórmula clásica “estipulaciones más favorables”, habrán de determinar el significado y alcance de esta nueva fórmula, varias veces utilizada en los textos nuevos: “asegurar garantías al menos equivalentes”.

las normas” sea pertinente y correctamente denominada, el diagnóstico es, por lo menos, excesivo. En primer lugar, porque el instrumento convencional sectorial no siempre cede ante el de empresa. Luego porque, si la facultad de establecer una regulación contraria a las disposiciones legales por acuerdo colectivo, incluso menos favorables a los trabajadores, se ha extendido de forma progresiva a través de las reformas de las últimas décadas, permanecen en el Código numerosas normas inderogables *in peius* y sólo derogables *in melius* de conformidad con lo que sigue siendo la regla de principio⁽²²⁾. Sin embargo, cabe afirmar que las más recientes innovaciones nacidas de una voluntad de “flexibilizar” esta legislación, conducen a un debilitamiento significativo de uno de los papeles reconocidos al Derecho del Trabajo: ser un especie de “policía” de la competencia a través de la limitación de la posibilidad, para los empleadores en competencia en un mercado de productos, de buscar una ventaja en el plano del coste de la mano de

obra, alterando las condiciones jurídicas de su uso⁽²³⁾. En efecto, las nuevas reglas permiten a un empleador conseguir, por acuerdo de empresa, una ventaja comparativa en una materia correspondiente al tercer bloque de materias. Por ejemplo, puede librarse de todo o parte del coste de un plus o de un incremento salarial previsto en un acuerdo de sector, dado que éste se aplica de forma obligatoria únicamente por lo que se refiere a los salarios mínimos⁽²⁴⁾. Surge, por lo tanto, un factor nuevo de competencia a través de las normas empresariales, siempre y cuando los agentes de la negociación o los trabajadores directamente a través de la ratificación de un proyecto de acuerdo presentado por el empleador, suscriban esta forma de búsqueda de competitividad. No faltaron denuncias por parte de sindicalistas, y con algo de razón, del riesgo de “dumping social” entre empresas de un mismo sector⁽²⁵⁾.

Sin embargo, la práctica de esta gestión de la mano de obra llevada a cabo por las direcciones de las empresas y el cumplimiento del riesgo evidente de una degradación de las condiciones de empleo, dependerán en gran medida del poder de negociación de los interlocutores sociales. El traslado del lugar principal de negociación colectiva del sector

(22) El artículo L. 2251-1 del Código permanece intacto: “un convenio o un acuerdo puede contener estipulaciones más favorables a los trabajadores que las disposiciones legales en vigor. No pueden derogar a las disposiciones de orden público”. La norma implica que la disposición constituye una regla de principio, frente a la cual existen determinadas reglas especiales como reglas de excepción (por lo tanto, de interpretación restrictiva). Igualmente se trata de una de las normas que han podido servir de punto de arranque de la inducción amplificadora que ha llevado a la Corte de casación a consagrar el “principio fundamental en Derecho del Trabajo” según el cual “en caso de conflicto de normas, la más favorable a los trabajadores debe recibir aplicación” (respecto a la noción de “principios”, ver A. JEAMMAUD, “L’inexistence en droit français du travail, d’un principe ‘pro operario’”, *Estudios en recuerdo del Profesor Dr. Ramón Alarcón Caracul*, Monografías de *Temas Laborales*, Sevilla, 2016, p. 83). La presencia de disposiciones nuevas conduce a poner en duda que esta norma jurisprudencial (que algunos llaman «principio de favor», lo que discutimos) conserve su calidad de principio. Debería mantenerse en derecho positivo (si la Corte de casación no decide olvidarla), pero su aplicación se reduce proporcionalmente al número de reglas de excepción, lo que impediría en adelante hablar de “principio”: se trata, hoy por hoy, de una (mera) regla de principio (cuya presencia implica, eso sí, una interpretación restrictiva de las reglas de excepción).

(23) En Francia, esta consideración inspiró la creación de la técnica de la extensión del convenio colectivo sectorial (en el sentido de la terminología legal señalada supra, nota 18) por decreto del Ministro de Trabajo. Conviene apuntar una innovación, discreta pero significativa, de la Ordenanza n. 2017-1388: en adelante, el ministro puede rechazar la extensión de cláusulas de un acuerdo colectivo “por motivo de interés general, especialmente por una vulneración excesiva a la libre competencia” (eventualmente, tras haber solicitado a un grupo de expertos la apreciación de los eventuales efectos económicos y sociales de la extensión).

(24) Todo dependerá de lo que el acuerdo de sector entienda por “salarios mínimos jerárquicos”, puesto que los firmantes pueden incluir en ellos elementos de remuneración cuya fijación corresponde, *a priori*, al bloque 3. Así fue lo que sucedió en octubre de 2017 en el sector del transporte por carretera.

(25) Por ejemplo: J. Decaillon y E. Martin, “Ordonnances: non au dumping social!”, *Le Monde*, 16 septembre 2017.

hacia la empresa — se habla de descentralización — se presenta con mucho agrado por sus partidarios como un factor de dinamización del sindicalismo en la empresa, y algunos sindicalistas la contemplan como un recurso suplementario para la defensa de los intereses de los trabajadores, incluso como un tipo de “contrapoder” en la organización productiva. A pesar de ello, no faltan motivos para temer que estos representantes sindicales, más solicitados que nunca en la mesa de negociación, tengan menos poder de resistencia a las “propuestas-reivindicaciones” del empleador que los negociadores sindicales en el sector frente a la representación patronal.

2.1.2. Innovaciones en las condiciones de validez de los acuerdos colectivos

La regla de principio permanece sin cambios y contempla que *una o varias organizaciones sindicales representativas* de trabajadores, a través de los delegados sindicales por ellas designados, negocian, firman y revisan los convenios y acuerdos colectivos de trabajo en las empresas o centros de trabajo⁽²⁶⁾. Sin embargo, de forma progresiva, se ha introducido diferentes fórmulas para permitir la celebración de acuerdos en empresas — pequeñas y medianas sobre todo — sin delegado sindical, sea que su plantilla no alcance el umbral mínimo para proceder a su designación, o sea que ninguna organización haya estimado útil designarlo. En este marco, se abren posibilidades de negociar a través de los representantes elegidos (delegados del personal, miembros del comité de empresa) o de trabajadores “ordinarios” con un mandato a tal efecto por parte de sindicatos representativos.

Los redactores de la última reforma han querido ir más allá y “proporcionar soluciones

pragmáticas en las muy pequeñas y medianas empresas”, llegan a hablar de un “derecho a la negociación colectiva de las pequeñas y medianas empresas”, garantizado por un “acceso directo y simple” a la negociación para “todas las empresas del país”, así como de un “derecho universal”, es decir, relativo a todos los temas abiertos a la negociación⁽²⁷⁾. La terminología empleada es reveladora de la concepción de las relaciones laborales y de la vocación del Derecho del Trabajo: la “empresa” como tal, y no el empleador que sigue siendo en Derecho francés una de las partes de las relaciones jurídicas de trabajo⁽²⁸⁾, sería titular de derechos subjetivos, especialmente del derecho a la negociación colectiva, cuando el Código del Trabajo consagra únicamente un “*derecho de los trabajadores a la negociación colectiva del*

(27) Informe ya citado con la Ordenanza n. 2017-1385.

(28) En derecho francés, el contrato de trabajo se celebra entre un “trabajador” y un “empleador”, persona física o moral. El sujeto empleador — a menudo una sociedad comercial o civil, o igualmente una asociación, un establecimiento público del sector industrial o comercial, o cualquier otro tipo de “persona moral” — es jurídicamente dueño, salvo excepción (el particular empleador en el sector de la asistencia domiciliar, por ejemplo), de una “empresa”, por la titularidad de diferentes derechos (derecho de propiedad en primer lugar). Esta empresa no tiene como tal personalidad jurídica, lo que no significa que el derecho francés, como se suele afirmar, “ignore la empresa”. El lenguaje del derecho y del Derecho del Trabajo en particular, utiliza en abundancia este término, especialmente y de forma estricta, para referirse al ámbito jurídico en el cual se celebran los contratos de trabajo, se firman y aplican acuerdos colectivos y se organizan y funcionan las “instituciones representativas del personal” (delegados del personal, comité de empresa, en adelante el comité social y económico o el consejo de empresa) y las representaciones sindicales (secciones sindicales y delegados sindicales). Sin embargo, existe otra representación de las relaciones laborales que procura convencer de definir la empresa como una “comunidad” de vida y de futuro en la cual capital y trabajo están naturalmente destinados a colaborar en vez de oponerse (“doctrina de la empresa”, defendida en Francia por Paul Durand, o visión de la “asociación capital-trabajo”, elemento central de la doctrina social de Charles De Gaulle). Convertir la “empresa”, y no el empleador, en parte de la relación de trabajo resulta ilustrativa de aquella representación ideológica de la empresa y la nutre.

(26) Se ha modificado profundamente el régimen de la representatividad sindical en 2008. En adelante, el reconocimiento de esta cualidad depende fuertemente de los resultados obtenidos por la organización sindical en las elecciones profesionales (de los representantes del personal en la empresa).

conjunto de sus condiciones de empleo, de formación profesional y de trabajo, así como de sus garantías sociales” (art. L. 2221-1).

En todo caso, antes de abordar la diversidad de las vías para obtener un acuerdo, es importante señalar que en este aspecto la reforma se desarrolla de forma paralela al aceleramiento de un cambio adoptado hace apenas un año: el acuerdo de empresa sólo podrá ser un acuerdo adoptado por mayoría.

2.1.2.1. El acuerdo de empresa, acuerdo mayoritario

Se ha introducido paulatinamente una modalidad de exigencia mayoritaria para reconocer la validez a un convenio o acuerdo colectivo⁽²⁹⁾. Para simplificar, se presentó primero bajo la forma de una doble condición: firma de uno o varios sindicatos minoritarios según los resultados más recientes a las elecciones profesionales — con la exigencia de una audiencia de al menos el 30 % de los votos — y ausencia de oposición de uno o varios sindicatos mayoritarios según el mismo criterio. Guiada por la preocupación de reforzar la legitimidad de los acuerdos colectivos, la ley de agosto de 2006 consagró el requisito de firma mayoritaria: desde el inicio del año 2017 se subordinó la validez de un acuerdo de empresa o centro de trabajo en materia de jornada de trabajo, de descanso y de vacaciones, a su firma por uno o varios sindicatos mayoritarios o, en caso de firma de sindicatos minoritarios, a su aprobación por referéndum de los trabajadores. Esta exigencia debía extenderse a todos los acuerdos de empresa a partir del 1º de septiembre de 2019, pero la Ordenanza n. 2017-1385 adelanta la fecha al 1º de mayo de 2018. Igualmente reconoce al empleador la facultad de solicitar que el acuerdo minoritario se someta a la aprobación de los trabajadores.

Por lo tanto, en adelante, *el régimen de derecho común del acuerdo de empresa o de centro de trabajo es sustancialmente el siguiente:*

(29) Se introduce en 1982 en las “reformas Auroux”.

– su validez se subordina a la firma de uno o varios sindicatos representativos que cuenten con más del 50 % de los votos emitidos a favor de organizaciones representativas durante las últimas elecciones de los miembros titulares del comité de empresa o de la delegación única del personal o, en su defecto, de los delegados del personal (pronto se tratará de elecciones al comité social y económico, ver infra), sea cual sea el número de votantes;

– si firman el acuerdo sindicatos representativos que cuentan con más del 30 % de los votos, una o varias de estas organizaciones disponen de un plazo de un mes para solicitar la consulta a los trabajadores;

– al finalizar el plazo sin iniciativa sindical, el empleador puede solicitar la organización de la consulta, salvo oposición del conjunto de las organizaciones firmantes;

– la consulta ha de celebrarse en un plazo de dos meses y se puede organizar de forma electrónica;

– el acuerdo es válido si lo aprueban los trabajadores con la mayoría de los votos emitidos, sea cual sea el número de participantes.

La posibilidad reconocida al empleador de solicitar la consulta traduce, entre otras innovaciones, la clara y firme voluntad de favorecer la obtención de acuerdos colectivos, ¡más que de manifestar una devoción por la democracia en la empresa!

2.1.2.2. La diversificación de las vías de obtención de un acuerdo colectivo

Esta cuestión se plantea en las empresas sin delegados sindicales o consejo de empresa. En efecto, el o los delegados sindicales, designados por cada organización sindical representativa en una empresa o centro de trabajo de al menos cincuenta trabajadores, desempeñan un papel esencial en todas las negociaciones en ese ámbito. Igualmente, el delegado del personal

que cualquier sindicato representativo puede designar en una empresa de menos de cincuenta trabajadores, tiene la facultad de asumir las funciones de delegado sindical y convertirse en agente de la negociación en nombre de su organización. En este marco, si ningún sindicato ha podido, jurídica o fácticamente, designar un delegado sindical o al menos confiar este papel a un delegado del personal, la negociación de un acuerdo de empresa o de centro de trabajo parece imposible. Pues bien, el legislador ha previsto fórmulas alternativas que habilitan para negociar a los representantes elegidos del personal o, en su defecto, a uno o varios trabajadores con intervención o control de una o varias organizaciones sindicales representativas en el sector. Estas alternativas han sido objeto de modificaciones en las Ordenanzas de 2017, que toman en cuenta, por otra parte, las modificaciones realizadas en materia de representación electiva del personal, es decir, la sustitución de los tradicionales órganos de representación (delegados del personal, comité de empresa y consejo de higiene y seguridad de las condiciones de trabajo — CHSCT) por el comité social y económico que puede convertirse en consejo de empresa, entonces con competencia exclusiva para negociar, firmar y revisar acuerdos de empresa o de centro de trabajo (ver *infra*).

Las nuevas disposiciones del Código del Trabajo contemplan varios supuestos y ofrecen, para cada uno de ellos, una o más soluciones, cuyo contenido es, en esencia el siguiente:

En las empresas o centros de trabajo de menos de 11 trabajadores, y en los de menos de 20 sin miembros del consejo social y económico (CSE), el empleador puede proponer a los trabajadores “*un proyecto de acuerdo colectivo*” que se convierte en “*un acuerdo colectivo válido*” si lo ratifica la mayoría de los dos tercios del personal. En tal caso, ¿sería posible considerar un “acuerdo colectivo”, cuando sólo pueden observarse adhesiones individuales?

En las empresas sin delegados sindicales que ocupan entre 11 y 49 trabajadores, pueden negociar, firmar y revisar los acuerdos de empresas o de centros de trabajo, o bien uno o varios miembros elegidos del CSE, o bien uno o varios trabajadores, miembros o no del CSE, con mandato a tal efecto de una o varias organizaciones sindicales representativas. El acuerdo firmado por miembros del CSE (estén o no con mandato de uno o más sindicatos) ha de ser firmado, para su validez, por miembros elegidos que “*representen la mayoría de los votos emitidos*” en las últimas elecciones profesionales. Si firman trabajadores ordinarios con mandatos sindicales, el acuerdo, para ser válido, ha de ser aprobado por consulta a los trabajadores, con la mayoría de los votos emitidos.

En una empresa o centro de trabajo sin delegados sindicales de al menos 50 trabajadores, uno o varios miembros elegidos del CSE pueden negociar, firmar o revisar un acuerdo colectivo si tienen mandatos de una o varias organizaciones sindicales representativas, pero la validez del acuerdo se subordina a la aprobación de los trabajadores con la mayoría de los votos emitidos. Si los representantes elegidos no cuentan con un mandato sindical, sólo pueden negociar, firmar o revisar un acuerdo relativo a determinadas materias (la jornada de trabajo en particular) cuya puesta en marcha necesita la existencia de tal acuerdo. La validez del acuerdo supone la firma de miembros elegidos que representan la mayoría de los votos emitidos durante las últimas elecciones al CSE. En ausencia de representación elegida⁽³⁰⁾, o si ningún miembro desea negociar, el empleador puede negociar y firmar con uno o varios trabajadores con mandatos sindicales en las mismas condiciones que el CSE con mandato, por lo que el acuerdo alcanzado ha de recibir la aprobación de los trabajadores de igual manera.

(30) En esta hipótesis, no se han podido celebrar las elecciones por falta de candidaturas y el inspector de trabajo ha constatado formalmente una “carencia”.

El tenor de esas normas, nuevas o modificadas, confirma que el objetivo del Gobierno ha sido ofrecer a los empleadores el máximo de medios para conseguir la firma de acuerdos — o la aprobación de actos que tiene igual valor — que permiten la tan reivindicada flexibilidad de organización y un mayor grado de autonomía respecto a los estándares de condiciones de trabajo resultantes de las normas convencionales sectoriales. Los seguidores del nuevo Presidente, el mundo patronal y los dirigentes de empresa que acogieron con entusiasmo las reformas sostienen, por supuesto, que las recientes Ordenanzas “*alientan a los interlocutores sociales a reiniciar el diálogo social en el seno de la empresa*”. Sin embargo, no podemos sino repetir que la cuestión central es saber si, en el marco de la empresa o del centro de trabajo, los encargados de la representación de los intereses de los trabajadores — o los propios trabajadores, invitados a pronunciarse mediante referéndum — disponen con la experiencia sindical o de representantes del personal, y hasta con el apoyo (que venga a la par de un “mandato”) de un sindicato representativo, de un poder de negociar con el empleador comparable al de las organizaciones sindicales de sector frente a las organizaciones patronales del mismo ámbito. Parece legítimo dudar de ello y, por consiguiente, dudar de *la justicia y de la pertinencia de estas modificaciones del régimen de la negociación colectiva*.

2.1.3. El acuerdo colectivo frente al contrato de trabajo

La regla general, heredada del primer Código del Trabajo, permanece vigente: “cuando se aplican a un empleador las cláusulas de un convenio o acuerdo colectivo, estas cláusulas se aplican a los contratos de trabajo firmados con él, salvo disposiciones más favorables” (art. L. 2254-1). Por otra parte, dado que el artículo L. 1121-1 acoge una disposición procedente de una ley de 1891 — “El contrato de trabajo se somete a las reglas del derecho común” — el principio de la fuerza vinculante

de los contratos, que era el significado del artículo 1134, párrafo 1º del Código civil (texto de 1804) y es, hoy en día, el del artículo 1103 completado por el artículo 1193 del mismo código (desde octubre 2016)⁽³¹⁾, se aplica a aquel contrato especial. La Corte de casación deduce de ello que un acuerdo colectivo “no puede modificar el contrato de trabajo de un trabajador” o, formulado con más exactitud, que “un convenio colectivo no puede permitir a un empleador realizar una modificación del contrato de trabajo sin el acuerdo expreso del trabajador”. Así, conviene plantearse qué cambios de las condiciones de empleo o de trabajo de un trabajador constituyen una modificación de su contrato.

La misma Corte de casación tuvo oportunidad de afirmar, por ejemplo, que la instauración de una distribución irregular del tiempo de trabajo en aplicación de un acuerdo firmado a tal efecto, constituía una modificación del contrato de trabajo que requiere el acuerdo expreso del trabajador. Como reacción a esa jurisprudencia y para eliminar sus efectos derivados de la aplicación del principio de inmutabilidad de los contratos y considerados como causantes de una rigidez que penaliza a los empleadores, una ley adoptada en 2012 por una mayoría parlamentaria de derecha introdujo en el Código del Trabajo una disposición especial: “la puesta en marcha de una distribución de los horarios en un periodo superior a la semana y como máximo anual prevista en un acuerdo colectivo, no constituye (para un trabajador a tiempo completo) una modificación del contrato de trabajo”. Por lo tanto, el rechazo por parte del trabajador de someterse a esta distribución podía conducir a un despido procedente (“justificado por una causa real y seria”), concretamente a un despido disciplinario (“por falta”). Naturalmente, la

(31) Art. 1103: “*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*”. Art. 1193: “*Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise*”.

ley de 8 de agosto de 2016 ha mantenido esta disposición pero ha atribuido igualmente al acuerdo colectivo “con vista a la preservación o al desarrollo del empleo” una autoridad especial que consiste en garantizar su primacía respecto a los contratos individuales de trabajo. En efecto, las disposiciones del acuerdo sustituyen de pleno derecho a las cláusulas contrarias e incompatibles del contrato de trabajo, y se considera procedente el despido del trabajador que rechaza la modificación de su contrato.

Este régimen fue el modelo seguido por la Ordenanza n. 2017-1385 que lo ha extendido a una nueva modalidad de acuerdo de empresa, que sustituye a los acuerdos de preservación y de desarrollo del empleo, así como al acuerdo de mantenimiento del empleo y de movilidad interna, al acuerdo de distribución de la jornada y al acuerdo de reducción del tiempo de trabajo. Este nuevo *acuerdo de competitividad*, tal como lo ha denominado el Consejo constitucional, adapta “*con el fin de responder a las necesidades de funcionamiento de la empresa o con vistas a preservar o desarrollar el empleo*” la duración de la jornada de trabajo, sus modalidades de organización o de distribución, adapta la remuneración en el respeto del salario mínimo interprofesional de crecimiento (SMIC) y de los salarios mínimos de sector (por ejemplo, suprimiendo o suspendiendo un plus de antigüedad o el abono de una gratificación extraordinaria en navidad), pone en marcha un dispositivo de movilidad funcional o geográfica interna a la empresa, o incluso contempla varias medidas referentes a estas cuestiones.

En su nueva redacción, el artículo L. 2254-2 del Código del Trabajo dispone que⁽³²⁾:

- las estipulaciones del acuerdo de competitividad sustituyen de pleno derecho a

(32) Según este artículo, el acuerdo ha de precisar las condiciones en las cuales los *dirigentes asalariados* que ejercen en el perímetro del acuerdo, así como los altos directivos (*mandataires sociaux*) y accionarios, “proporcionan esfuerzos proporcionados a los exigidos a los trabajadores”. ¡Loable deseo de equidad!

las cláusulas contrarias e incompatibles del contrato de trabajo, incluso en materia de remuneración, de duración de la jornada y de movilidad funcional y geográfica interna a la empresa;

- cada trabajador puede rechazar la modificación de su contrato e informar al empleador de su elección por escrito en un plazo de un mes;

- si el empleador decide despedir al trabajador, se trata de un despido procedente (con beneficio de la llamada “indemnización de despido”, es decir indemnización legal por antigüedad para todo trabajador despedido por cualquier motivo distinto a la falta grave) que descansa sobre “un motivo específico que constituye un causa real y seria”, que no puede calificarse como despido económico y que se somete a las reglas aplicables al “despido por motivo personal”, es decir en relación con el trabajador⁽³³⁾;

- el trabajador despedido se convierte en “demandante de empleo” y se beneficia (lógicamente) de la indemnización por desempleo así como de un “acompañamiento” para un retorno al empleo. El empleador debe abonar la cuenta personal de formación del trabajador (según condiciones que ha de precisar un Decreto).

Este trato relativamente benevolente con el trabajador privado de empleo por haberse negado a aceptar un cambio de sus condiciones contractuales justificado por el interés de la empresa o la colectividad de los trabajadores, no puede sino inspirar algo de preocupación dado el carácter muy comprensivo de las exigencias causales de este acuerdo colectivo: bastaría alegar “necesidades de funcionamiento de la empresa”. La obligación que el preámbulo del

(33) Por efecto de esta forma de presunción *iuris et de iure*, el Consejo de *prud’hommes*, juez del contrato de trabajo frente al cual el trabajador impugna su despido, no dispone de poder de apreciación sobre el carácter serio de las razones alegadas por el empleador para buscar la firma de este acuerdo con los representantes de los trabajadores.

acuerdo “determine sus objetivos” constituye una garantía manifiestamente pobre. En tales condiciones, cabe plantearse si un acuerdo que afecta directamente a la condición contractual de cada trabajador y que permite con más comodidad el despido de los recalcitrantes no se firma con demasiadas facilidades.

2.2. La recomposición de la representación del personal

El segundo ámbito que experimenta importantes cambios corresponde a las *instituciones representativas del personal* (en adelante IRP), reguladas en el libro III de la segunda parte del Código del Trabajo. Esa transformación, que se opera por fusión de los tres órganos de base de la representación de los intereses y puntos de vista de los trabajadores en una sola, se contempla en la Ordenanza n. 2017-1386 *relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales*.

Es verdad que el Derecho del Trabajo francés se caracterizaba por un “solapamiento” de estructuras representativas que hacía complejo el dispositivo nacional respecto a otros países europeos. Desde el año 1945, se han creado: los delegados del personal (en todos los centros o empresas de al menos 11 trabajadores), el comité de empresa (a partir de 50 trabajadores)⁽³⁴⁾ así como los comités de centros de trabajo y el comité central de empresa compuesto por miembros de aquellos en caso de empresa de estructura compleja, y finalmente, el comité de grupo en 1982. Por otra parte, y por otra de las “leyes Auroux” de aquel año, el CHSCT se independizó del comité de empresa del cual constituía hasta entonces una mera comisión y se convirtió en IRP especializada, y se instauró (en cumplimiento de la conocida Directiva europea de 1994) el comité de empresa europeo

o el procedimiento de información y consulta en las empresas de ámbito comunitario⁽³⁵⁾. Además, la ley de diciembre de 1968 sobre derecho sindical en la empresa, “conquista” del movimiento social de mayo 68, había facultado a cualquier sindicato representativo en una empresa de al menos 50 trabajadores a constituir una sección sindical y designar uno o más delegados sindicales.

La rigidez, las trabas y el coste producidos por este “doble canal”⁽³⁶⁾ de representación de los intereses de los trabajadores, así como la variedad de órganos con base electiva, han sido objeto de constantes quejas por parte de las organizaciones patronales que reivindican una simplificación de esta “carga para las empresas”. Por otra parte, el dispositivo no resultaba tampoco exento de dificultades para las propias organizaciones sindicales. Primero, necesitan disponer de militantes, afiliados, incluso simpatizantes, aptos y comprometidos por ejercer funciones representativas que suponen adquirir una formación sindical indispensable y exponerse a eventuales represalias de varias índoles. Segundo, se exponen al riesgo de perder o perjudicar su actividad militante absorbida u obstaculizada por sus funciones institucionales de representación. En este marco, el legislador había introducido determinadas correcciones: posibilidad por los delegados del personal de ejercer determinadas prerrogativas económicas del comité de empresa y así permitir a los sindicatos representativos no exigir la constitución de ese último; facultad reconocida al empleador en las medianas empresas de optar por la modalidad de la delegación única del personal en la cual los delegados del personal desempeñan el papel de representantes de los trabajadores

(34) A diferencia del derecho español, se eligen delegados del personal en las empresas de al menos 50 trabajadores, por lo que coexisten con el comité de empresa.

(35) Otras directivas han determinado la introducción en el Código del Trabajo de dispositivos de “implicación” o de participación de los trabajadores en las sociedades europeas o las sociedades nacidas de fusiones transnacionales.

(36) Expresión evidentemente inspirada en la doctrina *iuslaboralista* española.

en el comité de empresa (leyes de diciembre de 1993 y de agosto de 1995); y reagrupación de las principales IRP mediante un acuerdo de empresa específico (ley de 2015 ya citada). La reforma de 2017 satisface en gran medida, sin bien no del todo, las reivindicaciones patronales y sus posicionamientos más ávidos de “flexibilidad” y de “simplificación”.

Las disposiciones nuevas o modificadas del Código del Trabajo regulan una nueva institución, *el comité social y económico* (en adelante CSE) que hereda las atribuciones de las IRP anteriores y que puede convertirse en *consejo de empresa* entonces dotado de una función no reconocida a las “viejas” instituciones: llevar a cabo negociaciones de acuerdos colectivos de empresa. Las otras instancias o procedimientos de representación de los trabajadores previstos de forma excepcional no sufren modificaciones: comité de grupo, comité de empresa europeo o procedimiento de información y consulta en las empresas de ámbito comunitario etc.

2.2.1. Una instancia única

2.2.1.1. Constitución⁽³⁷⁾

Se constituye un CSE en todas las empresas de al menos 11 trabajadores. En las empresas que cuentan con al menos dos “centros de trabajo distintos”, se constituyen *comités sociales y económicos de centros* y un *comité social y económico central de empresa*. A través de una modalidad de acuerdo de empresa, firmado según el nuevo Derecho común, se determina el ámbito y el número de los “centros de trabajo distintos”. En defecto de acuerdo y en ausencia de delegado sindical (ninguna organización puede o quiere designar uno), el mismo CSE puede negociar tal acuerdo, que requiere la firma de la mayoría de sus miembros elegidos titulares. En defecto de acuerdo, corresponde al empleador fijar el número y el ámbito, “tomando en cuenta la autonomía de gestión del

responsable [...] especialmente en materia de gestión del personal” de cada centro, lo que significa una extensión del poder del empleador. Sin embargo, la decisión empresarial puede ser impugnada y corresponde entonces a la autoridad administrativa de la sede de la empresa proceder a la división que, a su vez, puede ser impugnada ante la autoridad judicial (nueva excepción a la norma general de reparto entre las competencias de las “jurisdicciones” judiciales y administrativas)⁽³⁸⁾.

De igual manera que el comité de empresa, el CSE se puede constituir, en su caso, no de acuerdo con la persona jurídica del empleador, sino respecto a la unidad económica y social (UES) “que cuenta con al menos once trabajadores [...], reconocida por acuerdo colectivo o por decisión de justicia entre varias empresas jurídicamente distintas”. En su caso, se habrán de constituir CSE de centros de trabajo distintos.

Las mayores innovaciones se centran en dos aspectos. En primer lugar, se introduce la facultad de constituir, por acuerdo colectivo interempresas, un *comité social y económico interempresas*, “cuando la naturaleza y la importancia de los problemas comunes a las empresas de un mismo sitio o de una misma zona lo justifican”. Se trata de la continuidad de los delegados del personal de “sitio” previstos desde 1982, si bien en adelante esta organización se establece por acuerdo mientras que en el dispositivo anterior su constitución procedía de una decisión de la autoridad administrativa. En segundo lugar, se prevé la posibilidad de

(37) Al final del mandato de las IRP constituidas a partir del 1º de enero de 2018 y, a más tardar, el 31 de diciembre de 2019.

(38) La “autoridad administrativa” es, en esta materia, el director regional de las empresas, de la competencia, del consumo, del trabajo y del empleo (*directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi* — DIRECCTE), como autoridad regional de la Inspección de trabajo. Será muy probablemente el juez judicial civil competente (juez de instancia, magistrado profesional actuando como juez único y competente para los contenciosos civiles más modestos, así como para los litigios relativos a las elecciones profesionales y a la designación de los delegados sindicales).

instaurar, por acuerdo de empresa similar al relativo a los centros de trabajo distintos, *representantes de proximidad* en los centros de la empresa que no son centros de trabajos distintos y que, por lo tanto, no cuentan con comité. El acuerdo fija el número de representantes que pueden ser miembros del CSE o designado por él (se establecen por lo tanto las modalidades de designación), sus atribuciones y las modalidades de funcionamiento.

La posibilidad de transformar por vía convencional el CSE en *consejo de empresa* resulta más llamativa respecto a la historia de la representación del personal en Derecho francés. El consejo de empresa ejerce las atribuciones del CSE pero dispone en exclusiva de la competencia para negociar la mayoría de los acuerdos colectivos existentes en el ámbito empresarial o del centro de trabajo. La puesta en marcha de tal posibilidad de reagrupar las misiones de reclamación, información, consulta y la función de negociación, se ha de realizar mediante la firma de un acuerdo de empresa entre el empleador y uno o varios sindicatos representativos que cuenten con al menos el 50 % de los votos en las últimas elecciones del CSE⁽³⁹⁾. Un acuerdo sectorial, con eficacia general por extensión de la autoridad administrativa, puede prever la constitución del consejo de empresa en lugar del CSE o la transformación de los CSE existentes en consejos de empresa, en las empresas sin delegado sindical, es decir, fácticamente, en las pequeñas empresas.

2.2.1.2. Composición y elección

El régimen del CSE resulta en gran medida similar al del comité de empresa. El CSE, o el consejo de empresa, se compone del empleador o de su representante⁽⁴⁰⁾ y de una *delegación del*

personal constituida por un número de miembros (tanto titulares como suplentes) fijado por decreto en función de la plantilla de la empresa o del centro de trabajo. Se puede incrementar el número de miembros por acuerdo entre el empleador y las organizaciones sindicales representativas que han manifestado su voluntad de participar en las elecciones. Cada organización sindical representativa en la empresa o el centro de trabajo puede designar un *representante sindical en el comité* con voz pero sin voto. En las empresas de menos de 300 trabajadores, es el delegado sindical eventualmente designado por su organización quien asume también el papel de representante sindical de la misma en el comité.

Los trabajadores distribuidos en dos colegios, el de los obreros y empleados y el de los “ingenieros, jefes de servicios, técnicos, mandos intermediarios o asimilados”, eligen a los miembros, titulares y suplentes, de la delegación del personal (se constituye un tercer colegio de ingenieros y de personal directivo si su número alcanza una cuarta parte de la plantilla). El reparto del personal entre los colegios, la fijación de su número y de su composición, el reparto de escaños entre los colegios, así como la organización de las elecciones, es objeto de negociación entre el empleador y los sindicatos representativos. El régimen electoral, por ejemplo las condiciones del electorado y de elegibilidad, no sufre modificaciones importantes respecto al dispositivo relativo al comité de empresa. La duración del mandato sigue siendo de cuatro años.

2.2.2. Atribuciones y medios de la nueva institución

Tanto los miembros elegidos como los representantes sindicales disponen de medios clásicos: crédito de horas (tiempo durante

trabajadores frente al empleador que, por otra parte, lo consulta sobre varias cuestiones. Los reformadores de 2017 no han aprovechado la oportunidad de poner fin a esta construcción paradójica. Consecuencia de este conservadurismo, es el número de disposiciones legales que se refieren a la “delegación del personal en el CSE” y no al comité como tal.

(39) Sin posibilidad de buscar validar el acuerdo minoritario (con un porcentaje de 30%) a través de un referéndum de los trabajadores, posibilidad abierta en el régimen general del acuerdo de empresa (*supra*, 2.1.2.1).

(40) La presencia del empleador o de su representante en el seno del comité de empresa, así como su presidencia de oficio, no deja de sorprender, considerando que este órgano representa los intereses de los

el cual pueden suspender la ejecución de su contrato de trabajo, sin pérdida de salario, para cumplir sus funciones) cuyo volumen se fija por Decreto (la Ordenanza fija en todo caso un mínimo en el Código), libertad de desplazamiento y de circulación en la empresa, libertad de colocar carteles y derechos en materia de formación. La ley impone una periodicidad de las reuniones del CSE (una vez cada dos meses o una vez al mes según si la dimensión de la empresa es inferior o al menos de 300 trabajadores) al cual el empleador ha de abonar una subvención legal de funcionamiento. Los representantes elegidos de los trabajadores pueden recurrir a la asistencia de expertos, cuya remuneración corresponde en determinados casos al empleador⁽⁴¹⁾, y gozan de una protección del empleo, especialmente a través de la autorización previa de la inspección de trabajo en caso de despido.

2.2.2.1. Atribuciones del comité social y económico

El CSE aglutina las atribuciones hasta entonces reconocidas por el Código del Trabajo a los delegados del personal (principalmente la presentación de quejas individuales y colectivas, así como la transmisión a la inspección de trabajo de las quejas y observaciones relativas a la aplicación de las disposiciones legales cuyo control le corresponde), al comité de empresa y al CHSCT.

2.2.2.1.1. En las empresas de al menos 50 trabajadores

El CSE tiene como misión, según la fórmula introducida en 1982 para el comité de empresa,

(41) La fijación del número de recursos a la asesoría de un experto para el CSE corresponde en gran medida al acuerdo de empresa o al acuerdo firmado entre el empleador y la mayoría del CSE. Respecto al pago de los gastos inherentes, en determinados y limitados casos previstos legalmente, corresponde al empleador o principalmente al empleador con el CSE (20 %). En los otros casos, el comité puede recurrir a un experto de su elección que deberá remunerar con sus fondos propios. Este régimen resulta menos favorable que el anterior aplicable al comité de empresa y puede conducir a desigualdades entre comités y a dificultar el recurso a expertos.

“garantizar una expresión colectiva de los trabajadores que permita tomar en cuenta de forma permanente sus intereses en las decisiones relativas a la gestión y a la evolución económica y financiera de la empresa, a la organización del trabajo, a la formación profesional y a las técnicas de producción”. Salvo excepción, sus atribuciones son meramente consultivas y dan lugar a consultas y emisión de sugerencias. El CSE ha de ser informado y consultado sobre los mismos puntos, cuestiones y proyectos que lo era el comité de empresa y el nuevo texto precisa, retomando las palabras del anterior, que “las decisiones del empleador han de contar con la consulta previa del CSE”⁽⁴²⁾. Se regula con minuciosidad las consultas e informaciones, “recurrentes” o “puntuales”, precisando lo que corresponde al ámbito del orden público, al ámbito de la negociación empresarial (o de grupo) que puede definir las modalidades de los intercambios con la dirección de la empresa (por ejemplo, los datos económicos y sociales que contiene el conjunto de las informaciones necesarias y debidas que el empleador ha de poner a disposición del CSE), y enunciando disposiciones supletorias en caso de ausencia de acuerdo colectivo⁽⁴³⁾.

El texto modificado y adaptado al CSE aborda también varios derechos de advertencia hasta entonces reconocidos a los delegados del personal, al comité de empresa o al CHSCT⁽⁴⁴⁾.

(42) Con una sola excepción: con el fin de proteger el secreto comercial de sus protagonistas, la oferta pública de adquisición no da lugar a consulta previa del CSE de la empresa del autor de la oferta, tampoco de aquel de la empresa destinataria.

(43) Estas disposiciones regulan el derecho de información del CSE en varias materias: forma jurídica y organización de la empresa, eventual pertenencia a un grupo, sus perspectivas, consultas sobre las orientaciones estratégicas de la empresa, situación económica y financiera, política social, condiciones de trabajo y de empleo, métodos de contratación y medios de control de la actividad de los trabajadores, reestructuración o reducción de efectivos, operación de concentración, cualquier procedimiento en caso de dificultades económicas etc.

(44) Derecho de alerta en caso de vulneración de los derechos de las personas, en caso de peligro

Por otra parte, si el empleador es una sociedad, se reconoce el derecho de asistencia a dos o cuatro miembros del CSE, con voz pero sin voto, a todas las sesiones del consejo de administración o del consejo de vigilancia.

Siguiendo igualmente la regulación anterior, el CSE desempeña lo que fue la misión primera (en el texto fundado de 1945) del comité de empresa, pues “asegura, controla o participa a la gestión de todas las actividades sociales y culturales de la empresa” que se benefician de una subvención anual abonada por el empleador.

Finalmente y como consecuencia manifiesta de la fusión de las instituciones representativas, el CSE ejerce en adelante las atribuciones del CHSCT⁽⁴⁵⁾. Se encarga de analizar los riesgos a los que se exponen los trabajadores, de participar en la prevención del acoso moral o sexual y de los comportamientos sexistas etc. La desaparición de esta institución especializada, cuyo papel no ha dejado de crecer desde 1982, constituye uno de los principales motivos de inquietud del mundo sindical así como de los juristas del trabajo y de los especialistas de las condiciones de trabajo o de las relaciones laborales, más sensibles a la salvaguardia de los intereses de los trabajadores.

En todo caso, el peso y la utilidad del CSE dependerán en gran medida del número de miembros de la delegación del personal que ha de fijarse por Decreto y que será, sin duda alguna, inferior, a número constante de trabajadores, al número total de representantes del personal según la regulación precedente⁽⁴⁶⁾.

grave e inminente para la salud o la seguridad de los trabajadores, para la salud pública o el medioambiente, o en caso de utilización irregular de deducciones de impuestos (en cuanto incentivos para la inversión), así como “derecho de alerta económica” en caso de situación económica preocupante de la empresa, y “derecho de alerta social” en caso de incremento importante del empleo precario.

(45) La expresión “comité social et économique” sustituye a la de “comité d’hygiène (...)” en las disposiciones del código, especialmente en el segmento de la cuarta Parte dedicado a la salud y seguridad en el trabajo.

(46) La reducción del número de “delegados” es una exigencia patronal constante.

Ahora bien, quienes asuman la condición de representantes del personal constituyen el recurso básico para garantizar el cumplimiento útil de las misiones de las instituciones de representación, especialmente cuando se trata de realizar estudios, prever adaptaciones, analizar críticamente proyectos y concebir mejoras o alternativas, anticipar riesgos o investigar sobre incidentes o accidentes. En este sentido, la existencia de un órgano especializado, integrado por trabajadores con real experiencia en la materia, parecía caer por su propio peso en un momento en el que se intensifica legítimamente la preocupación por la salud (tanto psíquica como física) y la seguridad en el trabajo. Los defensores de la fusión alegan que la única comisión de obligatoria constitución en el seno del CSE es precisamente la *comisión de salud, seguridad y condiciones de trabajo*, cuando la creación de otras comisiones dependerá del contenido del acuerdo de empresa firmado con los sindicatos mayoritarios⁽⁴⁷⁾. Ahora bien, esa comisión resulta obligatoria únicamente en las empresas o centros de trabajo de al menos 300 trabajadores (anteriormente, se constituía el CHSCT en todas las empresas o centros de al menos 50 trabajadores) y en los centros que presentan peligros específicos (químicos o nucleares), y el inspector de trabajo puede imponer su creación, incluso si la plantilla no alcanza 300 trabajadores, si lo estima necesario por la naturaleza de las actividades, las condiciones de lugar de trabajo o de los equipamientos utilizados.

2.2.2.1.2. En las empresas de menos de 50 trabajadores

La delegación del personal del CSE, además de las atribuciones más clásicas de los delegados del personal (presentación de las reclamaciones individuales y colectivas, vínculo

(47) Solo en defecto de acuerdo, se impone, bajo condiciones variables de efectivos, la constitución de una comisión económica (en las empresas de al menos 1000 trabajadores), de una comisión de la formación o de una comisión de igualdad profesional (en las empresas de al menos 300 trabajadores) etc.

con el inspector de trabajo), debe contribuir a fomentar la salud y la seguridad, a mejorar las condiciones de trabajo y a realizar las investigaciones en caso de accidente laboral o enfermedad profesional. Sin embargo, a diferencia de los delegados del personal, el CSE no dispone del poder de iniciar un procedimiento de advertencia en caso de vulneración de los derechos de las personas, de su salud física o psíquica o de las libertades en la empresa (procedimiento interno a la empresa pero que puede dar lugar a intervención judicial)⁽⁴⁸⁾.

2.2.2.2. Atribuciones del consejo de empresa

Este consejo dispone de las mismas prerrogativas que el CSE y se presenta como un resultado de este último. Dispone además de un monopolio de negociación, firma y revisión de los convenios y acuerdos de empresa o de centro de trabajo, con la salvedad de determinados acuerdos sometidos a condiciones de validez específicas (por ejemplo y lógicamente, los acuerdos relativos a la elección de la delegación del personal). Por lo tanto, el consejo de empresa se erige, salvo para estos acuerdos específicos, en agente exclusivo de la negociación aunque existan, en la empresa, delegados sindicales designados por sindicatos representativos.

El acuerdo que lo instaure dispone de un amplio margen de maniobra en cuanto a la organización y regulación de su funcionamiento. Puede incluso fijar la composición de la delegación (“delegación de la delegación del personal” en su seno) que negocia los acuerdos colectivos con aquel otro miembro del consejo que es el empleador o su representante. La validez del acuerdo firmado por el consejo de empresa se subordina a la firma, o de la mayoría de sus miembros elegidos titulares, o de uno

o varios de sus miembros que representan más del 50 % de los votos emitidos en las últimas elecciones profesionales.

Otra disposición llama la atención: el acuerdo que instaure el consejo fija la lista de “los temas sometidos al parecer conforme del consejo de empresa”. El texto da como ejemplo la igualdad profesional entre hombres y mujeres y añade que la formación profesional ha de figurar obligatoriamente en la lista convencional. El carácter más o menos extenso de esta lista dependerá, por lo tanto, de la práctica negociada en cada empresa. En todo caso, este procedimiento no se puede equiparar con un proceso de codecisión o de codeterminación. Se trata más bien del reconocimiento de un derecho de oposición a una decisión empresarial o a la adopción de una regla que se desea imponer, es decir, a un derecho de veto. Los optimistas pueden, no obstante, apreciar en la posibilidad de optar por esa figura del consejo de empresa, una apertura hacia una modalidad de cogestión. Si bien la idea de consagrar una organización del poder en la empresa que se inspira en derechos de otros países (Alemania en especial) experimenta una cierta progresión entre los partidarios de una democratización de la empresa al servicio de su competitividad como de una mayor justicia social, cabe afirmar que la reforma de 2017 no recoge tal perspectiva o, en otras palabras, que la reforma del poder en la empresa no fue una preocupación de sus autores.

2.3. La reducción parcial de las “rigideces” para el empleador en la relación de trabajo

2.3.1. Observaciones generales

Los cambios que afectan el régimen de la relación jurídica que surge del contrato de trabajo entre un empleador y cada uno de sus trabajadores⁽⁴⁹⁾, figuran esencialmente en la

(48) A la hora de publicarse el presente estudio, parece probable que el CSE recuperará aquella facultad mediante una modificación del texto de la Ordenanza por la ley de ratificación que se está discutiendo en el Parlamento.

(49) Este régimen, al cual una tradición tan discutible como tenaz denomina “relación individual de trabajo” en oposición a las “relaciones colectivas de trabajo”, se regula principalmente en la primera Parte del Código.

Ordenanza n. 2017-1387 de 22 de septiembre, *relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail*. Su objetivo, como repite el informe al Presidente de la República que acompaña el texto, consiste en “dar seguridad a las relaciones de trabajo, tanto para los empleadores como para los trabajadores”, o en garantizar “la seguridad esperada tanto por las empresas para liberar las energías creadoras de crecimiento y de empleo, como por los trabajadores para ver garantizados sus derechos”.

Efectivamente, se trata más de garantizar “los derechos” de los trabajadores, con mayor seguridad que sus empleos, a la vista de las alteraciones del marco normativo del despido que estabiliza el contrato de trabajo indefinido. Desde luego, la utilidad de un marco normativo que convierte la ruptura a iniciativa del empleador en medida de “último recurso” se ha visto mermada desde los años 70 por la introducción de una variedad de contratos de trabajo especiales (entre ellos, y en primer lugar, los contratos de duración determinada) que no se someten a dicho marco. En este sentido,

Sin embargo, importantes elementos de las vicisitudes de esa relación contractual (jornada, descanso, vacaciones, salarios, remuneración, formación profesional etc.) se encuentran regulados en otras Partes, especialmente en la cuarta “Salud y seguridad en el trabajo”, modificada en algunos puntos por la Ordenanza n. 2017-1389, *relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels*. En especial, se ha reducido, para satisfacer otra exigencia de las organizaciones patronales, el alcance del dispositivo de la cuenta profesional de prevención creada en la leyes de 2010 y 2014 que consiste, para el trabajador expuesto a lo largo de su vida laboral a factores de penosidad al trabajo (manutención manual de cargas, posturas penosas, exposición a agentes químicos, polvo, humos o ruidos, trabajo nocturno o a turnos etc.), en acumular puntos que le permiten financiar una formación profesional para una reconversión, reducir su jornada sin pérdida económica o reducir la edad de su jubilación sin reducción de la pensión. La reforma de septiembre ha disminuido fuertemente la contribución de los empleadores a la financiación de las cuentas y las exigencias en torno a las declaraciones de riesgos del empleador (si bien podía reprochar una excesiva complejidad), en detrimento de la dimensión preventiva del dispositivo.

cualquier muestra de tolerancia o de favor legal a esas alternativas a la contratación indefinida que sigue siendo la modalidad contractual de derecho común, puede interpretarse como una confesión de dudoso interés para la seguridad del empleo⁽⁵⁰⁾.

Desde este prisma, cabe lamentar la ausencia de avances en la Ordenanza hacia el objetivo, constantemente evocado, de “simplificación” del Derecho del Trabajo que implicaría, sin lugar a dudas, una reducción de aquellas modalidades especiales de contratación laboral. Al contrario, la reforma de 2017 favorece de alguna manera el uso del contrato de duración determinada, permitiendo a un acuerdo sectorial adaptarlo a las especificidades del sector de actividad (modificando su duración y el número de renovaciones posibles), y, sobre todo, introduce una nueva modalidad de contrato de trabajo, *el contrato de obra o de operación*, en respuesta a una particular reivindicación de flexibilidad. Ese contrato puede ser previsto — “ofrecido a los actores” — por un convenio o acuerdo sectorial extendido que fija sus condiciones de aplicación, o puede ser concluido en los sectores de actividad (construcción por ejemplo) donde su uso es habitual y conforme al ejercicio regular de la profesión. La ruptura a iniciativa del empleador de este nuevo contrato de trabajo especial que “se firma por una duración indefinida”, se produce al finalizar la obra o realizada la operación y descansa, según el Código del Trabajo, sobre “una causa real y seria”, lo que excluye cualquier demanda judicial por parte del trabajador. El procedimiento de despido sigue el procedimiento del despido por motivo personal y da lugar a un preaviso y al abono de una indemnización por despido.

Por lo demás, la regulación del despido que ha sido objeto desde las leyes de 1973 y 1975 de

(50) Sin perjuicio del gran debate europeo de nuestra época y de la concepción más positiva de la “flexiseguridad” o “flexiguridad”: se trata de garantizar, en lugar de la permanencia en un empleo, el retorno a un nuevo empleo tras la pérdida de otro y la sostenibilidad de ingresos que permiten una vida digna.

varias modificaciones, a veces contradictorias entre sí, y de intervenciones jurisprudenciales a veces muy constructivas (o atrevidas), conoce con esta Ordenanza una profunda transformación que se refiere al derecho común del despido como al régimen particular del despido por motivo económico.

2.3.2. Rupturas en el Derecho común del despido⁽⁵¹⁾

Desde la conocida ley de 1973, el Código del Trabajo somete la extinción del contrato de trabajo de duración indefinida a iniciativa del empleador a un procedimiento que garantiza, por una parte, un intercambio de posiciones entre las partes antes de la decisión y, por otra parte, un mínimo de certeza y claridad a través de la notificación de la decisión por carta certificada. Desde entonces, esta carta debe indicar “el o los motivos alegados por el empleador”, y se trata de un formalismo lógicamente impuesto, ya que el Código del Trabajo exige que el despido esté “justificado por una causa real y seria”. Si el tribunal paritario del trabajo (*conseil de prud’hommes*) o la Corte de apelación constata incumplimientos en el procedimiento, independientemente de que el despido sea o no correcto en cuanto al fondo o parezca justificado, condenará al empleador a pagar una indemnización que no puede exceder un mes de salario. En cambio, si se considera que el motivo alegado por el empresario no constituye una causa real y seria, se condena al empleador a abonar a su antiguo trabajador una indemnización — “indemnización por despido sin causa real y seria”, es decir, improcedente — que repara el perjuicio sufrido por el despido y la consecutiva privación injustificada de empleo (esta indemnización tiene por lo tanto naturaleza

(51) Las disposiciones de base del derecho común del despido se encuentran en el Código en un capítulo titulado “el despido por motivo personal”, aunque se apliquen en gran medida para el “despido por motivo económico”, objeto de otro capítulo.

de daños y perjuicios)⁽⁵²⁾. Según el Código, esta indemnización no puede ser inferior a los salarios de los últimos seis meses para un trabajador con al menos dos años de antigüedad en una empresa de al menos 11 trabajadores y debe, en todo caso, asegurar la reparación integral del perjuicio sufrido⁽⁵³⁾.

Pues bien, la reciente reforma afecta o transforma estos elementos constitutivos de la regulación del despido.

2.3.2.1. Una reducción del formalismo procesal

La Ordenanza 2017-1387 rompe con una regla jurisprudencial, fruto de una interpretación rigurosa del texto hasta entonces en vigor. En efecto, la Corte de casación consideraba que el defecto de indicación del motivo de ruptura en la carta de despido o la indicación de un motivo impreciso, provoca la improcedencia del despido. El razonamiento es el siguiente: si el empleador no hace mención del motivo en la carta que notifica la ruptura, se ha de inferir que no lo tenía en el momento de tomar la decisión de despedir y, si la alegación carece de precisión, significa que el motivo de la decisión también, por lo que no es serio ni real. Esta firme doctrina jurisprudencial, fuente a la regla considerada elemento de derecho positivo y comúnmente aplicada por los tribunales paritarios y las salas de lo social de las cortes de apelación, traduce la voluntad de la Corte de incitar a los empleadores a cumplir con las exigencias procesales elementales a través de la amenaza de una sanción económica más importante que el mes de salario debido en caso de despido irregular.

Muy exigente para los empleadores, que reprochan a la Corte de casación de “reescribir

(52) El juez ordena igualmente el reembolso por el empleador de toda o parte de las prestaciones de desempleo percibidas por el trabajador.

(53) De acuerdo con el principio general del derecho francés que la Corte de casación recuerda desde varios años con una cierta constancia, y que su Sala de lo social aplica en materia de despido.

la ley”, esta posición parecía muy asentada e inmune a cualquier intervención legal. Pues bien, la reforma de septiembre da motivos de satisfacción a los críticos de esta jurisprudencia constructiva.

En adelante, los motivos que figuran en la carta de despido pueden, tras su notificación, ser precisados por el empleador, bien a iniciativa propia, bien a solicitud del trabajador⁽⁵⁴⁾. Si éste no formula tal demanda, la irregularidad que constituye una insuficiencia de motivación de la carta de despido no genera por sí mismo la improcedencia del despido y sólo abre derecho a una indemnización que no puede ser superior a un mes de salario. En cualquier caso, el mantenimiento de la jurisprudencia antes referida hubiera tenido menor consecuencia para los empleadores responsables puesto que la Ordenanza n. 2017-1387 procede, a la par, a la reducción del monto de las indemnizaciones en caso de despido improcedente.

2.3.2.2. La imposición de un baremo de indemnizaciones del despido improcedente

He aquí el punto de la reforma que más críticas ha provocado. Tiene su origen en otro reproche formulado por las organizaciones patronales que denuncian una fuerte variación de la cuantía de las indemnizaciones en función de los tribunales que resuelvan y, a la vez, el monto excesivo de numerosas condenas. Los comentaristas del sistema en vigor desde el año 1973 evocan también problemas de previsibilidad, de igualdad de trato entre empleadores y por lo tanto de justicia, procedentes de la práctica de jueces no profesionales de primera instancia en los *prud’hommes* así como de magistrados profesionales de las cortes de apelación. Más allá, y según la clásica tesis del “análisis económico del Derecho del Trabajo”, los temores a consecuencias judiciales y al coste importante del despido constituirían un

freno a la contratación laboral, y a la contratación de duración indefinida en particular. En su calidad de Ministro de Economía durante una parte del mandato de F. Hollande, E. Macron impulsó la adopción de la “ley para el crecimiento, la actividad y la igualdad de oportunidades económicas” que contemplaba una limitación del monto de la indemnización por despido improcedente. Sin embargo, antes de la promulgación de la “ley Macron” de 6 de agosto de 2015, este dispositivo fue declarado inconstitucional, en razón de las modalidades del baremo⁽⁵⁵⁾, y se estableció “un referencial indicativo” propuesto a los jueces. El anteproyecto de lo que se iba a convertir un año más tarde en la “ley El Khomri” introducía a su vez una limitación en función, únicamente, de la antigüedad. Frente a la hostilidad del conjunto de las confederaciones sindicales representativas, incluso de las que no se manifestaron en contra de la ley⁽⁵⁶⁾, la medida desapareció del texto definitivo. Hoy por hoy, la introducción de un baremo que se impone a los jueces es una realidad, con un régimen de indemnización al cual se dedican las próximas consideraciones⁽⁵⁷⁾.

(54) La Ordenanza prevé la creación, por decreto, de modelos de cartas de despido puestos a disposición de los empleadores.

(55) Los mínimos y máximos de la indemnización variaban en función de dos variables: la antigüedad del trabajador y el efectivo de la empresa (distinguiendo tres categorías). En su decisión de 5 de agosto de 2015, el Consejo constitucional admite que el legislador pueda limitar la indemnización en caso de despido improcedente, siempre y cuando aplique criterios que presenten un vínculo con el perjuicio sufrido. Considera que el criterio de la antigüedad del trabajador cumple la exigencia pero que el criterio del efectivo no presenta tal vínculo, por lo que constituye una diferencia de trato entre empleadores y vulnera el principio constitucional de igualdad ante la ley.

(56) Especialmente la CFDT, interlocutora privilegiada del “diálogo social” en el ámbito nacional, que los sucesivos gobiernos procuraron convencer y cuidar.

(57) Esta limitación legal de la reparación podría chocar con el principio de la reparación integral del perjuicio si tuviera rango constitucional. Sin embargo, el Consejo constitucional no se ha pronunciado en tal sentido a pesar de demostrar, en numerosas ocasiones, un cierto atrevimiento en una interpretación extensiva de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

En adelante, si los jueces consideran que el despido es improcedente y si una de las dos partes rechaza la reintegración del trabajador, se condena al empleador a abonar una indemnización cuyo monto se sitúa entre un mínimo y un máximo. Los montos mínimos y máximos varían, según una tabla introducida en el artículo L. 1235-3 del Código del Trabajo, en función de la antigüedad del trabajador. Por ejemplo, para un trabajador con un año de antigüedad, la indemnización se eleva entre uno y dos meses de salario bruto⁽⁵⁸⁾; para un trabajador con una antigüedad de 29 años o más, la indemnización se sitúa entre 3 y 20 meses de salarios. Sin embargo, por excepción a la regla, los montos mínimos no se aplican a los despidos realizados en las empresas de menos de 11 trabajadores⁽⁵⁹⁾.

Cabe señalar que la limitación legal no se aplica cuando el juez aprecia una causa de nulidad del despido prevista por otras disposiciones del Código (en materia de protección contra el acoso moral o sexual, de igualdad profesional entre mujeres y hombres, de ejercicio de un mandato de representación electiva o sindical etc.) o por violación de una libertad fundamental⁽⁶⁰⁾. En tal caso, si el trabajador no solicita su reincorporación o si resulta imposible, los jueces deben condenar al empleador a abonar una indemnización que no puede ser inferior a los salarios brutos de los últimos seis meses de trabajo.

Seguramente, este dispositivo pretende garantizar más la seguridad de los empleadores que la igualdad de trato entre empleadores ante

los tribunales o la eliminación de los “obstáculos a la contratación”. Mientras parece lógico que el empleador conozca, de antemano, la duración de un preaviso que habrá de respetar si despide a un trabajador, el monto de la indemnización que deberá abonar si incumple este preaviso o el monto de la indemnización en función de la antigüedad, resulta verdaderamente difícil comprender la necesidad de que, por “razones de justicia”, pueda calcular lo que le costaría como máximo un despido improcedente. ¿Puede considerarse legítima esta obstinación con permitir el “cálculo” de las consecuencias de un acto ilícito? ¿No se trataría, en el fondo, de una voluntad de reducir el poder de apreciación del juez⁽⁶¹⁾?

Algunos no olvidaron resaltar que esta limitación de la indemnización por despido improcedente se acompaña, a modo de compensación de alguna manera, de una mejora de la indemnización por despido (procedente): en adelante, el trabajador despedido debe contar con una antigüedad de ocho meses sin solución de continuidad, en vez de un año (eran dos años hasta 2008), y un Decreto publicado pocos días después de la Ordenanza ha incrementado un 25 % el monto de la indemnización. Sin embargo, es importante precisar que la Ordenanza permite al juez tomar en cuenta esta indemnización en el momento de determinar, en los límites antes señalados, la indemnización por despido improcedente.

2.3.3. Cambios en el régimen del despido por motivo económico

La Ordenanza n. 2017-1387 afecta a varios puntos del capítulo, complejo y varias veces modificado, del Código del Trabajo relativo a esta clase de despido (obligación por el empleador de recolocación de los trabajadores, criterios de designación de los trabajadores despedidos, transmisión de entidades autónomas de una empresa para salvaguardar el

(58) Si el trabajador no dispone de al menos un año de antigüedad, no se establece mínimo pero la indemnización no puede ser superior al equivalente a un mes de salario.

(59) Esta diferencia entre las pequeñas empresas y las demás parece compatible con la crítica formulada por el Consejo constitucional del dispositivo de la ley de 2015.

(60) La Corte de casación ha consagrado, en una serie de sentencias desde hace 20 años, la regla de la nulidad, incluso en ausencia de disposición legal, del despido por vulneración de derechos fundamentales.

(61) Hipótesis reforzada por la tendencia legal, que se inició años atrás y presente en la Ordenanza, a reducir los plazos de impugnación de los despidos.

empleo). Estos cambios no significan una reducción espectacular de las obligaciones empresariales. El aspecto que más polémicas y debates ha suscitado se refiere a la apreciación del motivo económico alegado por la empresa para justificar el despido. Sin duda, el alcance de la reforma tiene una dimensión y una inspiración pro-empresarial. En el mismo sentido, con el propósito de ofrecer más flexibilidad a las direcciones de empresas, se admite y reglamenta una nueva *ruptura convencional colectiva* que permite poner en jaque la aplicación del régimen legal relativo al despido.

2.3.3.1. El ámbito de apreciación del motivo

Conforme a una interpretación no discutida de la disposición básica en la materia, el párrafo primero del artículo L. 1233-3 del Código del Trabajo en su redacción procedente de una ley de 1989, la justificación de un despido presentado como despido económico, supone primero que el o los motivos alegados, “no inherentes a la persona” del o de los trabajadores, resulten de una supresión o transformación de empleo o de una modificación de su contrato de trabajo rechazada por el o los trabajadores afectados, “consecutivas, especialmente, a dificultades económicas o mutaciones tecnológicas”. La Corte de casación consagra reglas adicionales relativas a las condiciones de esta justificación y encaminadas a encuadrar u orientar su apreciación por parte de los jueces. Una de ellas, sensible al punto de vista empresarial, admite que “la necesidad de salvaguardar la competitividad de la empresa” justifique el despido. Según otra, sin embargo, si la empresa pertenece a un grupo de empresas, las dificultades económicas no han de apreciarse en el ámbito empresarial, tampoco al nivel del grupo en su totalidad, sino respecto a todas las empresas del grupo que pertenecen al mismo sector de actividad. Pero, respecto al ámbito geográfico de apreciación, la doctrina de la Corte es que no se limita a las unidades y empresas del grupo establecidas en territorio

francés. Con el objetivo de otorgar seguridad a los empleadores, la ley de 8 de agosto de 2016 había precisado e establecido en el Código las condiciones de reconocimiento de la procedencia del despido por motivo económico pero sin romper con la exigencia jurisprudencial de una apreciación que toma en consideración el conjunto de los componentes del grupo transnacional, incluso en el extranjero.

La reciente Ordenanza va más allá. Integra en el texto del Código la distinción entre la empresa fuera de un grupo y la empresa perteneciente a un grupo, manteniendo el “sector de actividad” como ámbito de apreciación de las dificultades económicas, de las mutaciones tecnológicas o de la necesidad de salvaguardar la competitividad, pero *opta por reducir el ámbito geográfico a las empresas del grupo “establecidas en el territorio nacional”*. De tal modo que, si una filial francesa de un grupo con sede en Francia o en otro país conoce dificultades económicas, la apreciación de estas se realizará, en adelante, sólo respecto a las empresas del grupo del mismo sector radicadas en Francia. Por lo tanto, el despido por motivo económico en la filial francesa podría justificarse a pesar de que el grupo prospere internacionalmente. Es verdad que, como consecuencia de aquel cambio en el ámbito de apreciación, no se podría justificar un despido en una filial francesa que goce de buena salud en razón de dificultades experimentadas por el grupo en otros países.

No existen dudas respecto al objetivo que inspiró el rechazo de la regla jurisprudencial. El informe que acompaña la publicación de la Ordenanza en el *Journal Officiel*, señala que esta disposición alinea el derecho francés con el de “la gran mayoría de los países europeos” y vaticina que va a permitir “*incrementar la capacidad de atracción del territorio francés para las inversiones internacionales*, lo que tendrá un impacto beneficioso sobre el empleo”. A la vez, con la voluntad de tranquilizar las legítimas preocupaciones, el informe se convence de que

“el juez controlará los fraudes, por ejemplo la práctica de los precios de transferencia que conduce a penalizar artificialmente a la filial francesa”.

2.3.3.2. La ruptura por mutuo acuerdo en el marco de un acuerdo colectivo

Las organizaciones firmantes del acuerdo nacional interprofesional del 11 de enero de 2008 sobre “la modernización del mercado de trabajo” habían estimado oportuno clarificar el papel de la ruptura convencional del contrato de trabajo por tiempo indefinido y habían previsto un régimen especial cuyos objetivos eran garantizar la integridad del consentimiento del trabajador y del empleador, establecer el abono al primero de una indemnización análoga a la del despido, así como el derecho a la prestación por desempleo, y garantizar un control de la inspección de trabajo sobre la veracidad y la regularidad del acuerdo. La ley de 25 de junio de 2008 introdujo en el Código varias disposiciones procedentes de este acuerdo. Esta ruptura convencional ha conocido un notable éxito que ha superado las expectativas de sus promotores. Si bien interviene en la mayoría de los casos a iniciativa del empleador (pues impide un litigio y un examen de las causas que le han conducido a buscar la ruptura contractual), no es infrecuente que los trabajadores tomen la iniciativa por motivos de varia índole.

El éxito de esta clase de acto convencional animó a los redactores de las Ordenanzas a ampliar el ámbito de aplicación de la ruptura por mutuo acuerdo, considerando, por otra parte, la práctica de los “planes de bajas voluntarias” que han aparecido al margen del régimen los despidos colectivos por motivos económicos. El informe que acompaña la Ordenanza resulta muy transparente a este respecto y enuncia que “en la medida en que permite limitar el número de despidos sufridos y no queridos y fomenta los proyectos profesionales y personales de los trabajadores, el fomento de la voluntariedad debe ser incentivado” a través

de una clarificación del régimen de la ruptura convencional colectiva.

Las nuevas disposiciones establecen que, en adelante, un acuerdo colectivo relativo a la gestión previsional de los empleos y de las competencias o a la ruptura convencional colectiva, puede fijar las condiciones y modalidades de esta ruptura de mutuo acuerdo y precisar los objetivos del dispositivo en materia de supresión de empleos. Este acuerdo relativo a la ruptura convencional colectiva determina las modalidades de información del CSE, el número máximo de bajas y de supresiones de empleos asociadas, las condiciones que han de cumplir los trabajadores para beneficiarse de esta regulación, los criterios de selección de los candidatos y las modalidades de cálculo de las indemnizaciones que no pueden ser inferiores a las legales en caso de despido (indemnización de preaviso, e “indemnización por despido”, es decir, por antigüedad). Igualmente, en la misma línea que el plan de salvaguardia del empleo en caso de despido económico colectivo, debe prever las medidas que facilitan la recolocación externa de los trabajadores en empleos equivalentes (acciones de formación o reconversión, convalidación de las competencias, creación de actividades nuevas o recuperación de actividades existentes). El acuerdo se transmite a la autoridad administrativa (DIRECCTE) para su “validación” tras comprobar su regularidad. Se debe también proceder a la consulta del CSE para su puesta en marcha. Finalmente, en la nueva normativa se dispone, de manera sobria, que “la aceptación por el empleador de la candidatura del trabajador en el marco de la ruptura convencional colectiva conduce a la ruptura del contrato de trabajo *por* mutuo acuerdo de las partes”.

3. A modo de conclusión

El estudio que aquí se concluye ha dado la oportunidad de presentar y analizar, si bien de manera somera, algunas de las modificaciones del Código del Trabajo procedentes

de la ley y de las Ordenanzas del pasado mes de septiembre. Las modificaciones evocadas constituyen a nuestro parecer las modificaciones más importantes y significativas considerando los debates y controversias que han suscitado. Tras el análisis, cabe una apreciación justificada, más bien negativa, de las innovaciones decididamente queridas por el nuevo Presidente de la República, su Primer Ministro y su Ministra de Trabajo sobre todo. Indiscutiblemente, el proyecto de esta reforma anunciado por el candidato Macron no se presentaba como un proyecto “de izquierda”. Entonces, parece perfectamente lógico que el contenido de la reforma, realizada con la diligencia prometida, satisfaga más a los ámbitos patronales y financieros, a los partidarios de un liberalismo económico cada vez más puro, a los economistas ortodoxos (es decir, la mayoría de los economistas franceses) y a todos los que se alegran por tener la convicción de formar parte de “un mundo nuevo”⁽⁶²⁾.

Sin embargo, parece absurdo hablar de “destrucción del Derecho del Trabajo” como se ha llegado a afirmar. Conviene leer detenidamente y comprender los textos que modifican el Código del Trabajo, a pesar de su carácter indigesto, incluso para los juristas que se dedican al estudio o a la práctica del Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo francés, que en un momento dado ha podido ilustrar un modelo de derecho social-demócrata, experimenta desde el principio del siglo una evolución globalmente favorable a los empleadores, aunque todas las innovaciones, incluso las más recientes, no vayan en el mismo sentido. En todo caso, ¿cabe esperar que el Derecho del Trabajo contribuya, de forma decisiva, en la construcción de una sociedad más igualitaria y verdaderamente más democrática en todas sus dimensiones, de la esfera pública a la de la producción de bienes y servicios⁽⁶³⁾?

(62) Referencia a una oposición “nuevo mundo”/“viejo mundo”, que gusta a E. Macron.

(63) El escepticismo que denota tal interrogante encuentra su fundamento en la tesis de la *ambivalencia del*

Existen, sin lugar a dudas, aspectos seriamente discutibles en los cambios operados por la reforma de septiembre de 2017. La esperanza de sus promotores reside en que la supresión de los obstáculos a la contratación permita mejorar la competitividad de las empresas implantadas en el territorio nacional y, por lo tanto, el nivel de empleo. Así, aunque el Derecho del Trabajo siga siendo, en Francia como en muchos otros países, un Derecho que tiene como objeto regular el empleo y las relaciones laborales, se convierte cada vez más en una especie de puesto de pilotaje (o de intento de pilotaje) del mercado de trabajo que, por otro lado y antes que nada, contribuye a constituir. La “reforma Macron” quiere ser juzgada, a corto y medio plazo, en función de sus efectos sobre la actividad económica y el empleo⁽⁶⁴⁾. Ahora bien, esta operación se enfrentará, una vez más, a la dificultad de evaluar los efectos sociales y económicos de los cambios normativos. ¿Qué expertos? ¿Qué instrumentos de medición? Y, ante todo, ¿qué teoría plausible del papel de las normas jurídicas en las acciones en sociedad?

Adenda

Se adoptó en primera lectura el proyecto de ley de ratificación de las cinco Ordenanzas, a principios del mes de diciembre de 2017, con algunas enmiendas que modifican determinados puntos secundarios de las disposiciones introducidas en septiembre en el Código. Esta

Derecho de Trabajo, desarrollada, en otro tiempo, en escritos nuestros tendentes a dilucidar las funciones del Derecho del Trabajo en una formación social como la sociedad francesa (en especial: “Les fonctions du droit du travail”, in A. Jeammaud, A. Roudil et alii, *Le droit capitaliste du travail*, PU Grenoble, Col. “Critique du droit”, 1980, pp. 149-254).

(64) Para una primera valoración de la reforma, ver el número monográfico de octubre de 2017 de la *Revue de droit du travail*. En su editorial, Antoine Lyon-Caen considera que se trata de una reforma del mercado de trabajo destinada a permitir su fluidez y que será juzgada en función de este objetivo. Igualmente, apunta que conlleva claramente una política de reducción del coste del trabajo (p. 573).

ratificación contó con el voto a favor de los diputados de “La République en marche” (el partido del Presidente) que disponen de mayoría absoluta en esta Asamblea, los “centristas” del MODEM y los diputados de derecha del partido “Les Républicains”, mientras todos los representantes de izquierdas votaron en contra. El Senado ha de examinar el proyecto de ley y debería aprobarlo sin modificaciones en enero de 2018. Es probable que antes de la promulgación de la ley los diputados y senadores de izquierdas acudan al Consejo constitucional para impugnar la constitucionalidad de algunas disposiciones, especialmente respecto a los acuerdos de empresas o al baremo de indemnizaciones por despido improcedente. Las posibilidades de éxito son escasas; sin embargo la “respuesta jurídica” a la reforma

podría manifestarse más tarde bajo la forma de cuestiones prioritarias de constitucionalidad formuladas a través de litigios ante las jurisdicciones judiciales o administrativas, o mediante impugnación, de nuevo en el marco de litigios, ante estas jurisdicciones ordinarias con poder de apreciación de la conformidad de las normas nacionales con los convenios internacionales; por ejemplo, la Carta Social Europea revisada. Al margen de ello, la CGT y otras organizaciones sindicales que emprendieron el camino de la contestación de principio y en su globalidad a las Ordenanzas Macron, no consiguen movilizar a los trabajadores para organizar huelgas o manifestaciones. La protesta sindical global no tiene un alcance comparable con la que había suscitado la “ley El Khomri” en el año anterior, ¡pero obviamente, las cosas pueden cambiar!

Reforma trabalhista de 2017 no âmbito da audiência de julgamento. Representação das partes em audiência e os efeitos da ausência de qualquer dos litigantes

Denise Alves Horta^(*)

Resumo:

- ▶ O objetivo deste artigo é analisar as alterações implementadas pela Lei n. 13.467/17 no âmbito das disposições da CLT que tratam da audiência de julgamento e que envolvem a representação das partes na audiência e os impactos da ausência de qualquer dos litigantes nesse importante momento processual. As novas regras, algumas conflitantes com os princípios estruturais históricos do Direito Processual do Trabalho, sinalizam efeitos, cujo alcance perverso já se vislumbra para a parte reclamante, e desafiam reflexões sob o viés constitucional das novidades introduzidas. De todo modo, a prática e a hermenêutica jurídicas, ao longo do tempo, é que vão dar o tom do acerto ou do desacerto das mudanças empreendidas.

Palavras-chave:

- ▶ Reforma trabalhista — Audiência — Representação das partes — Preposto — Arquivamento — Revelia.

Abstract:

- ▶ The purpose of this article is to analyze the changes implemented by the Law n. 13.467/17 within the area of the CLT (Brazilian Consolidation of Labor Laws) provisions which deal with the final hearing and involve the parties representation at the hearing and the impacts of the absence of any of the suitors in this important procedural moment. The new rules, some of them conflicting with the historical structural principles of the Labor

(*) Desembargadora do TRT da Terceira Região. Mestre em Filosofia pela PUC/SP. Pós-graduada em Direito do Trabalho: Materialidade, Instrumentalidade e Efetividade pela PUC/MG. Conselheira da Escola Judicial do TRT da 3ª Região.

Procedural Law, signal effects which perverse reach is already visible to the complaining party, and challenge reflections under the constitutional bias of the novelties introduced. In any case, the legal practice and hermeneutics, over the time, will set the success tone or failure of the undertaken changes.

Key words:

- Labor reform — Hearing — Representation of the parties — Representative — Closure — Non-attendance.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Da audiência de julgamento
 - 2.1. Aspectos gerais
 - 2.2. A representação das partes em juízo
- 3. Da ausência das partes à audiência — efeitos
 - 3.1. Ausência do reclamante à audiência
 - 3.2. Ausência do reclamado à audiência
- 4. Processo judicial eletrônico
- 5. Considerações finais
- 6. Referências bibliográficas

Os homens [...] continuam a ter uma fé cega nas leis, e em buscar nas reformas destas o remédio contra os males do processo, que têm causas muito diferentes e remotas e são provavelmente o sinal mais ostensivo de uma insuficiência radical do direito para as tarefas mais importantes que a desordem social vem colocando sobre seus ombros.”

(CARNELUTTI)⁽¹⁾

1. Introdução

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, realizou significativas alterações na CLT, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. O comentário que se propõe é voltado às novidades na seção da CLT que trata da audiência de julgamento (Seção II, Capítulo III, Título X – arts. 843 a 852).

Nessa seção, as alterações ocorreram no art. 843, em que se acrescentou o § 3º; no art. 844,

em que o parágrafo único foi transformado em § 1º e acrescidos outros parágrafos até o 5º; no art. 847, em que se acrescentou um parágrafo único.

As inovações implantadas na seção da CLT a ser objeto de exame contêm o gérmen de novas tendências estruturais do Processo do Trabalho, mormente se consideradas no conjunto da reforma empreendida, e que levam à reformulação da cultura até então sedimentada no âmbito do manuseio processual tanto pelas partes quanto pelos juízes.

Entendimentos jurisprudenciais consagrados e sumulados pelo Tribunal Superior do Trabalho, ao invés de serem incorporados no bojo da reforma, como se fez no Código de Processo Civil de 2015, foram repelidos com a criação de norma em sentido oposto, a exemplo do § 3º inserido no art. 843 da CLT, que afasta a necessidade de o preposto ser empregado da parte reclamada e colide com

(1) CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista; v. I, Campinas: Servanda, 1999. p. 62.

a Súmula n. 377 do TST, que, ao contrário, exige a condição de o preposto ser empregado.

Outro indicativo do embate promovido pela nova lei com a jurisprudência consolidada é a mitigação da revelia do reclamado, prevista no § 5º acrescido ao art. 844 da CLT, em confronto com a Súmula n. 122 do TST.

A lei reformadora trouxe, também, no limitado contexto do exame ora proposto, a inconcebível obrigação de o reclamante, ainda que beneficiário da justiça gratuita, pagar as custas do arquivamento da reclamação, encargo estabelecido como condição para a propositura de nova demanda (art. 844, §§ 2º e 3º), dispositivos que, por sinal, encontram-se citados no bojo da ADI n. 5.766 proposta pelo Procurador-Geral da República em face da Lei n. 13.467/17⁽²⁾, nos pontos que discrimina como inconstitucionais.

Seja como for, a par das críticas que possam ser realizadas, está contemplado pela reforma um cenário novo, cuja consistência — ou inconsistência — será testada na prática.

A seguir, uma sinopse das alterações implementadas, destacadas em negrito:

Art. 843 – Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes, salvo, nos casos de Reclamatórias Plúrimas ou Ações de Cumprimento, quando os empregados poderão fazer-se representar pelo Sindicato de sua categoria.

§ 1º É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente.

§ 2º Se por doença ou qualquer outro motivo poderoso, devidamente comprovado, não for possível ao empregado comparecer pessoalmente, poderá fazer-se representar por outro empregado que pertença à mesma profissão, ou pelo seu sindicato.

§ 3º O preposto a que se refere o § 1º deste artigo não precisa ser empregado da parte reclamada.

Art. 844 – O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

§ 1º Ocorrendo motivo relevante, poderá o juiz suspender o julgamento, designando nova audiência.

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.

§ 4º A revelia não produz o efeito mencionado no **caput deste artigo se:**

I – havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação;

II – o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III – a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV – as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos.

§ 5º Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados.

Art. 845 – O reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas.

Art. 846 – Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

§ 1º Se houver acordo lavrar-se-á termo, assinado pelo presidente e pelos litigantes, consignando-se o prazo e demais condições para seu cumprimento.

(2) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>.

§ 2º Entre as condições a que se refere o parágrafo anterior, poderá ser estabelecida a de ficar a parte que não cumprir o acordo obrigada a satisfazer integralmente o pedido ou pagar uma indenização convencionada, sem prejuízo do cumprimento do acordo.

Art. 847 – Não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para aduzir a sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensado por ambas as partes.

Parágrafo único – A parte poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência.

2. Da audiência de julgamento

2.1. Aspectos gerais

Antes de se adentrar nas considerações acerca das mudanças legislativas realizadas pela Lei n. 13.467/2017, na seção da CLT que trata da audiência de julgamento, faz-se necessário, para a visão do contexto em que inseridas, um breve esboço a respeito desse importante momento no Processo do Trabalho e da representação das partes em juízo.

Audiência significa ouvir com atenção e provém do latim *audientia*⁽³⁾, palavra que tem como “elemento de composição, do latim *Audi* —, *de audire*, ‘ouvir’, que se documenta em alguns vocábulos formados do próprio latim (como *audiência*) e em muitos outros introduzidos [...]”⁽⁴⁾. Em juízo, é o momento, designado pelo juiz, para ouvir as partes, incentivar a conciliação, colher defesa e provas, proferir decisões necessárias à instrução do feito, colher razões finais e proceder ao julgamento da lide⁽⁵⁾.

A audiência é a fonte primária da dinâmica do processo, sendo indispensável a presença

das partes, para o seu curso regular. Não por outra razão, o art. 843, *caput*, da CLT, dispõe que “na audiência de julgamento, deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes (...)”.

Explica-se a menção da CLT à “audiência de julgamento” pelo fato de ter sido prevista para essa oportunidade o julgamento, propriamente dito, do processo, que é, em suma, o objetivo almejado pelas partes. Na verdade, seguido à risca o sistema agasalhado pela CLT, a audiência seria de “instrução e julgamento” como observado por Russomano⁽⁶⁾, e não apenas de julgamento.

Concebida a audiência para ser contínua, a realidade forense, retratada no número de demandas, sua complexidade, e provas a serem produzidas, levou à necessidade de se adotar como rotineira a exceção, prevista na lei, de não se concluí-la no mesmo dia (art. 849 da CLT), e designar-se o seu processamento em três etapas: conciliação, instrução e julgamento.

Isso significa, realizada uma etapa, adiar a continuidade da audiência para um momento seguinte, mas sem prejuízo de o magistrado, a seu critério, e adremente cientes as partes, praticar em única assentada todos os atos necessários ao julgamento da lide.

Nos processos de rito sumaríssimo, regulados nos arts. 852-A a 852-I da CLT, as demandas, com maior razão, por conta da celeridade do rito, também são instruídas e julgadas em audiência una, prevista, porém, se necessária, a possibilidade de seu adiamento para momento posterior (art. 852-H, §§ 1º, 3º, 4º e 7º). Para o julgamento, em regra, adia-se a audiência, proferindo-se a decisão no prazo legal.

O sistema de desenvolvimento das audiências no Processo do Trabalho revela, por si, a importância do comparecimento das partes

(3) CUNHA, Antonio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. Verbete Audi (o), Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 83.

(4) *Idem*.

(5) HORTA, Denise Alves. Audiência trabalhista: aspectos relevantes. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; KOURY, Luiz Ronan Neves; CANTELLI, Paula Oliveira; JANNOTTI, Cláudio (Coords.). *ABC da execução trabalhista — teoria e prática*. São Paulo: LTr, 2014. p. 23-28.

(6) RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentário à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 903.

pessoalmente, ou devidamente representadas e/ou assistidas, nesse ato processual solene e público (art. 93, IX da CF, arts. 11 e 189 do CPC/2015, art. 770 da CLT).

Consoante a doutrina clássica de Batalha, “o comparecimento em juízo constitui ônus da parte, em seu próprio benefício”⁽⁷⁾. Na verdade, a ninguém mais do que à própria parte interessa acompanhar a realização concentrada dos atos processuais em audiência, necessários à demonstração e/ou defesa do seu direito, ou ponderar sobre a conveniência da conciliação, ainda que acompanhada de advogado. Nesse plano, a norma processual não deixa dúvida ao apenar aquele que não comparece à audiência ou nela não se faz representar consoante determina a lei.

2.2. A representação das partes em juízo

A representação das partes em juízo deve se fazer segundo os preceitos do CCB (art. 1.690) e do CPC (arts. 71 e 75), consideradas tanto a capacidade e a incapacidade relativa ou absoluta da pessoa para o livre exercício dos seus direitos, quanto a natureza da parte que pretende figurar em juízo.

A CLT trata da representação das partes na audiência e lhes faculta a capacidade postulatória (*ius postulandi*), sem prejuízo de se fazerem representar em juízo pelo sindicato ou por advogado regularmente inscrito na OAB (CLT, art. 791 e § 1º; Lei n. 8.906/94, arts. 1º e 3º). Observa-se que foram extintas as figuras do provisionado (rábula) e do solicitador, ainda mencionadas no art. 791, § 1º da CLT; o estagiário (antigo solicitador) somente pode atuar em conjunto com o advogado (Lei 8.906/94, art. 3º, § 2º). No dissídio coletivo, por igual, atuar por meio de advogado é faculdade conferida às partes, que podem fazê-lo sem essa representação (art. 791, § 2º da CLT).

O *ius postulandi* das partes, nos termos da Súmula n. 425 do TST, “limita-se às Varas

do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, e não alcança a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.”

A representação por advogado, no juízo trabalhista, com poderes para o foro em geral, pode ser formalizada *apud acta*, ou seja, “mediante simples registro em ata de audiência, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada” (art. 791, § 3º, da CLT), além de ser corrente o mandato tácito.

A representação do menor de 18 anos está contida no art. 793 da CLT e “será feita por seus representantes legais e, na falta destes, pela Procuradoria da Justiça do Trabalho, pelo sindicato, pelo Ministério Público estadual ou curador nomeado em juízo”. O trabalho do menor é permitido a partir dos 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos (CF, art. 7º, XXXIII). O menor entre 16 e 18 anos, na verdade, será assistido por seu representante legal ou, na ausência, pelos entes descritos no art. 793 da CLT ou curador nomeado pelo juiz. O menor de 16 anos não será assistido, mas representado na forma legal. A Lei n. 13.467/2017 revogou o art. 792 da CLT posto que em desconformidade com a CF e o CCB/2002.

A presença das partes em audiência, por si, ou devidamente representadas, é crucial para o regular desenvolvimento do processo. Quando o empregado não puder comparecer pessoalmente, por doença ou qualquer outro motivo poderoso, devidamente comprovado, o § 2º do art. 843 da CLT faculta-lhe fazer-se representar por outro empregado da mesma profissão ou pelo seu sindicato. Essa representação, na prática, acontece somente para ensejar a suspensão da audiência, e evitar-se o arquivamento da reclamação, previsto no art. 844 celetário, sendo imperioso o comparecimento do reclamante à audiência em prosseguimento designada pelo Juiz.

(7) BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado judiciário do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 1995. vol. II, p. 58.

Ao reclamado, a lei faculta fazer-se substituir, nos termos do art. 843, § 1º, da CLT, o que pode se dar pelo gerente ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato. Como o preposto, na dicção legal, substitui o reclamado, suas declarações obrigarão o preponente, pois ali atua como se o reclamado fosse.

A doutrina critica a redação desse § 1º do art. 843, da CLT, quando alude que o preposto “substitui” o reclamado, pois, como acentua Martins, “ele não passa a ser parte no processo”⁽⁸⁾, na verdade ele o “representa”. Do contrário, “seria admitir que o preposto passasse a ser o responsável pelo adimplemento das obrigações contidas na sentença condenatória, respondendo, para isso, com o seu patrimônio atual e futuro [...] — o que seria absurdo”⁽⁹⁾, assinala Teixeira Filho. O art. 861 da CLT, que trata dos dissídios coletivos, adota a redação que se entende a mais correta, pois faculta “ao empregador fazer-se representar na audiência pelo gerente, ou por qualquer outro preposto que tenha conhecimento do dissídio, e por cujas declarações será sempre responsável”. A atuação do preposto é autorizada por lei somente na audiência, não tendo, pois, legitimidade para recorrer em nome da parte que representa. Ilustra esse aspecto o seguinte julgado:

EMENTA : AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ORDINÁRIO ASSINADO PELO PREPOSTO. INADMISSIBILIDADE. A atuação do preposto se restringe à audiência, não estando ele legalmente autorizado a procurar em Juízo. Tampouco a figura do “*jus postulandi*” confere capacidade postulatória a esse singular representante patronal. Esposar entendimento contrário significaria, na verdade, tolerar o exercício ilegal da profissão de advogado. RECURSO ORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO

(8) MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2016. n. 4, p. 920.

(9) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Manual da audiência na Justiça do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 53.

TOMADOR DE SERVIÇOS. O reconhecimento da responsabilidade subsidiária não significa tirar a responsabilidade da real empregadora, mas simplesmente assegurar que o trabalhador receba seus créditos, ainda que do tomador de serviços, que se beneficiou diretamente do trabalho do obreiro e que, como se sabe, poderá se valer do direito de regresso, no Juízo competente, se lhe for conveniente. RO 00099201110403008 0000099-57.2011.5.03.0104. TRT3. Segunda Turma. Pub. 3.4.2012, 2.4.2012. DEJT. p. 172. Relª. Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim.

A Lei n. 13.467/17 inseriu o § 3º ao art. 843 da CLT, e dispôs expressamente que o preposto a que se refere o § 1º do citado artigo “não precisa ser empregado da parte reclamada”. Essa disposição veio colidir frontalmente com a jurisprudência trabalhista consolidada na Súmula n. 377 do Tribunal Superior do Trabalho:

SÚMULA N. 377 DO TST

PREPOSTO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO (nova redação) – Res. n. 146/2008, DJ 28.4.2008, 2 e 5.5.2008. Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.

O referido § 1º do art. 843 da CLT, ao facultar ao reclamado “fazer-se substituir pelo gerente ou por qualquer outro preposto”, nada dispôs sobre a condição desse preposto ser ou não empregado, e ressaltou ser imprescindível, apenas, o seu conhecimento dos fatos. A interpretação desse dispositivo ensejou entendimentos divergentes.

Por longos anos, contudo, a doutrina e a jurisprudência trabalhistas firmaram-se no sentido de que o preposto deve ser empregado da parte demandada. Primeiramente, em 30.05.1997, o TST expediu a Orientação Jurisprudencial n. 99 de sua SDI-I, de seguinte teor:

OJ N. 99 DA SDI-1 DO TST

PREPOSTO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO – Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, o preposto

deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843 § 1º da CLT.

Esta OJ foi convertida na Súmula n. 377 do TST, publicada em 20.4.2005, que teve a sua redação alterada pela Res. n. 146/2008 (DJ 28.4.2008, 2 e 5.5.2008), para acrescentar, além do doméstico, a exceção do micro e pequeno empresário. O art. 54 da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, faculta ao “empregador de microempresa ou de empresa de pequeno porte fazer-se substituir ou representar perante a Justiça do Trabalho por terceiros que conheçam dos fatos, ainda que não possuam vínculo trabalhista ou societário”. A especificidade das situações mencionadas explica-se porque, no caso do doméstico, o labor é destinado à entidade familiar e quanto às micro e pequenas empresas, a LC visou a facilitar o acesso dessas demandadas em juízo, ante o seu número reduzido de empregados. Relativamente ao empregador rural, a exceção referida tem alcançado os empregadores pessoas físicas e pequenos produtores rurais, como exemplifica o seguinte aresto:

EMENTA: “RECURSO DE REVISTA – REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DOS RECLAMADOS – PESSOAS FÍSICAS E PRODUTORES RURAIS – PREPOSTO – CONDIÇÃO DE EMPREGADO – DESNECESSIDADE. Em regra, o preposto do reclamado em audiência deve ser seu empregado. Todavia, em determinadas situações, como no caso do micro e pequeno empresário e do empregador doméstico, tal exigência é incompatível com a realidade fática e deve ser mitigada. No caso dos autos, os reclamados consistem em pessoas físicas e pequenos produtores rurais, que conduzem pessoalmente o seu empreendimento, não sendo razoável exigir dos reclamados a sua representação processual por meio de preposto empregado, mesmo porque não se há notícia nos autos da existência de outros empregados em condições de lhe representar. Logo, tem-se que os reclamados foram regularmente representados em audiência, sendo descabida a aplicação da revelia e da pena de confissão ficta. Incide a Súmula n. 377 do TST.” (RR-

1390-60.2011.5.09.0093, 7ª Turma, rel. Min. Vieira de Mello Filho, julgado em 12.3.2014). (TRT18, RO – 0010657-48.2015.5.18.0131, relª. Marilda Jungmann Gonçalves Daher, 2ª Turma, 4.11.2015)

Nas demais hipóteses, a necessidade de o preposto ser empregado da reclamada tem assento, sobretudo, na possibilidade de, em caso contrário, criarem-se os denominados “prepostos profissionais”. Estes são os que militam ao mesmo tempo na representação de vários demandados, e vêm a juízo preparados para esquivarem-se, artificialmente, de eventual confissão em audiência. A moralização do processo é, assim, uma consequência natural do preposto empregado, que tem conhecimento dos fatos em virtude da realidade mesma vivenciada na empresa, e que pode ser revelada em depoimento pessoal.

O fato de o preposto figurar em audiência como preposto e também como advogado da reclamada, no mesmo processo, se desta for empregado, implica em infração administrativa ao disposto no Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB (art. 3º) e ao Código de Ética e Disciplina da OAB (art. 25 da Resolução n. 02/2015 do Conselho Federal da OAB) que vedam ao advogado “funcionar no mesmo processo, simultaneamente, como patrono e preposto do empregador ou cliente”. A proibição é de ordem ética e disciplinar, e o que se alega para sustentá-la é que as funções cumuladas de preposto e advogado não se conciliam com as prerrogativas, a liberdade, a independência e os deveres do advogado. Não obstante, os Tribunais, inclusive o TST, têm admitido a cumulação, em audiência, das funções de advogado e preposto, quando empregado da empresa. Nesse sentido os seguintes julgados:

EMENTA – PREPOSTO. ADVOGADO. ATUAÇÃO SIMULTÂNEA. REVELIA. Este Tribunal tem se orientado no sentido de que é possível a atuação simultânea nas funções de advogado e preposto, ainda que no mesmo processo, desde que o ad-

vogado seja empregado da reclamada. TST-RR-1555-19.2010.5.09.0651. Pub. 14.9.2012. 2ª T. Rel. Min. Guilherme Caputo Bastos.

EMENTA – RECURSO DE REVISTA. 1. ADVOGADO E PREPOSTO. ATUAÇÃO SIMULTÂNEA. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO. Não há impedimento legal à acumulação das figuras de preposto e advogado, desde que se trate de empregado da empresa reclamada, nos termos da Súmula n. 377 do TST. Rememore-se que, a teor do art. 791 da CLT, o empregador pode exercer o ‘*jus postulandi*’, aí comparecendo solitário à audiência. Imaculado o art. 843, § 1º, do mesmo texto. Recurso de revista não conhecido. (...). (TST-RR- 23100-71.2008.5.09.0666 Data de Julgamento: 29.9.2010, rel. Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 8.10.2010) EMENTA – PREPOSTO. ADVOGADO EMPREGADO. POSSIBILIDADE. Não há impedimento legal à acumulação das figuras de preposto e advogado, desde que se trate de empregado da empresa reclamada, nos termos da Súmula n. 377 do TST. RO 172001820095010045 RJ. Terceira Turma. Publicação 21.5.2012. Julgamento: 9.4.2012. Rel. Jorge Fernando Gonçalves da Fonte.

A corrente favorável à desnecessidade de o preposto ser empregado justifica esse entendimento com a literalidade da norma, que não impôs limitação; com a possibilidade de o reclamado ser representado por mandatário com amplos poderes de representação e negociação, o que viria facilitar a vida da parte reclamada, que não desfalcaria empregado de seus quadros para tal mister. Ilustram esse panorama os arestos:

EMENTA: REPRESENTAÇÃO DO EMPREGADOR. PREPOSTO NÃO EMPREGADO. INEXISTÊNCIA DE CONFISSÃO FICTA. O art. 843, § 1º, da CLT permite que o empregador seja representado por preposto, desde que este tenha conhecimento dos fatos relativos à contratualidade. O dispositivo não exige que esse preposto seja empregado da empresa. Dessarte, configura nulidade por cerceamento de defesa a aplicação da pena de confissão ficta ao réu, apenas porque este

se fez representar por preposto não empregado. TRT 12ª Reg. RO 00525200803112003 SC 00525-2008-031-12-00-3. 3ª. T. Pub.: 16.1.2009; rel. Gilmar Cavalieri.

EMENTA: PREPOSTO EMPREGADO. NÃO EXIGÊNCIA. O § 1º do art. 843 da CLT exige tão somente que o preposto tenha ciência dos fatos sobre os quais deverá depor, não fazendo qualquer menção à condição obrigatória de empregado. Assim, a despeito do que contido na Súmula n. 377, não cabe ao intérprete estabelecer uma distinção em nenhum momento pretendida pelo legislador. RO 1034000520075010043 RJ – 1ª T. Pub. 7.12.2012. Rel. José Nascimento Araújo Netto.

EMENTA: PREPOSTO. MANDATÁRIO. CONFISSÃO. INEXISTÊNCIA. Preposto não empregado, que ostenta a condição de mandatário com amplos poderes de gestão, está apto a representá-la em audiência. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT [...]. TRT10. RO 764201100610000 DF 00764-2011-006-10-00-0. Pub. 23.3.2012. DEJT. Rel. Des. João Amílcar.

A doutrina partidária dessa linha de pensamento favorável à representação do reclamado em audiência por preposto não empregado ainda acrescenta outras justificativas, como o óbice ao acesso à Justiça pelo demandado que não pode nomear preposto empregado; outra pessoa pode conhecer mais a realidade dos fatos do que um empregado; o demandado assume o risco de designar preposto que não conheça os fatos⁽¹⁰⁾.

Posto de modo elucidativo, Martins esclarece: Preposto vem do latim *praepostus*, de *praepondere*, que tem o significado de posto adiante, à testa de uma operação, para conduzi-la ou dirigi-la. Não está escrito no § 1º do art. 843 da CLT que o preposto tenha de ser empregado, pois aquele comando legal emprega a expressão *qualquer outro preposto*, não mencionando que deve haver

(10) Vide, a propósito: SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 500-501.

relação de emprego entre essa pessoa e a empresa. [...] Analisando-se a origem da palavra *preposto*, que era encontrada em vários dispositivos do Código Comercial (arts. 74 a 85), verifica-se que aquele não tem necessariamente de ser empregado, mas podem sê-lo os feitores, guarda-livros (contadores, atualmente), caixeiros, como se depreende da leitura daquelas disposições [...]. É o que deveria ser observado no processo do trabalho, pois o único requisito que a CLT exige do preposto é que tenha conhecimento dos fatos, pois suas declarações obrigarão o preponente. Só o empregador poderá nomear o preposto, em razão de ter confiança irrestrita nessa pessoa, arcando, assim, com os atos por ela praticados [...]. Assim, o contador autônomo, que faz a folha de pagamento da empresa, poderia substituir o empregador na audiência, como admito. Argumenta-se que nesse caso estaria sendo instituída a indústria dos prepostos, mas o que se verifica na prática é que aqueles prepostos de grandes empresas, que comparecem às Varas do Trabalho, já o são de maneira profissional, pois sempre comparecem às Varas do Trabalho [...].⁽¹¹⁾

A reflexão sob essa diretriz, com certeza, influenciou o legislador da reforma trabalhista, para acrescentar o § 3º ao art. 843 da CLT, que afasta a necessidade de o preposto ser empregado da reclamada. E não há dúvida de que a novidade desintegra todo um contexto interpretativo sistemático, articulado e sedimentado ao longo do tempo para conferir maior credibilidade ao processo e evitarem-se abusos. Retorna-se, porém, ao ponto de partida. Com o texto legal expresso de que o “preposto não precisa ser empregado da parte demandada”, a essencialidade do conhecimento dos fatos pelo preposto adquire extremado relevo, e é preciso que seja posto em teste nas audiências, doravante, com rigor ainda mais acurado.

(11) MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. n. 4, p. 921.

3. Da ausência das partes à audiência — efeitos

O não comparecimento das partes à audiência implica nos efeitos que estão contidos no art. 844 da CLT, ao qual a Lei n. 13.467/2017 acrescentou cinco parágrafos, transformando o antigo parágrafo único em § 1º, a saber:

Art. 844 – O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

§ 1º Ocorrendo motivo relevante, poderá o juiz suspender o julgamento, designando nova audiência.

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.

§ 4º A revelia não produz o efeito mencionado no *caput* deste artigo se:

I – havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação;

II – o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III – a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV – as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos.

§ 5º Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados.

A dimensão da importância da audiência não é demais realçar, “pois é a oportunidade em que as partes estarão frente a frente e perante o juiz. Trata-se de momento apropriado para a prática pelos litigantes e pelo magistrado

de atos essenciais ao desfecho do processo [...]”⁽¹²⁾. Esta observação, reiterada, revela a necessidade do exame individualizado da ausência de qualquer das partes nesse decisivo momento processual. O § 1º do art. 844 da CLT autoriza o juiz, ocorrendo motivo relevante, a suspender a audiência e designar nova data. Relevantes são não só os motivos previstos na própria lei, a exemplo da ausência justificada de qualquer dos litigantes, como outros que, por sua natureza, justificarem o adiamento.

3.1. Ausência do reclamante à audiência

A ausência do reclamante à audiência pode ensejar o arquivamento da demanda (art. 844 da CLT) ou a pena de confissão quanto à matéria de fato (art. 385, § 1º, do CPC). Nos termos do art. 844, *caput*, da CLT, “o não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação”. Essa medida processual equivale à extinção do processo sem resolução do mérito. O legislador assentiu por esse desfecho processual para oportunizar ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação jurídica, maior acesso à Justiça a fim de pleitear os direitos trabalhistas que supõe lesados ou ameaçados de o serem (CF, art. 5º, XXXV). A disposição referida deve ser analisada em sintonia com o disposto no § 2º do art. 843 e com o atual § 1º (antigo parágrafo único) do art. 844, ambos da CLT. O juiz poderá suspender a audiência, em caso de motivo relevante — o que se compraz com a doença da parte ou outra razão igualmente justificadora devidamente comprovada — facultando-se, no caso do reclamante, fazer-se representar pelo sindicato ou por outro empregado que pertença à mesma profissão, com o fim de evitar o arquivamento da demanda.

(12) HORTA, Denise Alves. Audiência Trabalhista: Aspectos Relevantes. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; KOURY, Luiz Ronan Neves; CANTELLI, Paula Oliveira; JANNOTTI, Cláudio (Coords.). *ABC da execução trabalhista — teoria e prática*. São Paulo: LTr, 2014. p. 23-28.

Ao reclamante, contudo, não é outorgado faltar à audiência, reiterada e descompromissadamente, sem penalidade. O art. 732 combinado com o art. 731 da CLT prevê que se o reclamante, por duas vezes seguidas, der causa ao arquivamento da reclamação, incorrerá na perda, pelo prazo de 6 (seis) meses, do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho. Trata-se da perempção, prevista também no art. 485, V, do CPC, como forma de extinção do processo, sem resolução do mérito.

As custas, nos casos de arquivamento, são devidas, nos termos do art. 789, II e executadas nos moldes do art. 790, § 2º, ambos da CLT. Importa esclarecer que a perempção somente se configura quando o reclamante der causa a dois arquivamentos seguidos por conta de sua ausência à audiência, não se computando para esse fim arquivamentos ou extinção do processo sem resolução do mérito por outras razões, como ilustra a seguinte decisão:

EMENTA: PEREMPÇÃO. ARTS. 732 E 844 DA CLT. Caracteriza-se a perempção quando o reclamante, “por duas vezes seguidas, der causa ao arquivamento de que trata o art. 844” (art. 732, da CLT). Por sua vez, o referido art. 844 trata do arquivamento por ausência do reclamante à audiência. Ambos os dispositivos devem ser interpretados em conjunto e de forma restritiva, somente se configurando a perempção, portanto, quando o autor der causa ao arquivamento, por duas vezes seguidas, devido à sua ausência na audiência inaugural. Qualquer outra causa de extinção do processo, ou de arquivamento, não pode ser levada em conta para fins de perempção. TRT 3ª R., RO 0001494-66.2011.5.03.0110. 8ª T. Rel. Des. Márcio Ribeiro do Valle. DEJT 10.2.2012.

A Lei n. 13.467/2017, no § 2º acrescentado ao art. 844 da CLT, dispôs que, na hipótese de ausência do reclamante, ele será condenado à satisfação das custas, ainda que beneficiário da justiça gratuita. Facultou-lhe, contudo, provar, em 15 dias, que faltou à audiência por motivo legalmente justificável, para isentar-se da oneração. Estabeleceu, também, no § 3º do art. 844,

o pagamento das custas como condição para a propositura de nova demanda.

Com a devida vênia, os §§ 2º e 3º do art. 844 afiguram-se de constitucionalidade questionável⁽¹³⁾. Primeiramente, porque a previsão legal do § 2º, em visível paradoxo, impõe ao beneficiário da justiça gratuita o pagamento das custas processuais, quando o benefício favorece aqueles reconhecidamente sem recursos (CF, art. 5º, LXXIV). A problemática não se afasta com a possibilidade de o reclamante comprovar, para se exonerar do encargo, que a sua ausência ocorreu por motivo legalmente justificável, pois, se beneficiário da justiça gratuita, desnecessária essa comprovação. A par disso, a restrição de acesso à Justiça encontra-se inserida no âmago de ambos os dispositivos legais, na medida em que a norma constitucional garante, como direito fundamental, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (CF, art. 5º, XXXV).

As custas, quando devidas, deverão ser executadas, consoante previsto no art. 790, § 2º da CLT, inalterado pela reforma. Nesse sentido, a condição imposta no § 3º do art. 844 constitui afronta à garantia constitucional, consideradas, especialmente, a singularidade do jurisdicionado trabalhador e a natureza alimentar dos direitos postulados. Comentando esse dispositivo legal, realça Teixeira Filho:

Não há, portanto, razão factual ou jurídica para obstar-se o exercício do direito constitucional de alguém invocar a prestação da tutela jurisdicional do Estado, seja no caso

do direito colocado em estado de periclitância, seja no de o direito já haver sido violado, pelo simples fato de não haver sido pago as custas atinentes ao processo anterior, extinto sem resolução do mérito. Chega, mesmo, a causar indignação às consciências mais lúcidas o fato de o legislador ordinário haver colocado o interesse da União (recebimento das custas) acima da garantia constitucional, assegurada aos indivíduos e às coletividades, de invocarem a tutela jurisdicional do Estado (direito de ação)⁽¹⁴⁾.

O “motivo legalmente justificável” a que se refere o § 2º do art. 844 da CLT a ser comprovado em 15 dias, para evitar o pagamento das custas pelo reclamante, pode ser, exemplificativamente, qualquer um dos assinalados no art. 473 e incisos da CLT, além de doença e outras razões legalmente justificáveis, aferíveis, evidentemente, segundo o bom senso do juiz, que “aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”, nos termos do art. 375 do CPC. A ausência do laborista à audiência pode ensejar, ainda, a aplicação a ele da pena de confissão quanto à matéria de fato, quando, em caso de adiamento da assentada, for intimado a comparecer, para prestar depoimento pessoal, sob essa cominação ou, não comparecendo, recusar-se a depor (CPC, art. 385, § 1º). A ausência justificada, nos termos destacados, é suficiente para evitar, de igual modo, a aplicação da aludida pena de confissão.

3.2. Ausência do reclamado à audiência

Diz o art. 844, *caput*, da CLT que o não comparecimento do reclamado à audiência importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. A audiência, no Processo do Trabalho, é o momento hábil para se apresentar defesa, e prevê a lei o prazo de 20 minutos para a defesa oral (CLT, art. 847), o que não impede

(13) Os dispositivos foram citados na ADI n. 5.766 proposta pelo Procurador-Geral da República em face da Lei n. 13.467/17, nos pontos que discrimina como inconstitucionais (pontos em que altera ou insere disposições nos arts. 790-B, *caput*, e § 4º; 791-A, § 4º, e 844, § 2º, do Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, o qual aprova a Consolidação das Leis do Trabalho). A ADI n. 5766 tem como relator o Min. Roberto Barroso. Disponível o inteiro teor da ADI em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalhista.pdf>>.

(14) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 163.

a apresentação de defesa escrita, como é corriqueiro. Revel tem origem do latim ‘*rebellis*’, que significa rebelde, teimoso⁽¹⁵⁾ e, no âmbito jurídico processual, é aquele que, citado, não apresenta defesa, o que induzirá à presunção de serem verdadeiros os fatos alegados pelo autor, nos termos do art. 344 do CPC. Essa presunção é relativa, pois pode ser ilidida pelas provas preexistentes nos autos. Sobre a confissão, a jurisprudência encontra-se sedimentada na Súmula n. 74 do TST:

SÚMULA N. 74 DO TST

CONFISSÃO (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. n. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.4.2016). I – Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor. (ex-Súmula n. 74 – RA n. 69/1978, DJ 26.9.1978). II – A prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (arts. 442 e 443, do CPC de 2015 – art. 400, I, do CPC de 1973), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores. (ex-OJ n. 184 da SBDI-1 – inserida em 8.11.2000). III – A vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo.

A revelia do reclamado e seus efeitos foram especificamente tratados nos §§ 4º e 5º introduzidos pela reforma trabalhista ao art. 844 da CLT. No § 4º, houve a reprodução do previsto no art. 345 e incisos do CPC e, no § 5º, acrescentou-se que ausente o reclamado mas presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados. Essas normas acrescidas ao texto antigo da CLT tiveram o objetivo de mitigar os efeitos da revelia, ao contrário do que ocorreu com a ausência do reclamante à audiência dita inaugural, que, com a reforma trabalhista,

passou a sofrer consequências mais severas. O novo § 4º do art. 844 da CLT, em quatro incisos, discrimina as circunstâncias em que se afastam os efeitos da revelia.

A primeira delas sucede quando, “**I – haven-do pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação**”. O litisconsórcio é tratado nos arts. 113 a 118 do CPC e a disposição *sub examine* se aplica quando o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes, e, assim, o litisconsórcio for unitário (CPC, art. 116). No mais, a regra do art. 117 do CPC, aplicável por força do art. 769 da CLT e do art. 15 do CPC, dispõe que, em relação à parte contrária, os litisconsortes são considerados litigantes distintos, “caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar”⁽¹⁶⁾.

A segunda situação apta a frustrar os efeitos da revelia se materializa quando “**II – o litígio versar sobre direitos indisponíveis**”. Com efeito, o art. 392 do CPC trata da mesma possibilidade, e dispõe que “não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”, o que também é referido no art. 341, I do CPC. Indisponíveis são os direitos que não podem ser alienados, renunciados ou transferidos, como os direitos da personalidade e os relativos ao estado da

(15) CUNHA, Antonio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. Verbete revel, p. 683.

(16) Sobre os efeitos da revelia quando houver pluralidade de réus comentam Marinoni, Arenhart e Mitidiero que: “O art. 345, I do CPC, só se aplica no que tange ao regime especial do litisconsórcio (isto é, nos casos de litisconsórcio unitário), porque somente nessa hipótese existe a necessidade de harmonizar a situação processual dos consortes a fim de que o juiz prolate sentença uniforme. Fazê-lo aplicável a toda e qualquer espécie litisconsorcial viola o art. 117, CPC. Isso não quer dizer, contudo, que as alegações de fato feitas no processo por um dos consortes não possam, indiretamente, aproveitar aos demais. Se o litisconsorte que contestou o pedido do demandante aponta um fato comum a todos os consortes e sobre essa alegação faz prova, pela regra da comunhão da prova, a produção probatória aproveita aos demais litisconsortes”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. art. 345, p. 372.

pessoa, o que, em regra, já era observado no Processo do Trabalho, por ser norma do CPC com ele compatível. Outrossim, nos termos da OJ n. 152 da SDI-I do TST, “a pessoa jurídica de direito público sujeita-se à revelia prevista no art. 844 da CLT”, observadas iguais cautelas previstas para o demandado comum. Importante realçar que o direito indisponível capaz de atrair a exceção em comento para o ente de direito público se refere ao interesse público primário (da coletividade) e não ao interesse público secundário (interesse administrativo do ente público). Ilustra esse aspecto o seguinte aresto:

EMENTA: [...] REVELIA DA PRIMEIRA DEMANDADA. CONTESTAÇÃO NÃO ESPECÍFICA DA SEGUNDA RECLAMADA. CONSEQUÊNCIAS. INDISPONIBILIDADE DO DIREITO. A contestação que não se manifesta especificamente sobre os fatos narrados (art. 302, do CPC), não tem o condão de afastar os efeitos da revelia aplicada à primeira reclamada (art. 320, I, do CPC). O direito indisponível capaz de atrair a exceção estabelecida pelo art. 320, II, do CPC se refere ao interesse público da coletividade (primário) e não ao interesse administrativo do ente público (secundário). A recorrente defende em juízo interesse secundário, o qual não se caracteriza como direito indisponível apto a atrair a previsão contida no art. 320, II, do CPC.[...]. TRT10 – RO 02218201201510005 DF 02218-2012-015-10-00-5 – 3ª Turma. Publicação: 8.5.2015 no DEJT. Julg. 29.4.2015 – Rel. Cilene Ferreira Amaro Santos.

Na terceira hipótese, não se produzem os efeitos da revelia, se **“III – a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato”**. Na espécie, pode se tratar tanto de instrumento público (art. 406 do CPC), quanto de instrumento particular, pois a norma em comento não faz referência específica. Quando a lei exige instrumento público, ele é substancial⁽¹⁷⁾

(17) Sobre “documento substancial” leciona Calmon de Passos, referindo-se a instrumento público: “206. DOCUMENTO SUBSTANCIAL – Igualmente cessa a presunção de verdade se o fato não impugnado é

para a validade e a eficácia do ato. O inciso III do art. 320, do CPC de 1973, mencionava instrumento público, mas o CPC de 2015, no art. 345, III, menciona apenas instrumento, o que foi adotado pela reforma trabalhista. É o caso, por exemplo, do pleito formulado com fulcro em instrumento coletivo de trabalho que não acompanhou a inicial. O instrumento coletivo é indispensável não só à prova do direito quanto da sua própria constituição, quando o pleito é fundado nesse instrumento. Exemplifica esse aspecto a seguinte decisão, ainda sob a vigência do CPC de 1973, que não se altera na atualidade:

EMENTA – DIFERENÇAS SALARIAIS FUNDADAS EM NORMAS COLETIVAS. NECESSIDADE DE JUNTADA AOS AUTOS INDEPENDENTEMENTE DA CONFISSÃO FICTA DA RECLAMADA. Ainda que não se equipare a documento público, tendo o reclamante fundamentado a pretensão ao recebimento de diferenças salariais em normas coletivas, documento particular, deveria tê-las trazido aos autos, independentemente da revelia patronal. Ao empregado cabe demonstrar a existência da norma que diz assegurar-lhe remuneração distinta daquela recebida (que, inclusive, pode ter sua aplicabilidade ao contrato – ou não – ser apreciada e declarada de ofício, como consignado na r. decisão de embargos), de modo que, não o fazendo, impõe-se o indeferimento. Recurso do reclamante conhecido e desprovido. TRT-PR-19-03-2010. Pub. 19.3.2010. Rel. Des. Altino Pedrozo dos Santos.

O quarto suposto estabelecido para afastar os efeitos da revelia ocorre quando **“IV – as alegações de fato formuladas pelo reclamante**

fato jurídico que, para produzir os seus efeitos típicos, depende de instrumento público. Cuida-se, na espécie, de documento denominado de substancial, exigido não para a prova do direito, mas para sua constituição mesma. Se esse documento exigido for instrumento público, o silêncio do réu não tem força para gerar a presunção de verdade mencionada no art. 302”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III. Arts. 270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 331.

forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos”.

Inverossímeis são as alegações dissociadas do que ordinariamente acontece e pode suceder, pelo que deve o juiz observar os princípios da razoabilidade e ponderação (art. 375 do CPC). Como exemplo clássico tem-se a alegação na inicial de jornada de trabalho não suportável pelo homem médio, consoante ressaí da seguinte decisão do TST:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. CONFISSÃO FICTA. JORNADA INVEROSSÍMIL DECLINADA NA PETIÇÃO INICIAL. I. A presunção de veracidade dos fatos, decorrente da confissão ficta, é relativa e deve ser ponderada sob o prisma do princípio da razoabilidade. II. No caso em exame, verifica-se que o Tribunal Regional delimitou a jornada declinada na inicial com fundamento no princípio da razoabilidade e na aplicação das regras de experiência comum, nos termos do art. 375 do NCPC (art. 335 do CPC/73), uma vez que, de fato, a jornada delineada na inicial não é plausível. III. Aplicável à hipótese também a norma do art. 345, IV, do NCPC, no sentido de que a revelia não produz seus efeitos quando “as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis”. IV. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. Proc. AIRR 7552220145030035. Pub. DEJT 24.3.2017. Julg. 22.3.2017.

Outro ponto constante do inciso IV do art. 844 da CLT e que afasta os efeitos da revelia são as alegações de fato formuladas pelo reclamante em contradição com a prova existente nos autos. A confissão não se materializa nessa hipótese e merece relevo a circunstância de que, para esse objetivo, a prova a ser aferida é aquela preexistente no processado. A relatividade da confissão ficta em confronto com a prova já produzida nos autos é objeto da Súmula n. 74 do TST, citada em linhas pretéritas.

O § 5º do art. 844 da CLT, acrescido pela Lei n. 13.467/17, dispõe que “ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência,

serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados”. A importância do comparecimento das partes à audiência independentemente dos seus representantes está prevista no art. 843 da CLT e foi inicialmente enfatizada neste estudo. Com efeito, a necessidade do comparecimento pessoal das partes à audiência trabalhista ergue-se da clarividência do legislador originário da CLT para com os princípios informadores do Direito Processual do Trabalho, mormente os da concentração dos atos processuais e da imediatidade, pelos quais se alcançam a celeridade, a economia, a maior efetividade do contraditório e da democratização do processo, conforme realçado pela doutrina:

Os benefícios da concentração são visíveis, como celeridade no procedimento e economia dos atos processuais. Além disso, há possibilidade de maior compreensão da dimensão do litígio pelo Juiz do Trabalho, pois, numa única audiência, analisa o pedido e a defesa, bem como as provas produzidas.

[...] A imediatidade propicia maior participação das partes no procedimento, dando efetividade ao contraditório real, e também maior democratização do processo⁽¹⁸⁾.

Esses princípios são destacados na jurisprudência, a exemplo do seguinte julgado:

EMENTA: AUSÊNCIA DA RECLAMADA. PRESENÇA DO ADVOGADO. REVELIA. Diferente da processualística comum, no Processo do Trabalho, como está claro da dicção do art. 844, da CLT, a ausência do reclamado à audiência importa em sua revelia, além da confissão fática. Ou seja, não basta a apresentação de contestação, mas sim, é imprescindível a presença do demandado. O motivo para tal diferenciação é simples. Quis o legislador fomentar a possibilidade de acordo entre as partes, o que normalmente só é possível com a presença do empregador ou de seu preposto. Além disso, a confissão

(18) SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 34.

real, que só pode ser obtida através do depoimento pessoal da parte, no caso, resta impossibilitada, já que o réu simplesmente não está presente no ato. Por último, de vital importância, a regra do art. 844, da CLT, vai ao encontro dos princípios da oralidade e imediatidade, que imperam no processo laboral, tido este como um verdadeiro “processo de audiência”. Corolário de tal comando, cita-se a Súmula n. 122, do C. TST, eis que o advogado não é parte, naturalmente. Proc. RO 00029014720125020063 SP 00029014720125020063 A28. 12ª Turma. Pub. 27.2.2015. Julg. 12.2.2015. Relª. Desª. Maria Elizabeth Mostardo Nunes.

A nova disposição da Lei n. 13.467/17, ao inserir o § 5º ao art. 844 da CLT, que, no cenário de ausência do reclamado e presença do advogado na audiência, impõe ao juiz aceitar a contestação e os documentos eventualmente apresentados, trouxe vantagem ao reclamado antes inexistente. Até então, assentava-se na Súmula n. 122 do TST que a ausência injustificada do reclamado à audiência acarretava-lhe a revelia e confissão quanto à matéria de fato, ainda que presente seu advogado munido de procuração, a saber:

SÚMULA N. 122 DO TST

REVELIA. ATESTADO MÉDICO (incorporada a Orientação Jurisprudencial n. 74 da SBDI-1) – Res. n. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005. A reclamada, ausente à audiência em que deveria apresentar defesa, é revel, ainda que presente seu advogado munido de procuração, podendo ser ilidida a revelia mediante a apresentação de atestado médico, que deverá declarar, expressamente, a impossibilidade de locomoção do empregador ou do seu preposto no dia da audiência. (primeira parte – ex-OJ n. 74 da SBDI-1 – inserida em 25.11.1996; segunda parte – ex-Súmula n. 122 – alterada pela Res. n. 121/2003, DJ 21.11.2003).

Em face do teor da Súmula, a defesa, com ou sem documentos, em regra, sequer era colhida, caso manifestada a intenção do advogado de entregá-la ao juiz ou, se colhida, não era considerada, consoante ilustram as seguintes decisões do TST:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – REVELIA E CONFISSÃO – AUSÊNCIA DO PREPOSTO NA AUDIÊNCIA INAUGURAL – PRESENÇA DO ADVOGADO MUNIDO DE PROCURAÇÃO E CONTESTAÇÃO – APLICAÇÃO DE CONFISSÃO FICTA QUANTO À MATÉRIA DE FATO E RECONHECIMENTO DA REVELIA COM O INDEFERIMENTO DA JUNTADA DA CONTESTAÇÃO – NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO CONFIGURAÇÃO. Nos exatos termos do art. 844, *caput*, da CLT, o não comparecimento da reclamada à audiência inaugural importa a produção de dois efeitos distintos, quais sejam a revelia, consistente na ausência de defesa, e a confissão quanto à matéria de fato. Nessa esteira, esta Corte consolidou entendimento no sentido da imprescindibilidade da presença da parte ré à audiência inaugural, independentemente do comparecimento de advogado constituído, sob pena de confissão da matéria de fato; bem como de revelia, cuja consequência é o indeferimento da juntada da defesa. Fixadas essas premissas, não configura cerceamento de defesa a ordem judicial que obsta a apresentação de defesa e documentos pelo réu reputado revel. Inteligência da Súmula n. 122 do TST. Incidência do óbice do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula n. 333 do TST. Agravo de instrumento desprovido. Proc. AIRR 14844620105020090. 7ª Turma. Pub. DEJT 7.8.2015. Julg. 5.8.2015. Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho.

EMENTA: RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. 1. AUSÊNCIA DA RECLAMADA NA AUDIÊNCIA INAUGURAL. COMPARECIMENTO APENAS DO ADVOGADO. REVELIA. CONFISSÃO FICTA. SÚMULA N. 122/TST. JUNTADA DE DOCUMENTOS. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADA. Hipótese em que o Tribunal Regional do Trabalho desconsiderou a defesa apresentada e os documentos acostados, em face da decretação da revelia e consequente aplicação dos efeitos da confissão ficta. Nos

termos do entendimento cristalizado na Súmula n. 122/TST, a ausência injustificada da Reclamada à audiência inaugural enseja a decretação da revelia, mesmo que presente seu advogado devidamente constituído. Uma vez decretada a revelia, não há obrigação do juiz de origem em proceder ao recebimento de defesa e documentos apresentados. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. [...] Proc. RR 12512220115040005. 7ª Turma. Pub. DEJT 11.3.2016. Julg. 9.3.2016. Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues.

EMENTA: RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PREPOSTO NA AUDIÊNCIA INAUGURAL. REVELIA. MATÉRIA FÁTICA. JUNTADA DE CONTESTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. De acordo com o art. 844 da CLT e a Súmula n. 122/TST, o não comparecimento da Reclamada à audiência implica o julgamento da ação a sua revelia, além da pena de confissão quanto à matéria fática, independentemente do comparecimento do advogado constituído. Assim, inviável o exame dos pedidos formulados na petição inicial com base em argumento eminentemente fático e documentos colacionados em defesa, porquanto a ausência da Ré na audiência inaugural, com a consequente declaração da sua revelia, não lhe confere o direito de juntar contestação e documentos. Recurso de revista conhecido e provido. Proc. RR 92155420115120034. 3ª Turma. Pub. DEJT 9.5.2014. Julg. 30.4.2014. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado.

Com a realidade trazida pela reforma trabalhista, cumpre ao juiz aceitar a defesa e os documentos eventualmente ofertados pelo advogado presente à audiência, embora ausente o demandado. Nesse plano, não haverá revelia, pois esta é a ausência de defesa. No entanto, a pena de confissão quanto à matéria fática será aplicada ao reclamado considerados a defesa e os documentos e, assim, poderá ser ilidida se as alegações de fato formuladas pelo reclamante estiverem em contradição com esse contexto probatório (art. 844, § 4º, IV da CLT).

Se, para uns, a alteração legislativa significou atendimento às garantias do contraditório

e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV)⁽¹⁹⁾, o certo é que a presença do reclamado à audiência perde a importância e a essencialidade que lhe foram originalmente atribuídas, não só para o alcance da verdade real, com o depoimento das partes, mas, sobretudo, para o desenvolvimento do potencial de efetividade do processo por meio da conciliação em audiência.

4. Processo judicial eletrônico

Outra alteração advinda com a Lei n. 13.467/2017 refere-se ao parágrafo único acrescentado ao art. 847 da CLT:

Art. 847 – Não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para aduzir a sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes.

Parágrafo único – A parte poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência.

A disposição acrescida — a parte poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência — está em perfeita sintonia com o *caput* do art. 847, pois é a audiência a oportunidade para o reclamado apresentar defesa oral ou escrita, após a proposta de conciliação, conforme previsto no art. 846 da CLT. A Lei n. 11.419/2006, que versa sobre a informatização do processo judicial, autorizou, no seu art. 18, a regulamentação da lei, no que couber, pelos órgãos do Poder Judiciário, no âmbito de suas respectivas competências. Nesse plano, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Resolução n. 136, de 25.4.2014, que instituiu o “Sistema Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho — PJe-JT [...]” e estabeleceu, no art. 29, que a contestação, reconvenção ou exceção e respectivos

(19) Dentre os favoráveis ao advento da regra do § 5º do art. 844 da CLT, vejam-se Manoel Antonio Teixeira Filho, in: *O processo do trabalho e a reforma trabalhista — as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 169; SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 101.

documentos deveriam ser encaminhados, eletronicamente, pelos advogados credenciados, antes da audiência designada para recebimento da defesa. Essa previsão, regulamentada no âmbito dos Tribunais Regionais, além de reduzir o prazo para a apresentação da defesa pelo reclamado, ensejou dificuldades, entre outras, para obstar o conhecimento prévio da defesa pela parte contrária, além de embaraços quanto ao momento para a desistência da ação pelo reclamante sem a anuência do reclamado e, ainda, predispôs ao inconformismo do réu com a revelia devido à sua ausência à audiência já tendo apresentado adremente a defesa e documentos.

A previsão do parágrafo único do art. 847 da CLT veio reafirmar a soberania da lei e, por conseguinte, do procedimento previsto na CLT, considerando a garantia constitucional do direito à ampla defesa, que se deve realizar com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). A título ilustrativo, seguem algumas decisões, consideradas as variações dos embaraços despontados da prática.

EMENTA: PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO – JUNTADA DA DEFESA ANTES DA AUDIÊNCIA INAUGURAL – AUSÊNCIA DA RÉ – EFEITOS. As regras do processo judicial eletrônico, que preveem que a defesa deve ser juntada aos autos “antes da realização da audiência designada para recebimento da defesa”, conforme disposto no art. 29 da Resolução n. 136 do CSJT, não têm o condão de alterar o regramento do processo do trabalho, que estabelece que a contestação apenas é recebida pelo Magistrado em audiência, momento processual em que o Reclamante tem vista dos argumentos defensivos e se manifesta sobre os documentos juntados. Assim, embora a defesa tenha sido apresentada antes da assentada, apenas poderia ser recebida na audiência e, ainda assim, caso presente a Reclamada ao ato, pois há obrigação de comparecimento pessoal das partes, prevista no art. 843 da CLT. Se ausente a Reclamada, a peça contestatória não pode ser recebida, pelos efeitos próprios da revelia, previstos no art. 844 da CLT, devendo,

portanto, ser desconsiderada. TRT3- Proc. n. 0010098-48.2015.5.03.0054-RO. Relª. Desª. Emília Facchini. DEJT 29.5.2017.

EMENTA: DESISTÊNCIA. MOMENTO PROCESSUAL. Sabidamente, o § 4º do art. 267 do CPC, utilizado subsidiariamente por esta Justiça especializada, por força do art. 769 da CLT, dispõe que o autor não poderá desistir da ação depois de decorrido o prazo para a resposta, sem o consentimento do réu. Outrossim, o art. 847 da CLT determina que não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes. *In casu*, de tudo o que se evidenciou no processado, revela-se correto o procedimento adotado na origem, ao homologar o pedido de desistência formulado pelo Reclamante, dispensando a anuência da Reclamada, uma vez que, de fato, não ocorreu a efetiva formação da litiscontestação, já que a defesa, embora previamente acostada aos autos do processo eletrônico pela Ré, somente seria recebida pelo magistrado de primeira instância após a realização da tentativa de acordo (o que sequer foi proposto às partes), nos termos do art. 847 da CLT, supracitado. TRT da 3.ª Região; Pje: 0010296-52.2014.5.03.0044 (RO); Disponibilização: 26.2.2015, DEJT/ TRT3/Cad.Jud, Página 248; Órgão Julgador: Oitava Turma; rel. Marcio Ribeiro do Valle.

EMENTA: PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. MOMENTO. O simples envio da defesa para o sistema eletrônico do PJe, não é capaz, por si só, de produzir qualquer efeito jurídico processual, eis que somente em audiência é que a contestação será realmente inserida no processo judicial, todavia, e a exemplo do que já se dava nos denominados “processos físicos”, após frustrada a primeira tentativa conciliatória. E no caso vertente, conforme se vê de todo o processado, o Demandante não manifestou a desistência da ação tão logo foi aberta a audiência e verificada a impossibilidade de conciliação, mas sim, após o recebimento da defesa pela D. Julgadora de 1º grau, sendo, portanto, imprescindível a concordância da parte contrária para a homologação da desistência da ação somente naquele comenos

processual apresentada. Proc. TRT1-RO 00111059420155010001. Nona Turma. Pub. 13.12.2016. Julg. 22.11.2016. Rel. Antonio Carlos de Azevedo Rodrigues.

EMENTA: REVELIA. AUSÊNCIA DO PREPOSTO. JUNTADA DE DEFESA EM MOMENTO ANTERIOR À AUDIÊNCIA NO PJE. IMPOSSIBILIDADE DE ELISÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. O efeito da revelia é a confissão quanto à matéria fática alegada na inicial, presunção relativa que admite prova em contrário. Contudo, o fato de no sistema do PJE os documentos serem anexados antes da audiência não significa, em absoluto, que possam ser considerados como contraponto a confissão decorrente da revelia da Recorrente. A CLT e o CPC, supletivamente aplicável, em nenhum momento autorizam tal conclusão. Ao contrário, o art. 847 da CLT prevê o prazo de 20 minutos para a apresentação da defesa em audiência, após tentativa frustrada de conciliação. A colação anterior, trata-se de mero procedimento técnico, necessário ao bom andamento da realização das audiências, imprescindendo, contudo, do comparecimento pessoal da parte para ratificar-lhes a juntada. Mudança no procedimento legal, importaria em violação ao princípio da conciliação, na medida em que as partes passariam a juntar defesa e documentos antes da audiência, furtando-se ao comparecimento pessoal em juízo. Sentença mantida. Proc. TRT20 – 00005250820145200002. Pub. 23.6.2016. Rel. Carlos de Menezes Faro Filho.

EMENTA: OFERECIMENTO DE CONTESTAÇÃO NO PJE. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE ANTES DE QUEBRADO O SIGILO. É permitido ao autor desistir da ação antes de “quebrado” pelo Juiz o sigilo da defesa enviada eletronicamente. Proc. RO 00103405420145010003 RJ. Sexta Turma. Pub. 25.5.2015. Julg. 13.5.2015. Rel. Marcos de Oliveira Cavalcante.

Posto como objetivo de otimização da forma como os atos processuais são praticados, o PJE veio facilitar o acesso à Justiça e contribuir para a celeridade e a economia processuais em amplo espectro. Esse motor, contudo, não se contrapõe ou derroga as normas processuais

trabalhistas, tampouco as garantias constitucionais quanto à ampla defesa e ao devido processo legal, do que não discrepa o parágrafo único acrescido ao art. 847 da CLT.

5. Considerações finais

As modificações efetivadas pela Lei n. 13.467/2017, que instituiu a reforma trabalhista, atribuíram feição diferente à seção da CLT que trata da audiência de julgamento, pois trouxeram desequilíbrio expressivo no tratamento conferido à ausência das partes à audiência: o rigor conferido aos efeitos da ausência do reclamante, de um lado, quicá a impedir o acesso à Justiça, em descompasso com a amenização dos efeitos da ausência do reclamado, de outro.

Contrariamente à tradição característica da estrutura do Processo do Trabalho, foram mitigadas a importância e a essencialidade da presença do reclamado à audiência, com o que se vislumbra o consequente enfraquecimento dos princípios da imediatidade, da busca da verdade real e, sobretudo, uma contribuição para frustrar-se a potencial efetividade do processo por meio da conciliação em audiência. Além disso, a jurisprudência sedimentada ao longo dos anos viu-se, repentinamente, soçobrada (Súmulas ns. 377 e 122 do TST).

Apresenta-se a reforma trabalhista em momento nacional conturbado por crise política, econômica e social. Nesse horizonte histórico, as reformas das leis, manipuladas como fármaco, ainda que com os “melhores espíritos”, esbarram, parafraseando Cernelutti, na “*insuficiência radical do direito para as tarefas mais importantes que a desordem social vem colocando sobre seus ombros*”. Reafirma-se então que, críticas à parte, o cenário novo contemplado pela reforma trabalhista terá sua consistência — ou inconsistência — testada na rica diversidade da prática, amálgama de novos contornos do direito posto.

Afinal, as leis são feitas para e pelas pessoas e estas não obedecem receitas prontas. Nas palavras de Guimarães Rosa, “as pessoas não

estão sempre iguais, ainda não foram terminadas, mas que elas vão sempre mudando. Afinam e desafinam. Verdade maior”. Afinar o dissonante é, assim, o permanente desafio que se impõe.

6. Referências bibliográficas

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado judiciário do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995. vol. II.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5766. Rel. Min. Roberto Barroso. Distribuído em 28.8.2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 22 set. 2017.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista. v. I, Campinas: Servanda, 1999.

CUNHA, Antonio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. Verbetes Audi(o), Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

HORTA, Denise Alves. Audiência trabalhista: Aspectos relevantes. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; KOURY, Luiz Ronan Neves; CANTELLI, Paula Oliveira; JANNOTTI, Cláudio (Coords.). *ABC da execução trabalhista — teoria e prática*. São Paulo: LTr, 2014.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pércles Rodrigues Marques de. *Reforma*

trabalhista: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III. Arts. 270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentário à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. Análise da Lei n. 13.467/2017 — artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Manual da audiência na justiça do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.

_____. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

O desequilíbrio processual decorrente da inexigibilidade da qualidade de empregado do preposto do reclamado

Gustavo Carvalho Machado^(*)

Resumo:

- ▶ Este artigo tem por objeto a análise de uma das tantas alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017 na Consolidação das Leis do Trabalho, especificamente o § 3º acrescido ao art. 843, que prevê a inexigibilidade da qualidade de empregado do preposto que representa a empresa em audiência. Aparentemente de menor impacto que outras mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista, o novo parágrafo da legislação trabalhista interfere diretamente na possibilidade de produção de prova pelo reclamante, tornando o processo desigual entre as partes.

Palavras-chave:

- ▶ Reforma trabalhista — Direito à prova — Depoimento pessoal — Confissão real — Princípio da paridade de armas.

Abstract:

- ▶ This article aims to analyze one of the many changes promoted by Law n. 13.467/2017 in the Labor Laws Consolidation, specifically § 3 added to the section 843, which provides for the non-enforceability of employee status of the agent representing the company in an audience. Apparently with less impact than other changes brought about by the Labor Reform, the new paragraph of the labor legislation directly interferes in the possibility of production of evidence by the claimant, making the process unequal between the parties.

Key words:

- ▶ Labor reform — Right of proof — Personal testimony — Confession — Principle of equality.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Do direito à prova e da igualdade de oportunidades de produzi-la

(*) Pós-graduando em *Compliance* e Integridade Corporativa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito e Processo do

Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Advogado.

- ▶ 3. Do depoimento pessoal como meio de prova no processo do trabalho
- ▶ 4. O desequilíbrio processual legitimado pelo § 3º do art. 843, da CLT
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

No dia 14 de julho de 2017 foi publicada a Lei n. 13.467/2017, que altera uma série de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho com o escopo de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

Em meio à desarmonia de entendimentos entre legisladores, juristas e a própria população, a chamada Reforma Trabalhista foi aprovada em tempo recorde, considerando a natureza das alterações propostas e os reflexos das mesmas nas relações jurídicas de trabalho.

Sob o pretexto de aumentar a empregabilidade e tornar o país mais competitivo, o processamento da reforma foi acelerado. Pouco se oportunizou — para não dizer que não — a todas as partes interessadas a possibilidade de estabelecer um diálogo franco acerca das mudanças propostas, diferentemente do que se deu, por exemplo, com o atual Código de Processo de Civil, publicado em 2015, fruto de anos de conversação e análises.

Atendo-se especificamente aos dispositivos processuais da Reforma Trabalhista, é possível perceber a válida tentativa de contrabalançar a relação processual e, conseqüentemente, diminuir o número de demandas temerárias na Justiça de Trabalho.

Até então o processo do trabalho no Brasil desenvolvia-se numa sistemática que não trazia riscos ao reclamante, uma vez que, ainda que este perdesse a demanda por ele proposta, nada seria subtraído de seu patrimônio. Dessa forma, nunca houve temor por parte do autor em apresentar pedidos que soubesse não ter direito, pois, no máximo, seu requerimento seria indeferido; e, em contrapartida, haveria ainda a chance de tal pedido ser julgado procedente e, assim, enriquecer-se em certa medida.

Destarte, não há dúvidas que o sistema pré-Reforma estimulava a multiplicação de ações e pedidos ausentes de fundamentos.

Nesse contexto, com o fito de modificar esse panorama, a Lei n. 13.467/2017 trouxe mudanças que visam inibir o ajuizamento de demandas infundadas.

A partir do dia 11.11.2017, passou a vigorar a necessidade de comprovação de insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo para a concessão do benefício da justiça gratuita (art. 790, § 4º); a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita (art. 790-B); bem como o pagamento de honorários de sucumbência ao advogado (art. 791-A).

Além disso, segundo os §§ 2º e 3º do art. 844 da CLT, na hipótese de ausência do reclamante à audiência inicial, este será condenado ao pagamento das custas processuais, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável; e o pagamento das referidas custas será condição para a propositura de uma nova demanda.

Assim, ante a possibilidade de redução patrimonial, o autor deverá ser mais ponderado em seus pleitos, devendo preocupar-se em requerer o que realmente entenda ter direito.

Entrementes, a reforma processual trabalhista não caminhou apenas em direção ao equilíbrio processual; e isso pode ser percebido pela alteração sucedida no artigo que trata da presença das partes em audiência, mudança esta que talvez não tenha tido o merecido destaque.

Aparentemente de pouca relevância, o § 3º acrescentado ao art. 843 da CLT interfere

diretamente na oportunidade das partes de produção de provas, o que será analisado no presente estudo.

2. Do direito à prova e da igualdade de oportunidades de produzi-la

A Constituição da República de 1988 reconhece, de forma expressa e implícita, o direito à prova como um direito fundamental. O exposto reconhecimento do direito à prova está no art. 5º, LV⁽¹⁾. Por certo, ao reconhecer o direito aos meios inerentes à defesa, a Constituição também o faz em relação ao direito à prova, dado que a prova é um dos meios inerentes à defesa dos direitos em juízo⁽²⁾.

Nessa direção, Mauro Schiavi defende que “o direito à prova constitui garantia fundamental processual e também um direito fundamental da cidadania para efetividade do princípio do acesso à justiça e, acima de tudo, o acesso a uma ordem jurídica justa”⁽³⁾.

A prova destina-se à formação do convencimento do juiz acerca dos fatos trazidos a sua análise. Nos dizeres de Armando Porras López, a finalidade da prova “*es el de hacer que el juez, mediante el procedimiento lógico del razonamiento, encuentre la verdad*”⁽⁴⁾.

Manoel Antonio Teixeira Filho destaca que a prova não tem como propósito apenas convencer o magistrado, mas, principalmente, restringir e nortear a formação do seu convencimento, pois o julgador não pode decidir contra a prova existente nos autos, sob pena de nulidade da sentença. O princípio da persuasão racional, adotado pelo CPC vigente, desautoriza o juiz a julgar segundo sua íntima

convicção, impondo-lhe que o faça de maneira fundamentada.

É preciso consignar que o direito de produzir a prova deve ser assegurado de maneira isonômica entre as partes do processo. Isso se dá em virtude da incidência do princípio da igualdade (ou isonomia), consagrado no art. 5º, *caput*, da CF/88, também à seara processual.

O jurista uruguaio Eduardo Couture definiu o princípio da igualdade processual como o “*principio según el cual las soluciones legales colcan a ambas partes del proceso en un plano de equiparación, otorgándole semejantes oportunidades para la defensa y ejercicio de su derecho*”⁽⁵⁾.

O referido princípio é tratado expressamente no CPC/15, precisamente nos arts. 7º e 139, I, como *paridade de tratamento* entre as partes:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

Também conhecido pela doutrina e jurisprudência como princípio da *paridade de armas*, a igualdade de tratamento constitui núcleo central do devido processo legal, e deve ser entendido como a “igualdade de oportunidades para as partes, e terceiros a ela equiparados, de apresentarem suas pretensões, manifestações e provas, sem desvantagem em relação ao *ex adverso*”⁽⁶⁾.

(1) Art. 5º (...)

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;

(2) ALMEIDA, Cléber Lúcio *apud* SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*: de acordo com o novo CPC. 12. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 672.

(3) *Idem*.

(4) LÓPEZ, Armando Porras *apud* TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 53.

(5) COUTURE, Eduardo *apud* RIVAS GOYCOECHEA, Ana Gabriela. *Proceso laboral autónomo como aplicación del principio protector*. *Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações*, Porto Alegre, v. 7, n. 121, p. 110-120, jul. 2011.

(6) CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.76.

Dessa forma, aos litigantes se devem conceder as mesmas oportunidades para requererem a produção de provas, ou para produzi-las, devendo o juiz zelar para que isso seja observado, sob pena de a infringência dessa garantia conduzir, virtualmente, à nulidade do processo, por restrição do direito de defesa⁽⁷⁾.

Como bem adverte Manoel Antonio Teixeira Filho, a lei não exige que a parte produza a prova, mas, sim, que lhe seja assegurada a oportunidade de, querendo, produzi-la⁽⁸⁾.

Assegurada às partes as mesmas chances, estas poderão lançar mão de todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz, conforme prescrito no art. 369 do CPC/15.

3. O depoimento pessoal como meio de prova no processo do trabalho

A CLT revela-se omissa quanto a uma previsão sistemática dos meios de prova admissíveis no processo do trabalho, ainda que faça menção ao interrogatório das partes (art. 848); à confissão ficta (art. 844, *caput*); à prova documental (arts. 787 e 830); à prova testemunhal (arts. 819, 820, 821 a 825, 828, 829 e 848, § 2º); e à prova pericial (arts. 827 e 848, § 2º)⁽⁹⁾.

Diante da ausência de previsão expressa na CLT, parte da doutrina e da jurisprudência tem entendido que o depoimento pessoal não faz parte do processo do trabalho, de modo que o magistrado teria a faculdade de permitir ou não o pedido de oitiva da parte.

Exempli gratia, cita-se a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região no processo n. 0001503-37.2011.5.06.0371:

RECURSO ORDINÁRIO. NULIDADE PROCESSUAL. DISPENSA DO INTERROGATÓRIO DAS PARTES. CERCEAMENTO DO

DIREITO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. No Processo do Trabalho, diferentemente do Processo Civil, os litigantes não dispõem do depoimento pessoal da parte adversa como meio de prova. Ao contrário, o interrogatório das partes constitui mera faculdade do Juiz. Exegese do art. 848, da CLT. Não há, portanto, que se falar em cerceamento do direito de defesa rejeitada. Preliminar de nulidade processual rejeitada. (TRT-6 1503372011506 PE 0001503-37.2011.5.06.0371, 3ª Turma, rel. Valdir José Silva de Carvalho, Data de Publicação: 3.10.2012)

Nessa vertente, Renato Saraiva e Aryanna Manfredini defendem que as partes têm o direito de requerer o depoimento pessoal recíproco somente quando este for dispensado pelo juiz; e que o requerimento de uma das partes para oitiva da parte contrária poderá ser indeferido pelo magistrado (de forma fundamentada), sem que isso, necessariamente, configure cerceio de defesa⁽¹⁰⁾.

No entanto, parece-me mais acertado que diante da omissão/incompletude da legislação trabalhista quanto aos meios de prova admitidos deva-se recorrer às normas de direito processual comum, conforme vaticina o art. 769 da CLT.

Compartilhando desse entendimento, Mauro Schiavi aduz:

Em que pese o respeito que merecem os que pensam não ser compatível com o Processo do Trabalho o depoimento pessoal, com eles não concordamos. Com efeito, embora a CLT preveja a faculdade do juiz em interrogar as partes, no art. 848 ela não disciplina o depoimento pessoal, ou seja, há omissão da CLT, e não silêncio intencional ou eloquente. Portanto, à luz do art. 769 da Consolidação, é possível transportar para o Processo do Trabalho o instituto do depoimento pessoal previsto do Código de Processo Civil.⁽¹¹⁾

(7) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 58.

(8) *Idem*.

(9) *Ibidem*, p. 77.

(10) SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. Renato Saraiva, Aryanna Manfredini. 13. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 351.

(11) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*: de acordo com o novo CPC. 12. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 742.

Nesse compasso, aplica-se ao processo do trabalho o previsto nos arts. 385 a 388 do CPC/15, que tratam especificamente acerca do depoimento pessoal.

De mais a mais, em que pese à existência de posicionamento contrário à incorporação do depoimento pessoal ao processo laboral, é cediço que o referido meio de prova é corriqueiramente utilizado no dia a dia da Justiça do Trabalho; e não deveria ser diferente.

O depoimento pessoal é o meio de prova destinado, além de obter esclarecimento de fatos da causa, a provocar a confissão da parte contrária, fazendo com que a parte compareça e, pessoalmente, fale sobre os fatos da causa⁽¹²⁾.

Esse contato direto entre o juiz e as partes sem o filtro criado pelos advogados quando elaboram suas razões é de extrema importância, possibilitando mostrar, muitas vezes, que as coisas não são exatamente como narradas pelo advogado na petição inicial ou contestação⁽¹³⁾.

Como destaca Valentim Carrion, dificilmente a parte deixa de confessar algum ou muitos aspectos da controvérsia, seja por sinceridade, inadvertência ou definição de generalidade da pretensão; consistindo o depoimento dos litigantes na mais pura e direta fonte de informação e convicção⁽¹⁴⁾.

A confissão alcançada pelo depoimento pessoal é a denominada pela doutrina como *confissão real*, que, como adverte Carlos Henrique Bezerra Leite, goza de presunção absoluta de veracidade; e, por esse motivo, permite que a parte a quem ela aproveita retire de si o *onus probandi* do fato confessado, devendo o

juiz acatá-lo como fato determinante para o deslinde da questão⁽¹⁵⁾.

4. O desequilíbrio processual legitimado pelo § 3º, do art. 843, da CLT

Inicialmente, convém trazer a lume o ordenado no art. 843, da CLT — dispositivo que versa sobre a presença das partes em audiência —, antes da alteração promovida pela Reforma Trabalhista:

Art. 843 – Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes salvo, nos casos de Reclamatórias Plúrimas ou Ações de Cumprimento, quando os empregados poderão fazer-se representar pelo Sindicato de sua categoria. (Redação dada pela Lei n. 6.667, de 3.7.1979)⁽¹⁶⁾.

§ 1º É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente.

§ 2º Se por doença ou qualquer outro motivo poderoso, devidamente comprovado, não for possível ao empregado comparecer pessoalmente, poderá fazer-se representar por outro empregado que pertença à mesma profissão, ou pelo seu sindicato.

Da leitura do prescrito no *caput* do artigo supra, verifica-se que o processo do trabalho exige a presença pessoal das partes na audiência. Contudo, é permitido que a empresa se faça substituir por seu gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato (§ 1º).

(15) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 800.

(16) O texto original do *caput* do art. 843 da CLT foi publicado da seguinte maneira: “Art. 843. Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

(12) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 738.

(13) NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil — Volume único*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 764.

(14) CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 700.

Observa-se que o texto legal pré-Reforma não dispõe expressamente sobre a necessidade de o preposto ser empregado da empresa, mas apenas que o mesmo tenha conhecimento dos fatos. Apesar disso, é possível inferir que a condição de empregado foi considerada quando da elaboração da norma.

Analisando o contexto histórico em que a norma foi criada, destaca-se que à época da publicação da CLT ainda estava em vigor o antigo Código Comercial (Lei n. 556, de 25 de junho de 1850), de onde se retirou a figura do preposto. Eram considerados prepostos os auxiliares do comerciante que dele dependiam; que eram subordinados ao dono do negócio. Nas palavras de Bruno Araújo de Menezes, o contrato de preposição proveniente do direito comercial “pressupõe a existência de um duplo contrato: o contrato de preposição, que confere ao preposto — feitores, guarda-livros, caixeiros etc. — mandato para representar o proponente e, simultaneamente, um contrato de emprego”⁽¹⁷⁾.

Ressalta-se, ainda, que a própria estrutura física concentrada da característica das empresas existentes na época em que a CLT foi elaborada sugerem que para o preposto ter conhecimento dos fatos levados pelo reclamante à apreciação do Poder Judiciário era necessário estar integrado à dinâmica da empresa; ter um conhecimento pessoal a respeito dos acontecimentos.

Essa brecha legislativa corroborou para o surgimento de cizânia na doutrina e na jurisprudência a respeito do alcance do dispositivo. De um lado aqueles que entendem que o dispositivo não faz nenhuma limitação da representação por meio de preposto, não cabendo ao intérprete fazê-lo; do outro aqueles que entendem que, por mais que a norma não obrigue o preposto a ser empregado, o contrário culminaria na criação da profissão de

preposto, distanciando-se, assim, da seriedade exigida por essa representação⁽¹⁸⁾.

Na prática, a referida lacuna deu ensejo à vulgarização da posição de preposto. Propagou-se a utilização dos denominados “prepostos profissionais”, pessoas sem vínculo com a empresa parte do processo e convenientemente treinadas para falar em juízo precisamente o que a reclamada apresentou em sua defesa, evitando, assim, uma possível confissão.

No papel de representante do empregador, o preposto não tem como função simplesmente repetir tudo o que está transcrito na contestação, mas também a de esclarecer fatos objetivos que circundam a relação jurídica estabelecida entre as partes quando questionado a respeito, sob pena de inutilizar a presença da parte em audiência.

Criou-se, portanto, um desequilíbrio processual entre as partes, pois dificilmente o reclamante conseguiria a confissão do preposto com o depoimento pessoal do mesmo, e, em contrapartida, a reclamada poderia alcançar a confissão real do reclamante normalmente, vez que este não se pode fazer substituir.

É oportuno esclarecer que a possibilidade de substituição do reclamante por empregado da mesma profissão ou sindicato (art. 843, § 2º, da CLT) destina-se apenas a evitar o arquivamento do processo — será designada nova audiência; não podendo aqueles confessar.

Contrário à utilização dos ditos “prepostos profissionais”, o Tribunal Superior do Trabalho posicionou-se favoravelmente à necessidade de o preposto ser empregado, posicionamento este, inclusive, que veio a ser consolidado por meio da Súmula n. 377, que prediz que o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado, exceto nos casos de reclamação contra empregador doméstico e micro ou

(17) MENEZES, Bruno de Araújo, In: *CLT interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Costa Machado (Org.). Domingos Sávio Zainaghi (Coord.). 8. ed. Barueri: Manole, 2017. p. 823.

(18) SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique. *Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 776-777.

pequeno empresário (por questões óbvias de facilitar o acesso destes à Justiça do Trabalho):

Súmula n. 377 do TST

PREPOSTO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO (nova redação) – Res. n. 146/2008, DJ 28.4.2008, 2 e 5.05.2008

Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.

Não obstante as súmulas editadas pela Corte Superior do Trabalho não tenham efeito vinculativo sobre os Tribunais Regionais do Trabalho e juízes de primeiro grau, seu posicionamento acerca da exigência do preposto ser empregado passou a ser adotado pela jurisprudência majoritária, de maneira que se restabeleceu em certa medida o equilíbrio processual outrora perdido⁽¹⁹⁾.

Entretanto, sobreveio a Lei n. 13.467/2017, também conhecida sob a alcunha de Reforma Trabalhista, que adicionou o § 3º ao art. 843 da CLT, prevendo expressamente que *não* há necessidade de o preposto ser empregado. Vejamos:

Art. 843 (...)

§ 1º É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro

preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente.

§ 2º (...)

§ 3º O preposto a que se refere o § 1º deste artigo não precisa ser empregado da parte reclamada. (grifo nosso).

Destarte, com a entrada em vigor do recente parágrafo, a representação em audiências por um preposto empregado passa a ser uma mera faculdade das empresas.

Não havendo mais a exigência de o preposto ser empregado, fatalmente regressaremos à fase do uso desmedido dos “prepostos profissionais”. Não raro, advogados, bacharéis e até mesmo estagiários de escritórios de advocacia serão vistos entrando e saindo das salas de audiência da Justiça do Trabalho como prepostos das empresas; e, como consequência lógica disso, a possibilidade de o reclamante obter a confissão real do reclamado nos processos pós-Reforma será praticamente nula.

Como assentado pelo princípio da paridade de armas, aplicável ao processo do trabalho, às partes devem ser dadas as mesmas oportunidades de produzir suas provas, sendo descabido, dessa forma, que apenas uma delas tenha condições de tirar proveito do depoimento pessoal da parte contrária.

Em vista disso, tem-se que a garantia de um processo em condições paritárias está diretamente ligada ao fato de o preposto ser empregado da parte reclamada.

Aliás, é válido sublinhar que o preposto não só deve ser empregado, como deve, ainda que minimamente, ter conhecimento pessoal dos fatos, pois se, por exemplo, a empresa colocar como preposto um trabalhador que tenha sido contratado somente após o período discutido no processo — não tendo, portanto, conhecimento de como era a dinâmica da empresa antes de ser contratado —, retira-se, igualmente, a possibilidade do autor da ação de provocar a confissão daquela.

5. Conclusão

O princípio da igualdade consagrado do art. 5º, *caput*, da CF/88, exprime-se no direito processual como princípio da *paridade de armas*

(19) A título de demonstração da dissonância jurisprudencial acerca do assunto, apontam-se as seguintes decisões de Tribunais Regionais do Trabalho em sentido contrário à Súmula do TST:

PREPOSTO EMPREGADO. NÃO EXIGÊNCIA. O § 1º do art. 843 da CLT exige tão somente que o preposto tenha ciência dos fatos sobre os quais deverá depor, não fazendo qualquer menção à condição obrigatória de empregado. Assim, a despeito do que contido na Súmula 377, não cabe ao intérprete estabelecer uma distinção em nenhum momento pretendida pelo legislador. (TRT 1, RO 1034000520075010043 RJ, 1ª Turma, rel. José Nascimento Araujo Netto, Data de Publicação; 7.12.2012).

PREPOSTO NÃO EMPREGADO. O ordenamento jurídico em vigor não exige que o empregador indique como seu representante em Juízo pessoa que a ele se vincule na condição de empregado. (TRT 5, RO 00004476820125050271 BA, 3ª Turma, relª. Sônia França, Data de Publicação: 15.3.2013)

(ou *paridade de tratamento*), consistindo na concessão às partes de iguais oportunidades para manifestarem no processo e produzirem provas.

Logo, independentemente das provas que escolherem, deve-se garantir que as partes tenham as mesmas condições de produzi-las. No caso específico do depoimento pessoal, é forçoso que reclamante e reclamado tenham a possibilidade de conseguir a confissão da parte contrária.

Contudo, o § 3º acrescentado ao art. 843, da CLT, pela Lei n. 13.467/2017, ao prever a inexistência da qualidade de empregado do preposto que substituir o reclamado em audiência, certamente fomentará a utilização pelas empresas dos denominados “prepostos profissionais”, tornando, assim, praticamente impossível que o reclamante consiga a confissão real do representante do reclamado.

Por outro lado, o empregador tem garantido a possibilidade de obter a confissão do trabalhador.

A referida alteração legislativa vai de encontro, portanto, ao princípio da igualdade — e, por conseguinte, aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, aos quais está diretamente vinculado —, na medida em que autoriza que as empresas tenham mais possibilidades que o trabalhador de produzir prova no processo.

Depreende-se, assim, que os idealizadores da Reforma Trabalhista desconsideraram a diretriz constitucional de um processo igualitário; pelo contrário, legitimaram a possibilidade de um processo desequilibrado.

6. Referências bibliográficas

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

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

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de maio de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil — Volume único*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MENEZES, Bruno de Araújo. In: MACHADO, Costa (Org.). ZAINAGHI, Domingos Sávio (Coord.). *CLT interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 8. ed. Barueri, SP: Manole, 2017.

RIVAS GOYCOECHEA, Ana Gabriela. *Proceso laboral autónomo como aplicación del principio protector*. *Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações*, Porto Alegre, v. 7, n. 121, p. 110-120, jul. 2011.

SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique. *Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto*. Salvador: JusPodivm, 2012.

SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. Renato Saraiva, Aryanna Manfredini. 13. ed., rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

A prescrição intercorrente no processo do trabalho à luz da Lei n. 13.467/2017 (Reforma trabalhista)

Theanna de Alencar Borges^(*)

Resumo:

- ▶ A discussão acerca da ocorrência da prescrição intercorrente no âmbito do processo do trabalho sempre gerou controvérsias na doutrina e jurisprudência pátrias. A Lei n. 13.467/2017, que efetivou a reforma trabalhista, pretendendo pacificar o conflito, previu expressamente que a prescrição intercorrente se verifica também no processo do trabalho. Diversas questões sobre o tema, entretanto, permanecem em aberto, mesmo com a referida regulamentação. O presente artigo pretende trazer a lume mais discussões na seara do processo do trabalho, sem pretender exauri-lo.

Palavras-chave:

- ▶ Processo do trabalho — Prescrição intercorrente — Reforma trabalhista.

Abstract:

- ▶ The discussion about the intercurrent prescription in the labor procedure has always brought controversy in the brazilian doctrine and jurisprudence. The Law n. 13.467/2017, which effected the Labor Reform, intending to pacify the conflict, expressly established that the intercurrent prescription also occurs in the labor procedure too. Several issues about the theme are still open, besides the new regulation. This article intends to bring the discussions in the labor procedure up, with no intentions to exhaust it.

Key words:

- ▶ Labor procedure — Intercurrent prescription — Labor reform.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Noções sobre a prescrição intercorrente
- ▶ 3. A prescrição intercorrente e o processo do trabalho

(*) Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 16ª Região (Maranhão), lotada na 1ª Vara do Trabalho de Imperatriz. Especialista em Direito do Trabalho.

- ▶ 4. Principais controvérsias acerca da aplicação do art. 11-A da CLT
 - ▶ 4.1. Créditos sujeitos à prescrição intercorrente
 - ▶ 4.2. Prazo para reconhecimento da prescrição intercorrente
 - ▶ 4.3. Início da contagem do prazo da prescrição intercorrente
 - ▶ 4.4. Reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

O tempo é fator importante para a pacificação social, uma vez que os conflitos não podem perdurar indeterminadamente. O direito como meio de solução de conflitos também deve adequar-se à necessidade que as pessoas têm de se sentir seguras acerca da não perenização da lide.

Em que pese o fato de o direito material e o direito de ação serem permanentes, eles não podem ser exercitáveis a qualquer tempo, uma vez que a coerção do Estado-juiz tem prazo de validade.

No processo do trabalho, havia cizânia doutrinária e jurisprudencial quanto a seu cabimento. Havia corrente que rejeitava sua aplicação, enquanto outra tese defendia seu cabimento no âmbito do processo do trabalho.

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, pretendeu sanar a questão, prevendo expressamente no art. 11-A, da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, a ocorrência da prescrição intercorrente no processo do trabalho.

Ocorre que citada previsão não põe a termo todos os meandros envolvendo a temática, sendo o intuito deste artigo fortalecer a apreciação do tema, de forma técnica e crítica, abordando noções sobre a prescrição intercorrente, a prescrição intercorrente e o processo do trabalho e trazendo uma análise das principais controvérsias acerca da aplicação do art. 11-A da CLT reformada, sem a pretensão de esgotar o debate ainda neófito.

2. Noções sobre a prescrição intercorrente

A prescrição é o instituto que o direito romano previu no século V, com o imperador Teodósio, conforme leciona o jurista Homero Batista Mateus da Silva⁽¹⁾, como forma de pacificar as relações sociais. Ela consiste na perda da pretensão pela inércia injustificada do titular do direito. Desta forma, o direito existe, mas deixa de ser exigível em face do devedor.

Assim, caso o devedor queira, poderá espontaneamente pagar a dívida. Percebe-se, portanto, que o direito permanece, deixando de existir apenas a pretensão, ou seja, o direito de exigir do Estado a tutela do interesse violado.

A doutrinadora Maria Helena Diniz assim leciona acerca da prescrição:

A violação do direito subjetivo cria para seu titular a pretensão, ou seja, o poder de fazer valer em juízo, por meio de uma ação (em sentido material), a prestação devida, o cumprimento da norma legal ou contratual infringida ou a reparação do mal causado, dentro de um prazo legal (arts. 205 e 206 do CC). O titular da pretensão jurídica terá prazo para propor ação, que se inicia (*dies a quo*) no momento em que sofrer violação do seu direito subjetivo. Se o titular deixar escoar tal lapso temporal, sua inércia dará origem a uma *sanção adveniente*, que é a

(1) SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito aplicado*: volume 10 – execução trabalhista. 2 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 253.

prescrição. Esta é uma pena ao negligente. É a perda da ação, em sentido material, porque a violação do direito é condição de tal pretensão à tutela jurisdicional. A prescrição atinge a ação em sentido material e não o direito subjetivo; não extingue o direito, gera a *exceção*, técnica de defesa que alguém tem contra quem não exerceu, dentro do prazo estabelecido em lei, sua pretensão⁽²⁾. [...]

A prescrição tem por objeto a pretensão à prestação devida em virtude de um descumprimento legal ou obrigacional, que gera o direito para obter a tutela jurisdicional (CC, art. 189); por ser uma exceção oposta ao exercício da ação (em sentido material), tem por escopo extingui-la, ante a inércia do titular, deixando escoar o prazo legal para exigi-la, tendo por fundamento um interesse jurídico-social. Esse instituto foi criado como medida de ordem pública para proporcionar segurança às relações jurídicas, que seriam comprometidas diante da instabilidade oriunda do fato de se possibilitar o exercício da ação por prazo indeterminado. Violado um direito, nasce para o seu titular a pretensão (*Anspruch*), ou seja, o poder de exigir, em juízo, uma prestação que lhe é devida.⁽³⁾

A criação do instituto se deu a partir da percepção de que ocorriam inúmeras decisões que reconheciam que a demanda tardia, desprovida de justificativa plausível para tanto, não deveria ser tolerada. Desde o Império Romano, a regra sobre a prescrição prosseguiu na maioria dos demais ordenamentos jurídicos ocidentais, como nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

No Brasil, o Código Civil — CC de 1916, tratava do tema, havendo regulamentação também no Código Civil de 2002.

(2) DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: vol. 1, teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 430.

(3) *Ibidem*, p. 431.

Especificamente quanto ao Direito do Trabalho, o art. 7º, XXIX, da CF/88 regulamenta a prescrição trabalhista, que é bienal, após o término do contrato de trabalho, e quinquenal, no curso do contrato de trabalho.

Neste artigo, utilizaremos a expressão já consagrada, prescrição intercorrente, ressaltando que Homero Batista Mateus da Silva⁽⁴⁾ aborda a questão terminológica nos seguintes termos:

Se considerarmos que o processo é um só, contendo várias fases (conhecimento e execução), então seria mais correto dizer prescrição intracorrente, no sentido que corrente dentro do processo, e a tendência é que ela possa aflorar a qualquer momento, em qualquer instância e sob qualquer circunstância.

A prescrição intercorrente não possui previsão constitucional. Ela consiste na prescrição da pretensão executiva em virtude da inércia do exequente. Não há qualquer empecilho para que o executado quite a dívida espontaneamente, mas ela deixa de ser exigível em virtude de o exequente não haver obedecido à determinação judicial.

Antes do Código de Processo Civil de 2015 — CPC/2015, somente o art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/1980 tratava da questão, especificamente quanto à execução fiscal. Atualmente ela também está prevista no processo civil, havendo sido regulada no art. 921, §§ 1º a 5º, do CPC/2015.

O art. 884, § 1º, da CLT, cuja redação não foi alterada pela reforma trabalhista, previu que “a matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida”. Citado artigo instituiu cizânia doutrinária e jurisprudencial quanto ao cabimento da prescrição intercorrente no processo do trabalho. Havia corrente

(4) SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito aplicado*: vol. 10 — execução trabalhista. 2 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 257.

que rejeitava sua aplicação, enquanto outra tese defendia seu cabimento no âmbito do processo do trabalho.

O art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/1980 reconhecia a prescrição intercorrente na execução fiscal. O art. 889 da CLT autoriza o uso da citada lei de forma subsidiária, de modo que os defensores da tese da aplicação da prescrição intercorrente valiam-se desse argumento.

Wolney de Macedo Cordeiro⁽⁵⁾, antes da reforma trabalhista, já defendia a aplicação da prescrição intercorrente ao processo do trabalho, invocando o uso das regras do CPC/2015, segundo se vê:

Dentro da perspectiva normativa vigente, a aplicação da prescrição intercorrente enseja um procedimento complexo e integrado por diversos atos judiciais sucessivos. Após a verificação da inexistência de bens impenhoráveis do devedor e após ter instado o credor a apresentar meios para continuidade da execução, o juiz determinará a suspensão da execução pelo prazo de um ano (NCPC, art. 921, § 1º).

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, pretendeu sanar a questão, prevendo expressamente no art. 11-A da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, a ocorrência da prescrição intercorrente no processo do trabalho. Ocorre que citada previsão não põe a termo todos os debates envolvendo a temática, sendo o intuito deste artigo fortalecer a apreciação do tema, de forma crítica.

3. A prescrição intercorrente e o processo do trabalho

A polêmica acerca da prescrição intercorrente envolvia, em síntese, duas teses antagônicas.

Inicialmente, defendia-se que a prescrição intercorrente não seria aplicável ao processo do trabalho em virtude de nesta seara a execução ser apenas uma fase de acerto de cálculos

e de instrumentos de coerção para pagamento, falando-se em sincretismo processual. Desta forma, a prescrição somente seria apreciada na fase de conhecimento, porque os demais atos, inclusive executórios, estariam sujeitos à preclusão dos prazos.

Argumentava-se, ainda, que a natureza alimentar dos créditos trabalhistas impediria sua aplicação, considerando-se o princípio da proteção. Falava-se, inclusive, que o art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/1980 não seria aplicável aos particulares, que não possuíam a mesma capacidade financeira da Fazenda Pública. Havia ainda quem elencasse o *jus postulandi* como fator impeditivo da prescrição intercorrente no processo do trabalho.

Esse era o entendimento predominante do Tribunal Superior do Trabalho – TST, cuja Súmula n. 114 expressamente não reconhecia a prescrição intercorrente no processo do trabalho.

A Instrução Normativa do TST n. 39/2016 (cuja natureza é apenas interpretativa, não vinculante), em seu art. 2º, VIII, manteve o posicionamento quanto à temática mesmo após o advento do Código de Processo Civil – CPC/2015, instituído pela Lei n. 13.105/2015, entendendo que a prescrição intercorrente não se aplicava ao processo do trabalho.

Até a elaboração deste artigo, a citada Súmula ainda não foi cancelada e a referida instrução não foi alterada.

Por outro lado, na prática do processo do trabalho, a prescrição intercorrente já vinha sendo aplicada, uma vez que a segurança jurídica deve fazer-se presente em qualquer relação, até mesmo aquela que trata de créditos alimentares. Em que pese o art. 884, § 1º, da CLT⁽⁶⁾ não ser claro sobre o tema, ele era

(5) CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 354.

(6) Art. 884 – Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação.

§ 1º A matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida.

[...]

invocado para fundamentar a adoção da prescrição intercorrente também no processo do trabalho, juntamente com o art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/1980, de forma subsidiária.

Tal aplicação era mitigada em virtude de a execução anterior à reforma trabalhista poder ser processada por impulso oficial, nos termos da redação então vigente do art. 878 da CLT.

Manoel Hermes de Lima manifestou-se sobre a aplicação da prescrição intercorrente ao processo do trabalho nos seguintes termos:

A Justiça do Trabalho é um órgão parte do composto do Judiciário. Nela se discute e se aplica direito material e processual. A prescrição é um direito, não importa sua natureza jurídica, mas é direito e como tal aplicável em outras áreas do direito, que, por um simples silogismo teórico chega-se à conclusão de que também é, e deve ser aplicável no processo do trabalho, porquanto, nessa circunstância, se considerar sua natureza jurídica como sendo processual, não incide o “princípio da proteção”, mas a regra do art. 7º do CPC, supletivamente ao processo do trabalho, mediante tratamento paritário das partes no processo⁽⁷⁾.

Para os defensores dessa teoria, a adoção da prescrição intercorrente ao processo do trabalho deveria ocorrer notadamente em virtude da necessidade de segurança jurídica, tratamento paritário das partes, princípio da confiança (já que a ninguém é dado atuar de forma contraditória — *nemo potest venire contra factum proprium*), boa-fé objetiva, cooperação processual.

Referido posicionamento era chancelado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, cuja Súmula n. 327 consagra que “o Direito Trabalhista admite a prescrição intercorrente”.

Oportunamente, de se registrar que a contradição entre as Súmulas do TST e do

STF é apenas aparente, pois os precedentes da Súmula n. 327 do TST deixaram claro que a prescrição intercorrente somente seria viável quando os atos dependessem exclusivamente do exequente, como explica Homero Batista Mateus da Silva⁽⁸⁾.

Assim, mesmo aqueles que aceitavam a prescrição intercorrente no processo do trabalho defendiam em sua maioria a necessidade de que ela fosse aplicada com cautela, somente nas hipóteses em que a atividade fosse de incumbência exclusiva da parte, tal como a apresentação das provas na liquidação por artigos.

Antes da reforma trabalhista, Homero Batista Mateus da Silva⁽⁹⁾ assim defendia:

Esse conceito praticamente resume todas as ideias constantes deste capítulo. A prescrição da pretensão executiva demonstra bem que sua incidência: (a) ocorre sobre a pretensão e não sobre despachos, decisões interlocutórias ou meros incidentes; (b) pode ser verificada mesmo sem que haja outro processo a ser ajuizado ou autuado à parte, porque o foco da prescrição é a pretensão e não a ação; (c) possibilita que seja encontrado exemplo em que verdadeiramente a inércia é imputada unicamente ao exequente.

A fim de sanar o embate, a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) previu expressamente que haverá a prescrição intercorrente no processo do trabalho, conforme se vê no art. 11-A da CLT (que não sofreu alteração da Medida Provisória n. 808/2017), *in verbis*:

Art. 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos.

§ 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.

(7) LIMA, Manoel Hermes de. A prescrição intercorrente no novo processo trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, 2017, ano 81, n. 12, ISSN 1516-9154.

(8) SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito aplicado*: vol. 10 – execução trabalhista. 2 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 262.

(9) *Ibidem*, p. 260.

§ 2º A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição.

Em que pesem as opiniões divergentes, andou bem o legislador reformista ao solucionar o antagonismo quanto à possibilidade de reconhecimento da prescrição intercorrente no processo do trabalho.

Isso porque é preciso que a parte demonstre interesse em ver seu crédito adimplido ou a obrigação cumprida. Ora, se a própria parte, titular do exercício da pretensão, deixa de injustificadamente atender ao comando judicial, significa dizer que ela não mais deseja ver sua pretensão atendida, não podendo posteriormente querer atuar de forma contraditória, frustrando a expectativa legitimamente gerada na parte contrária de que não mais teria interesse na execução.

Ademais, não pode o Judiciário Trabalhista, já tão assoberbado de tarefas, considerando o vultoso número de processos que recebe, ocupar-se de lides intermináveis em virtude da omissão do exequente, sob pena de prejudicar a efetividade da prestação jurisdicional em outros autos cujas partes demonstram interesse em satisfazer sua pretensão, cumprindo as determinações judiciais.

A reforma trabalhista pretendeu responsabilizar as partes por seus atos, retirando a tutela da execução ao impulso oficial quando o exequente estiver assistido por advogado, consoante redação reformada do art. 878 da CLT. Ocorre, portanto, o reconhecimento da responsabilidade das partes em promover a execução do julgado, à luz dos princípios da cooperação e boa-fé processual.

Registre-se, oportunamente, que a prescrição intercorrente somente deverá ser utilizada de modo excepcional, em se tratando o caso de atribuição exclusiva do exequente, tal como ilustram Antônio Umberto de Souza Júnior e outros⁽¹⁰⁾:

(10) SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de [et al]. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017. p. 39.

É possível identificar situações em que o prosseguimento da execução é impossível sem um gesto ativo do trabalhador exequente. Pense-se na execução de obrigação de fazer consistente na anotação da CTPS sem que esta seja depositada em juízo ou na hipótese de reintegração em que o empregado não se apresente ou, ainda, em execução a ser precedida de liquidação por artigos (procedimento comum, na dicção do Código de Processo Civil) não ofertados pelo credor. Em todas essas situações, a execução não poderá ser iniciada sem uma atitude do reclamante. Naturalmente, a inércia pode atrair a incidência da prescrição intercorrente. É a tais situações que alude o art. 884, § 1º, da CLT.

Tais hipóteses não se confundem com o sumiço do devedor, com a insuficiência de bens para garantia da execução ou com atividade não realizada por omissão do próprio Poder Judiciário.

De se destacar que o efeito do reconhecimento da prescrição intercorrente (a requerimento ou de ofício) é a extinção da execução (art. 924, V, do CPC/2015), que precisa ocorrer por sentença (art. 925 do CPC/2015), sendo a referida decisão de natureza declaratória.

Por fim, de se salientar ainda que a pretensão intercorrente confere tratamento igualitário às partes e traz segurança jurídica. Pensar o contrário seria possibilitar a eternização dos conflitos, o que não se pode tolerar.

4. Principais controvérsias acerca da aplicação do art. 11-A da CLT

Longe de sanar toda a divergência sobre a prescrição intercorrente, há diversas críticas ao art. 11-A da CLT, merecendo destaque neste artigo as principais, notadamente quanto ao tipo de crédito que será por ela abrangido, a fixação de prazo único e a possibilidade de reconhecimento de ofício.

4.1. Créditos sujeitos à prescrição intercorrente

Observa-se que não há no texto da lei restrição à espécie de crédito que estaria sujeita

à prescrição intercorrente, de modo que pode haver quem interprete que a prescrição intercorrente abrangeria apenas os créditos trabalhistas.

A despeito de referido entendimento, observe-se que o legislador não trouxe qualquer restrição à natureza do crédito executável na Justiça do Trabalho, razão pela qual até mesmo o crédito previdenciário está sujeito à prescrição intercorrente.

No caso do crédito previdenciário, é preciso atentar para o art. 40, *caput* e parágrafos, da Lei n. 6.830/1980, que exige a prévia suspensão do processo e a necessária comunicação antecipada, como também assegura a Súmula n. 314 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Há quem entenda que, pela literalidade do artigo, a regra somente se aplica à execução fiscal na Justiça do Trabalho. Assim, não havendo o legislador reformista incluído idêntica previsão na CLT reformada, sua vontade teria sido de não fazê-lo.

Ocorre que, se admitido tal entendimento, haveria falar em discriminação na aplicação da prescrição quanto ao crédito trabalhista e ao crédito previdenciário, de modo que o último teria maior proteção, razão pela qual entendo que o mesmo procedimento deve ser utilizado em se tratando de crédito trabalhista, aplicando-se o art. 40, *caput* e parágrafos, da Lei n. 6.830/1980 subsidiária e supletivamente, como autoriza o art. 889 da CLT *c/c* art. 15 do CPC/2015, considerando-se o sistema de normas processuais e o diálogo das fontes.

4.2. Prazo para reconhecimento da prescrição intercorrente

O art. 11-A, *caput*, da CLT fixou o prazo único de dois anos para a prescrição intercorrente, diversamente do que prevê o art. 7º, XXIX, da CF/88.

Ocorre que é preciso ressaltar que o prazo prescricional executório deve ocorrer no mesmo prazo da pretensão, como consta do texto da Súmula n. 150 do STF.

É necessário ter em conta, entretanto, que de modo excepcional é possível haver ações na fase de execução em que o contrato de trabalho ainda está em curso. Neste ponto surge a dúvida acerca da aplicação do prazo bienal também à hipótese.

Há tese no sentido de que, como o legislador não fez qualquer distinção, não caberia ao intérprete fazê-lo, motivo pelo qual o prazo da prescrição intercorrente seria de dois anos em qualquer situação, independentemente de o contrato de trabalho estar em vigor ou não.

À luz do texto constitucional que estabelece os prazos prescricionais de dois anos, após o término do contrato de trabalho, e de cinco anos, no curso do contrato, de trabalho, importante fazer coro com a opinião de Antônio Humberto de Souza Júnior e outros⁽¹¹⁾, que defendem a necessidade de interpretação conforme a Constituição para, caso excepcionalmente o contrato de trabalho esteja em curso, reputar que o prazo da prescrição intercorrente é quinquenal.

De se mencionar, ainda, o art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, que estabelece que a prescrição para a Fazenda Pública seria de cinco anos, o que demonstra que a CLT reformada estabeleceu condição pior para o crédito trabalhista quanto ao prazo de prescrição intercorrente.

Há, pois, antinomia aparente de normas, que pode ser resolvida à luz dos critérios cronológico e da especialidade. Pelo exposto, o prazo de dois anos para reconhecimento da prescrição intercorrente no processo do trabalho deverá prevalecer também para o crédito previdenciário, uma vez que a CLT é regra posterior ao citado decreto e específica para o processo do trabalho.

4.3. Início da contagem do prazo da prescrição intercorrente

O art. 11-A, §1º, da CLT estabeleceu que o início da prescrição intercorrente ocorre

(11) SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de [et al]. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017. p. 38.

quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução, razão pela qual não se pode verificar a prescrição intercorrente pela mera longa paralisação do processo de execução.

A grande pergunta que circunda a questão é qual a determinação judicial deve ser cumprida.

Antônio Humberto de Souza Júnior e outros⁽¹²⁾ argumentam que o magistrado deve indicar objetivamente a providência que o exequente deve tomar.

Há quem defenda, a exemplo de Homero Batista Mateus da Silva⁽¹³⁾, que o prazo somente será iniciado quando o ato for de atribuição exclusiva da parte, conforme se vê:

Como assinalado ao longo destes comentários, somente há prescrição quando o titular do direito não aja em situações em que somente ele possa atuar. Logo, conclui-se como razoável a interpretação de que **não será qualquer determinação que poderá conduzir a execução à extinção sem satisfação do crédito pela via da prescrição intercorrente, mas apenas as ordens para providências a cargo exclusivo do credor, injustificadamente não atendidas.**

Desta forma, segundo citado autor, não gerariam a prescrição intercorrente: a) cálculo de liquidação (impulso oficial segue intacto – art. 878 da CLT); b) indicação de bens à penhora (arts. 805, parágrafo único, e 847, § 2º, do CPC/2015); c) o cumprimento de despachos genéricos, como “requiera o que entender de direito”.

4.4. Reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente

Anteriormente, a maioria da doutrina defendia que o reconhecimento de ofício

da prescrição no processo do trabalho seria incompatível com o princípio da proteção, não sendo aplicável a regra do direito comum com fulcro no art. 8º da CLT. Era minoritária a corrente defensora da aceitação da pronúncia de ofício da prescrição intercorrente.

O art. 11-A, § 2º, da CLT reformada, pretendendo sanar a controvérsia, trouxe regra própria que permite o reconhecimento da prescrição intercorrente de ofício, limitando-se a prever a possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente, nada falando sobre tal possibilidade na fase de conhecimento.

Com a nova redação dos arts. 8º e 11-A da CLT, atribui-se, pois, à prescrição intercorrente o *status* de matéria de ordem pública.

Há quem defenda que também seria possível nos demais casos, uma vez que as regras sobre prescrição devem ser as mesmas, ainda que se trate de prescrição intercorrente. Ademais, o art. 11-A, § 2º, da CLT reformada trouxe regra própria, autorizando o reconhecimento da prescrição intercorrente de ofício, sendo esta, portanto, tratada como matéria de ordem pública.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁽¹⁴⁾ contraria referido entendimento, defendendo que a omissão da CLT reformada indica a impossibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição na fase de conhecimento do processo do trabalho. Nesse sentido, o art. 847 da CLT, o art. 332 do CPC/2015, a Súmula n. 153 do TST e o art. 7º, parágrafo único, da IN n. 39/2016 do TST).

Relevante mencionar que a prescrição intercorrente de ofício pode ser declarada em qualquer grau de jurisdição. Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁽¹⁵⁾ lembra que, em caso de recurso de natureza extraordinária, é preciso ter

(12) SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de [et al]. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017. p. 41.

(13) SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 32

(14) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista: análise crítica da Lei n. 13.467/2017*. 2 ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 53.

(15) *Idem*.

ocorrido o prequestionamento, “mesmo em se tratando de questão que possa ser conhecida de ofício, tal como ocorrer na hipótese de incompetência absoluta”. Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial – OJ n. 62 da SBDI-1 do TST.

Verifica-se a omissão da CLT quanto à necessidade de a prescrição de ofício ser declarada somente após precedida de contraditório. Por se tratar de execução, a lacuna pode ser suprida à luz da previsão do art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/1980, que determina a oitiva prévia da Fazenda Pública, conforme art. 889 da CLT.

Assim, omissa a CLT, aplica-se subsidiariamente e supletivamente o art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/1980 para defender que a prescrição intercorrente pode ser declarada de ofício, desde que precedida de intimação prévia do exequente, para que não haja decisão surpresa, privilegiando-se a boa-fé, ética e cooperação processual.

5. Conclusão

A reforma trabalhista trazida pela Lei n. 13.467/2017 incluiu na CLT o art.11-A, que pacificou parte da controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da prescrição intercorrente, havendo o legislador reformista previsto expressamente a sua aplicação ao processo do trabalho, o que gerou novas discussões sobre a temática.

O permissivo legal alcança todos os créditos executáveis na Justiça do Trabalho (inclusive o previdenciário), por questão de tratamento igualitário, ocorrendo a declaração da prescrição intercorrente no prazo de dois anos para contratos já extintos e, excepcionalmente, cinco anos para contratos ainda em curso, fazendo-se interpretação conforme a Constituição.

A prescrição intercorrente pode, inclusive, ser reconhecida de ofício, sendo, pois, alçada ao *status* de matéria de ordem pública. Tal declaração deve, entretanto, ser precedida de contraditório, evitando a decisão surpresa, privilegiando-se a lealdade, a cooperação, a ética e a boa-fé objetiva no âmbito do processo.

Longe de representar novidade negativa, citada previsão positivou no processo do trabalho a responsabilidade da parte exequente de atender à determinação judicial na execução, sob pena de ter sua pretensão fulminada pela inexigibilidade em face do Poder Judiciário Trabalhista.

Citada alteração se coaduna com os sistemas constitucional e processual pátrios, atendendo, principalmente, aos princípios da isonomia (tratamento paritário entre as partes), segurança jurídica, ética, cooperação e boa-fé processual, bem como da proibição do comportamento contraditório.

A autorização legal não significa que a Justiça do Trabalho extinguirá a execução por sentença em qualquer hipótese, como forma de aumentar as estatísticas de solução de processos. Em verdade, a Justiça do Trabalho deixará de se dedicar à solução de processos em que há claro desinteresse da parte ao descumprir a determinação judicial que lhe competia exclusivamente, como uma sanção pela inércia do exequente, para priorizar a busca pela efetividade da prestação jurisdicional para aqueles que verdadeiramente possuem interesse na solução da lide, atendendo às determinações judiciais em sede de execução.

Pelo exposto, com a adequada utilização da prescrição intercorrente no processo trabalhista, a Justiça do Trabalho poderá concentrar seus esforços para resolver as demandas em que há efetiva lide, concretizando assim seu mister de pacificação social.

6. Referências bibliográficas

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, DF, jan. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Brasília, DF, jan. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, DF, jan. 2018. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: vol. 1, teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista*: análise crítica da Lei 13.467/2017. 2 ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LIMA, Manoel Hermes de. A prescrição intercorrente no novo processo trabalhista. In: *Revista LTr*, São Paulo, ano 81. n. 12, 2017, ISSN 1516-9154.

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

_____. *Curso de direito aplicado*: vol. 10 – execução trabalhista. 2 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Estudo crítico da prescrição trabalhista*. São Paulo: LTr, 2004.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de [*et al.*]. *Reforma trabalhista*: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017.

A Justiça do Trabalho na rede nacional de proteção à saúde do trabalhador⁽¹⁾

Gianítalo Germani^(*)

Resumo:

- A afirmação da saúde como direito humano fundamental se deu, no Brasil, a partir das conquistas sociais positivadas na Constituição de 1988, especialmente com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) e, dentro dele, de uma rede nacional e descentralizada de proteção da saúde do trabalhador. Neste trabalho abordamos referenciais teóricos do Direito Sanitário, mais especificamente da escola da Ergonomia da Atividade, e marcamos a presença de um deles, a Análise Ergonômica do Trabalho, na legislação brasileira. Nesse cenário, questionamos se a Justiça do Trabalho no Brasil usa esses referenciais, em particular os da escola da Ergonomia, e se o próprio Poder Judiciário se vê como parte dessa rede nacional de proteção da saúde do trabalhador. Buscamos parte dessa confirmação pesquisando os requisitos de formação dos candidatos às vagas em concursos da magistratura do Trabalho. Por fim, indicamos o que nos parece ser um caminho para uma maior articulação entre a Justiça do Trabalho e a rede de proteção da saúde do trabalhador do SUS.

Palavras-chave:

- Saúde do trabalhador — Justiça do Trabalho — Ambiente de trabalho — Ergonomia.

Abstract:

- Affirmation of health as a basic human right, in Brazil, comes from social demands acknowledged as part of the Brazilian Constitution and has resulted in creation of a universal health system, which comprehends a national and decentralized network for occupational health protection. Hereby we address some theoretical frameworks of Health Law and specially those from the Ergonomics school and we highlight one of them – the Ergonomic Analysis – as an important instrument inside health law in Brazil. In this scenario, we investigate if Brazilian Labour Courts use these same frameworks – particularly those of the Ergonomics school – in their decisions, and if the Judiciary sees itself as part of the national network for occupational health protection. We hope to confirm – at least part of – this scenario while researching how health law is foreseen in the Labour Judge's civil service examination. Finally, we try to indicate an appropriate path in order to gain stronger coordination between both Labour Courts and the national network for occupational health protection.

(1) Artigo extraído da dissertação defendida pelo autor como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação da Professora Titular Dr^a Sueli Gandolfi Dallari.

(*) Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo.

Key-words:

- Occupational health — Labour Judicial Courts — Working environment— Ergonomics.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Afirmção da saúde e do trabalho como direitos humanos fundamentais
- 3. Uma proteção torta
- 4. Afirmção legal da proteção à saúde
- 5. Direito Sanitário. Direito Sanitário do Trabalho
- 6. O trabalho como determinante da saúde
- 7. Clínica médica, higiene e saúde do trabalhador
- 8. Ambiente de trabalho
- 9. A contribuição da escola franco-belga da Ergonomia da Atividade
 - 9.1. Trabalho prescrito e trabalho real
 - 9.2. Quem descumpre as prescrições
- 10. A Análise Ergonômica do Trabalho adormecida na lei brasileira
- 11. Formação da instrução nas lides sobre saúde do trabalhador
- 12. Vigilância em saúde do trabalhador
- 13. O papel da Justiça do Trabalho
- 14. Conclusões
- 15. Referências bibliográficas

1. Introdução

Os trabalhadores representam metade da população mundial e são os principais contribuintes para o desenvolvimento social e econômico das sociedades⁽²⁾. Quase todos somos, de alguma forma, trabalhadores. Porém, talvez por não ser raro, o trabalho não recebe o valor dado às coisas raras. Basta-nos ver a realidade brasileira: uma mistura de disposições normativas de ponta, inspiradas nas mais altas aspirações globais, com a realidade da frequência de condições de trabalho — formais e informais — degradantes⁽³⁾.

(2) Introdução do Plano de Ação Global para a Saúde dos Trabalhadores (2008-2017) da 60ª Assembleia Mundial da Saúde (OMS, 2007).

(3) Usamos neste artigo, indistintamente, as expressões *saúde* (abarcando também *segurança*) e *agravo*, significando esta uma violação ou ameaça de violação

A contribuição pretendida por este estudo é enxergar o papel da Justiça do Trabalho na produção científica do conhecimento sobre saúde do trabalhador. Papel relevantíssimo, mas ignorado até o momento, seja pela conveniência obscurantista dos que veem a Justiça Laboral até mesmo como desnecessária, seja pelo caráter randômico de valores com que vão se formando as instituições brasileiras. Pretendemos mostrar como a Justiça laboral não dá o devido alcance à ideia de saúde do trabalhador.

Propomos uma visão ampliada do conceito de saúde, a valorização do referencial contemporâneo da Ergonomia da Atividade e o posicionamento da Justiça do Trabalho na rede

à segurança ou à saúde. A expressão *agravo* tem ampla aceitação na literatura e na legislação.

nacional de proteção à saúde do trabalhador, tudo o que deve levar o Juiz do Trabalho a ver em seu dia a dia serem produzidos dados que, adequadamente processados, interessam à conformação das políticas públicas do país.

2. Afirmação da saúde e do trabalho como direitos humanos fundamentais⁽⁴⁾

Derivada de *salus*, trazida como *sólos* do grego *holos* (significando “todo”, “totalidade”)⁽⁵⁾, a palavra saúde é tema filosófico desde os gregos antigos, mas veio a ganhar reconhecimento jurídico somente após as revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX.

O trabalho, que já foi desvalorizado como atividade sem nenhum proveito⁽⁶⁾ ou como atividade de escravos⁽⁷⁾, presentemente é tido como dignificador da condição humana. Mas somente após as revoluções industriais é que foi reconhecido (juntamente com a saúde, entre outros) como parte de uma segunda *dimensão* de direitos fundamentais. Desde então, ao menos no plano da realidade, saúde e trabalho ataram-se potencialmente em reconhecimento, em especial este como fator de desenvolvimento daquela.

Em sua monografia mais famosa⁽⁸⁾, Engels se refere às “três grandes alavancas” com as quais a indústria fez avançar o mundo: a divisão do trabalho, o advento da força hidráulica e o uso das máquinas em larga escala. Foi a era da consolidação dos direitos civis e políticos, mas de perda para os trabalhadores, cujos direitos não avançaram na mesma medida. No tocante às jornadas de trabalho⁽⁹⁾, por exemplo, ao contrário do que o senso comum pode sugerir, a evolução para períodos de tempo mais condizentes com a saúde não se traduziu por um vetor decrescente da jornada. A chamada “Lei das Índias”, de 1593, limitava o trabalho a 8 horas diárias, mas os séculos subsequentes levaram ao aumento das jornadas para 14, 15 ou 16 horas. É somente a partir deste aumento expressivo que o vetor voltou a apontar para baixo. Em meados do século XIX “era comum crianças de 7 e 8 anos cumprirem jornadas de trabalho de 12 a 15 horas nas indústrias de cerâmicas, onde a frequência de mortes por doenças pulmonares (silicose e tuberculose) era extraordinariamente alta.”⁽¹⁰⁾ O relatório da *Factories Inquiry Commission* britânica, de 1833, constatou, com um desassombro que só o espírito do tempo explica, que “os fabricantes raramente empregavam crianças de 5 anos, com frequência as de 6 anos, muitas vezes as de 7 anos e, na maior parte dos casos, as de 8 ou 9 anos; a jornada de trabalho durava de 14 a 16 horas”⁽¹¹⁾. E a nascente legislação de combate a

(4) Preferimos dizer *direitos humanos fundamentais* diante da distinção surgida a partir da teoria alemã entre *direitos humanos*, aqueles previstos abstratamente e aplicáveis a todo e qualquer ser humano, e *direitos fundamentais*, aqueles positivados em ordenamentos nacionais e internacionais. Por todos, ver RAMOS, A. C. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. *passim*.

(5) ALMEIDA FILHO, N. *O que é saúde?* Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011. p. 16.

(6) “E olhei eu para todas as obras que fizeram as minhas mãos, como também para o trabalho que eu, trabalhando, tinha feito; e eis que tudo era vaidade e aflição de espírito e que proveito nenhum havia debaixo do sol.” (ECLÉSIASTES ou pregador. In: *BÍBLIA Sagrada*. 4. ed. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009. p. 899).

(7) “Os cidadãos não devem desempenhar as artes mecânicas nem as profissões do comércio; pois este tipo de existência tem algo de vil, e é contrário à virtude.” (ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Hemus, 1966. p. 132).

(8) ENGELS, F. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*: segundo as observações do autor e fontes autênticas. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 64. Este trabalho de Engels contou com raro apuro científico para a época. Malgrado seu caráter ideológico, é inegável que os 22 meses de pesquisa *in loco* feita por Engels, em verdadeira *observação participante*, resultaram em uma pesquisa fática consistente.

(9) A literatura costuma situar o pleito pela redução da jornada de trabalho como a primeira grande reivindicação dos trabalhadores.

(10) RIBEIRO, H. P.; LACAZ, F. A. C. *De que adoecem e morrem os trabalhadores*. São Paulo: IMESP/DIESAT, 1984. p. 89 e 125.

(11) *Ibidem*, p. 188-189.

essa situação sofreu severa oposição por parte do poder econômico industrial.⁽¹²⁾

Mario De La Cueva resume a presença do Direito do Trabalho no entorno das revoluções industriais em três fases sucessivas: a primeira, genericamente posicionada na metade inicial do século XIX, em que grassaram as primeiras lutas pela limitação da exploração humana (que o autor denomina “era heroica”); a segunda, de contornos temporais ainda mais imprecisos, mas que corresponde (variando de país para país) ao tempo de aceitação das primeiras reivindicações, notadamente a liberdade de associação (“era da tolerância”); a terceira, iniciada ainda no século XIX e adentrando o XX, cujo nome a define: “era do reconhecimento das instituições e dos princípios fundamentais pela legislação ordinária”⁽¹³⁾.

A legislação veio para proteger os trabalhadores, mas também para proteger a ordem social da sublevação operária, atuando como válvula de escape alternativa ao mal maior, uma “queda da Bastilha” de âmbito econômico-industrial⁽¹⁴⁾. José Eduardo Faria diz com precisão que uma das funções práticas do Direito é dar vazão às inconformidades, “manter as contradições e tensões em níveis

[...] funcionalmente controláveis.”⁽¹⁵⁾ E é nesse contexto que surge o “Estado de bem-estar”, mais por estratégia política que por exigência ética⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾.

3. Uma proteção torta

O desenvolvimento da proteção dos trabalhadores, todavia, tomou a via pecuniária. A ideia de resguardar a saúde dos trabalhadores como seres humanos dotados de dignidade, se existia naqueles primórdios do Direito do Trabalho, foi suficientemente débil para ter de esperar o advento do século XX.

A própria ideia de saúde, por seu turno, precisou livrar-se do cientificismo imperante a partir do século XVIII, quando predominou a chamada “teoria do germe” — segundo o qual cada agravo teria uma causa objetiva e claramente identificável: a cada doença corresponderia um germe, a cada germe uma imunidade, a cada imunidade uma vacina, “remetendo para o quase esquecimento as ideias generosas que associavam as doenças a determinantes sociais, políticos e econômicos”⁽¹⁸⁾. A descoberta da penicilina e de vários fármacos aproximou a medicina e a saúde pública das ciências exatas, distanciando-se mais ainda do Direito.

(12) *Id. Ibid.* Na década de 1840, a principal linha de argumentação contra uma proposta de lei limitando a jornada geral a 10 horas falava do aumento dos custos da produção e, como consequência, o freio que representaria na expansão da indústria britânica, com o consequente rebaixamento dos salários, ao cabo piorando as condições do operariado. É inevitável o paralelo desses argumentos com aqueles usados contra a abolição da escravidão no Brasil, nas décadas seguintes.

(13) DE LA CUEVA, M. *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. 22. ed. Atualizada por Porfirio Marquet Guerrero. Cidade do México: Porrúa, 2011. Tomo I. p. 15 et seq. (tradução nossa)

(14) Fustel de Coulanges mostra como desde a Antiguidade o modo de apaziguar revoluções se dava pelo avanço gradual dos direitos das classes inferiores: “[...] o interesse se associa ao espírito humanitário para aconselhar concessões”. (COULANGES, F. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 287).

(15) FARIA, J. E. O modelo liberal de direito e Estado. In: FARIA, J. E. (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 26.

(16) CORTINA, A. *Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania*. São Paulo: Loyola, 2001, p. 53. A autora liberal espanhola vai criticar mais adiante a ideia de um *Estado de bem-estar*, assim com esta expressão literal, porque o bem-estar diria respeito a projetos individuais de felicidade, inatingíveis na planificação coletiva, preferindo então a ideia de um *Estado de Direito*, ou, melhor, de *Justiça*.

(17) Para um bom resumo da formação do chamado “Estado-Providência”, ver FREITAS JÚNIOR, A. R. O trabalho à procura de um direito: crise econômica, conflitos de classe e proteção social na Modernidade. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 28, n. 81, p. 69-93, ago. 2014.

(18) CARVALHEIRO, J. R.; MARQUES, M. C. C.; MOTA, A. A construção da saúde pública no Brasil no século XX e início do século XXI. In: ROCHA, A. A.; CESAR, C. L. G.; RIBEIRO, H. (Orgs.). *Saúde pública: bases conceituais*. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2013. p. 2.

E o Direito do Trabalho foi se formalizando em sua maior parte como rol de direitos concretos (salário mínimo, férias, descanso semanal, jornadas especiais), em vez de proteção à saúde e à vida no nível mais profundo que o olhar da saúde reclama. Até o século XIX, não havia norma jurídica alguma de proteção à saúde do trabalhador⁽¹⁹⁾. (O Brasil, então eminentemente agrário e escravagista, sequer entrava ainda nesse mapa.)

No longo e claudicante⁽²⁰⁾ processo de afirmação dos direitos sociais, o trabalho passou a ser visto, filosoficamente, como um atributo próprio do ser humano e, em torno desta ideia, se espraia até hoje toda uma rede de proteção normativa e principiológica – mais bela que eficiente – que veio a justificar, no passo seguinte, a atenção à saúde do trabalhador como *espécie* da saúde humana em gênero. Mas a literatura é praticamente unânime em reconhecer que permanecem, das mais variadas formas e meramente com variação de intensidade, as mesmas causas que fizeram nascer o Direito do Trabalho⁽²¹⁾.

O Japão, exemplo de sociedade organizada e avançada aos nossos olhos, enfrenta índices elevados de morte por estresse ocupacional (para o que cunhou, a partir da década de 1960, o termo *karoshi*), decorrentes do toyotismo

levado a suas últimas consequências⁽²²⁾. O Brasil, país fã dos extremos, ora produz uma lista de empregadores sancionados administrativa ou judicialmente por imporem condições análogas à escravidão, ora discute se deve mesmo publicá-la.

4. Afirmação legal da proteção à saúde

A Constituição da OMS, de 1946, logo em seu preâmbulo adotou na conceituação de saúde uma fórmula que se espalhou desde então: “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.⁽²³⁾ A partir daí toda sorte de documentos adotou, mais ou menos explicitamente, essa definição: a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os Pactos Internacionais Sobre Direitos Cíveis e Políticos e Sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, a Carta da Organização dos Estados Americanos de 1967, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969, a Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1981, o Regulamento Sanitário Internacional de 2005 e o Plano de Ação Global (2008-2017) da 60ª Assembleia Mundial da OMS, dentre outros.

No Brasil, encontra previsão expressa na Constituição de 1988, em seus artigos 196 e seguintes e na extensa regulamentação dessas disposições em nível infraconstitucional: Lei n. 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente — PNMA)⁽²⁴⁾; Lei n. 8.080/1990, ou Lei

(19) OLIVEIRA, S. G. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2011. p. 56.

(20) Para um comparativo interessante: com o intuito de tornar a análise de risco mais palatável, estatísticos desenvolveram a unidade de medida “micromorte” (no inglês *micromort*, de *micro* e *mortality*), um indicador da chance de óbito por milhão de eventos determinados. Para esquiar nos EUA, são cinco micromortes/dia (risco baixíssimo); para escalar o Himalaia, são 39.427 micromortes/tentativa (altíssimo); em uma faixa considerada de risco moderado, as mesmas 430 micromortes se aplicam tanto ao *base-jumping* quanto a trabalhar por um ano em uma mina de carvão. (MICROMORTE. Disponível em: <<https://en.wikipedia.org/wiki/Micromort>>)

(21) VIANA, M. T. Novos rumos para o Direito do Trabalho. In: VIANA, M. T.; RENAULT, L. O. L. *O que há de novo em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 25.

(22) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Case Study – Karoshi: death from overwork*. Genebra, 2013.

(23) Este conceito de saúde não é isento de críticas. Por todos, cf. DEJOURS, C. Por um novo conceito de saúde. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, abr./jun. 1986, p. 11. É certo, todavia, que as recebe mais pela amplitude que apresenta (no limite, equivaleria à definição de felicidade) que por restrição. Então aqui passaremos ao largo: o problema para o Direito do Trabalho é justamente a visão restrita.

(24) Recepcionada pela Constituição de 1988. A respeito, cf. FIORILLO, C. A. P. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16.

Orgânica da Saúde⁽²⁵⁾ (LOS); Lei Complementar n. 141/2012 (financiamento das políticas públicas de saúde); Lei n. 9.782/1999 (Sistema Nacional de Vigilância Sanitária — SNVS); Lei n. 9.656/1998 (regulamentação dos planos de saúde); Lei n. 9.961/2000 (criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS); Programa Nacional de Direitos Humanos, de 2009 (PNDH-3); dentre outros.

5. Direito Sanitário. Direito Sanitário do Trabalho

“O Direito Sanitário é o ramo do Direito que disciplina as ações e serviços públicos e privados de interesse à saúde, formado pelo conjunto de normas jurídicas — regras e princípios — que tem como objetivos a redução de riscos de doenças e de outros agravos e o estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde”⁽²⁶⁾. Trata-se de ramo crescente do Direito que visa a atender à nata transversalidade do tema da saúde.

Dentro dele se situa o Direito Sanitário do Trabalho⁽²⁷⁾, o qual pode ser estudado ou como um subtema do Direito Sanitário, ou como um capítulo do Direito do Trabalho (onde a saúde do trabalhador é normalmente tratada pelo viés restritivo das expressões “higiene” e “medicina do trabalho”), com a ressalva de

que segregar assim o estudo da saúde do trabalhador tem proveitos meramente didáticos.

Em particular, o Direito Sanitário visa a aproximar os percursos históricos da saúde e dos direitos, o que levaria a se entender que a proposta do presente artigo — sobre o papel do Juiz do Trabalho na rede nacional de proteção à saúde do trabalhador — não é uma invenção. Um breve olhar histórico da regulação jurídica do tema da saúde vai nos mostrar que ela está na gênese do Direito do Trabalho. Como sintetizado por Guilherme Figueiredo, “não seria exagero afirmar [...] que o Direito do Trabalho surgiu com a finalidade precípua de promover a proteção da vida e da saúde dos trabalhadores. Ele foi, em sua origem, um ramo do Direito diretamente vinculado à promoção da saúde e de um meio ambiente sadio”⁽²⁸⁾.

6. O trabalho como determinante da saúde

O trabalho é lócus privilegiado para a construção da saúde⁽²⁹⁾. É uma atividade que convoca o corpo inteiro e a inteligência para enfrentar não somente o que se espera como métodos e resultados do trabalhador, mas também “o que não é dado pela estrutura técnico-organizacional” e, nesse sentido, “é um dos espaços de vida determinantes na construção e na desconstrução da saúde.”⁽³⁰⁾ Todo o ambiente de trabalho, visível e invisível, é local de perquirição das questões de saúde do trabalhador.

Recortando-se apenas o último século, vemos a *guerra fria* levando à valorização formal, pelos países capitalistas, dos direitos de primeira *dimensão* (civis e políticos), com

(25) A legislação de organização do sistema sanitário no Brasil, chamada Lei Orgânica da Saúde (LOS), na realidade são duas: a citada e a Lei n. 8.142/1990, publicada poucos meses depois. Sobre a curiosa história dessa duplicidade, ver NOBRE, L. C. C. A política do possível ou a política da utopia? *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 38, n. 128, p. 186-194, jul./dez. 2013.

(26) AITH, F. M. A. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 92.

(27) A expressão foi cunhada — parece-nos que de forma pioneira — por Otávio Pinto e Silva, embora o autor aborde o tema, então, somente a partir da regulamentação jurídica. Mas já citava “o aspecto multidisciplinar do Direito Sanitário”. (SILVA, O. P. *Direito Sanitário do Trabalho no Brasil*. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 2, jul. 2001, p. 33).

(28) FIGUEIREDO, G. J. P. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2000. p. 22.

(29) SZNELWAR, L. I. *Quando trabalhar é ser protagonista e o protagonismo do trabalho*. São Paulo: Blücher, 2015.

(30) ASSUNÇÃO, A. A.; LIMA, F. P. A. A contribuição da ergonomia para a identificação, redução e eliminação da nocividade do trabalho. In: MENDES, R. (Org.). *A patologia do trabalho*. Belo Horizonte: Ateneu, 2001. p. 1.768.

a contrapartida dos países comunistas valorizando formalmente os de segunda *dimensão* (econômicos, sociais e culturais).

Nesse cenário, em especial no Brasil de classes dominantes conservadoras, demorou para se constituir um campo fértil à ideia de saúde como um direito de todos; pelo contrário, desenvolveu-se um mercado privado de bases sólidas, mesmo na vigência hoje do SUS, de caráter universal. Avançado o século XXI, a saúde, mesmo declarada e aceita largamente como um direito humano fundamental, é tratada e anunciada cotidianamente como mercadoria, aparentemente sem que isto constitua um escândalo.

Paralelamente, somente a partir de meados do século XX ocorreu, no Brasil, a industrialização básica que os países desenvolvidos experimentavam e desenvolviam havia pelo menos duzentos anos. De um lado, a saúde prestada ou por caridade, ou por entidades privadas; de outro, a regulação do trabalho atrelada a políticas de desenvolvimento nacional e ao poder do capital — este o palco da separação entre os mundos do trabalho e da saúde.

7. Clínica médica, higiene e saúde do trabalhador

Françoise Doppler refere que “[n]uma perspectiva histórica, pode-se ver que a atividade clínica do médico do trabalho se construiu, mal ou bem, calcando-se na atividade da medicina clínica, que relaciona uma série de sinais a uma categoria da nosologia”, apoiando-se demasiadamente em modelos de causalidade, os quais obviamente não podem dar conta de toda a realidade.

Não por acaso, momentos importantes do desenvolvimento da medicina (como a neurofisiologia muscular, ocular, cardiopulmonar e de gasto energético) ocorreram juntamente com a primeira revolução industrial, na Inglaterra e na Alemanha. Pelo uso do conceito de energia, até então ausente na medicina e trazido da física termomecânica, buscou-se a

comparação do corpo humano a uma máquina (o coração equivaleria a uma bomba; o pulmão, a um fole; o rim, a um filtro) para efeito de se entender as melhores formas de consertar este corpo-máquina⁽³¹⁾.

Esse momento inicial de abordagem científica da saúde do trabalhador serviu ao contexto da crescente industrialização, caracterizado pela oferta abundante e custo baixo da mão de obra. Enquanto o trabalhador fosse uma peça de uma engrenagem maior, poderia ser substituído; no momento em que fosse insubstituível (por escassez de mão de obra ou alguma especialização que detivesse), deveria ser “consertado” o mais rapidamente possível. Esse cenário fortaleceu a ideia da *higiene do trabalho*, escola de pensamento que toma a saúde do trabalhador como um “evento”, uma singularidade desvinculada do contexto.

A abordagem seguinte — chamada justamente *saúde do trabalhador* — ultrapassou a simples ideia da *higiene* e incorporou a lógica da Saúde Pública de prevenção de riscos e de promoção da saúde com a participação dos trabalhadores⁽³²⁾. É o momento na ciência em que o risco deixa de ser um evento e passa a ser um estado *relacional*, situado no contexto do trabalho, em uma visão mais totalizante — uma feliz volta ao conceito grego — do ser humano em sua relação com o trabalho⁽³³⁾.

Mas essa abordagem não chegou ao Direito. No Brasil, a saúde do trabalhador permaneceu no campo de estudos da Saúde Pública (como ramo da ciência), com parca imbricação com o campo jurídico do trabalho, este situado,

(31) RIBEIRO, H. P.; LACAZ, F. A. C. *De que adoecem e morrem os trabalhadores*. São Paulo: IMESP/DIESAT, 1984. p. 96-97.

(32) VELLO, L. S. *Saúde do trabalhador na Atenção Primária à Saúde: estudo de caso em um município na região metropolitana de São Paulo*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 23.

(33) MINAYO-GOMEZ, C.; THEDIM-COSTA, S. M. F. A construção do campo da saúde do trabalhador: percurso e dilemas. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 13, supl. 2, 1997, p. 26.

ao longo de toda sua nascente e em parte ainda hoje, no entorno das normas objetivas de segurança e saúde (as chamadas Normas Regulamentadoras), em particular no âmbito de controle empresarial, além da consequência meramente financeira (notadamente pagamento de adicionais de insalubridade e de periculosidade). No campo da Saúde Pública, de pouquíssimo acesso por parte dos juristas laborais, ficaram as indagações sobre as razões do adoecimento e suas condições sociais e relacionais.

8. Ambiente de trabalho

A Constituição de 1988 resolve o lugar de estudo do ambiente de trabalho ao tratar das competências do SUS, em seu artigo 200: “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.” Mas o paradigma ultrapassado sequer se esgotou e o ambiente de trabalho ainda é estudado academicamente — e tratado no dia a dia dos tribunais — a par do conceito de saúde.

A Domenico De Masi se deve o entendimento (provavelmente o achado mais significativo de sua obra) de que o pensamento grego da Antiguidade, embora seja considerado pilar da sociedade moderna, era “diametralmente diverso” do nosso em objetivos, concentrado que estava “na estética e na filosofia, assim como nós hoje apostamos todas as fichas no desenvolvimento econômico e no progresso tecnológico.”⁽³⁴⁾ Por alguma razão medimó-nos, hoje, segundo a régua das evidências do progresso material e tecnológico e não pelo acesso aos meios de se realizar projetos de felicidade. E o ambiente de trabalho é central nesse processo.

Há outra digressão possível e necessária: o sentido atribuído ao trabalho pelo trabalhador depende significativamente — mais

do que se usa admitir — do sentido atribuído *pela empresa* ao trabalho que contrata, além do sentido que dá a sua própria função na sociedade, quando se atribui alguma. Na literatura empresarial contemporânea já se lê que “lucro é o meio pelo qual se realiza o fim para o qual a companhia está direcionada — e não o contrário”⁽³⁵⁾. Falar de lucro como meio, e não como fim, tem perdido a aura de pecado de lesa-administração.

Ronald Dworkin, quando critica o utilitarismo no Direito, usa como um dos fundamentos de sua argumentação ser inaceitável que se cruze a linha do que nos faz humanos, o que nos faz reconhecer o outro ser humano como um próximo, para tratá-lo como um recurso para benefício de outros. E conclui: “para as convenções e práticas da nossa comunidade, não pode haver insulto mais profundo que esse”⁽³⁶⁾.

O benefício para a sociedade de uma educação mais humanista em detrimento dos especialistas treinados como administradores é uma crença partilhada pelo Ocidente e pelo Oriente há séculos⁽³⁷⁾. Para além de reconhecer que há um interesse social na proteção do meio ambiente⁽³⁸⁾, trata-se de reconhecer também que “os bens de qualquer sociedade são bens sociais, dos quais participam os que nela vivem. Ninguém é dono de suas faculdades e do produto de suas faculdades sem dever por elas nada à sociedade [...]”⁽³⁹⁾.

9. A contribuição da escola franco-belga da Ergonomia da Atividade

É senso comum que *ergonomia* diz respeito a condições materiais (tangíveis) de trabalho,

(34) DE MASI, D. *O Futuro do trabalho*: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. 3. ed. Brasília: Ed. da UnB, 2000. p. 79.

(35) TEIXEIRA, A. *Felicidade S.A.* Porto Alegre: Arquipélago, 2012. p. 75.

(36) DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 18.

(37) GOODY, J. *O roubo da história*. São Paulo: Contexto, 2008. p. 276.

(38) NERY JUNIOR, N. Da responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. *Justitia*, São Paulo, v. 46, n. 126, p. 168-189, jul./set. 1984.

(39) CORTINA, A. *Op. cit.*, p. 72.

quando não simplesmente mobiliário adaptável às diferentes condições físicas dos trabalhadores. Trata-se de um paradigma ainda a ser quebrado.

Embora se possa dizer que a Ergonomia foi sendo construída desde a Antiguidade por usuários, engenheiros, médicos, sanitaristas e pesquisadores das mais diversas áreas⁽⁴⁰⁾ (a quem se somaram, no século XX, os estudiosos da psicologia), ela só surgiu como ramo da ciência, oficialmente, após a Segunda Guerra Mundial, época em que as pesquisas da indústria bélica resultaram na chamada vertente anglo-saxã da ergonomia⁽⁴¹⁾.

A partir daí, em apertado resumo, evoluiu da *adaptação do homem ao seu trabalho*⁽⁴²⁾ (ideia cujo símbolo maior eram os primeiros teares com seus longos braços por baixo dos quais os trabalhadores precisavam passar com os rolos de lã — tarefa reservada, então, a crianças e pessoas pequenas) para a *adaptação da máquina ao homem*⁽⁴³⁾. Seguiu-se o desenvolvimento de outra vertente da Ergonomia, impulsionada pelo longo e custoso plano de reconstrução do continente europeu e de seu parque industrial dizimado, com epicentro francófono⁽⁴⁴⁾. Essa vertente preconizava que o projeto de um posto de trabalho deveria

ser precedido por um estudo etnográfico da atividade, o qual no mais das vezes mostrava o distanciamento entre, de um lado, as suposições iniciais dos projetos organizacionais fabris e, de outro, a realidade praticada em cada posto de trabalho.

Ao pretender transformar o trabalho para adaptá-lo às características do ser humano, a Ergonomia “[...] supera a concepção *taylorista* de ‘*Homo Economicus*’, mostrando os limites do ponto de vista reducionista em que apenas o ‘trabalho físico’ é considerado, revelando a complexidade do trabalhar e a multiplicidade de fatores que o compõem.”⁽⁴⁵⁾ Uma das contribuições mais relevantes dessa vertente franco-belga foi centrar a análise na situação real de trabalho, desenvolvendo o conceito de *intervenção ergonômica*, ao cabo buscando transformações positivas no ambiente de trabalho.

O estudo da história da Ergonomia mostra como, em certa medida, ela evoluiu em paralelo às chamadas escolas da organização do trabalho — destas, a mais conhecida é a Organização Científica do Trabalho, ou *taylorismo-fordismo*. A Ergonomia da Atividade, ao combater o cientificismo que tomava cada trabalhador como peça de uma engrenagem, não por acaso, firmou-se na confrontação com os pressupostos tayloristas-fordistas⁽⁴⁶⁾.

O desenvolvimento dessa visão humanizada do ambiente laboral sofreu uma inflexão na década de 1930, por conta da depressão econômica iniciada com a quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929, e outra, na década de 1980, com a crise econômica novamente de âmbito mundial decorrente especialmente da crise do petróleo. Nesses quadros, segurança e saúde dos trabalhadores ou foram temas postos em segundo plano, ou ingressaram no rol dos itens a serem avaliados do ponto de vista administrativo-econômico, no binômio *custo-benefício*. Ainda

(40) LAVILLE, A. Referências para uma história da ergonomia francófona. In: FALZON, P. (Org.). *Ergonomia*. São Paulo: Blücher, 2007. p. 21-22.

(41) VIDAL, M. C. *Introdução à Ergonomia*. Rio de Janeiro: Curso de Especialização em Ergonomia Contemporânea do Rio de Janeiro-CESERG/COPPE/UFRJ, 2001, p. 9-10. Assim também SZNELWAR, L. I. (*op. cit.*, p. 22) e WISNER, A. Questões epistemológicas em ergonomia e em análise do trabalho. In: DANIELLOU, F. (Coord.). *A ergonomia em busca de seus princípios: debates epistemológicos*. São Paulo: Blücher, 2004. p. 30.

(42) Referimos a obra pioneira de Raymond Bonnardel: “*Adaptation de l’homme à son métier*”, de 1947.

(43) Aqui a obra paradigmática inverte a equação: “*L’adaptation de la machine à l’homme*”, de Faverge, Leplat e Guiguet, 1958.

(44) Não obstante a relevante participação dos Estados Unidos e da Inglaterra, é fato que França, Suíça e Bélgica concentraram parte significativa dos institutos e pesquisadores do tema, formando a escola que ficou conhecida apenas como franco-belga.

(45) ABRAHÃO, J. et al. *Introdução à Ergonomia: da prática à teoria*. São Paulo: Blücher, 2009. p. 19.

(46) ABRAHÃO, J. et al. *Op. cit.*, p. 69.

que esse cenário não seja a única explicação, o fato é que o paradigma taylorista de um modo geral ainda predomina⁽⁴⁷⁾.

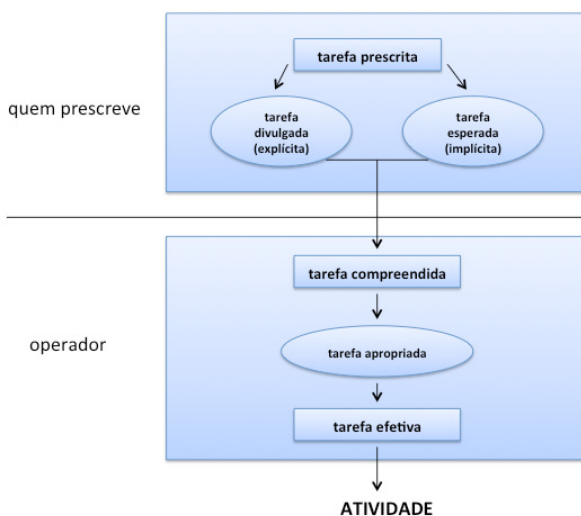
Hoje, a literatura do tema se assentou modernamente em três dimensões distintas e complementares: (i) a *física*, para a qual importam as características anatômicas, antropológicas, antropométricas, fisiológicas e biomecânicas do ser humano, a *cognitiva*, com vistas aos processos mentais (carga mental, decisão, desempenho, estresse) e a *organizacional*, voltada aos sistemas sociotécnicos (organização, gestão de coletivos, concepção do trabalho e suas regras, cooperação, participação, cultura).

De forma quase camuflada, a ideia da adaptação do trabalho ao homem, e não o contrário, está positivada nos itens 17.1 e 17.1.1 da Norma Regulamentadora n. 17 (NR-17).

9.1 Trabalho prescrito e trabalho real

Uma das principais contribuições da escola franco-belga está no desenvolvimento do conceito de *atividade* (diversamente da ideia de *tarefa*) com reflexo especialmente na diferenciação entre *trabalho prescrito* e *trabalho real*.

Tarefa é o que se deve fazer, o que é prescrito pela organização, o que se resume na expressão *trabalho prescrito*. *Atividade* é o que é feito, o que o sujeito mobiliza para efetuar a tarefa, ou trabalho real. A literatura distingue ainda, dentro da ideia de uma tarefa *prescrita*, entre a *implícita* e a *explícita* e, uma vez prescrita ao trabalhador, distingue os estágios da tarefa *compreendida*, da *apropriada* e da *efetiva*, ao final do que se chegará à *atividade*.⁽⁴⁸⁾ Os conceitos podem ser sintetizados assim:



O comando dado pelo empregador, muitas vezes baseado em manuais de operação ou recomendações vindas de fora do ambiente no qual está se desenvolvendo o trabalho, pressupõe uma situação de normalidade que, via de regra, não existe. Predominam a *complexidade*⁽⁴⁹⁾ e a *instabilidade*.

Não obstante esses dados de realidade, “a maioria dos estudos a partir dos quais as normas de regulamentação das condições de trabalho são geradas funda-se sobre o *trabalho prescrito*”⁽⁵⁰⁾. Michel Llory dá um exemplo provocativo citando a chamada “greve de zelo”, ou “operação padrão”, que algumas categorias fazem para evidenciar uma situação de protesto; é paradigmático que, executando-se todo o padrão determinado, o trabalho acabe não se realizando a contento.⁽⁵¹⁾

(47) VILELA, R. A. G. *Da vigilância para a prevenção: contribuição da Ergonomia da Atividade no aprimoramento do Sistema de Vigilância de Acidentes de Trabalho SIVAT - Piracicaba*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 56.

(48) Para o tema, ver a síntese de FALZON, P. (Org.). *Ergonomia*. Op. cit., p. 9.

(49) Jacques Leplat explica a ideia de complexidade: “Dizer que uma tarefa é complexa [...] é o mesmo que dizer que seu estudo não se esgota por meio de um só modelo, mas sim que ela pode ser analisada sob diferentes pontos de vista: o problema essencial do estudo da tarefa é justamente a coordenação desses diferentes pontos de vista. A noção de complexidade é, como muitas outras, pouco precisa, tais como fadiga, carga de trabalho, inteligência etc. Destas, muitas vezes queremos nos livrar, mas sempre acabam retornando. São noções-problema [...]”. (LEPLAT, J. Op. cit., p. 73).

(50) ASSUNÇÃO, A. A.; LIMA, F. P. A. Op. cit., p. 1768.

(51) LLORY, M. *Acidentes industriais: o custo do silêncio*. Rio de Janeiro: MultiMais, 1999. p. 240.

Daí que Laerte Sznelwar chega a dizer que, no objetivo de se obter os melhores resultados possíveis, trabalhar significa também “transgredir as normas prescritas e criar outras que estejam mais em conformidade com a resistência do real.”⁽⁵²⁾ A Ergonomia da Atividade descreve o que o nosso Direito do Trabalho chama de *empresa* como uma organização inserida em um ambiente mais amplo (contexto econômico, jurídico, regulamentar e social) que a influencia fortemente, um “sistema sociotécnico complexo e dinâmico”⁽⁵³⁾.

A diferenciação entre *trabalho prescrito* e *trabalho real* está prevista expressamente no item 8.4, “b”, “1”, do Anexo 2 da NR-17, praticamente ignorado pela doutrina laboral pátria⁽⁵⁴⁾. A ideia de ambiente organizacional está no item 17.1.1 da mesma Norma.

9.2. Quem descumpre as prescrições

Quando os procedimentos e prescrições se tornam a lei sagrada, uma das consequências é a presunção de que os agravos à saúde decorrem basicamente do desvirtuamento do que foi comandado, o que ganha corpo quando a Justiça do Trabalho avalia e gradua a responsabilidade decorrente dos agravos pelo maior ou menor grau de cumprimento das normas: se foram cumpridas as Normas Regulamentadoras, se houve treinamentos formais com assinaturas em atas e se o empregador anexa aos autos os textos dos programas de prevenção e controle, tende a não haver ou a diminuir a responsabilização patronal pelo acidente ou doença. A lógica é de que se há documentos evidenciando a saúde, há saúde.

(52) SZNELWAR, L. I. *Op. cit.*, p. 20.

(53) DANIELLOU, F.; SIMARD, M.; BOISSIÉRES, I. Fatores humanos e organizacionais da segurança industrial: um estado da arte. *Les Cahiers de la Sécurité Industrielle*. Toulouse, n. 7, 2013. p. 79-80 e 84.

(54) Encontramos uma rara referência a este item 8.4 do Anexo II da NR-17 no “Curso de direito do trabalho aplicado”, de Homero Batista Mateus da Silva (SILVA, H. B. M. *Curso de direito do trabalho aplicado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3 [saúde e segurança do trabalho]. p. 209), obra notada pela seriedade no trato do Direito do Trabalho sem a sisudez que caracteriza boa parte da literatura jurídica.

10. A Análise Ergonômica do Trabalho adormecida na lei brasileira

A Ergonomia da Atividade desenvolveu a técnica da Análise Ergonômica do Trabalho como método de atuação eminentemente preventiva.⁽⁵⁵⁾ No Brasil, trata-se de documento obrigatório (NR-17, itens 17.1.2, 17.6.1 e 17.6.2).

Talvez desprestigiada ante os tradicionais documentos e programas de controle do ambiente laboral — Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), Programa de Controle Médico e de Saúde Ocupacional (PCMSO) e os coloridos mapas de risco —, talvez propositalmente ignorada para que a investigação dos agravos não mude de rumo, o fato é que a AET é, hoje, um instrumento esperando ser despertado e usado.

Vilela, Almeida e Mendes, ao tempo em que destacam que a AET “requer estudo minucioso do processo e da organização do trabalho”⁽⁵⁶⁾, ressaltam que normalmente os profissionais de saúde (e aqui acrescentamos os do Direito) via de regra não estão preparados para este trabalho⁽⁵⁷⁾, prendendo-se no mais das vezes a *checklists* de requisitos legais. A preparação, no caso, significa dominar metodologias que contemplem a investigação da relação entre os

(55) O caminho percorrido pela Ergonomia nesse ponto levou em conta a diferenciação entre *fatores humanos* e *fatores organizacionais*, em especial a partir da análise das causas dos grandes acidentes industriais — tudo o que não será desenvolvido aqui pela limitação do espaço. Reportamos o leitor ao capítulo 2.4.2 da dissertação que dá origem a este artigo.

(56) VILELA, R. A. G.; ALMEIDA, I. M.; MENDES, R. W. B. Da vigilância para a prevenção de acidentes de trabalho: contribuição da ergonomia da atividade. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 10, p. 2.818.

(57) A competência profissional para elaboração de uma AET, no Brasil, é difusa. Segundo a Associação Brasileira de Ergonomia, trata-se de um campo de especialização, de nível superior. As Resoluções ns. 259/2003 e 265/2004 do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional atribuem ao fisioterapeuta e ao terapeuta ocupacional, respectivamente, competência para a elaboração de relatórios de análise ergonômica. A Resolução n. 459/2015 do mesmo Conselho prevê expressamente a figura do terapeuta ocupacional do Trabalho.

processos e a organização do trabalho, de um lado, e a saúde, de outro. Na prática, os estudos que se dizem de *ergonomia* comumente fazem referência às NR, que são representações do ideal de ambiente saudável e que podem ser nada mais que isso — representações — quando a verificação da salubridade do ambiente é dada pela apresentação de documentos (PPRA, PCMSO e mapas de risco). É quando a forma toma o lugar do conteúdo e a aparência toma o lugar da realidade.

11. Formação da instrução nas lides sobre saúde do trabalhador

Ainda que os limites da lide dependam não do juiz, mas das partes, é certo que o Juiz do Trabalho poderá desempenhar o papel de disseminador de importantes referências sobre saúde do trabalhador, notadamente dos conceitos ampliados de saúde e de ambiente laboral e do alcance da Ergonomia da Atividade. Na prática, pode determinar, na instrução processual, a juntada aos autos da AET prevista em lei, seja para formular com propriedade seus próprios quesitos, seja para entender o quadro fático da saúde laboral.

É nessa vereda que vemos a possibilidade de um primeiro incremento da atividade jurisdicional para que as Varas do Trabalho passem a, no mínimo, instruir os feitos a partir de paradigmas mais amplos em relação aos conceitos de saúde e de ambiente de trabalho e à obrigatoriedade da AET prevista na NR-17.

Há outro papel fundamental que a Vara do Trabalho pode desempenhar e diz respeito à produção de conhecimento científico sobre saúde do trabalhador, para além das fronteiras da lide trabalhista. Para compreendê-lo, porém, precisamos fazer uma rápida digressão sobre a estruturação da vigilância em saúde do trabalhador.

12. Vigilância em saúde do trabalhador

O Brasil estruturou, como poucos países no mundo, um sistema de saúde de caráter universal, acessível a todos independentemente de

renda, vinculação empregatícia ou corporativa ou outra condição qualquer⁽⁵⁸⁾, assentado inclusive em dispositivos e princípios constitucionais, o Sistema Único de Saúde — SUS.

Olhando para o trabalhador, a Lei Orgânica da Saúde (LOS) estabeleceu que a atenção à saúde integra um sistema *descentralizado, unificado* e que compreende, entre outras ações, as de *vigilância* e esclarece, em seu art. 6º, que “Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I – a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e [...] V – a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

No âmbito da estruturação administrativa federal do SUS há a Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde (SVS/MS), órgão específico singular do Ministério que tem como um de seus braços o Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do Trabalhador. A SVS/MS coordena o Subsistema Nacional de Vigilância Epidemiológica, de doenças transmissíveis e de agravos e doenças não transmissíveis, e o Subsistema Nacional de Vigilância em Saúde Ambiental, incluindo ambiente de trabalho, além da política nacional de saúde do trabalhador, na qualidade de gestora federal da Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (RENAST). Para esses misteres, seu principal instrumento de ação são os estudos epidemiológicos (Decreto n. 8.065/2013, art. 40, III).

Os estudos epidemiológicos servem para descrever uma situação de saúde em determinada área e a partir daí levantar hipóteses que expliquem a ocorrência dos agravos com impactos de alcance macro (nas políticas públicas) ou micro (nos ambientes de trabalho). A LOS, aliás,

(58) Não sem uma gigantesca incongruência representada no fato de o País ter instituído um sistema de saúde de caráter universal e, enquanto empregador público, oferecer planos de saúde privados aos seus funcionários – até mesmo aos funcionários dos órgãos públicos da saúde.

define saúde do trabalhador como “um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo: [...] II – participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;” (art. 6º, § 3º, grifado agora). O precitado Plano de Ação Global para Saúde dos Trabalhadores (2008-2017) da OMS insta os Estados-Membros a “gerar evidências em saúde dos trabalhadores e transformar estas evidências em políticas e ações”.

Mas tudo isso tem algum significado prático?

A vigilância em saúde do trabalhador (VI-SAT) é um “espaço estratégico do Estado que recolhe evidências e desencadeia ou recomenda ações.”⁽⁵⁹⁾ A ausência de informações sistematizadas deforma nossa visão da realidade. Por exemplo: de 1971 a 1976, pelas estatísticas oficiais, teria havido somente 17.282 casos de doenças profissionais no Brasil, dos quais 95% seriam dermatoses, saturnismo e surdez. Todas as outras causas, naqueles seis anos, somariam meros 865 casos. São dados que desafiam até o senso comum. Durante muito tempo não houve dados sobre a população de trabalhadores expostos ao asbesto no País, embora houvesse produção deste produto cancerígeno em Alagoas, Goiás, Minas Gerais, Piauí e São Paulo⁽⁶⁰⁾.

Ainda que o Direito brasileiro seja altamente capaz de funcionar segundo esquemas teatrais⁽⁶¹⁾, devemos crer que essa estrutura

de vigilância em saúde do trabalhador é um norte a ser alcançado. Nossos pensamentos e ações não podem ser amesquinçados pela realidade ocre. Parte do desafio que representa a efetividade dessas políticas públicas todas passa pela descentralização das atividades de atenção à saúde do trabalhador e pela atuação coordenada e articulada dos entes federativos.

Neste ponto, o principal elo de ligação do Poder Judiciário com a realidade administrativa da vigilância em saúde do trabalhador talvez sejam os Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (CEREST), instâncias especializadas de nível municipal com caráter de referência secundária para a rede básica de saúde, com quadro de pessoal tecnologicamente qualificado para ações de apoio diagnóstico e de vigilância.⁽⁶²⁾

Cabe aos CEREST “promover a integração da rede de serviços de saúde do SUS, assim como suas vigilâncias e gestão, na incorporação da Saúde do Trabalhador em sua atuação rotineira. Suas atribuições incluem apoiar investigações de maior complexidade, assessorar a realização de convênios de cooperação técnica, subsidiar a formulação de políticas públicas, fortalecer a articulação entre a

exemplifica com o caso da Constituição de 1824 que, formalmente progressista, determinou o fim das penas cruéis, do açoite, da tortura e da marcação humana a ferro quente, mas também nada tratou da escravidão — e, como o que não é nominado não existe, penas cruéis, açoite, tortura e marcação a ferro quente continuaram sendo aplicados aos escravos pelas décadas seguintes.

(59) RIBEIRO, F. S. N. Vigilância em Saúde do Trabalhador: a tentação de engendrar respostas às perguntas caladas. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 38, n. 128, jul./dez. 2013. p. 269.

(60) RIBEIRO, H. P.; LACAZ, F. A. C. *op. cit.*, p. 17 e 22.

(61) COMPARATO, F. K. O direito e o avesso. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 23, n. 67, 2009. O autor

(62) Principalmente por desinformação da população, os CEREST hoje atuam também, e equivocadamente, como porta de entrada do sistema de saúde, tolhendo sua missão de dar suporte técnico e científico. Sobre isso, cf. VELLO, L. S. *Op. cit.*, p. 25. A atuação dos CEREST no tratamento dos dados eventualmente enviados pela Justiça do Trabalho seria mais consentânea com sua missão. Para uma descrição exemplificativa e crítica das atividades desempenhadas pela rede de atenção básica em saúde do trabalhador, ver EVANGELISTA, M. S. Saúde do trabalhador na Atenção Básica e suas articulações com a rede. Monografia de conclusão (Residência) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

atenção básica, de média e alta complexidade para identificar e atender acidentes e agravos relacionados ao trabalho, em especial, mas não exclusivamente, aqueles contidos na Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho ou de notificação compulsória”.

A Portaria n. 777/2004 do Ministério da Saúde “dispõe sobre os procedimentos técnicos para a notificação compulsória de agravos à Saúde do Trabalhador em rede de serviços sentinela específica, no Sistema Único de Saúde”. Essa norma: (i) define em rol exaustivo os agravos à saúde que devem ser notificados, (ii) adota um instrumento de notificação, (iii) estabelece o fluxo do Sistema de Informações de Agravos Notificáveis (SINAN) e (iv) institui o que chama de “rede de serviços sentinela”, composta pelos CEREST, por hospitais credenciados e pelos serviços de atenção básica e de média complexidade credenciados. O Manual da RENAST também prevê a classificação de “municípios sentinelas”, assim definidos (pelo Ministério da Saúde) “a partir de dados e indicadores obtidos de fontes oficiais disponíveis nos CEREST”.

13. O papel da Justiça do Trabalho

Via de regra, a Justiça do Trabalho resolve as questões de saúde do trabalhador por meio de sentenças condenatórias ao pagamento de indenizações por danos materiais, morais e estéticos e de adicionais de insalubridade e periculosidade, com supervalorização das teorias sobre responsabilização objetiva e subjetiva, aliada à investigação de culpa ou dolo do empregador e do trabalhador.

Mas se à Justiça Laboral interessa compor conflitos que afetam a vida e a saúde dos trabalhadores e, especialmente, se pretende exercer seu protagonismo em direção ao cumprimento dos princípios constitucionais (por cuja guarda é um dos principais responsáveis) ⁽⁶³⁾, não se

(63) “É o uso que se faz do Direito que o torna uma ciência, a forma de sua implementação prática é que lhe dá a dimensão social que possui, e quanto mais eficaz for a implementação do Direito, mais eficaz será o seu

lhe pode negar o papel de ator em vigilância epidemiológica e vigilância em saúde — aí entendida a vigilância como instrumento visando à promoção e à proteção da saúde dos trabalhadores.

Para que os CEREST cumpram os desígnios do nome que trazem — sejam efetivamente a referência institucional brasileira em saúde laboral — e, de resto, para que a RENAST cumpra também seu desígnio de representar uma rede, precisam ser fortalecidos em pessoal e atribuições e, parte deste fortalecimento vem de serem municiados com informações pertinentes aos ambientes de trabalho, as quais a Justiça do Trabalho detém e cuja linguagem os Juízes do Trabalho entendem de forma singular no Judiciário.

Basta ver, por exemplo, que a implantação do trabalho de uma equipe da atenção primária à saúde em um dado território deve ser precedida da elaboração de um diagnóstico da situação de saúde local, o qual deve incorporar duas informações básicas⁽⁶⁴⁾: que atividades produtivas são desenvolvidas nesse território e quem são os trabalhadores que ali residem ou trabalham, inclusive de que adoecem e de que morrem ditos trabalhadores. E essa identificação pode em muitas situações partir de forma mais precisa da Justiça do Trabalho, por meio de relações conflituosas que se tornaram ações, aí inclusa a carga probatória produzida pelos trabalhadores não residentes no território.

Estamos considerando aqui apenas uma das mãos da via: as informações que a Justiça do Trabalho pode dar, via CEREST, à rede de proteção à saúde do trabalhador no SUS. Mas há também a via inversa: o CEREST, conhecedor

papel de transformador da realidade social em prol do desenvolvimento humano. Essa é a sua função, esse é o seu sentido.” (FERRAZ JÚNIOR, T. S. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980. p. 17).

(64) DIAS, E. C.; LACERDA E SILVA, T. Contribuições da Atenção Primária em Saúde para a implementação da Política Nacional de Saúde e Segurança no Trabalho (PNSST). *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 38, n. 127, jan./jun. 2013, p. 36.

da realidade de trabalho naquele território, subsidiar as instruções processuais.

A Instrução Normativa de VISAT no SUS, no capítulo que trata das estratégias de ação, recomenda a adoção do critério epidemiológico do “evento sentinela”, ou seja, “intervenção [...] a partir de agravos à saúde dos trabalhadores que podem representar um problema coletivo, ainda não detectado, e mesmo um problema epidemiológico relevante, mas submerso.”

Em caráter ilustrativo, e para além das situações de agravos que poderiam ser notificados ao SUS por outros meios (hospitais, sindicatos, comunicação de acidente de trabalho etc.), referimos duas situações em que o conhecimento de um evento notificável poderá ser de *primazia* da Vara do Trabalho: (i) em ação trabalhista movida por trabalhador de empresa informal, independentemente de reconhecimento do vínculo empregatício, visando a alimentar o cadastro do CEREST acerca dos estabelecimentos onde ocorre trabalho em uma dada região; e (ii) em caso de reconhecimento de doença ou acidente de trabalho assim não declarado pela empresa, mesmo que eventualmente não haja condenação, por causa não excludente do reconhecimento.

Mesmo quando o agravo é notificável por outro meio, a informação prestada pela Vara do Trabalho servirá: (i) no mínimo, como confirmação de dados para estudos epidemiológicos da região, caso em que a sucessão de informações prestadas pela Justiça do Trabalho local poderá levar à classificação do Município como “município sentinela” (nos termos da Portaria n. 777/2004); e (ii) como “lançador de alerta”⁽⁶⁵⁾, dado o potencial conhecimento *a posteriori* de uma situação de maior gravidade, ainda desconhecida da comunidade afetada.

(65) A figura do “lançador de alerta” é cara à Ergonomia no que respeita especialmente aos acidentes industriais, referindo-se a qualquer pessoa, independentemente de hierarquia, que reconheça uma situação de fragilidade na segurança – e que deve, por isto, ter acesso a um canal eficiente de comunicação. (DANIELLOU, F.; SIMARD, M.; BOISSIÉRES, I. *Op. cit.*, p. 114).

Gonçalves, Feliciano e Maranhão, ainda que tratando de outro âmbito de ação institucional — o que importa é o princípio que aplicam —, aludem à cooperação técnica que pode haver entre as associações locais de magistrados trabalhistas e o Poder Público municipal na “execução de diversas medidas tendentes à máxima proteção do meio ambiente laboral”⁽⁶⁶⁾. É nesse passo que vemos o CEREST como a porta de entrada das informações técnicas e fáticas que a Justiça do Trabalho detém sobre o perfil de morbimortalidade da população trabalhadora do território de sua jurisdição.

A proposta talvez só faça sentido se o estudo epidemiológico ocorrer relativamente a setores específicos da produção. Em décadas passadas, no Brasil, ações preventivas efetivas de saúde do trabalhador tiveram lugar na indústria plástica (máquinas injetoras), na indústria naval (jateamento de areia), na indústria de cloro-soda (uso de mercúrio)⁽⁶⁷⁾, na indústria sucroalcooleira (jornadas e métodos de trabalho) e em outros recortes similares.

Independentemente do recorte, vemos, então, a possibilidade de um segundo incremento da atividade jurisdicional para que as Varas do Trabalho passem a se entender como atores dentro da organização descentralizada e intersetorial do SUS: expedindo ofícios para o órgão de vigilância em saúde laboral competente (CEREST, onde houver) ou para o órgão interno da Justiça do Trabalho responsável pela interface com o SUS, sobre as informações essenciais disponíveis em cada lide a respeito da saúde dos trabalhadores da região abrangida.

Esses caminhos somados podem contribuir para uma mudança na atuação da Justiça, da

(66) GONÇALVES, F. L.; FELICIANO, G. G.; MARANHÃO, N. Pacto federativo de cooperação ambiental e proteção do meio ambiente do trabalho: o papel das associações locais de magistrados trabalhistas no âmbito do poder público municipal. In: FELICIANO, G. G. et al. (Coords.). *Direito Ambiental do Trabalho*: apontamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2015. v. 2, p. 375.

(67) Até aqui, exemplos tirados de MINAYO-GOMEZ, C.; THEDIM-COSTA, S. M. F. *Op. cit.*, p. 26.

tradicional busca da reparação (indenização dos agravos) para um novo e importante papel de contribuição à prevenção.

14. Conclusões

A necessidade, já em si tão óbvia, de qualquer cidadão ter uma formação plural⁽⁶⁸⁾ ganha reforço naqueles cargos públicos que influenciam diretamente o destino de direitos e bens sociais. É nesse tom que José Eduardo Faria prega a formação multidisciplinar do juiz para que possa ajudar na construção de um direito “original e legítimo, voltado mais à questão da justiça do que aos problemas de legalidade”⁽⁶⁹⁾.

O tema da saúde laboral, transversal por definição, vem sendo compartimentalizado de forma indevida praticamente desde seu surgimento formal. Há largo espaço para a Justiça aproximar-se da estrutura administrativa nacional de proteção à saúde do trabalhador. Um passo que pode ser dado de forma incremental é o fortalecimento de cada CEREST com as informações pertinentes aos ambientes de trabalho de sua respectiva região, informações estas que as Varas do Trabalho em parte detêm.

Para isso tudo é essencial que:

- a) Os programas dos concursos para ingresso na carreira da Magistratura do Trabalho e de formação e aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho já concursados contemplem paradigmas modernos da saúde do trabalhador, em particular os conceitos amplos de saúde e de ambiente de trabalho, assim como a obrigatoriedade da AET prevista na NR-17;
- b) As Varas do Trabalho compreendam mais amplamente seu papel dentro da organização descentralizada e intersetorial

(68) “O homem instruído a respeito de um assunto é bom juiz nesse assunto, e o homem que recebeu instrução a respeito de todas as coisas é bom juiz em geral.” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 19).

(69) FÁRIA, J. E. Ordem legal x mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: FÁRIA, J. E. (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 105.

do SUS, na prática municiando os órgãos de vigilância em saúde do trabalhador competentes (CEREST, onde houver) ou os órgãos internos da Justiça do Trabalho responsáveis pela interface com o SUS (a serem criados), com informações essenciais das ações judiciais versando sobre saúde dos trabalhadores da região abrangida.

15. Referências bibliográficas

ABRAHÃO, J. *et al. Introdução à ergonomia: da prática à teoria*. São Paulo: Blücher, 2009.

AITH, F. M. A. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALMEIDA FILHO, N. *O que é saúde?* Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Hemus, 1966.

_____. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ASSUNÇÃO, A. A.; LIMA, F. P. A. A contribuição da ergonomia para a identificação, redução e eliminação da nocividade do trabalho. In: MENDES, R. (Org.). *A patologia do trabalho*. Belo Horizonte: Ateneu, 2001. p. 1.767-1.789.

CARVALHEIRO, J. R.; MARQUES, M. C. C.; MOTA, A. A construção da saúde pública no Brasil no século XX e início do século XXI. In: ROCHA, A. A.; CESAR, C. L. G.; RIBEIRO, H. (Orgs.). *Saúde pública: bases conceituais*. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2013. p. 1-14.

COMPARATO, F. K. O direito e o avesso. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 23, n. 67, 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10369>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

CORTINA, A. *Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania*. São Paulo: Loyola, 2001.

COULANGES, F. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

DANIELLOU, F.; SIMARD, M.; BOISSIÉRES, I. Fatores humanos e organizacionais da segurança industrial: um estado da arte. *Les Cahiers de la Sécurité Industrielle*, Toulouse, n. 7, 2013.

DE LA CUEVA, M. *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. 22. ed., atualizada por Porfirio Marquet Guerrero. Cidade do México: Porrúa, 2011. Tomo I.

- DE MASI, D. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. 3. ed. Brasília, DF: Ed. da UnB, 2000.
- DEJOURS, C. Por um novo conceito de saúde. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 07-11, abr./jun. 1986.
- DIAS, E. C.; LACERDA E SILVA, T. Contribuições da Atenção Primária em Saúde para a implementação da Política Nacional de Saúde e Segurança no Trabalho (PNSST). *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 38, n. 127, p. 31-43, jan./jun. 2013.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- ECLESIASTES ou pregador. In: *BÍBLIA Sagrada*. 4. ed. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.
- ENGELS, F. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra: segundo as observações do autor e fontes autênticas*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- EVANGELISTA, M. S. *Saúde do trabalhador na atenção básica e suas articulações com a rede*. Monografia de conclusão (Residência) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.
- FALZON, P. (Org.). *Ergonomia*. São Paulo: Blücher, 2007.
- FARIA, J. E. O modelo liberal de direito e Estado. In: FARIA, J. E. (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 19-35.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980.
- FIGUEIREDO, G. J. P. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2000.
- FIORILLO, C. A. P. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FREITAS JÚNIOR, A. R. O trabalho à procura de um direito: crise econômica, conflitos de classe e proteção social na Modernidade. In: *Estudos avançados*, São Paulo, v. 28, n. 81, p. 69-93, ago. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/83895>>. Acesso em: 22 jun. 2015.
- GONÇALVES, F. L.; FELICIANO, G. G.; MARANHÃO, N. Pacto federativo de cooperação ambiental e proteção do meio ambiente do trabalho: o papel das associações locais de magistrados trabalhistas no âmbito do poder público municipal. In: FELICIANO, G. G. et al. (Coords.). *Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2015. p. 373-376. v. 2.
- GOODY, J. *O roubo da história*. São Paulo: Contexto, 2008.
- LAVILLE, A. Referências para uma história da ergonomia francófona. In: FALZON, P. (Org.). *Ergonomia*. São Paulo: Blücher, 2007. p. 21-32.
- LEPLAT, J. Aspectos da complexidade em ergonomia. In: DANIELLOU, F. (Coord.). *A ergonomia em busca de seus princípios: debates epistemológicos*. São Paulo: Blücher, 2004. p. 57-77.
- LLORY, M. *Acidentes industriais: o custo do silêncio*. Rio de Janeiro: MultiMais, 1999.
- MICROMORTE. Disponível em: <<https://en.wikipedia.org/wiki/Micromort>>. Acesso em: 9 dez. 2015.
- MINAYO-GOMEZ, C.; THEDIM-COSTA, S. M. F. A construção do campo da saúde do trabalhador: percurso e dilemas. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 13, supl. 2, p. 21-32, 1997.
- NERY JUNIOR, N. Da responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. In: *Justitia*, São Paulo, v. 46, n. 126, p. 168-189, jul./set. 1984.
- NOBRE, L. C. C. A política do possível ou a política da utopia? *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 38, n. 128, p. 186-194, jul./dez. 2013.
- OLIVEIRA, S. G. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2011.
- RIBEIRO, F. S. N. Vigilância em Saúde do Trabalhador: a tentação de engendrar respostas às perguntas caladas. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 38, n. 128, p. 268-279, jul./dez. 2013.
- RIBEIRO, H. P.; LACAZ, F. A. C. *De que adoecem e morrem os trabalhadores*. São Paulo: IMESP/DIESAT, 1984.
- SILVA, O. P. Direito Sanitário do Trabalho no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 31-36, jul. 2001.
- SZNELWAR, L. I. *Quando trabalhar é ser protagonista e o protagonismo do trabalho*. São Paulo: Blücher, 2015. Disponível em: <DOI 10.5151/BlucherOA-trabalhosznelwar-004>. Acesso em: 22 jan. 2016.
- TEIXEIRA, A. *Felicidade S.A.* Porto Alegre: Arquipelago, 2012.

TRINDADE, A. A. C. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1.

VELLO, L. S. *Saúde do trabalhador na Atenção Primária à Saúde*: estudo de caso em um município na região metropolitana de São Paulo. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VIANA, M. T. Novos rumos para o Direito do Trabalho. In: VIANA, M. T.; RENAULT, L. O. L. *O que há de novo em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 23-26.

VIDAL, M. C. *Introdução à Ergonomia*. Rio de Janeiro: Curso de Especialização em Ergonomia Contemporânea do Rio de Janeiro-CESERG/CO-PPE/UFRJ, 2001.

VILELA, R. A. G. *Da vigilância para a prevenção*: contribuição da Ergonomia da Atividade no aprimoramento do Sistema de Vigilância de Acidentes de Trabalho SIVAT — Piracicaba. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____; ALMEIDA, I. M.; MENDES, R. W. B. Da vigilância para a prevenção de acidentes de trabalho: contribuição da ergonomia da atividade. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 10, p. 2817-2830, 2012.

WISNER, A. Questões epistemológicas em ergonomia e em análise do trabalho. In: DANIELLOU, F. (Coord.). *A ergonomia em busca de seus princípios*: debates epistemológicos. São Paulo: Blücher, 2004. p. 29-55.

A Reforma Trabalhista e o Direito Intertemporal: questões de direito processual

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva^(*)

Resumo:

- A Lei n. 13.467/2017 entrou em vigor no dia 11.11.2017. Contudo, a chamada Reforma Trabalhista há de preservar os direitos adquiridos e as situações jurídicas consolidadas, tanto no campo do direito material quanto na seara processual. Neste breve artigo, analisarei as questões de direito processual, sob a perspectiva do direito intertemporal, sempre com atenção ao princípio da irretroatividade da lei. São distintas as situações, a depender do instituto de processo cuja regra foi alterada ou mesmo acrescida. A questão mais complexa é a relacionada aos honorários de sucumbência, instituto que não era aplicável na Justiça do Trabalho, pelo menos nas demandas derivadas da relação de emprego. De se prestigiar, nessa temática, o princípio da causalidade, o princípio da vedação da decisão surpresa (art. 10 do CPC/2015), a garantia inerente ao mínimo existencial e, em última medida, o princípio da dignidade humana. Também os princípios peculiares de cada fase processual, ou os gerais de processo, deverão guiar a solução quanto ao direito intertemporal no segmento processual. Em suma, há de se preservar os direitos adquiridos e as situações jurídicas consolidadas quando da vigência da nova lei.

Palavras-chave:

- Reforma trabalhista — Direito intertemporal — Honorários de sucumbência — Análise de outros institutos importantes do direito processual.

Abstract:

- Federal Act n. 13.467 entered into force on November 11th, 2017. However, the so-called Labour Reform must preserve acquired rights and consolidated legal situations in substantive law or procedural law. In this paper, I'll analyze the questions of procedural law, from the perspective of intertemporal law and the principle of non-retroactivity. There are different situations, depending on the institute of process whose rule has changed

(*) Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP). Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), na Espanha – Título revalidado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Obrigacional Público e

Privado pela UNESP. Membro do Conselho Técnico da Revista do TRT da 15ª Região (Subcomissão de Doutrina Internacional). Professor da Escola Judicial do TRT-15 e Professor Contratado do Departamento de Direito Privado da USP de Ribeirão Preto.

or even increased. The most complex issue is the one related to the recover attorney's fees, an institute that was not applicable in the labour courts, at least in lawsuits about employment relationship. The principle of causality, the principle of surprise-decision prohibition (CPC, article 10), the guarantee of existential minimum and, ultimately, the principle of human dignity must be honored in this theme. Also the peculiar principles of each procedural phase or the general procedural principles should guide the solution on the intertemporal problems in procedural law. In short, acquired rights and consolidated legal situations must be preserved when the new law is in force.

Key-words:

- ▶ Labour reform — Intertemporal law — Recover attorney's fees — Institutes of procedural law.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Nota introdutória
- ▶ 2. Vigência da Lei n. 13.467/2017
- ▶ 3. Direito intertemporal e o direito processual do trabalho
 - ▶ 3.1. Contagem de prazos em dias úteis
 - ▶ 3.2. Concessão de justiça gratuita
 - ▶ 3.3. Honorários periciais
 - ▶ 3.4. Honorários de sucumbência
 - ▶ 3.5. Exceção de incompetência territorial
 - ▶ 3.6. Atribuição do ônus da prova
 - ▶ 3.7. Novos requisitos da petição inicial
 - ▶ 3.8. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica
 - ▶ 3.9. Homologação de acordo extrajudicial
 - ▶ 3.10. Mitigação do princípio inquisitivo
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Nota introdutória

Promulgada e publicada a *Lei n. 13.467/2017*, questão tormentosa que se coloca é a relacionada à data correta da *vigência* desta lei, que envolve aspectos de direito material e processual nas inúmeras regras advindas da denominada *Reforma Trabalhista*. Não basta perquirir sobre contagem do prazo de *vacatio legis*, para se ter em conta a data em que termina o prazo de vacância de 120 dias estabelecido no art. 6º da lei em comento e a data em que se inicia a

efetiva vigência da novel lei de regência que altera (e/ou acrescenta) 104 dispositivos da Consolidação. Há inúmeras situações jurídicas que reclamam interpretação particular; a título meramente exemplificativo, o regramento sobre justiça gratuita, honorários de perito, honorários de sucumbência — no *campo processual* —, bem como a normativa a respeito de horas de itinerário, de banco de horas, sobre o criticado contrato intermitente — no *campo do direito material do trabalho*.

De partida, convém recordar a noção básica do instituto objeto de análise, em seguida definir a data “geral” de vigência da nova lei, para, em seguida, sem qualquer pretensão de esgotamento da extensa temática, proceder-se à abordagem dos aspectos mais cruciais do direito transitório quanto a alguns institutos atingidos, no campo do direito processual.

2. Vigência da Lei n. 13.467/2017

Como pontuei alhures, na Teoria Geral do Direito há que se distinguir entre os planos de validade, vigência e eficácia da lei.

A *validade* diz respeito ao aspecto formal da lei, ou, ainda, ao seu aspecto material. Como já se disse, na perspectiva da formalidade, há de se observar rigorosamente o processo legislativo, sob pena de *inconstitucionalidade formal*, caso em que a lei não será considerada válida. Também é possível analisar a validade na perspectiva material. Toda vez que a lei ignora uma norma ou um princípio constitucional, fala-se em *inconstitucionalidade material*. O *plano de validade*, portanto, diz respeito a essa esfera, ao processo legislativo e à constitucionalidade material da lei.

(...) Quanto à *vigência*, ela exige que se verifique um outro critério: a *publicação da norma*.

Destarte, o *plano de vigência* diz respeito à obrigatoriedade da lei, após sua publicação. Para que a lei obrigue é necessário que ela esteja em vigor e, assim, possa produzir efeitos. Normalmente, há uma coincidência entre a obrigatoriedade (vigência) e a eficácia, já na data de publicação ou vencido o prazo de *vacatio legis* para que a lei entre em vigor. Assim, *em regra*, a lei vigente produz seus efeitos. Entretanto, há exceções, como ocorre com as leis orçamentárias, que são publicadas e entram em vigor, mas produzem seus efeitos apenas no ano vindouro (...).

Assim sendo, *nem sempre há coincidência entre a vigência e a eficácia*. Essa sutil distinção se torna bastante clara quando se estudam as *classificações das normas constitucionais, quanto à sua eficácia*, sobretudo no direito constitucional, falando-se em normas de *eficácia plena, limitada e contida ou restringível*. (...) Em suma, *eficácia formal diz respeito à aplicabilidade da lei*. (SILVA, 2011, p. 45-46)

A respeito da contagem do prazo de vacância e entrada em vigor da nova lei — vigência da lei —, assim explanei na obra citada:

De acordo com o art. 1º da *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*, Decreto n. 4.657/1942, “Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”. No entanto, sabe-se que “Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada” (§ 1º).

Ocorre que a *Lei Complementar n. 95/1998*, ao estabelecer normas para a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis no país, modificou essa diretriz. Com efeito, o art. 8º desta fonte normativa disciplina que a vigência da lei promulgada deve ser indicada “de forma expressa”, sendo que o prazo de *vacatio legis* assinado deve ser razoável, para que, da lei, seus destinatários tenham “amplo conhecimento”. Entremetidos, permitiu-se que as leis de pequena repercussão possam entrar em vigor “na data de sua publicação”. Neste particular, muito interessante o § 1º do referido dispositivo, incluído pela *Lei Complementar n. 107/2001*, o qual estabelece forma de contagem do prazo de *vacatio legis*, merecendo ser transcrito: “A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”. (SILVA, 2011, p. 49)

Sendo assim, a data correta da vigência da Lei n. 13.467 é o dia 11 de novembro de 2017, considerando-se que a lei foi publicada no Diário Oficial em 14 de julho, com prazo de *vacatio legis* de 120 dias. Incluindo-se o dia da publicação e o do vencimento do prazo, os 120 dias se esgotaram em 10 de novembro, entrando a lei em vigor no dia seguinte, 11 de novembro, um sábado. Não importa se não há expediente forense nesse dia, porquanto não se trata de prazo processual, mas de vacância para a melhor compreensão do sentido e do alcance da novel legislação. De igual modo, *não há falar em prorrogação* da vigência para o primeiro dia útil seguinte, que seria 13 de novembro. Enfim, para a contagem de prazo de vacância *não se leva em conta distinção* entre normas de direito material e processual, de maneira que toda a extensa normativa (104 artigos alterados e/ou acrescentados à CLT) terá início de vigência (formal) na mesma data, insista-se, 11 de novembro.

Contudo, diante das *peculiaridades* do direito processual do trabalho, há de se perquirir inúmeras situações jurídicas, para não se cometer o desatino de violar o *princípio da irretroatividade das leis*, uma garantia constitucional albergada no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Bem se vê, portanto, que a questão da *aplicabilidade no tempo* da chamada Reforma Trabalhista não é tão simples quanto pareça.

3. Direito intertemporal e o direito processual do trabalho

No campo do *processo do trabalho*, de se apontar as seguintes questões que merecem uma atenção especial, no que toca ao direito intertemporal, dentre outras: a) contagem de prazos em dias úteis; b) concessão de justiça gratuita; c) honorários periciais; d) honorários de sucumbência; e) exceção de incompetência territorial; f) atribuição do ônus da prova; g) novos requisitos da petição inicial; h) incidente de desconsideração da personalidade

jurídica; i) homologação de acordo extrajudicial; j) mitigação do princípio inquisitivo. Proceder-se-á, em seguida, apenas à análise dos aspectos mais importantes desses institutos, no que importa ao direito intertemporal.

Antes, porém, a nota introdutória no sentido de que, em regra, quanto à aplicabilidade da lei processual no tempo, o sistema jurídico brasileiro adota a *teoria do isolamento dos atos processuais*, de modo que se respeitam os atos jurídicos processuais já praticados segundo a lei antiga — os atos jurídicos perfeitos —, aplicando-se a lei nova, a partir de sua vigência, aos atos processuais ainda não praticados. Todavia, a solução dos problemas de direito intertemporal ou transitório não é tão simples assim. Pode haver direito adquirido da parte a que o ato siga um ritual já previamente estabelecido, não se podendo olvidar, principalmente, das *situações jurídicas consolidadas*, tal como preconiza o art. 14 do novo Código de Processo Civil. Daí porque a *fase recursal* normalmente é regida pela lei vigente ao tempo da publicação (entrega) da decisão objeto de recurso.

Nery observa que há *duas situações* a serem observadas: 1ª) quanto ao *cabimento* e à *admissibilidade* do recurso se aplica a lei vigente à época da prolação da decisão, explicando que a data da decisão de primeiro grau é a da entrega em cartório (e não a da publicação no diário oficial), enquanto o marco temporal em segundo grau é a data da sessão de julgamento; 2ª) quanto ao *procedimento* aplicável, o recurso é regido pela lei vigente na data da efetiva interposição do recurso. (NERY, 2015, p. 228-229)

Na sequência, a análise dos temas propostos.

3.1. Contagem de prazos em dias úteis

De todos sabido que o art. 219 do novo Código de Processo Civil trouxe ao sistema jurídico processual brasileiro uma nova dinâmica em relação à contagem de prazos processuais, que passaram a ser contados em dias úteis e não mais em dias corridos. Trata-se de antiga

reivindicação dos advogados, atendida pelo legislador que reformou o processo civil.

Contudo, no âmbito do processo do trabalho não houve muita receptividade à novel sistemática, batendo-se os juslaboralistas pela antiga regra do art. 775 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo a qual, no processo do trabalho, os prazos seriam contados com a exclusão do dia do início e a inclusão do dia do vencimento, sendo, entretanto, “contínuos e irrelevantes”. Essa continuidade foi interpretada de forma majoritária no sentido de aproveitamento de todos os dias da semana na contagem dos prazos, sem exclusão dos dias em que normalmente não há expediente forense (sábados, domingos e feriados). Com efeito, o próprio TST, quando da edição da *Instrução Normativa n. 39/2016*, houve por bem apontar que a regra do art. 219 do CPC/2015 era incompatível com o processo do trabalho, escudando-se, certamente, na regra posta do art. 775 da CLT (art. 2º, III, da IN n. 39).

Vem agora a Reforma Trabalhista e muda completamente o destino dessa prática jurisdicional, determinando que também no processo do trabalho os prazos sejam contados *em dias úteis*, na nova redação conferida ao art. 775 da CLT. Não vejo nenhum problema quanto à mudança, que apenas implementa *uniformidade ao sistema processual*, facilitando a vida dos advogados que militam na esfera comum e na Justiça do Trabalho, porque não mais terão de adotar dois raciocínios distintos quanto ao instituto, correndo o risco de cometer equívocos que poderiam conduzir a sérios prejuízos aos jurisdicionados. E, em verdade, não há comprometimento da celeridade simplesmente porque os prazos são contados em dias úteis. As partes, bem ou mal, cumprem os prazos que lhe são designados – especialmente os perempitórios –, o que normalmente não ocorre com os servidores e juizes. Não por vontade destes, mas por uma sobrecarga desumana de trabalho diante da pletora de processos às suas mãos.

Pois bem, como será a *aplicação do direito transitório* quanto a essa contagem? Penso que,

em regra, o que vai determinar se a contagem se dará em dias úteis ou corridos, a partir de novembro de 2017, será a *data da notificação*, que tem o propósito de dar ciência à parte da oportunidade ou dever processual de praticar um determinado ato processual. Assim, importa a data da notificação para que se resolva a questão. Pergunta-se: a data da expedição ou do recebimento da notificação? O correto é considerar-se a data em que a parte efetivamente toma ciência do despacho ou decisão, o que se dá, por óbvio, na data em que ela *recebe a correspondência* que lhe foi dirigida pela Vara do Trabalho, recordando-se que, em conformidade com a Súmula n. 16 do TST, presume-se recebida a notificação postal, na Justiça do Trabalho, 48 horas depois de postada nos Correios pela secretaria. Destarte, se a notificação for postada até a quarta-feira (dia 8/11), a contagem dos prazos ainda será em dias corridos, pois se presume o recebimento no dia 10, sexta-feira. De outra mirada, se a postagem ocorrer *na quinta-feira* (dia 9.11), o término das 48 horas já se dará no dia 11.11 (sábado), quando já estará em vigor a Lei n. 13.467, caso em que a *contagem do prazo* já terá que observar a diretriz dos *dias úteis*.

Havendo publicação do despacho ou decisão no diário oficial, aplica-se a regra do art. 224, § 2º, do novo Código de Processo Civil, considerando-se como “data de publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico”. De modo que as publicações efetuadas no diário oficial eletrônico até o dia 9.11 ainda não desafiam contagem em dias úteis, considerando-se que o dia 10.11 é uma sexta-feira, dia útil. Do contrário, se a publicação ocorrer *no dia 10*, o primeiro dia útil na sequência será o dia 13.11, segunda-feira, aplicando-se, nessa hipótese, a *contagem de prazos em dias úteis*. Vale lembrar que não importa para essa questão de direito intertemporal contagem do prazo e data de início dessa contagem, mas tão somente a *data da ciência do prazo*, que se dá no recebimento da notificação ou da informação do juízo.

3.2. Concessão de justiça gratuita

De se ter em mente que o legislador reformista fez diversas modificações no regime de custas e despesas processuais do processo do trabalho, algumas flagrantemente *inconstitucionais*, como se apontará na sequência. Nesse tópico, analisarei apenas três situações: 1ª) a imposição de um limite máximo para as custas processuais (art. 789, *caput*, da CLT); 2ª) a exigência de comprovação de insuficiência de recursos para a concessão do benefício da justiça gratuita (art. 789, § 4º); e 3ª) a exigência do recolhimento das custas do processo anterior em que ocorreu o arquivamento, para a propositura de nova demanda (art. 844, §§ 2º e 3º).

No tocante à fixação de limite máximo para as custas processuais, no importe correspondente a “quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”, o que daria, atualmente, o valor de R\$ 22.125,24 (R\$ 5.531,31 x 4), trata-se de regra extremamente benéfica aos empregadores — os que normalmente são condenados nas decisões judiciais proferidas pela Justiça do Trabalho —, porque doravante terão um *teto de custas* a serem recolhidas, ainda que o valor arbitrado à sua condenação seja superior a R\$ 1.106.262,00, em valores de 2017. Não é raro encontrar sentenças com valor condenatório superior a esse, como sói acontecer em sede de ação civil pública, em ações coletivas (substituição processual) ou em ações plúrimas. De se perquirir, inclusive, se tal sistemática não fere o princípio da igualdade, tendo em vista que o pequeno empreendedor, que normalmente recebe condenações em valores mais baixos, terá que recolher o *valor integral* de suas custas, ao passo que as grandes empresas — as que em regra são alvo de demandas coletivas —, ainda que condenadas em valores vultosos, saberão que o valor de suas custas estará limitado por força de lei.

Dito isso, a se entender como válida a norma, inclusive por se tratar de regra benéfica — não importa a quem —, *aplica-se imediatamente*

aos processos em curso, tendo como marco temporal a *data da decisão judicial*. Se esta for proferida a partir de 11.11.2017, aplica-se o limite imposto pelo art. 789 da Consolidação das Leis do Trabalho, em sua nova redação.

Quanto à segunda questão, penso que nada deve mudar no dia a dia forense da Justiça do Trabalho, ainda que o legislador reformista tenha exigido a comprovação de insuficiência de recursos para a obtenção do benefício da justiça gratuita, a fim de que a parte não tenha de recolher as custas do processo e demais despesas processuais. Isso porque a redação do § 4º do art. 789 é praticamente cópia literal do quanto disposto no *inciso LXXIV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*, segundo o qual o Estado *deverá* prestar “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Cediço que, apesar da literalidade do texto constitucional, a jurisprudência se cristalizou no sentido de contentar-se com a *mera declaração* de situação de pobreza pela parte, até porque desde antes da nova ordem constitucional a própria legislação já dispensava a comprovação documental a esse respeito. Élisson Miessa recorda que a Lei n. 1.050/60 exigia atestado da autoridade policial ou do Prefeito para essa comprovação, a Lei n. 5.584/70 também exigia atestado do Ministério do Trabalho (ou da autoridade policial) na Justiça especializada, mas já a Lei n. 7.510, de 1986, havia dispensado qualquer documento comprobatório, contentando-se com a *simples afirmação da parte*, presumindo-se sua boa-fé. (MIESSA, 2016, p. 1007-1008)

Ademais, o novo Código de Processo Civil caminhou na mesma direção, possibilitando a concessão do benefício da justiça gratuita à *pessoa natural* com a simples declaração desta, a teor do § 3º de seu art. 99, que merece ser transcrito: “Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”. Permanece hígida, portanto, a jurisprudência que tanto nos domínios do processo civil quanto na seara trabalhista,

interpretando a expressão “comprovação” da norma constitucional, *presume a situação de insuficiência de recursos em relação à pessoa natural* que a declara, exigindo a comprovação por documento ou outro meio de prova idôneo apenas em relação à pessoa jurídica. Nesse sentido, a Súmula n. 481 do STJ e a OJ n. 304 da SDI-I do TST. Agora, a se exigir comprovação da situação de pobreza ao trabalhador, tal novidade somente pode ser cobrada nas ações ajuizadas *a partir de 11.11.2017*, porque até a véspera a regra do § 4º do art. 790 da CLT não é obrigatória.

Enfim, no que se relaciona à absurdamente *inconstitucional* exigência de recolhimento das custas de processo anterior, extinto sem resolução do mérito com correspondente arquivamento dos autos, para a propositura de nova demanda (art. 844, §§ 2º e 3º), tenho que agride frontalmente a garantia constitucional de acesso à justiça consubstanciada no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, como já apontado pelo nobre Procurador-Geral da República no bojo da ADI n. 5766 (STF, 2017, *on line*) — na qual ataca também a inconstitucionalidade dos §§ 4º dos arts. 790-B e 791-A —, porque o benefício da justiça gratuita significa prestação jurisdicional “integral e gratuita” a todos que tenham direito a essa isenção. Não se trata de favor legal, mas de direito fundamental (art. 5º, LXXIV). Não obstante, a se entender válida a norma, ela somente se aplicará aos arquivamentos (decisões extintivas) ocorridos *a partir de 11.11.2017*, para se evitar a inadmissível retroatividade da lei *in pejus*.

3.3. Honorários periciais

A situação é um tanto pior quando se examina a esdrúxula possibilidade de “compensação” de créditos obtidos pelo trabalhador, ainda que em outro processo, para o pagamento dos honorários periciais, quando ele for sucumbente na pretensão objeto da perícia, relacionada a adicionais de insalubridade, periculosidade, indenizações de acidente do trabalho etc., passem, *ainda que beneficiário da justiça*

gratuita. Não bastasse a flagrante violação dos direitos fundamentais garantidos pelo art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, da CF/88 — acesso à justiça e gratuidade judiciária —, o § 4º do art. 790-B da “nova” CLT agride o direito humano às *condições materiais mínimas de existência*, pois consagrada mundialmente a *garantia ao mínimo existencial*, na teoria geral dos direitos humanos, como bem pondera a PGR na ADI 5766, ainda que no tocante ao § 4º do art. 791-A, tratando da “compensação” para satisfação dos honorários de sucumbência.

Nesse passo, o legislador reformista cometeu uma despropositada subversão do instituto da gratuidade judiciária, lembrando-se que a Lei Maior assegura a todos que não tenham condições de custear as despesas do processo um direito fundamental à assistência jurídica que seja, ao mesmo tempo, *gratuita e integral*. Conquanto a norma do inciso LXXIV do art. 5º da CF/88 seja clara como a luz do dia, convém explicitar que a *assistência judiciária gratuita* — mais ampla que a simples justiça gratuita, atinente a custas e despesas processuais em sentido estrito, tal como ainda prevê o § 3º do art. 790 da CLT — abrange todas as despesas de natureza processual, inclusive honorários de perito e de sucumbência — exatamente como prevê o inciso VI do § 1º do art. 99 do CPC/2015 —, por isso, *integral*, e de forma absolutamente *gratuita*. Desculpem-me a redundância: sem qualquer custo. De não se olvidar de que o art. 99, § 1º, do novo Código de Processo Civil trouxe ao sistema jurídico um extenso rol de despesas que devem estar “cobertas” pela *assistência jurídica integral*, inclusive de depósito recursal (inciso VIII) e de emolumentos devidos a notários ou registradores (inciso IX). Daí porque não se compreende a sanha do legislador reformista da CLT em atribuir essa despesa ao sucumbente na pretensão objeto da perícia, quando beneficiário da justiça gratuita, porque nesse caso é a União (ou outro ente público) que deve suportar tais despesas, como já ocorre no processo do trabalho (Resolução n. 66/2010 do

TST) e também no processo comum (art. 95, § 3º, do CPC).

A justificativa pode ser a de que há muita aventura jurídica ou até mesmo litigância de má-fé por parte dos trabalhadores, postulando adicionais de insalubridade e de periculosidade, ou mesmo indenizações decorrentes de doença ocupacional, sem o mínimo de seriedade ou responsabilidade. Ora, para essas situações o sistema jurídico já prevê severa consequência processual: a *condenação por litigância de má-fé* (arts. 79 a 81 do CPC). Ademais, a “nova” CLT traz essa diretriz como regramento expresso, sendo que a partir de 11.11.2017 os juízes e tribunais do trabalho poderão aplicar todas as *quatro penalidades* previstas no novel art. 793-C da CLT (multa, indenização de prejuízos, honorários advocatícios e despesas processuais).

Contudo, a se entender válida a “compensação” imposta pela lei, retirando-se crédito do trabalhador para o pagamento dos honorários periciais, penso que isso somente poderá ser possível nas ações ajuizadas *a partir de 11.11.2017*. Explicarei essa preferência doutrinária no próximo item, dada a identidade de argumentos em relação à “compensação” para pagamento de honorários de sucumbência.

3.4. Honorários de sucumbência

Nessa temática a Reforma Trabalhista promove uma *revolução* na Justiça do Trabalho, com uma mudança de 180 graus. De todos sabido que o Tribunal Superior do Trabalho sempre manteve jurisprudência arredia à possibilidade de haver condenação em honorários de sucumbência na Justiça especializada, como bem demonstram as Súmulas ns. 219 e 329 daquele Tribunal. De se recordar que a Súmula n. 219, em sua primeira versão, é anterior à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas o entendimento ali manifestado foi mantido sob a égide do novo regime constitucional, como se observa da análise da Súmula n. 329. Assim, ainda que o

art. 133 da CF/88 tenha estatuído a *imprescindibilidade* da participação do advogado para se assegurar a plenitude dos direitos formais e materiais, com fulcro no velho *ius postulandi* que sempre foi uma das marcas registradas da Justiça do Trabalho, consubstanciado no art. 791 da CLT, a Corte Superior Trabalhista *nunca admitiu* a possibilidade de avanço nessa matéria, mantendo firme orientação de não cabimento de honorários de sucumbência no segmento especializado da Justiça, ainda que levado a admitir sua incidência em hipóteses excepcionais, como bem retrata a atual redação da Súmula n. 219.

Pode-se afirmar, portanto, que a água tanto bateu, que *furou a pétrea jurisprudência restritiva* do TST quanto aos honorários de sucumbência. O art. 791-A e parágrafos da “nova” CLT será um *divisor de águas* no processo do trabalho. Doravante, os trabalhadores e seus advogados terão de sopesar com muito cuidado os riscos da demanda, tendo em vista que, ainda que alguns direitos se tornem quase evidentes — por exemplo, diante do não pagamento de salários e verbas rescisórias quando incontroversa a relação de emprego —, outros dependem de prova convincente sobre sua existência. E quanto mais controvertida for a situação fática que pode ou não dar ensejo ao reconhecimento do direito material alegado, *maior o risco de sucumbência* na demanda, lembrando-se que haverá *sucumbência recíproca* quando o trabalhador não obtiver sucesso quanto a alguns dos direitos reivindicados (§ 3º deste artigo).

Por certo que se trata de *antiga reivindicação* dos advogados trabalhistas, a qual encontrava eco na doutrina, ainda que minoritária.

De se render aqui homenagem a Jorge Luiz Souto Maior, o jurista que sempre defendeu a possibilidade de condenação em honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, desde 1998. Ainda no século passado este grande jurista afirmava que a ausência de sucumbência no processo do

trabalho “acaba por constituir, em verdade, uma verdadeira barreira ao acesso à ordem jurídica justa”. E sustentava que os dispositivos processuais aplicáveis no âmbito trabalhista (especialmente do CPC e da Lei n. 1.060/50) já forneciam plena possibilidade “de se adotar a sucumbência no processo do trabalho, como forma de concretização do movimento do acesso à justiça nesta especializada”. (SOUTO MAIOR, 1998, p. 134-142)

Bem-vinda, pois, a novidade, não fosse a malsinada regra inserida no § 4º deste dispositivo, a permitir a “compensação” dos honorários de sucumbência do advogado do empregador com o crédito recebido pelo trabalhador, “ainda que em outro processo” e *mesmo que consiga o benefício da justiça gratuita*. Um despropósito! O legislador reformista copiou literalmente a regra do § 3º do art. 85 do novo Código de Processo Civil, a qual disciplina sobre a suspensão da exigibilidade do crédito resultante dos honorários de sucumbência até que o advogado credor possa demonstrar que o beneficiário da justiça gratuita adquiriu condições materiais de suportar tal despesa, pelo prazo de dois anos após o trânsito em julgado da decisão condenatória — no processo civil, no prazo de cinco anos —, *prazo geral da prescrição trabalhista*. Decorridos esses dois anos sem essa demonstração, dá-se o fenômeno da *prescrição intercorrente*, extinguindo-se as obrigações do beneficiário.

Até aí nenhuma novidade, porquanto essa já era a diretriz desde a edição da Lei n. 1.060/50 (art. 12). O problema fica por conta da matreira intromissão de uma regra de “compensação” logo no início do citado § 4º, permitindo-se que os créditos obtidos pelo trabalhador no julgamento da demanda, “ainda que em outro processo”, possam ser “compensados” para o pagamento do advogado da parte contrária. E se os créditos obtidos forem de natureza nitidamente salarial, como saldo de salário e verbas rescisórias? E se essas verbas nem sequer tiverem sido objeto de controvérsia?

Imaginem a situação do trabalhador que se viu forçado a contratar advogado para demandar seu ex-empregador a fim de receber aquelas sagradas verbas, diante de seu latente estado de necessidade, e resolve postular indenização por dano moral por conta dessa situação de penúria, mas o juiz entende que não há dano moral no caso. Exemplo: a) trabalhador ganha a demanda de R\$ 5.000,00 de saldo de salário e verbas rescisórias; b) mas sucumbe em relação à indenização de dano moral, sendo condenado a pagar 15% de R\$ 50.000,00 = R\$ 7.500,00; c) ele não receberá os incontroversos R\$ 5.000,00, e ainda ficará devendo R\$ 2.500,00 de honorários de sucumbência. Situação tão esdrúxula que não pode ser aceita pela jurisprudência trabalhista.

No entanto, se vingar a tese da plena possibilidade de “compensação” do crédito do trabalhador com os honorários de sucumbência do advogado do empregador, há de se ter em conta que até a vigência da nova lei os trabalhadores não tinham qualquer preocupação quanto a eventual sucumbência — e menos ainda com a possibilidade de “compensação” —, porque a insistente jurisprudência trabalhista era no sentido de não haver condenação em honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, em casos gerais de demandas típicas das relações de emprego (Súmula n. 219, I e IV, do TST). Como poderia agora ser surpreendido com uma nova lei que lhe imponha esse pesado fardo?! Seria uma *surpresa inaceitável*. Daí que a doutrina e a jurisprudência hão de encontrar um caminho de *equidade* para essa drástica situação. De modo que a condenação em honorários de sucumbência no processo do trabalho não pode ser imposta nos processos em curso, ou, pelo menos, nos processos que já se encontram em grau avançado de percurso.

A partir de *qual momento* se poderia cogitar dessa aplicação? Essa intrincada questão de *direito intertemporal* ou de direito transitório encontra *duas teorias* de maior aceitação:

1ª) *teoria da sucumbência* de Chiovenda — com efeito, o *marco temporal* para a aplicação

do regramento relativo aos honorários de sucumbência é a *data da prolação da sentença* — segundo essa teoria —, tendo em vista tratar-se a imposição de tais honorários de uma punição ao demandante que litiga sem razão, sem ter o direito material postulado (*princípio da sucumbência*), sendo a sentença de *natureza constitutiva* do direito aos honorários de sucumbência; tendo a parte sucumbido em sua pretensão, deve arcar com os honorários do advogado da parte contrária; de outra mirada, se a sentença já tinha sido prolatada ao tempo da lei anterior, é a disciplina desta que deve ser aplicada até o final do processo, ainda que a lei posterior venha reduzir ou aumentar o campo de atuação em torno da questão; foi o que ocorreu com o novo Código de Processo Civil, que ampliou as situações em que devidos honorários de sucumbência no processo civil (art. 85, §§ 1º e 11), e impôs uma tabela (faixas) de percentuais de honorários de sucumbência em relação à Fazenda Pública (§ 3º do citado art. 85);

Nesse sentido decidiu o STJ em relação ao novo Código de Processo Civil, no julgamento do REsp n. 1.465.535/SP, em 21 de junho de 2016, por sua 4ª Turma. Após identificar que se tratava de um instituto de direito processual-material, a 4ª Turma, no citado recurso, “elegeu a sentença como marco processual a separar a incidência do Código antigo da do Código novo”. (NÓBREGA, 2016, *on line*).

2ª) *teoria da causalidade* — o *marco temporal* para a aplicação do novo regramento a respeito de honorários de sucumbência é a *data do ajuizamento da ação*, não importando se já houve decisão de fundo no processo. Ora, se a condenação em honorários de sucumbência decorre da ideia de punição ao demandante que não sopesou adequadamente os riscos do processo, devendo, por isso, ao sucumbir em sua pretensão, arcar com todas as despesas do processo, inclusive honorários de sucumbência, deve ser aplicada a *lei do tempo da*

demandada, porque é nesse momento que o demandante *sopesa os riscos do processo*, tomando em conta todas as despesas que terá de suportar caso não saia vencedor, como custas, emolumentos, honorários de perito e, *principalmente*, honorários de sucumbência. De tal modo que ele não pode ser surpreendido posteriormente, recebendo “castigo” superior ao que divisara quando da propositura da demanda.

Por isso, a doutrina tem sustentado que, a despeito de o STJ ter definido que o marco temporal para a questão é a data da prolação da sentença — porque é nesta que o crédito aos honorários de sucumbência é constituído, motivo pelo qual seria possível utilizar o novo regramento do CPC/2015 para as condenações em sentenças *ainda não proferidas* em 18 de março de 2016, data do início da vigência do novo Código de Processo Civil —, em nome do *princípio da causalidade*, o marco temporal deve ser a *data do ajuizamento da demanda*. Com efeito, se o demandante é punido ao pagamento de honorários de sucumbência porque deu causa ao processo — como autor, réu ou terceiro interveniente, em ação ou reconvenção —, ele não pode ser surpreendido com regramento que piora sua situação jurídica, não imaginada quando do sopesamento dos riscos de se demandar em juízo.

Guilherme Pupe da Nóbrega cita lição de Yussef Said Cahali, que em 1978 procurou demonstrar a *insuficiência da teoria da sucumbência*, em seu livro *Honorários advocatícios* (Revista dos Tribunais), afirmando que “a raiz da responsabilidade está na relação causal entre o dano e a atividade de uma pessoa. Esta relação causal é denunciada segundo alguns indícios, o primeiro dos quais é a sucumbência; não há, aqui, nenhuma antítese entre o princípio da causalidade e a regra da sucumbência como fundamento da responsabilidade pelas despesas do processo: se o sucumbente as deve suportar, isto acontece porque a sucumbência demonstra que o processo teve nele a sua causa”. (NÓBREGA, 2016, *on line*).

No *processo do trabalho* essa teoria é ainda mais necessária, porque neste nem sequer havia condenação em honorários de sucumbência nas lides derivadas das relações de emprego. Seria um *atentado* surpreender o trabalhador com a possibilidade de “compensação” de seus créditos para o pagamento dos honorários de sucumbência do advogado do empregador, em caso de sucumbência recíproca, que é a regra generalíssima na Justiça do Trabalho. Ainda que ele tenha um enorme sucesso e consiga sair vencedor em todas as suas pretensões, o que é raríssimo, em verdade ele não tinha a menor expectativa de que seu advogado pudesse receber honorários de sucumbência porque o instituto, repita-se, era *inaplicável* no processo do trabalho (Súmula n. 219 do TST).

Nesse sentido, Fabrício Lima Silva, com amparo, inclusive, na *teoria dos jogos*: “Neste ponto, importante a invocação da Teoria dos Jogos em âmbito processual. Segundo esta teoria, ao se compreender o processo como um jogo, em que também são esperados comportamentos de cooperação, disputa e conflito, em que o resultado não depende somente do fator sorte, mas da performance dos jogadores em face do Estado Juiz”. Ou seja, é preciso conhecer as regras do jogo antes do início da partida. Continua o referido autor:

“As condutas dos atores processuais, assim como nos jogos, são tomadas conforme as regras preestabelecidas para o jogo.

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

Não seria razoável que o trabalhador ou a empresa, que tivessem ajuizado o processo ou apresentado defesa, enquanto vigente a legislação que não estabelecia a obrigatoriedade de pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no âmbito da Justiça do Trabalho, fossem surpreendidos com a

condenação ao pagamento da referida parcela em benefício da parte contrária, com a aplicação do novo art. 791-A, da CLT. Tal conduta implicaria em afronta ao disposto no art. 10, CPC/15, com a configuração de decisão surpresa e violação aos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal.” (SILVA, 2017, *on line*).

Enfim, por todos esses fundamentos, ao que se soma a necessária proteção ao chamado *mínimo existencial*, penso que a condenação em honorários de sucumbência no processo do trabalho somente será possível nas *ações aforadas a partir de 11.11.2017*. Do contrário, insistindo-se pura e simplesmente no princípio da sucumbência, o juiz do trabalho estará atentando contra o *princípio da causalidade*, o princípio da vedação da decisão surpresa (art. 10 do CPC/2015), a garantia inerente ao mínimo existencial e, em último grau, contra o *princípio da dignidade humana*.

Nos termos da ADI n. 5.766, créditos trabalhistas auferidos em demandas propostas por trabalhadores pobres assumem caráter de mínimo existencial, compatível com o princípio constitucional da dignidade humana (art. 1º, inciso III, da CF/88). “Essas verbas trabalhistas, marcadas pelo caráter alimentar, não diferem das prestações estatais de direitos sociais voltadas à garantia de condições materiais mínimas de vida à população pobre, a que o STF confere natureza de mínimo existencial”, destaca o ex-Procurador-geral da República Rodrigo Janot. (STF, 2017, *on line*)

3.5. Exceção de incompetência territorial

A nova diretriz do art. 800 e §§ da CLT será a de permitir a *oposição* de exceção de incompetência territorial *antes da audiência inicial* ou *una*, em moldes parecidos com a sistemática do processo civil. A partir da vigência da Lei n. 13.467, uma vez citado, o reclamado poderá, no *prazo de cinco dias*, apresentar exceção de incompetência em razão do território no juízo que indicar como competente (*caput* e § 3º do art. 800). Também no processo civil o réu pode

apresentar seu questionamento à competência do juízo onde demandado, mas terá de *necessariamente* já ofertar sua defesa, pois lá, de uma vez por todas, não há mais exceção, em peça apartada. Nos moldes do art. 340 e parágrafos do novo Código de Processo Civil, c/c o art. 337, II, daquele Código, o réu terá de arguir a incompetência territorial em *preliminar da contestação*, que será apresentada no foro do seu domicílio.

Perdeu, pois, o processo do trabalho, a oportunidade de acabar com o fetiche do recebimento de defesa somente após a primeira tentativa conciliatória (arts. 846 e 847 da CLT), porque nesse caso o mal menor seria *já receber toda a matéria defensiva* do reclamado — contestação e alegação de incompetência, com os documentos que por vezes se mostram imprescindíveis à boa conciliação, para se evitar renúncia a direito ou se possibilitar a verificação de pagamentos já efetuados —, não havendo nenhum impeditivo sério à conciliação pelo simples fato de haver a juntada da defesa antes dessa tentativa. E o reclamado não se sentiria estimulado a opor exceção procrastinatória, pois já teria de, *concomitantemente*, apresentar toda sua insurgência às pretensões do reclamante. Ainda mais porque o legislador nem definiu qual será o juízo que o reclamado (excipiente) poderá indicar como competente, o que também pode levar a atitudes de má-fé. Penso que, no mínimo, o reclamado deverá apontar *um dos juízos referidos no art. 651 e parágrafos da CLT*, sobretudo o do lugar da prestação de serviços ou o do foro da celebração do contrato.

Questão interessante é a de se saber se esse prazo de cinco dias a contar da notificação citatória é *peremptório* ou não. A se entender que sim, preclusa a oportunidade (preclusão temporal) ou já manejada a exceção (preclusão consumativa), *não cabe renovar a medida* como preliminar da contestação. Por certo que até mesmo os empregadores poderão ser surpreendidos com a novidade que veio para lhes beneficiar. Imagine-se o reclamado

recebendo uma notificação para comparecer em audiência designada para um ano após a entrega da correspondência pelos Correios. Sem conhecimento jurídico, a maior parte dos empregadores deixará para constituir advogado em data próxima à da audiência. Por isso, não hesito em afirmar que esse novo regramento, inclusive permitindo a realização de audiência de instrução da exceção por carta precatória a ser expedida para o juízo declinado pelo excipiente, aplica-se somente para as *notificações entregues a partir de 11.11.2017*, recordando-se aqui o quanto já ponderei sobre contagem de prazos na véspera desse dia (48 horas da Súmula 16 do TST).

3.6. Atribuição do ônus da prova

Uma boa novidade aportada pela tal Reforma Trabalhista é a de, finalmente, disciplinar melhor sobre o instituto do ônus da prova no processo do trabalho, alterando radicalmente a diretriz do art. 818 da CLT, adotando-se o regramento objetivo de Chiovenda, que leva em conta os sujeitos da demanda, os fatos controvertidos e, principalmente, o *interesse* daqueles *no convencimento do juiz* quanto à pertinência de suas afirmações.

Contudo, mais importante do que a simples *distribuição (estática)* do ônus da prova — art. 333 do CPC/73; art. 373 do NCPC —, a partir do interesse jurídico do reclamante ou do reclamado (atuais incisos I e II do art. 818), é a possibilidade de o juiz do trabalho, por força de lei — pois já o fazia com base em princípios, sobretudo o da aptidão da prova —, poder “atribuir o ônus da prova de modo diverso” — *teoria da distribuição ou atribuição dinâmica do ônus da prova*, tão difundida no sistema jurídico argentino, sistema precursor (SILVA, 2014, p. 399-403) —, em *duas hipóteses*: 1ª) quando houver *previsão legal* — recordando-se do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90 —; 2ª) quando se constatar uma *complexidade fática* — regra que atua em *duas direções*: a) nas situações em que a parte que detém o ônus subjetivo tem uma excessiva dificuldade em cumprir seu encargo

probatório (ônus da prova excessivo); b) em situações aparentemente invertidas, nas quais a parte contrária tem maior facilidade de produzir a prova do fato por ela afirmado (*maior aptidão para a prova*).

Ocorre que essa ótima novidade do § 1º do art. 818 pode ser ofuscada pela *regra de procedimento* criada no § 2º do mesmo dispositivo, regra tão ousada que não encontra paralelo nem mesmo no novo Código de Processo Civil, que conta apenas com as regras da atribuição dinâmica e da vedação da desincumbência (§§ 1º e 2º do art. 373, correspondentes às dos §§ 1º e 3º deste art. 818). Ora, até mesmo no processo civil ainda predomina a teoria de que o ônus da prova, em seu aspecto objetivo, trata-se de *regra de julgamento*, inclusive porque se o juiz encontrar o fato provado (princípio da aquisição da prova) não terá de se preocupar quanto ao ônus (da prova) *subjetivo*, para saber quem detinha tal encargo e dele não se desincumbiu (o ônus da prova *objetivo* atua somente em casos de prova “dividida” e de ausência ou insuficiência de provas). A propósito, de se consultar: SILVA, 2014, p. 386-389.

Ademais, os advogados poderão ficar de tal modo preocupados com a definição do ônus da prova — ou por malícia — que poderão causar graves tumultos em audiência, requerendo que o juiz defina o ônus da prova em relação a todos os fatos controvertidos do processo. Pior ainda se a parte insistir no adiamento da audiência para poder se desincumbir de seu ônus da prova, argumentando que foi surpreendida com a definição do juiz, nos termos do § 2º do art. 818. Daí porque minha convicção é a de que esse novo regramento quanto ao ônus da prova somente se aplica nas *audiências unas ou de instrução realizadas a partir de 11.11.2017*, não havendo espaço para questionamento em sede de recurso com relação às audiências realizadas até 10.11.2017.

3.7. Novos requisitos da petição inicial

Outra mudança levada a efeito pela Reforma é a pertinente aos requisitos da petição

inicial. Pelo menos nos processos de rito ordinário havia uma maior simplicidade no processo do trabalho, contentando-se o legislador de outrora com uma petição inicial enxuta, basicamente com o endereçamento ao juízo competente, a qualificação das partes, uma breve exposição da causa de pedir e a formulação do pedido. Doravante, esse pedido deverá ser *qualificado*, tendo de se apresentar *certo* quanto à sua existência, *determinado* quanto à sua extensão e ainda *indicar o valor correspondente*, o que seria sinônimo de pedido líquido. Como é sabido, não dá para se exigir pedido líquido no processo do trabalho, até porque muitas verbas dependem de averiguação em conformidade com a documentação a ser exibida pelo empregador ou de apuração em perícia. Contudo, tal como já fizera em relação aos processos de rito sumaríssimo — art. 852-B, I, da CLT, acrescido pela Lei n. 9.957/2000 —, o legislador vem a exigir que os pedidos da petição inicial trabalhista sejam formulados com um pouco mais de seriedade, com a indicação do *quantum* que o trabalhador pretende receber.

Não vamos discutir aqui se esse valor indicado limita o pedido — princípio da congruência ou a vedação do julgamento *ultra petita* —, mas o certo é que a nova regra do § 1º do art. 840 da CLT, especialmente pela ameaça do § 3º deste dispositivo — extinção do processo sem resolução do mérito em relação aos pedidos que não tenham atendido as exigências do § 1º —, torna o processo do trabalho *mais formal* e exige mais cuidado do advogado do reclamante.

A questão é: *a partir de quando* se exigem esses requisitos mais formais? Certamente nas demandas ajuizadas *a partir de 11.11.2017*, porque até a véspera a regra em vigor não exige esse rigor. De modo que não poderá o juiz do trabalho, em novembro de 2017, extinguir processo — ou determinar emenda da petição inicial, a se entender cabível — por falta de determinação e liquidez dos pedidos, se o processo foi inaugurado antes de 11.11.2017.

3.8. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica

Uma das novidades que causarão maior impacto no processo do trabalho é a da intromissão em seu campo de atuação do *formalista* instituto do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Como é sabido, o novo Código de Processo Civil criou esse incidente, disciplinando-o de forma bem rigorosa nos arts. 133 a 137.

Veja-se o *procedimento* deste incidente, conforme os arts. 133 a 137 do novo Código de Processo Civil:

1º) exigência de um *pedido expresso* da parte ou do Ministério Público (art. 133, *caput*), que dá ensejo, em verdade, a uma ação incidental, tanto que deverá haver comunicação imediata de sua instauração ao distribuidor, “para as anotações devidas” (§ 1º do art. 134);

2º) o incidente provoca a *suspensão do processo*, salvo se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial (§§ 2º e 3º do art. 134);

3º) na sequência, dá-se a *citação* do sócio ou da pessoa jurídica — desta na desconconsideração inversa —, os quais poderão apresentar *defesa*, tanto que o prazo fixado em seu favor é de 15 dias, o mesmo prazo de contestação (arts. 135 e 335);

4º) se houver requerimento de provas, será designada *audiência de instrução* (arts. 135 e 136);

5º) apenas após todo esse longo expediente é que o juiz ou o relator poderá proferir a *decisão interlocutória* sobre o incidente (art. 136 e parágrafo único);

6º) desta decisão cabe *agravo de instrumento* (art. 1.015, IV) ou *agravo interno* (parágrafo único do art. 136);

7º) embora o art. 137 não o exija, na prática, o juiz será levado a determinar o arresto ou a penhora de bens do sócio ou da pessoa jurídica somente *após o trânsito em julgado* daquela decisão. (SILVA *et al.*, 2016, p. 193)

Conquanto desde o início eu tenha sustentado as incompatibilidades de tal incidente com os princípios e a sistemática do processo

do trabalho (SILVA *et al.*, 2016, p. 192-194), o Tribunal Superior do Trabalho admitiu sua incidência, com anteparos, num regramento normativo bem extenso (art. 6º da Instrução Normativa n. 39/2016). Ali ficara assentado que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica se aplicaria ao processo do trabalho, mas com disciplina distinta quanto à *matéria recursal* — não cabimento de recurso na fase de cognição, agravo de petição na fase de execução e agravo interno no âmbito dos tribunais — e a possibilidade de concessão de *medida de urgência de natureza cautelar* durante o período de suspensão do processo para o processamento e decisão do incidente. De forma sagaz, o legislador reformista aproveitou a concessão do TST e copiou aquele regramento para a CLT (art. 855-A e §§).

A partir de quando se aplica a exigência de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, com seu formalismo que certamente comprometerá a efetividade da prestação jurisdicional? Não hesito em afirmar que apenas nas hipóteses de desconconsideração *cujas decisões* vá ser tomada a *partir de 11.11.2017*, porque até o dia 10 não se exige esse procedimento. Destarte, os tribunais *não poderão* rever decisões tomadas antes da vigência da lei, simplesmente porque até então o juiz não tinha de observar o rito do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica instituído na CLT, a menos que se dê caráter normativo à Instrução n. 39/2016.

3.9. Homologação de acordo extrajudicial

A *mesma diretriz* se aplica ao processo de homologação de acordo extrajudicial, outra novidade questionável inserida na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei n. 13.467, nos arts. 855-B a 855-E. Ora, não há falar em tal processo antes de 11.11.2017. A Justiça do Trabalho *não tinha, até a referida data*, competência para homologar acordo extrajudicial, tanto que o legislador precisou alterar o art. 652, para

ali acrescentar a alínea “f” — olvidando-se de que este artigo não continha mais a alínea “e” desde 1944, porque o Decreto-lei n. 6.353, de 20.3.1944, já havia suprimido esta alínea ao dar nova redação à alínea “d” do art. 652 —, atribuindo às Varas do Trabalho competência para *decidir* sobre a homologação de acordo extrajudicial, em matéria de competência da Justiça do Trabalho.

Assim, se referido processo foi apresentado antes do dia 11.11, deverá ser extinto de plano, porque *apenas a partir desta data* é que as partes podem levar acordos celebrados “sem processo” à apreciação do juiz do trabalho.

3.10. Mitigação do princípio inquisitivo

Enfim, uma mudança que se tornará perversa para a celeridade e efetividade do processo do trabalho, pois irá comprometer seriamente a atuação de ofício do juiz. Ao reformar o art. 878 da CLT para permitir a atuação de ofício apenas nos processos em que houver uso do *ius postulandi*, o legislador ceifou um dos *princípios ontológicos* do processo do trabalho, o *princípio inquisitivo*.

A respeito da importância deste princípio no processo do trabalho, veja-se o quanto afirmei alhures:

Quanto à iniciativa da parte para a proposição da demanda não há dúvida alguma, aplicando-se, nessa matéria, o princípio *dispositivo*. Também no que concerne ao exercício dos direitos, faculdades e ônus processuais relacionados à defesa, recursos, impugnações variadas, não pode haver dúvida. Agora, no que se refere à iniciativa na *produção das provas*, o processo do trabalho possui regras essenciais que bem revelam a *predominância do princípio inquisitivo* no seu âmbito, tanto que podemos afirmar ser este um princípio *específico* do processo laboral, dada sua concepção e modo de aplicação nos processos que correm na Justiça do Trabalho.

Vale dizer: o princípio inquisitivo se aplica mesmo é no processo do trabalho, no qual

os arts. 765 e 852-D da CLT dão ao juiz *ampla liberdade* na direção do processo, bem como para velar pelo andamento rápido das causas, razão pela qual pode determinar “*qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas*” (art. 765). No procedimento sumaríssimo — ainda aplicável no processo do trabalho, de acordo com o art. 852-A e seguintes da CLT —, pode o juiz do trabalho inclusive *limitar ou excluir* as provas que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias (art. 852-D). Veja-se, a propósito, a regra elucidativa do art. 4º da Lei n. 5.584/1970: “*Nos dissídios de alçada exclusiva das Varas e naqueles em que os empregados ou empregadores reclamarem pessoalmente, o processo poderá ser impulsionado de ofício pelo juiz*”.

Como reforço de argumento, podemos recordar que a grande maioria dos direitos materiais trabalhistas é de caráter *indisponível*, daí porque o princípio da indisponibilidade, conquanto relacionado ao direito material do trabalho, ecoa no campo do processo, armando o juiz do trabalho de instrumentos pelos quais pode praticar inúmeros atos de ofício, em busca da verdade “real”. Para tanto, não deve esperar pela iniciativa da parte trabalhadora no tocante às diligências probatórias, podendo determinar, de ofício, *quaisquer providências* que se façam necessárias. A título meramente exemplificativo, a determinação de realização de perícias, a despeito da falta de requerimento da parte, para a apuração de insalubridade, periculosidade, incapacidade derivada de acidente ou doença do trabalho; a ordem para juntada de documentos, como recibos de pagamento, cartões de ponto, contratos de prestação de serviços e um largo etcétera. E se a verdade se encontrar do lado do trabalhador, poderá, na execução ou cumprimento da sentença, agir de ofício para a plena satisfação dos direitos materiais reconhecidos, nos moldes do art. 878 da CLT e outros dispositivos correlatos. (SILVA *et al.*, 2016, p. 19)

De qualquer sorte, seria possível inovar aqui e trazer entendimento diverso do que tem sido preconizado pela doutrina, que entende pela aplicação imediata dessa nova regra a partir de 11.11.2017. Com efeito, o art. 14 do novo Código de Processo Civil, aplicável ao processo do trabalho por força do art. 769 da CLT e do art. 15 do próprio CPC, disciplina o respeito aos atos jurídicos perfeitos processuais e também às *situações jurídicas processuais consolidadas*. Embora não haja espaço para maiores digressões sobre esse rico tema aqui, convém pontuar que a teoria do isolamento dos atos processuais, regra para a aplicação da norma processual nova aos processos em curso, não atua de forma absoluta. Pelo contrário, há muito a doutrina, com ressonância na jurisprudência, tem se preocupado com situações jurídicas nas quais a aplicação da lei nova pode surpreender de tal modo as partes — ou uma delas — que há de se criar solução distinta para se manter a *equidade* dentro do processo. Daí a teoria de que, na *fase recursal*, aplica-se o *regramento do tempo da publicação (entrega) da decisão* objeto de recurso ou *da data da interposição do recurso* (em relação ao rito a ser seguido), o qual irá disciplinar todo o procedimento daquele recurso cabível e/ou interposto. (NERY JUNIOR, 2015, p. 228-229)

Em igual medida, a *fase de execução* — ou de cumprimento de sentença — se trata de uma fase com tantas especificidades que seria melhor a aplicação das diretrizes — sobretudo dos princípios — em vigor quando da *instauração da fase*. Por óbvio que, se as novas regras da execução são mais benéficas ao credor, em prol da efetividade da satisfação de seu crédito, devem ser aplicadas de imediato. De outra mirada, se elas pioram a situação do credor, seria possível advogar a tese de que não se aplicariam à execução já iniciada.

Nery é ainda mais radical quanto a essa questão, sustentando aplicar-se, na execução, “a lei vigente à época da prolação da sentença”, ainda que a forma, os meios e as vias de

execução possam ser regulados pela lei vigente na época da própria execução. E explica: “As regras legais que ampliam ou restringem o conjunto de objetos sobre os quais a execução recai (v. g., a penhorabilidade ou impenhorabilidade de determinado bem) são as vigentes à época da sentença porque se tratam de normas que têm natureza de direito material e são processuais somente na aparência”. Assim defende com base em lições de Gabba, Carlos Maximiliano e Luigi Matriollo. E arremata: “Neste último caso, a lei nova não pode retroagir, isto é, não pode atingir situações processuais já consolidadas (*direito adquirido processual e ato jurídico processual perfeito*: CF, art. 5º, XXXVI)”. (NERY JUNIOR, 2015, p. 230)

Pois bem, ao suprimir o poder inquisitivo do juiz do trabalho na execução cujo credor conta com assistência de advogado, a nova diretriz do art. 878 *atinge uma situação jurídica consolidada do credor trabalhista*, que podia contar com a atuação enérgica e de ofício do juiz, para o mais pronto recebimento de seu crédito. Portanto, penso que o juiz do trabalho *poderá continuar a agir de ofício nas execuções instauradas até 10.11.2017* — ou nos processos cuja sentença for prolatada até esta data, seguindo-se a lição de Nelson Nery.

Enfim, a se pensar que o art. 765 da CLT — não alterado pela Reforma Trabalhista — confere ao juiz os mesmos poderes, seria possível sustentar que o juiz do trabalho poderá continuar atuando de ofício mesmo depois da vigência da Lei n. 13.467, cujo início se dará em 11.11.2017. A se esperar a reação da jurisprudência trabalhista a esse respeito, na torcida de que a *interpretação mais favorável* ao trabalhador prevaleça.

4. Considerações finais

De tudo quanto exposto até esta parte, de se concluir que, em regra, a normativa da Reforma Trabalhista se aplica aos processos em curso, *a partir de 11.11.2017*, sobretudo na fase de conhecimento, em primeiro grau de jurisdição.

Contudo, há de se preservar os direitos adquiridos e as situações jurídicas consolidadas quando da entrada em vigor da Lei n. 13.467. Por isso, proponho que a doutrina e a jurisprudência criem *barreiras de contenção* em busca da preservação dos princípios ontológicos do processo do trabalho, da seguinte forma:

1) a contagem de prazo *em dias úteis* somente se dará no caso de postagem da notificação *a partir do dia 9.11*, pois o término das 48 horas (Súmula n. 16 do TST) ocorrerá no dia 11.11, data do início da vigência da Lei n. 13.467/2017;

2) *não se deve exigir* comprovação documental da insuficiência de recursos para a aquisição do direito fundamental ao benefício da justiça gratuita, por parte da pessoa natural, pois é assim que a jurisprudência vem interpretando a mesma locução do inciso LXXIV do art. 5º da CF/88; e, a se considerar constitucional a exigência de recolhimento de custas para a nova demanda, que isso se dê apenas em relação aos *arquivamentos ocorridos a partir de 11.11.2017*;

3) conquanto absolutamente inconstitucional a possibilidade de “compensação” do crédito do trabalhador para o pagamento dos honorários do perito, quando aquele sucumbir na pretensão objeto da perícia, a se entender de modo contrário, essa malsinada “compensação” somente poderia ser admissível nas *ações ajuizadas a partir de 11.11.2017*;

4) a mesma sorte de inconstitucionalidade tem a regra que possibilita a “compensação” do crédito do trabalhador para o pagamento de honorários de sucumbência; por isso, a se admitir essa possibilidade, que a regra seja aplicada somente nas *ações propostas a partir de 11.11.2017*, prestigiando-se o *princípio da causalidade*, o princípio da vedação da decisão surpresa (art. 10 do CPC/2015), a garantia inerente ao mínimo existencial e, em última medida, o *princípio da dignidade humana*;

5) também o novo regramento da exceção de incompetência territorial, inclusive por implicar em suspensão do processo por tempo considerável, principalmente quando necessária a expedição de carta precatória para instrução da exceção, somente será aplicável nos casos de *notificação citatória entregue a partir de 11.11.2017*;

6) em igual medida, o novo procedimento da atribuição (dinâmica) do ônus da prova, com a possibilidade de adiamento da audiência para não gerar situação de desincumbência, será exigível apenas nas *audiências unas ou de instrução realizadas a partir de 11.11.2017*;

7) não é distinta a solução quanto à exigibilidade dos novos requisitos da petição inicial trabalhista, porque nas demandas propostas até 10.10.2017 *não se pode extinguir* nenhum processo por falta dessa formalidade, tampouco será possível a determinação de emenda da petição inicial posteriormente a essa data, nos processos já iniciados antes da vigência da nova lei;

8) o procedimento burocrático e procrastinatório do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica também *não poderá ser exigido nas decisões tomadas antes do dia 11.11.2017*, de modo que não poderão os tribunais rever as decisões tomadas antes dessa data, por inobservância de um procedimento que não era obrigatório;

9) embora pareça óbvio, convém afirmar que *até 10.10.2017 não cabe* propositura de processo de homologação de acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho, devendo ele ser extinto se o advogado não aguardar o dia 11.11;

10) nas *execuções iniciadas até o dia 10.10.2017*, o juiz do trabalho poderá continuar *a atuar de ofício*, ainda que o reclamante se encontre assistido por advogado, não se aplicando a lamentável retirada do princípio inquisitivo do art. 878 da CLT nessas execuções.

Enfim, é esperar para ver como a jurisprudência trabalhista vai se comportar quanto a essas delicadas questões, na expectativa de que a interpretação mais consentânea com a *natureza jurídica dos institutos* e os *princípios da celeridade e da efetividade* prevaleçam, recordando-se que a única razão de ser do Direito é a de propiciar o devido respeito à *dignidade da pessoa humana*, ainda que com uma dose de segurança jurídica.

5. Referências bibliográficas

- MIESSA, Élisson. *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST*: comentadas e organizadas por assunto. 7. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *O STJ decidiu*: a sentença é o marco-temporal processual para identificação das normas a regular os honorários. E aí? Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI241493,31047-O+STJ+decidiu+a+sentenca+e+o+marco+temporal+processual+para>>. Acesso em: 23 set. 2017.
- SILVA, Fabrício Lima. *Aspectos processuais da Reforma Trabalhista*. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/aspectos-processuais-da-reforma-trabalhista-20072017>>. Acesso em: 23 set. 2017.
- SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Magistratura e temas fundamentais do direito*. São Paulo: LTr, 2011.
- _____. O ônus da prova e sua inversão no processo do trabalho – análise crítica das teorias estática e dinâmica. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Orgs.). *Estudos aprofundados da magistratura do trabalho*. V. II. Salvador: JusPodivm, 2014.
- SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira *et al.* *Comentários ao novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho, volume 1*: parte geral: arts. 1º ao 317: atualizado conforme a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: LTr, 2016.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Direito processual do trabalho*: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral. São Paulo: LTr, 1998.
- STF. *PGR questiona dispositivos da reforma trabalhista que afetam gratuidade da justiça*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353910>>. Acesso em: 23 set. 2017.

O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador do direito humano fundamental ao trabalho: a sua aplicação no âmbito da reforma trabalhista

Rodolfo Pamplona Filho^(*) e Matheus Lins Rocha^(**)

Resumo:

- O controle de convencionalidade é um mecanismo essencial, utilizado com o objetivo de adequar o ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional ao que dispõe os tratados internacionais de direitos humanos. O referido mecanismo é analisado aqui, como ferramenta de proteção aos direitos trabalhistas, verificando-se, especialmente, a possibilidade e a necessidade da adequação da Reforma Trabalhista, tendo como parâmetro as convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho, verificando-se a função do Poder Judiciário na aplicação do controle de convencionalidade.

Palavras-chave:

- Controle de convencionalidade. Reforma Trabalhista. Organização Internacional do Trabalho. Direitos humanos fundamentais.

Abstract:

- The Conventionality control is an essential mechanism, used with the objective of adapting the infra-constitutional Brazilian legal order to the international human rights treaties.

(*) Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor Associado II da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM – Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação

Faculdade de Direito da Bahia. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (antiga Academia Nacional de Direito do Trabalho – ANDT). Membro e Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil).

(**) Advogado. Pós-graduando em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Pós-graduando em Direito da Comunicação Digital pela Laureate International Universities – FMU. Graduado em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS.

This mechanism is analyzed here as a tool for the protection of labor rights, especially in view of the possibility and necessity of the adequacy of the Labor Reform, taking into account the international conventions of the International Labour Organization. It is also verified the function of the Judiciary in the application of conventionality control.

Key-words:

- Conventionality control. Labor Reform. International Labour Organization. Fundamental human rights.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. O trabalho como um direito humano fundamental
- 3. O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador dos direitos humanos fundamentais
- 4. As convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho como parâmetro de controle de convencionalidade no âmbito do direito do trabalho
- 5. A reforma trabalhista e sua possível adequação às convenções da Organização Internacional do Trabalho
- 6. Conclusão
- 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

O controle de convencionalidade é um importante mecanismo que ainda é desconhecido pela grande maioria dos operadores do direito brasileiro. Todavia, o referido mecanismo do direito internacional já demonstrou sua eficácia no que se refere à efetivação dos direitos humanos fundamentais no âmbito da sua aplicação aos Estados latino-americanos.

Com a aprovação da Reforma Trabalhista, muito se tem discutido no que se refere à redução de direitos trabalhistas. Neste sentido, o presente artigo objetiva verificar a necessidade e aplicabilidade do controle de convencionalidade para a efetivação do direito ao trabalho digno, bem como verificar se o mecanismo de controle pode ser aplicado à Reforma Trabalhista.

Portanto, primeiramente, para que se verifique a possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade no direito do trabalho faz-se necessário proceder com a delimitação

dos termos direitos humanos e direitos fundamentais, sendo realizada a investigação do trabalho como integrante dos referidos conjuntos de direitos.

Posteriormente, o mecanismo do controle de convencionalidade será conceituado, sendo demonstrada a sua importância para a efetivação dos direitos humanos fundamentais. Em seguida, as convenções da Organização Internacional do Trabalho serão estudadas, verificando-se a possibilidade de constituírem a parametricidade do controle das legislações trabalhistas, de acordo com os predominantes entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Por fim, a Reforma Trabalhista será analisada, sendo verificada uma possível aplicação do mecanismo de controle no que se refere aos diplomas normativos internacionais elaborados pela Organização Internacional do Trabalho, realizando-se uma análise crítica do texto legal, para que sejam efetivados os direitos trabalhistas e o direito ao trabalho digno.

A presente pesquisa se justifica pela relevância teórica que possui, tendo em vista que o controle de convencionalidade é um mecanismo pouco conhecido e discutido no âmbito dos operadores do direito brasileiro, inclusive no que se refere ao direito do trabalho. Existe, ainda, uma contradição insolúvel entre os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e de grande parte da doutrina, no que se refere à parametricidade do controle de convencionalidade, o que afeta, diretamente, a forma de sua aplicação.

Justifica-se, ademais, uma vez que com a correta aplicação do controle de convencionalidade no âmbito do direito do trabalho, os direitos trabalhistas fundamentais dos indivíduos poderão ser efetivados por meio da jurisdição estatal, o que confere a eficácia das próprias normativas constitucionais e internacionais, bem como aos princípios que constituem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Trata-se de uma pesquisa interdisciplinar no âmbito do direito, que engloba as disciplinas do Direito Constitucional, do Direito Internacional, dos Direitos Humanos, bem como do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho. Será empregado o método dedutivo, uma vez que a pesquisa partirá da análise de regras gerais propostas na Constituição Federal, nas Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, bem como na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para o caso específico da aplicação do controle de convencionalidade à legislação trabalhista. A vertente metodológica do presente trabalho corresponde à jurídico-dogmática, uma vez que este se relaciona com a análise do ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no que se refere às regras e princípios do ordenamento jurídico, sem interferência dos outros setores do conhecimento.

A linha deste trabalho é a crítico-metodológica, uma vez que objetiva repensar o direito

do trabalho com a aplicação do controle de convencionalidade, para a promoção dos direitos humanos fundamentais. Esta pesquisa será trabalhada com dados primários, sendo estes a legislação, a jurisprudência, bem como a doutrina. Já a técnica metodológica a ser utilizada será a pesquisa teórica, tendo em vista que esta construirá conceitos específicos e investigará diferentes argumentações dos setores dos já referidos ramos do direito para que possam ser utilizadas para a criação das conclusões e proposições.

2. O trabalho como um direito humano fundamental

A expressão “trabalho” decorre do significado da dor. Etimologicamente, independentemente do idioma que se estude, é perceptível que a expressão que define o significado de trabalho é derivada da dor e do sofrimento. Neste sentido, a expressão portuguesa *trabalho*, a francesa *travail* e a espanhola *trabajo*, são derivadas do vocábulo latino *tripalium*, que é a denominação de um instrumento de tortura composto por três paus. Ademais, as expressões *lavoro* e *labour*, italiana e inglesa, respectivamente, são derivadas de *labor*, palavra também latina que remete à dor, ao sofrimento, à fadiga ou à atividade penosa, o que também relaciona a expressão grega *ponos*.⁽¹⁾

Corroborando com esse entendimento o disposto no capítulo 3, versículo 19 do livro Gênesis onde pode-se verificar que Adão foi punido com a necessidade de se submeter ao trabalho para obter o seu sustento.

Entretanto, após diversas conquistas sociais, a expressão “trabalho” sofreu com uma modificação completa, na medida em que escravos e servos se utilizavam deste como um fator que poderia proporcionar a liberdade ou a independência, bem como por força dos homens

(1) COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e pena. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 32, p. 7, 1999.

livres que ofereciam ao trabalho “o valor de lazer e de aperfeiçoamento do espírito”.⁽²⁾

Verifica-se, deste modo, que o conceito de trabalho foi modificado de forma completa, deixando de ser um fator completamente negativo que retirava a dignidade do ser humano, para consubstanciar-se em um fator positivo e que, nas palavras de Benjamin Franklin, “dignifica o homem”. O trabalho é evidenciado, deste modo, como “um valor básico da vida humana.”⁽³⁾ Ratifica este entendimento a comparação dos textos constitucionais do art. 136 da Constituição de 1937 com o art. 6º da Constituição de 1988. Enquanto o texto da década de 1930 estabelecia o trabalho como um dever social, a nossa última constituição é expressa ao afirmá-lo como direito social.

Para que se analise o referido valor básico como um direito humano fundamental, faz-se necessário que seja procedido com a delimitação dos conceitos dos termos “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Mesmo que sejam delimitados os presentes conceitos, verifica-se que estes não serão afastados no que se refere aos seus respectivos significados.

Por força da gradativa evolução dos direitos fundamentais ao longo da história, estabelecer um conceito preciso dos direitos fundamentais constitui-se em tarefa difícil. José Afonso da Silva estabelece que são utilizadas “várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”⁽⁴⁾. Verifica-se que as referidas expressões são

completamente correlacionadas com os direitos fundamentais, tendo até mesmo sido utilizadas como sinônimos. Cumpre aqui ser realizada a análise dos conceitos das expressões *direitos do homem*, *direitos humanos* e *direitos fundamentais*.

A expressão *direitos do homem* possui relação com o período jusnaturalista, se relacionando intimamente com a proteção do ser humano, independentemente do momento histórico ou local. Os direitos do homem não necessitam estar, obrigatoriamente, positivados em determinado diploma normativo. A referida expressão é constituída pela presença dos direitos mais inerentes ao homem, havendo a consolidação destes, de forma absoluta, não por força da escrita do direito positivado, mas pela consciência humana, lapidada ao longo da história.⁽⁵⁾

O direito internacional público está intimamente relacionado com a expressão *direitos humanos*. A doutrina majoritária, que pode ser representada pelos ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior, estabelece que “os direitos humanos compreendem [...] todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual”.⁽⁶⁾

Vislumbra-se, deste modo, que os Direitos Humanos são aqueles mais inerentes ao ser humano, sendo condição *sine qua non* para a efetivação da sua dignidade, sendo descritos, na maioria das vezes, no âmbito de documentos internacionais, que atuam como mecanismos de garantia da efetivação.⁽⁷⁾ Os referidos direitos podem ainda ser definidos como “aqueles direitos essenciais para que o ser humano seja tratado com a dignidade que

(2) MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

(3) PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito ao Trabalho*. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Direitos constitucionalizados*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 355.

(4) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 175.

(5) MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

(6) CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 492.

(7) OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. *Manual de direitos humanos*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 51.

lhe é inerente e aos quais fazem jus todos os membros da espécie humana, sem distinção de qualquer outra espécie.”⁽⁸⁾

É possível conceituar os *direitos fundamentais* como os direitos mais essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana, positivados em determinado ordenamento jurídico, devendo esta positivação ser realizada na Constituição do respectivo Estado.

Dirley da Cunha Júnior conceitua os direitos fundamentais de forma sistemática, observando a estrutura da Constituição Federal, como o:

[...] gênero ou categoria genérica que abrange todas as espécies de direitos, sejam elas referentes às liberdades, à igualdade e à solidariedade, ou, em especial e designadamente, os direitos civis individuais e coletivos (capítulo I), os direitos sociais (capítulo II e título VIII), os direitos de nacionalidade (capítulo III), os direitos políticos (capítulo IV) e os direitos dos partidos políticos (capítulo V), além dos direitos econômicos (título VII).⁽⁹⁾

A partir da análise sistemática da Constituição Federal, vislumbra-se que os direitos fundamentais são, em verdade, todas as matérias tratadas no Título II da Carta Magna brasileira. Entretanto, não se pode afirmar que estes direitos se esgotam nestas previsões ou na própria Constituição. Os direitos fundamentais, todavia, se consubstanciam “como núcleo da proteção da dignidade da pessoa”⁽¹⁰⁾, sendo estes “inerentes ao homem e oponíveis ao Estado.”⁽¹¹⁾

Ademais, estabelece Miguel Calmon Dantas: Neste sentido, os direitos fundamentais participam do coração do constitucionalismo, dão-lhe um norte, direcionando a ação do Poder Constituinte, em cada nova manifestação, como também da sociedade composta pelos seus intérpretes, que devem conduzir-se sempre no desiderato da consagração, expansão, promoção, efetividade e garantia dos direitos fundamentais.⁽¹²⁾

Dirley da Cunha Júnior ainda estabelece e delimita um conceito constitucional aos direitos fundamentais, unindo o sentido formal com o material nos seguintes termos:

Os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalmente formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos tratados que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).⁽¹³⁾

Deve-se evidenciar, ademais, o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet que estabelece os direitos fundamentais como os “direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada estado.”⁽¹⁴⁾

Em síntese, estabelece Canotilho:

Direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da

(8) PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 833.

(9) CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 492.

(10) MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 135.

(11) CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 251.

(12) DANTAS, Miguel Calmon. Direito à constitucionalização de direitos. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Direitos constitucionalizados*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 273.

(13) CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 496.

(14) 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. p. 30.

própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁽¹⁵⁾

Após a acurada análise das expressões citadas, vislumbra-se que o fator diferencial entre os “direitos do homem”, os “direitos fundamentais” e os “direitos humanos” é justamente a forma e o local da sua positivação. Enquanto normalmente não há positivação quando se analisa os direitos do homem, verifica-se que os direitos fundamentais, bem como os direitos humanos estão, respectivamente, em um âmbito nacional e internacional, sendo as matérias tratadas de total importância no sentido da proteção dos seres humanos, possuindo, portanto, a mesma carga axiológica.

É o que se depreende dos ensinamentos de Valério Mazzuoli:

Como se nota, ambas as expressões analisadas — direitos do homem e direitos fundamentais — diferem do conceito de “direitos humanos” por versarem direitos que, ou não estão inscritos em quaisquer textos (“direitos do homem”), ou estão apenas previstos na ordem jurídica interna dos Estados (“direitos fundamentais”). Assim, quando se fala em “direitos humanos”, está-se a referir aos direitos inscritos (positivados) em tratados ou previstos em costumes internacionais. Trata-se, em suma, daqueles direitos que já ultrapassaram as fronteiras estatais de proteção e acenderam ao plano de proteção internacional.⁽¹⁶⁾

No mesmo entendimento, Dirley da Cunha Júnior aduz que: “Preliminarmente, é preciso esclarecer que os direitos fundamentais não passam de direitos humanos positivados nas

Constituições estatais”.⁽¹⁷⁾ Geovane Peixoto demonstra o mesmo entendimento ao afirmar que “os direitos fundamentais são, em essência, direitos humanos transformados em direito constitucional positivo”.⁽¹⁸⁾

André Ramos Tavares, por sua vez, demonstra que existe uma verdadeira proximidade entre as espécies de direito referidas, beirando à igualdade.⁽¹⁹⁾ Outro fator que corrobora com o quanto abordado, são as características comuns que as espécies de direitos possuem. A historicidade, universalidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e a proibição do retrocesso são características inerentes aos direitos fundamentais, assim como, aos direitos humanos.

Diante de tudo isso, a expressão “direitos humanos fundamentais” é utilizada por grande parte da doutrina, evidenciando, claramente, que existe, em verdade, uma estreita aproximação entre as expressões discutidas. Alexandre de Moraes evidencia este fator aduzindo que prefere a expressão “Direitos Humanos Fundamentais”,⁽²⁰⁾ explicitando que os referidos direitos “colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação do poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.”⁽²¹⁾

É necessário que fique claro, contudo, que a equiparação de determinados direitos não significa que os termos devem ser utilizados e aplicados como sinônimos, havendo diferenças marcantes entre estes, como já visto. Entretanto, deve-se estar claro o fato de que os termos são

(15) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 369.

(16) MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 26.

(17) CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 493.

(18) PEIXOTO, Geovane de Mori. *Direitos fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 33.

(19) TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 357.

(20) MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 19.

(21) *Ibidem*, p. 20.

completamente próximos no que tange à substância material, com relação aos direitos mais importantes e essenciais ao homem.

A Constituição Federal consagra o trabalho como valor social e como fundamento da República Federativa do Brasil ao estabelecer, já no seu art. 1º, inciso IV:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Ademais, o trabalho, já evidenciado como direito essencial para garantir a dignidade da pessoa humana, é expresso na Constituição Federal no art. 6º como um direito social. Este fator atribui ao trabalho o *status* de verdadeiro direito fundamental social. O art. 7º, por sua vez, dedica especial atenção ao trabalho, estabelecendo direitos aos trabalhadores com a finalidade de promover a melhoria das condições sociais e o exercício pleno do próprio direito ao trabalho.

A importância do direito ao trabalho é tamanha que a Constituição Federal estabelece a Justiça do Trabalho, órgão específico do Poder Judiciário que trata das demandas trabalhistas e do essencial direito fundamental social, no âmbito dos seus arts. 111 a 126.⁽²²⁾ O que evidencia mais ainda o cuidado do Estado brasileiro com direito ao trabalho, é o fato de que todas as Constituições, desde a do ano de 1934, preveem a instituição da Justiça do Trabalho, sendo esta regulamentada pela legislação infraconstitucional por força da referida Constituição⁽²³⁾, bem como no âmbito

da Constituição de 1937.⁽²⁴⁾ A partir do ano de 1946, as Constituições passaram a atribuir à Justiça do Trabalho ainda maior importância ao estabelecer sua organização no próprio texto constitucional.⁽²⁵⁾

Vislumbra-se, ademais, que a Constituição de 1824 já estabelecia, mesmo que minimamente, uma proteção no que tange ao direito ao trabalho, ao afirmar que nenhum gênero de trabalho pode ser proibido.⁽²⁶⁾ A Constituição de 1891, por sua vez, é clara ao estabelecer que o trabalho necessitava de legislação própria.⁽²⁷⁾ A partir desse momento, a proteção ao

empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I. BRASIL, Constituição de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

(24) BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Art. 139 – Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum. BRASIL, Constituição de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

(25) BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Arts. 122 e 123 da Constituição de 1946. BRASIL. Constituição de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 22 set. 2017. Art. 133 da Constituição de 1967. BRASIL. *Constituição de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 22 set. 2017. Art. 141 da Emenda Constitucional n. 1 de 1969. BRASIL. *Emenda Constitucional n. 1 de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

(26) BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Art. 179. [...] XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. Constituição de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

(27) BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Art. 34, 28 da Constituição de 1891. BRASIL, Constituição de 1891. Disponível em:

(22) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

(23) BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Art. 122 – Para dirimir questões entre

trabalho foi, cada vez mais, ganhando maior proporção.

Portanto, é possível perceber que o direito ao trabalho, em algumas constituições tratado como dever,⁽²⁸⁾ já faz parte dos elementos protegidos pelas Constituições brasileiras por mais de um século, demonstrando, sem sobra de dúvidas, o caráter de direito fundamental que possui.

Verifica-se, ainda, o trabalho como um verdadeiro integrante do conjunto de direitos humanos, na medida em que a Organização Internacional do Trabalho objetiva, incessantemente, promover o exercício do direito ao trabalho da melhor forma possível, a partir de convenções internacionais.

O Direito Internacional do Trabalho tem como finalidade a regulamentação dos direitos e obrigações no que se refere a empregados e empregadores no âmbito das relações laborais, fixando parâmetros mínimos e básicos no direito do trabalho, que devem ser aplicados pelos Estados. Objetiva, ademais, promover a dignidade da pessoa humana e o bem-estar social.⁽²⁹⁾

Neste sentido, a Organização Internacional do Trabalho, criada pelo tratado de Versalhes, já celebrou 189 (cento e oitenta e nove) convenções e 201 (duzentos e uma) recomendações sobre a proteção do ser humano no direito do trabalho. Em que pese já existam mecanismos que ajudem no combate do descumprimento das Convenções Internacionais do Trabalho, sendo estas, a Reclamação e a Queixa⁽³⁰⁾,

vislumbra-se que outro mecanismo, que tem se mostrado cada vez mais efetivo, deve ser analisado e aplicado.

3. O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador dos direitos humanos fundamentais

A comunidade internacional, no panorama jurídico e social da atualidade procura promover a efetivação dos direitos humanos fundamentais aos indivíduos da melhor forma possível.⁽³¹⁾ Neste sentido, é possível verificar que o mecanismo do controle de convencionalidade serve como importante ferramenta a fim de que os ordenamentos jurídicos dos Estados possam promover a efetivação dos direitos trabalhistas, bem como dos demais direitos fundamentais.

Com a acurada análise da Constituição Federal de 1988, vislumbra-se que podem ser extraídas três vertentes no que se refere aos direitos fundamentais. As referidas vertentes constituem fontes constitucionais de proteção dos direitos humanos fundamentais, sendo delimitadas pela doutrina majoritária em direitos e garantias expressos na Constituição, direitos e garantias previstos na Constituição de forma implícita, bem como, por fim, os direitos e garantias expressos decorrentes dos tratados internacionais referentes a direitos humanos em que o Estado brasileiro tenha ratificado e seja parte.

O entendimento de Valério Mazzuoli ratifica a presente discussão:

[...] além dos direitos expressos na Constituição (primeira vertente), há também os direitos nela implícitos (segunda vertente), que decorrem do regime (primeira subdivisão da segunda vertente) e dos princípios

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

(28) BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Art. 136 da Constituição de 1937. BRASIL, *Constituição de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

(29) PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 469.

(30) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Constituição da OIT*. Disponível em: <[\[oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf\]\(http://oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf\)>. Acesso em: 23 set. 2017.](http://www.</p></div><div data-bbox=)

(31) PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 867.

(segunda subdivisão da segunda vertente) por ela adotados, e os direitos provenientes de tratados (terceira vertente), que não estão nem expressa nem implicitamente previstos na Constituição, mas provêm ou podem vir a provir dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil. [...] ⁽³²⁾

No mesmo sentido, estabelece Dirley da Cunha Júnior:

[...] a Constituição Federal adota cláusula aberta ou de não tipicidade dos direitos fundamentais, para admitir a existência de outros direitos fundamentais, para além dos nela positivados, seja decorrentes do regime e dos princípios que adota (reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, que vem desde a Constituição de 1891), seja decorrentes dos tratados internacionais que o Estado brasileiro seja parte (reconhecimento de direitos fundamentais instituídos por tratados, que foi inovação da Constituição de 1988). ⁽³³⁾

Neste sentido, é possível notar que os tratados internacionais de direitos humanos possuem papel fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o fato de que a Constituição Federal estabelece, de forma expressa, a importância destes para a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

A Constituição Federal é expressa em seu art. 5º, § 2º ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de determinados tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. De forma ainda mais clara, o § 3º do referido artigo, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/04, é taxativo

ao estabelecer que: “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.” ⁽³⁴⁾

Com a leitura do texto constitucional, conclui-se que, uma vez incorporados determinados direitos humanos ao ordenamento jurídico pátrio, por meio dos tratados e convenções internacionais, o bloco de constitucionalidade ou a parametricidade dos mecanismos de controle de convencionalidade do ordenamento ganha maior dimensão, ampliando-se.

Verifica-se, portanto, a possibilidade da aplicação do mecanismo do controle de convencionalidade com a finalidade da efetivação dos direitos humanos fundamentais no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Já aplicado e amplamente discutido no que se refere aos Tribunais da grande maioria dos Estados latino-americanos, o controle de convencionalidade atua como protetor das minorias e dos direitos humanos fundamentais, devendo ser aplicado, principalmente, por meio da jurisdição constitucional. ⁽³⁵⁾

É possível conceituar o controle de convencionalidade como a “compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país”. ⁽³⁶⁾ No ano de 1975, o Conselho Constitucional Francês citou pela primeira vez o mecanismo de fundamental importância que serve justamente para adequar as normas de determinado ordenamento jurídico no que

(32) MAZZUOLI, Valério. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 137.

(33) CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A natureza material dos direitos fundamentais*. 2015. Disponível em: <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/a-natureza-material-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>>. Acesso em: 23 out. 2016.

(34) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 5º, § 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 ago. 2017.

(35) ABOUD, Georges. *Controle de convencionalidade e direitos fundamentais*. 2017. p. 1. Disponível em: <https://www.academia.edu/33795570/Controle_de_convencionalidade_e_direitos_fundamentais>. Acesso em: 22 set. 2017.

(36) MAZZUOLI. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 79.

se refere às disposições dos Tratados internacionais de direitos humanos ratificados por determinado Estado.

Antônio Augusto Cançado Trindade já se pronunciava, desde o século passado, no sentido de haver a possibilidade da adequação das leis internas às obrigações acordadas em tratados internacionais pelos Estados Partes:

A significação e o alcance dos tratados sobre proteção dos direitos humanos hão de ser medidos igualmente por seus possíveis efeitos no direito interno dos Estados Partes. Por vezes tais tratados impõem deveres que implicam a interação entre suas normas e as de direito interno [...]. Assim, tanto pode haver um impacto de tais tratados no direito interno dos Estados Partes — como efetivamente tem ocorrido, no sentido de acarretar mudanças legislativas internas harmonizando as leis nacionais com as obrigações convencionais — quanto, vice-versa, e menos estudado até hoje, do direito interno no sistema daqueles tratados.⁽³⁷⁾

Por sua vez, Sidney Guerra define o controle de convencionalidade como “um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais”,⁽³⁸⁾ frisando que as normas internas de determinado Estado devem se adequar ao disposto nos tratados internacionais ratificados. Pontua, ainda, o autor:

Este instituto garante controle sobre a eficácia das legislações internacionais e permite dirimir conflitos entre direito interno e normas de direito internacional e poderá ser efetuado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos ou pelos tribunais internos dos países que fazem parte de tal Convenção.⁽³⁹⁾

(37) TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 14 e 15.

(38) GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 179.

(39) *Ibidem*, p. 179.

Canotilho estabelece, no âmbito do direito português, que as normativas de determinado direito comunitário constituem direito aplicável, de forma direta, no que se refere a todos os Estados-membros, possuindo validade e eficácia imediata. Portanto, assevera que os atos normativos referidos atuam com a possibilidade de derrogar as leis internas portuguesas que eventualmente possam dispor de forma contrária. Ademais, pontua o autor, que a primazia do direito comunitário é uma fonte normativa da própria ordem jurídico-constitucional.⁽⁴⁰⁾

Já no que se refere à aplicação do mecanismo ao ordenamento jurídico brasileiro, vislumbra-se que, este é ainda desconhecido pelos operadores do direito, sendo portanto pouco debatido pelo Poder Judiciário brasileiro. Todavia, faz-se necessário que os operadores do direito entendam o Controle de Convencionalidade como um essencial mecanismo que possibilita a efetivação dos direitos humanos fundamentais. Verifica-se que o mecanismo tem sido utilizado, de forma gradativa, nos países da América Latina, bem como no âmbito da Corte Interamericana de Direitos.

É possível concluir, deste modo, que o bloco de constitucionalidade brasileiro possibilita a aplicação tanto do já conhecido controle de constitucionalidade como, também, do controle de convencionalidade que adequa os dispositivos infraconstitucionais aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil, possuindo, portanto, uma parametricidade específica.

A consolidação da ferramenta do controle de convencionalidade no âmbito da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é evidenciada pelo julgamento dos casos *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, *Trabalhadores*

(40) CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 824 e 825.

Demitidos do Congresso Vs. Peru, Cabrera-García and Montiel-Flores Vs. Mexico, Gelman vs. Uruguay e Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brazil, todos disponíveis no site da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁽⁴¹⁾.

Ademais, verifica-se que o mecanismo já é amplamente discutido e aplicado no âmbito da maioria dos países latino-americanos. Determinados estudos já demonstram que o Chile,⁽⁴²⁾ a Argentina,⁽⁴³⁾ o México,⁽⁴⁴⁾ o Peru,⁽⁴⁵⁾ o Uruguai,⁽⁴⁶⁾ a Costa Rica,⁽⁴⁷⁾ a Colômbia⁽⁴⁸⁾ e a República Dominicana⁽⁴⁹⁾ cumprem as determinações estabelecidas na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido da aplicação

do controle, colocando o mecanismo como importante ferramenta no que tange à finalidade de promover a efetivação dos direitos humanos fundamentais. Com a análise da doutrina citada, vislumbra-se o entendimento no sentido da necessidade da utilização do referido controle, no âmbito do Poder Judiciário dos Estados.

Neste sentido, o controle de convencionalidade deve ser, cada vez mais, discutido e analisado, pelos aplicadores do direito brasileiro, para que este possa alcançar avanços no âmbito da promoção e efetivação dos direitos humanos fundamentais pela adequação das disposições do ordenamento jurídico pátrio.

4. As convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho como parâmetro de controle de convencionalidade no âmbito do direito do trabalho

O direito internacional do trabalho já foi discutido aqui como importante ramo do direito que estabelece e protege os direitos mais essenciais dos indivíduos no que se refere ao trabalho por meio das Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho. Neste sentido, é possível perceber a aplicação do controle de convencionalidade como mecanismo de efetivação dos direitos trabalhistas nos termos das referidas Convenções Internacionais.

(41) I/A COURT H.R. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 16 set. 2017.

(42) ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

(43) PIZZOLO, Calogero. Control de convencionalidad y su recepción por la corte suprema de justicia en argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

(44) MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el Juez Mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

(45) BELAUNDE, Domingo García; MANCHEGO, José Felix Palomino. El control de convencionalidad en el Perú. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

(46) GALLICCHIO, Eduardo G. Esteve. El control de convencionalidad en Uruguay. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

(47) ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* Interamericano para los Tribunales Nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

(48) *Idem*.

(49) *Idem*.

Entretanto, para que sejam adequadas as legislações trabalhistas às convenções internacionais da OIT, deve ser verificado o posicionamento hierárquico das referidas convenções, para que, a partir disso se verifique a forma de aplicação do mecanismo de controle.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos é discutida por quatro teorias, com posicionamentos divergentes.

O Supremo Tribunal Federal atribuía, anteriormente, aos tratados internacionais de direitos humanos, o *status* normativo de Lei Ordinária, não possuindo mais relevância o referido posicionamento no que tange às discussões sobre a temática, justamente por força do avanço dos direitos humanos no que se refere à jurisprudência do Supremo. É possível notar este posicionamento no julgamento da ADI 1480 MC/DF, no ano de 1997, em que o Ministro Relator, Celso de Melo, demonstrou seu entendimento no sentido de que: “Os tratados ou convenções internacionais, [...] situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias”.⁽⁵⁰⁾

Celso de Albuquerque Mello entende que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem *status* supraconstitucional.⁽⁵¹⁾ Verifica-se que a referida teoria não ganhou muitos adeptos por força da supremacia constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo esta obtendo, como objetivo, a máxima promoção dos direitos humanos fundamentais.

No que se refere à teoria mais utilizada pela doutrina de direitos humanos, verifica-se que

Antônio Augusto Cançado Trindade,⁽⁵²⁾ Flávia Piovesan⁽⁵³⁾ e Valério Mazzuoli⁽⁵⁴⁾ pronunciam seus respectivos entendimentos, de forma convergente, com o objetivo de promover a maior efetividade da aplicação do mecanismo do Controle de Convencionalidade.

A referida teoria doutrinária se fundamenta no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal que, como cláusula constitucional aberta, atribui um status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos independentemente da forma de sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, independentemente do disposto no § 3º do mesmo artigo. Tal tese é corroborada pela previsão do art. 4º, II da Constituição Federal que estabelece a prevalência dos direitos humanos⁽⁵⁵⁾. Estabelece, ademais, Flávia Piovesan que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil,⁽⁵⁶⁾ nos termos do art. 1º, inciso III da Constituição Federal. Essa teoria possibilita a aplicação do controle de convencionalidade tendo como parâmetro qualquer tratado internacional que verse sobre direitos humanos, inclusive no que se refere às Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho.

Para Mazzuoli⁽⁵⁷⁾, a forma da incorporação de determinado tratado internacional de

(50) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Melo ADI n. 1.480 MC/DF, 1997.

(51) MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1-29. p. 29.

(52) TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 89.

(53) PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 83.

(54) MAZZUOLI, Valério. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 62.

(55) BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 de agosto de 2017.

(56) PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 83.

(57) MAZZUOLI, Valério. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 62.

direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no que se refere às Convenções Internacionais da OIT, tão somente define o enquadramento do referido tratado no status materialmente constitucional ou no status material e formalmente constitucional. Aplicando-se à realidade do ordenamento jurídico brasileiro, o primeiro enquadramento se relaciona com as normas não incorporadas de acordo com os ditames previstos no § 3º do art. 5º da Constituição, enquanto o segundo enquadramento se relacionaria com as normas incorporadas conforme o referido procedimento.

A aplicação prática da referida diferenciação, ainda segundo o autor, é que no primeiro caso, os tratados internacionais de direitos humanos poderiam atuar como parâmetro somente na aplicação do controle de convencionalidade na sua modalidade difusa, enquanto no segundo caso os referidos tratados seriam integrantes do bloco de parâmetro para o controle de convencionalidade, tanto na modalidade difusa, quanto na sua forma concentrada.

Entretanto, o entendimento que prevalece no Supremo Tribunal Federal, definido em votação apertadíssima, é o defendido por Gilmar Mendes no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP pelo Supremo Tribunal Federal:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.⁽⁵⁸⁾

Quatro Ministros acompanharam esse entendimento, totalizando cinco votos, enquanto

três votos acompanharam o entendimento do Ministro Celso de Mello que modificou seu entendimento antigo proferido no ano de 1997, radicalmente, ao propor que sejam considerados os tratados internacionais de direitos humanos como possuidores de um *status* constitucional no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, o voto vogal venceu o voto do Ministro Relator por cinco votos a quatro, o que evidencia a completa divergência sobre o tema.

O fato é que para o Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil, sendo estes anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004, possuem *status* de norma infraconstitucional e supralegal, nova hierarquia criada, quando não tenham sido incorporados conforme o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal. Deste modo, no entendimento do Supremo, somente são equivalentes às Emendas Constitucionais, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que tenham sido incorporados conforme o disposto no referido § 3º, o que atribui um *status* constitucional ao tratado.

O importante é que, independentemente da teoria aplicada no que se refere à hierarquia dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, o controle de convencionalidade já pode e deve ser aplicado no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, conforme proferiu o Ministro Teori Zavascki em seu voto na ADI n. 5.240, com relatoria do Ministro Luiz Fux, no ano de 2015, que estabelece:

Mesmo que seja considerada, como reza a jurisprudência do Supremo, uma norma de hierarquia supralegal (e não constitucional), penso que o controle – que se poderia encartar no sistema de controle da convencionalidade – deve ser exercido para aferir a compatibilidade da relação entre uma norma supralegal e uma norma legal.⁽⁵⁹⁾

(58) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466.343-SP*. Voto Vogal do Ministro Gilmar Mendes.

(59) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5240, rel. Ministro Luiz Fux, 2015, Processo Eletrônico Dje-018 Divulgado 29.1.2016, Publicado 1º.2.2016).

Neste sentido, se a teoria proferida pela doutrina majoritária de direitos humanos e proposta pelo Ministro Celso de Mello fosse aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, todas as Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo país e em vigor, seriam, de fato, parâmetro de controle de convencionalidade e do próprio bloco de constitucionalidade, possibilitando a adequação da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como da Reforma Trabalhista de forma mais facilitada, nítida e indiscutível.

Entretanto, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, depreende-se que nenhuma das Convenções Internacionais que tratam do Direito do Trabalho fazem parte do bloco de constitucionalidade ou até mesmo do parâmetro de controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo este parâmetro limitado apenas ao Tratado Internacional de Nova York sobre Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados conforme o estabelecido no art. 5º, § 3º da Constituição Federal. Esse fator gera o questionamento no sentido de que: será que o Supremo decidiu a questão no sentido da melhor forma de promover os direitos humanos fundamentais?

De qualquer modo, mesmo com a aplicação desta teoria estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se que todos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil e em vigor no país possuem *status* superior ao da Lei. Neste sentido, verifica-se que todas as Convenções Internacionais da OIT possuem caráter suprallegal, o que já possibilita, de forma inquestionável, a aplicação do denominado controle de suprallegalidade, devendo este ser promovido por qualquer Juiz ou Tribunal integrante da Justiça do Trabalho.

Verifica-se que já existem precedentes, na própria Justiça do Trabalho da aplicação do controle das normas legais, o que demonstra um importante avanço no que se refere à proteção do direito humano fundamental

ao trabalho. Vislumbra-se que o Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o Recurso de Revista RR-1072-72.2011.5.02.0384 na data de 24 de setembro de 2014, aplicou o controle de convencionalidade difuso, estabelecendo, de forma unânime, a inconventionalidade do art. 193, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho por violar as Convenções ns. 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho. O referido parágrafo do art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho previa que: “§ 2º O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.” Neste sentido é o voto no Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão:

Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais ns. 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, suprallegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do art. 193, § 2º, da CLT.⁽⁶⁰⁾

Deste modo, percebe-se que o Tribunal Superior do Trabalho cumpriu o determinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao proceder com a aplicação do controle de convencionalidade na modalidade difusa, promovendo, desta forma, a efetivação dos direitos humanos fundamentais. Esse caso concreto evidencia a importância do citado mecanismo, sendo tutelado o próprio valor básico do trabalho.

Se o entendimento aplicado hoje fosse no sentido de que as Convenções Internacionais da OIT ostentassem *status* constitucional, como propunha o voto vencido do Supremo

(60) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista RR-1072-72.2011.5.02.0384, data de 24 de setembro de 2014. Voto do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão.

Tribunal Federal, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, estes seriam parâmetro da aplicação do controle de convencionalidade tanto no que se refere ao modelo concentrado quanto no âmbito do modelo difuso.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal poderia e deveria declarar a inconvenção de determinado dispositivo legal trabalhista que contrariasse as Convenções Internacionais da OIT.

Esse fator possibilitaria a utilização de ações equivalentes ao da teoria do controle de constitucionalidade, como uma espécie de Ação Direta de Inconvenção, Ação Declaratória de Convenção, Ação Direta de Inconvenção por Omissão, dentre outras, justamente para verificar a convencionalidade de determinada legislação trabalhista ou de determinado ato normativo, tendo como parâmetro as Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho no âmbito do modelo concentrado.

No que se refere à modalidade difusa do controle de convencionalidade, esta deve ser realizada da mesma forma que o controle de constitucionalidade difuso conceituado por Dirley da Cunha Júnior como aquele que “é realizado no curso de uma demanda judicial concreta, e como incidente dela, por qualquer juiz ou tribunal.”⁽⁶¹⁾

Do mesmo modo, é possível conceituar o controle de convencionalidade em sua modalidade difusa como o controle das leis e atos normativos de determinado ordenamento jurídico, no âmbito incidental de determinada demanda judicial, a ser realizado e aplicado por qualquer Juiz ou Tribunal, tendo como parâmetro, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados no Brasil e em vigor no país, produzindo efeitos *inter partes*.

Neste sentido, estabelece Mazzuoli:

Portanto, o controle difuso de convencionalidade é aquele a ser exercido por todos

os juízes e tribunais do País, a requerimento das partes ou *ex officio*. Uma vez que todos os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil guardam nível materialmente constitucional, constitui obrigação dos juízes e tribunais locais (inclusive do STF, v.g., quando decide um Recurso Extraordinário, um *Habeas Corpus* etc.) invalidar as leis internas — sempre quando *menos benéficas* que o tratado de direitos humanos em causa, em atenção ao princípio *pro homine* — que afrontam as normas internacionais de direitos humanos que o Brasil aceitou (por meio de *ratificação* formal) na órbita internacional. Nesse caso, também a exemplo do que ocorre no controle difuso de constitucionalidade, a decisão judicial que invalida uma lei interna em razão do comando de um tratado só produz efeitos *inter partes*, isto é, somente entre os atores participantes do caso concreto.⁽⁶²⁾

Entretanto, trabalhando-se com o que foi definido pelo Supremo Tribunal Federal, vislumbra-se que no âmbito do direito do trabalho deve ser aplicado o controle de suprallegalidade, tendo como parâmetro as Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, com a finalidade de promover da melhor forma o Direito Humano Fundamental ao Trabalho com o controle da legislação trabalhista.

Verifica-se a indiscutível possibilidade de aplicação da adequação das decisões Judiciais às Convenções Internacionais da OIT por força do disposto no art. 5º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988 que estabelece que o Poder Judiciário cumula a competência para efetuar o controle das decisões judiciais, quando estas sejam incompatíveis com o estabelecido nas referidas convenções, por meio do Recurso Especial, *in verbis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(61) CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 276.

(62) MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 252.

[...]

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;⁽⁶³⁾

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, já se consolidou estabelecendo que os Estados Partes da Convenção Americana devem proceder com o controle de convencionalidade em sua modalidade difusa e concentrada, sendo dever dos Juízes e Tribunais a realização deste controle. Os casos denominados de “Case of the Dismissed Congressional Employees (Aguado – Alfaro *et al.*) v. Peru”⁽⁶⁴⁾, “Cabrera García e Montiel-Flores v. Mexico”,⁽⁶⁵⁾ e “Gelman vs. Uruguai”⁽⁶⁶⁾ ratificam o entendimento de que a referida adequação das disposições do ordenamento jurídico de determinado Estado é dever dos Juízes e Tribunais, que devem proceder com o referido controle até mesmo *ex officio*, inclusive no que se refere ao Direito do Trabalho nacional e internacional.

Além disso, Mazzuoli explicita que os Poderes Judiciários dos Estados Partes da Convenção Americana possuem o dever de realizar a aplicação do controle de convencionalidade. Explícita, ademais, que na hipótese de determinado Estado se recusar a aplicar o mecanismo, já estaria constituído motivo suficiente para

ensejar a responsabilidade internacional do Estado pela violação dos Direitos Humanos.⁽⁶⁷⁾

Conclui-se, portanto, que é dever dos Julgadores a realização da adequação das leis trabalhistas ao disposto nas Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, seja no âmbito do controle de convencionalidade, por força da teoria defendida pela doutrina majoritária ou no que tange ao controle de suprallegalidade que pode e deve ser aplicado, de forma indiscutível, por força da supracitada decisão do Supremo Tribunal Federal, como já ocorrido no do referido Recurso de Revista RR-1072-72.2011.5.02.0384. Com a finalidade da efetivação dos direitos trabalhistas, bem como do direito humano fundamental social ao trabalho, o Judiciário brasileiro deve promover as Convenções Internacionais da OIT como um verdadeiro parâmetro de controle.

5. A reforma trabalhista e sua possível adequação às convenções da Organização Internacional do Trabalho

A Organização Internacional do Trabalho já elaborou 189⁽⁶⁸⁾ Convenções Internacionais, sendo que 96⁽⁶⁹⁾ já foram ratificadas pelo Brasil, não estando mais em vigor 16 destas⁽⁷⁰⁾. Verifica-se, portanto, que o controle das legislações trabalhistas, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, possui, como parâmetro, 80 convenções internacionais da OIT que atuam

(63) BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 105, inciso III, alínea “a”.

(64) I/A Court H.R., Case of the Dismissed Congressional Employees (Aguado – Alfaro *et al.*) v. Peru. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 24, 2006. Series C No.158. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>>.

(65) I/A Court H.R., Case of Cabrera García and Montiel-Flores v. Mexico. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 26, 2010 Series C No. 220.

(66) I/A Court H.R., Caso Gelman Vs. Uruguai. Sentença de 24 de fevereiro de 2011.

(67) MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 244 e 245.

(68) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242947/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

(69) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 23 set. 2017.

(70) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 23 set. 2017.

com a finalidade proteger o trabalhador e o direito ao trabalho.

Neste sentido, do mesmo modo que o Tribunal Superior do Trabalho aplicou o controle de convencionalidade ou, como entende o Supremo Tribunal Federal, de supralegalidade, todos os Juízes ou Tribunais do trabalho, organizados pela Constituição Federal, tem o dever de aplicar a legislação trabalhista em conformidade com o disposto nas Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho que possuem caráter, segundo o Supremo, de norma supralegal.

Mesmo anteriormente à elaboração da Reforma Trabalhista, já era evidente o fato de que a Legislação Trabalhista já poderia ser adequada às Convenções Internacionais da OIT. Entretanto, nunca houve, com relação ao Judiciário brasileiro, independentemente da matéria do direito, a tradição de se realizar a aplicação efetiva dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Um exemplo disso é justamente o ocorrido no caso da Denúncia da Convenção 158 da OIT na data de 20.11.1996. A referida convenção tratava do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador e estabelecia, no art. 4º:

Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.⁽⁷¹⁾

O referido artigo poderia ter sido utilizado como parâmetro de adequação de diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho que preveem a dispensa sem justa causa ou a despedida arbitrária, fato tão comum nas relações de emprego brasileiras. Os arts. 147, 332, § 3º, 479, 499, § 2º e 502, inciso II, todos

da Consolidação das Leis do Trabalho trazem hipóteses relacionadas com a despedida sem justa causa.

Entretanto, o Decreto n. 2.100/1996⁽⁷²⁾, assinado pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, denunciou a ratificação do Estado brasileiro no que se refere à Convenção 158 da OIT. Foi proposta, portanto, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 1.625), no ano de 1997 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura, discutida pelo Supremo até o presente momento.

Já existe precedente no sentido da declaração incidental de inconstitucionalidade do referido decreto:

“INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 2.100/96. DENÚNCIA UNILATERAL DA CONVENÇÃO N. 158 DA OIT. A Convenção n. 158 da OIT é um tratado de direito humano social. A aprovação e ratificação de um tratado de direitos humanos é um ato complexo, necessitando da conjugação da vontade de dois Poderes (Legislativo e Executivo), em claro respeito ao princípio da separação dos poderes previsto no art. 2º da CR/88, bem como ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) consagrado na forma republicana de governo. Logo, a denúncia unilateral pelo Presidente da República (por meio de decreto) da Convenção 158 ratificada pelo Congresso Nacional é formalmente inconstitucional, por violação ao procedimento previsto no art. 49, I, da CF” (Arg Inc n. 0000570-31.2016.5.17.0000: acórdão referente à Súmula n. 42 disponibilizado no Caderno Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região – Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho n. 2.153 às páginas 216/221, no dia 23 de janeiro de 2017, considerando-se publicado em 24 de janeiro de 2017).

Entretanto, o pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, neste ano, decidiu

(71) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 158, art. 4º. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

(72) BRASIL. Decreto n. 2.100 de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2100.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

suspender os efeitos⁽⁷³⁾ da Súmula n. 42⁽⁷⁴⁾ do referido Tribunal. Verifica-se, portanto, a comum inefetividade dos diplomas internacionais de direitos humanos no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro.

No que tange de forma específica à Lei n. 13.467 de 2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista, é importante que se verifique se suas disposições se encontram em conformidade com o estabelecido nas Convenções Internacionais da OIT ratificadas e em vigor no país.

Alguns pontos devem ser discutidos. Em primeira hipótese, verifica-se que, no momento em que a Convenção n. 158 da OIT estiver em vigor, se assim o Supremo entender, a depender da interpretação, poderia ser declarado inconvencional o art. 477-A da Reforma Trabalhista que estabelece que: “As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”⁽⁷⁵⁾. Na hipótese da aplicação do controle de convencionalidade, verifica-se que o presente texto legal poderia contrariar as disposições do referido diploma supralegal.

Além disso, é necessário que se verifique o disposto no art. 394-A que estabelece que a empregada gestante somente será afastada das atividades consideradas insalubres quando apresentar atestado de saúde, emitido por profissional da medicina, *in verbis*:

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.⁽⁷⁶⁾

Entretanto, em que pese não estejam mais em vigor as Convenções ns. 3 e 4 da OIT que tratavam sobre a proteção da mulher no ambiente de trabalho, a Convenção n. 155 que trata da segurança e saúde dos trabalhadores, ratificada pelo Brasil no ano de 1992 e em vigor no país, estabelece no seu art. 13:

Em conformidade com a prática e as condições nacionais deverá ser protegido, de consequências injustificadas, todo trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde.⁽⁷⁷⁾

Ademais, estabelece o art. 19, f, da mesma Convenção que:

Art. 19 — Deverão ser adotadas disposições, em nível de empresa, em virtude das quais:
[...]

f) o trabalhador informará imediatamente o seu superior hierárquico direto sobre qualquer situação de trabalho que, a seu ver e por motivos razoáveis, envolva um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde; enquanto o empregador não tiver tomado

(73) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região. Disponível em: <<http://www.trt17.jus.br/principal/comunicacao/noticias/conteudo/934-trt-es-suspende-efeitos-da-sumula-42>>. Acesso em: 23 set. 2017.

(74) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região. Disponível em: <<http://www.trtes.jus.br/principal/atividade-judiciaria/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 23 set. 2017.

(75) BRASIL. Lei 13.467/17. Art. 477-A. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

(76) BRASIL. Lei 13.467/17. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

(77) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 155, art. 13. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

medidas corretivas, se forem necessárias, não poderá exigir dos trabalhadores a sua volta a uma situação de trabalho onde exista, em caráter contínuo, um perigo grave ou iminente para sua vida ou sua saúde.⁽⁷⁸⁾

Neste sentido, verifica-se que todo o trabalhador que considerar necessário proceder com a interrupção por perigo grave para a sua vida ou saúde, havendo fatores perigosos ou insalubres no seu ambiente de trabalho, deve manter-se protegido de qualquer consequência injustificada. Percebe-se, ademais, que após a informação prestada pelo trabalhador, enquanto o empregador não tiver tomado medidas corretivas, não poderá exigir dos trabalhadores a continuação das atividades laborativas.

Portanto, na hipótese da aplicação do controle de convencionalidade no âmbito do direito do trabalho, poderia não ser correto o condicionamento do afastamento de empregadas gestantes de ambientes insalubres, sob pena de uma possível inadequação com o disposto na Convenção n. 155 da OIT que protege o trabalhador que julgar o ambiente como prejudicial à sua saúde. Verifica-se que a aplicação da Convenção não se limita às gestantes, devendo ser aplicada a qualquer trabalhador, independentemente do seu gênero.

Vislumbra-se que a modificação que mais poderia contrariar o direito internacional do trabalho, bem como os direitos humanos é, justamente, a que estabelece a prevalência do acordado sobre o legislado que atribui à autonomia da vontade das partes força maior do que a própria legislação. Estabelece a Reforma Trabalhista:

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

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

II – banco de horas anual;

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

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

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

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

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

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

X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – troca do dia de feriado;

XII – enquadramento do grau de insalubridade;

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

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

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.⁽⁷⁹⁾

Todavia, é certo que, no âmbito prático, as partes contratantes no direito coletivo do trabalho nem sempre se encontram, efetivamente, em patamar de igualdade.

É importante que todos os Juízes e Tribunais do Trabalho tenham a convicção de que no momento em que determinada negociação dispuser de forma contrária a determinada Convenção Internacional da OIT, esta deve ser interpretada conforme o que dispõe o tratado

(78) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 155, art. 19. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang-pt/index.htm> Acesso em: 23 set. 2017.

(79) BRASIL. Lei n. 13.467/17. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

internacional, com a finalidade de impedir os desrespeitos aos direitos fundamentais e internacionais dos trabalhadores.

No que se refere à teoria dos direitos humanos, verifica-se que possibilitar que as partes negociem situações que reduzam direitos trabalhistas de modo inferior ao que dispõe a Lei ou aos tratados internacionais da OIT, é, simplesmente, permitir que o consagrado princípio da proibição do retrocesso possa perder sua força.

Neste sentido, é necessário que todos os dispositivos legais trabalhistas, principalmente no que se refere aos textos da reforma de 2017, sejam interpretados conforme as Convenções Internacionais da OIT para que sejam efetivados os direitos trabalhistas e o direito humano e fundamental ao trabalho.

6. Conclusão

Por tudo quanto exposto e discutido na presente pesquisa, é possível concluir, principalmente, que o controle de convencionalidade é um importante mecanismo que pode e deve ser aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro e em especial no que se refere ao direito do trabalho, com o objetivo de promover a adequação das leis trabalhistas ao que dispõe as Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, tratados que versam sobre direitos humanos.

Primeiramente, para que fosse verificada a aplicação do controle de convencionalidade para efetivação do direito ao trabalho digno, foi necessário investigar o trabalho como um direito humano, bem como um direito fundamental, procedendo-se com a delimitação da expressão trabalho. Foi possível concluir, portanto, que o direito ao trabalho é um valor dos mais básicos da vida humana, sendo este previsto na Constituição Federal, bem como nos diplomas internacionais elaborados pela Organização Internacional do Trabalho, sendo, portanto, um verdadeiro direito humano fundamental.

Posteriormente, foi possível concluir que o mecanismo do controle de convencionalidade é uma ferramenta importante para a efetivação dos direitos humanos fundamentais no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como na grande maioria dos ordenamentos jurídicos dos Estados latino-americanos.

Neste sentido, foi realizado o estudo da hierarquia normativa do ordenamento jurídico brasileiro, verificando-se quatro teorias que divergem em seus entendimentos, sendo possível identificar que duas destas ainda possuem muita força no âmbito das discussões doutrinárias. A partir disso, foi possível verificar que as Convenções Internacionais da OIT são, no ordenamento jurídico brasileiro, verdadeiros parâmetros de controle de convencionalidade, se utilizada a teoria majoritária da doutrina de direitos humanos, ou de suprallegalidade, utilizando-se a teoria predominante no Supremo Tribunal Federal, sendo clara, portanto, a possibilidade da adequação das leis trabalhistas ao quanto disposto pelos referidos tratados internacionais.

Por fim, alguns pontos da Reforma Trabalhista foram discutidos, como possíveis objetos do controle de convencionalidade, para que se verifique a aplicação prática do instituto como mecanismo efetivador do direito ao trabalho digno.

Conclui-se, deste modo, a possibilidade e a necessidade da aplicação do mecanismo do controle de convencionalidade (ou suprallegalidade), no âmbito do direito do trabalho brasileiro, de forma difusa ou concreta, obrigatoriamente, por todo Juiz singular ou Tribunal, com a finalidade de adequar as legislações trabalhistas às normativas das Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, justamente para que sejam efetivados os direitos humanos fundamentais dos trabalhadores.

7. Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges. *Controle de convencionalidade e direitos fundamentais*. 2017. Disponível em:

<https://www.academia.edu/33795570/Controle_de_convencionalidade_e_direitos_fundamentais>.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafios del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELAUNDE, Domingo Garcia; MANCHEGO, José Felix Palomino. El control de convencionalidad en el Perú. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de direito internacional público e direito comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compiled.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 22 set. 2017. Art. 133 da Constituição de 1967.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. *Emenda Constitucional n. 1 de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. *Lei n. 13.467/17*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 5.240*, rel. Ministro Luiz Fux, 2015, Processo Eletrônico Dje-018 Divulgado 29.1.2016 Publicado 1º.2.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Melo ADI n. 1.480 MC/DF, 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. CR 8279 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17.6.1998, DJ 10.8.2000, PP-00006, EMENT VOL-01999-01, PP-00042). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%288279%2E%2E+OU+8279%2EACMS%2E%29&base=baseA cordaos&url=http://tinyurl.com/zqxf736>>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relator: Celso de Melo. HC n. 87.585/TO, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 7.9785/RJ – RIO DE JANEIRO, RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

2010. *Series C No. 219*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. *Case of Myrna Mack Chang v. Guatemala. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2003. Series C No. 101*.

_____. *Case of the Dismissed Congressional Employees (Aguado – Alfaro et al.) v. Peru. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 24, 2006. Series C No. 158*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>>. Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 16 set. 2017.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARINONI, Luis Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

_____. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 01-29.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Tradução da edição portuguesa.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. *Manual de direitos humanos*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 155*. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. *Convenção n. 158*. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236164/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. *Constituição da OIT*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. *Convenções não ratificadas*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 23 set. 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito ao trabalho*. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Direitos constitucionalizados*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEIXOTO, Geovane de Mori. *Direitos fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIZZOLO, Calogero. Control de convencionalidad y su recepción por la corte Suprema de Justicia en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

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

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

Honorários de sucumbência trabalhista: em busca de uma interpretação conforme a Constituição

Marcelo Wanderley Guimarães^(*)

Resumo:

- ▶ A nova legislação trabalhista regulamentou a aplicação dos honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho. Como a principal característica do Direito do Trabalho é a proteção da parte mais fraca na relação contratual, isso se reflete no Direito Processual do Trabalho, porque este é apenas instrumento daquele. A nova legislação não pode ser interpretada de modo a aplacar o direito fundamental de ação e o acesso à justiça nem ofender a dignidade do trabalhador.

Palavras-chave:

- ▶ Reforma trabalhista — Processo — Honorários de sucumbência — Advogado — Direito de ação — Acesso à Justiça — Dignidade.

Abstract:

- ▶ The new labor legislation has established the payment of attorney's fees to the prevailing party at Labor Court. As the main feature of labor law is to protect the employee in his contract relations with employers, labor procedural law should be similar, because this is just a tool for the first one. Attorney's fees can't be interpreted as a way to ban the right of action or a barrier to access the justice either an offense to the worker's dignity.

Key words:

- ▶ New labor legislation — Procedural law — Attorney's fees to prevailing party — Access to justice. Worker's dignity.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Relato histórico dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho
- ▶ 3. O princípio da proteção (no processo) e o acesso à Justiça

(*) Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Pós-graduado em Direito Processual Civil. Pós-graduado em Direito Empresarial. Bacharel em

Direito pela UFPR. Advogado. Professor de Legislação Trabalhista e Prática Jurídica Trabalhista no Centro Universitário Dom Bosco – UniDBSCO.

- ▶ 4. Os honorários de sucumbência trabalhista na Lei n. 13.467/2017 e sua interpretação
 - ▶ 4.1. O *jus postulandi* e os honorários de sucumbência
 - ▶ 4.2. Os honorários de sucumbência para os pedidos condenatórios procedentes
 - ▶ 4.3. Honorários sobre as causas sem valor econômico ou de valor inestimável
 - ▶ 4.4. Honorários no caso de pedidos improcedentes — total ou parcialmente
 - ▶ 4.5. Em caso de acordo, as partes devem tratar dos honorários de modo expresso
 - ▶ 4.6. O momento próprio para se decidir pela suspensão da execução dos honorários
 - ▶ 4.7. Aplicação da lei no tempo
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A Lei n. 13.467/2017 — Reforma Trabalhista — alterou diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tanto normas de direito material quanto de direito processual do trabalho.

A pretensão das alterações é de tal magnitude que até algumas das bases principiológicas do Direito do Trabalho e mesmo do Direito Processual do Trabalho podem ser questionadas e precisam ser refletidas. Para dar dois exemplos, basta citar o princípio da norma mais favorável (art. 620 da CLT) e o princípio da gratuidade do acesso à Justiça do Trabalho (art. 789, § 1º e art. 844, §§ 2º e 3º da CLT), ambos integrantes de uma rede de proteção do trabalhador nas relações material e processual trabalhista, que a nova lei pretendeu relativizar.

Desde a sua origem, a CLT contempla o *jus postulandi* das partes, isto é, o direito de as partes postulare em juízo pessoalmente, sem a necessidade de representação ou assistência por advogado. A regra está prevista no art. 791 — que permaneceu inalterada pela Reforma — é tradicionalmente reconhecida como uma característica própria do processo do trabalho, que se insere na lógica da facilidade de acesso à Justiça do Trabalho. O trabalhador, independente de despesas com advogado ou pagamento de custas processuais, teria ao seu dispor um processo simples, informal e

gratuito, por meio do qual poderia reivindicar direitos trabalhistas eventualmente não adimplidos pelo empregador.

Com a capacidade postulatória das partes e sem regulamentação específica na CLT, a jurisprudência trabalhista formou-se e consolidou-se negando a aplicação dos honorários de sucumbência no processo do trabalho.

Essa situação foi alterada pela Reforma Trabalhista ao disciplinar expressamente a matéria.

No entanto, inúmeras dúvidas surgem a partir daí, como a possibilidade ou não de aplicação da lei aos processos em curso, ajuizados antes da vigência da lei, a interpretação dos dispositivos que determinam a aplicação da sucumbência recíproca e o seu montante no caso de condenação do reclamante, o momento adequado para se determinar a suspensão da exigibilidade do crédito dos honorários, entre outras.

Com o objetivo de contribuir com a interpretação do tema, este estudo faz um relato do desenvolvimento histórico e da consolidação da jurisprudência trabalhista a respeito dos honorários no processo do trabalho, uma reflexão sobre o atual conceito de acesso à justiça, para então propor uma interpretação dos novos dispositivos legais e, quiçá, buscar uma definição específica e adequada ao processo trabalhista.

2. Relato histórico dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho

A Justiça do Trabalho, em sua origem, atuava apenas como órgão do Poder Executivo destinado a promover a conciliação entre empregados e empregadores, mas desprovida da função jurisdicional e do poder de coerção.

Wagner Giglio explica que: *As Juntas tinham competência para conhecer e dirimir dissídios individuais relacionados com o trabalho, mas não tinham poderes para executar suas decisões, o que deveria ser feito na Justiça Comum.* O mesmo autor esclarece que não havia independência para bem julgar, pois os “juízes eram demissíveis *ad nutum*” e qualquer processo poderia ser subtraído do conhecimento das Juntas pelas cartas *avocatórias* do Ministério do Trabalho, com as quais chamava para si o poder decisório.⁽¹⁾

Somente com o Decreto-lei n. 9.797/1946 e com a Constituição de 1946 é que se admitiu expressamente, em texto legal, a Justiça do Trabalho como integrante do Poder Judiciário. O referido Decreto cuidou de organizar a estrutura da Justiça do Trabalho e o ingresso na carreira de Juiz do Trabalho, com a garantia aos Juízes do Trabalho da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, inerentes e necessárias à independência do ofício de julgar, monopolizado pelo Estado.

A CLT, por sua vez, não continha regra específica sobre os honorários de advogado ou mesmo honorários assistenciais, até porque, de acordo com a sua lógica muito própria, proporciona que as partes reclamem pessoalmente desacompanhadas de advogado.

Não se aplicava no processo do trabalho os honorários de sucumbência, muito menos o princípio da sucumbência recíproca ou parcial.

Sob a égide da Lei n. 1.060/1950, que trata da assistência judiciária gratuita aos necessitados,

o TST editou a Súmula n. 11⁽²⁾ — atualmente cancelada — consagrando o direito aos honorários assistenciais à parte que se enquadrava nos parâmetros legais, isto é, mediante requerimento dirigido ao juiz competente e demonstrasse a condição econômica precária (art. 4º, Lei n. 1.060/1950).

A situação se alterou por força da Lei n. 5.584/1970, que estabeleceu a assistência judiciária no âmbito da Justiça do Trabalho prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador (art. 14). O que fez a Lei n. 5.584/70 foi transferir ao monopólio sindical a assistência judiciária ampla antes prevista na Lei n. 1060/50.

A jurisprudência trabalhista então precisou ser reformulada. A assistência judiciária, com direito aos honorários assistenciais, passaria a ser uma prerrogativa do Sindicato profissional do trabalhador. Por intermédio da Súmula n. 219⁽³⁾, em 1985, o TST consolida o entendimento de que os honorários seriam apenas os assistenciais, isto é, devidos ao Sindicato, na hipótese de assistência judiciária, como previsto na Lei n. 5.584/1970, quando presente a condição de miserabilidade jurídica e assistência sindical. O mesmo entendimento veio a ser confirmado pela Súmula n. 329, após a vigência da Constituição Federal de 1988.⁽⁴⁾

(1) GIGLIO, Wagner D.; CORREA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3-4.

(2) Assim dispunha a Súmula n. 11: HONORÁRIOS DE ADVOGADO. É inaplicável na Justiça do Trabalho o disposto no art. 64 do Código de Processo Civil, sendo os honorários de advogado somente devidos nos termos do preceituado na Lei n. 1.060, de 1950. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-11>. Acesso em: 22 jan. 2018.

(3) A redação da Súmula n. 219, de 19.9.1985, preconizava o seguinte: Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento. Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

(4) A Súmula n. 329 teve a sua redação original publicada pela Res. n. 21/1993 em data de 21.12.1993 com o

O Estatuto da Advocacia, Lei n. 8.906 de 4.7.1994, tratou de exigir a participação dos advogados na esfera trabalhista, na medida em que estabeleceu, em seu art. 1º, I, que a postulação perante “qualquer” órgão do Poder Judiciário seria atividade privativa de advogado. A previsão legislativa estava alinhada ao disposto no art. 133 da Constituição Federal, que preconiza: *o advogado é essencial à administração da justiça*. Ter-se-ia por revogado o *jus postulandi* e nova reflexão e construção jurisprudencial haveria que se erguer em relação aos honorários de sucumbência no processo do trabalho, quiçá em função da necessidade de atuação dos advogados particulares na defesa dos seus clientes nos processos trabalhistas.

No entanto, o possível debate jurisprudencial em torno dos honorários de sucumbência foi solapado pelo ajuizamento da ADI n. 1.127 já em 6.9.1994, cuja liminar, proferida em 28.9.1994, suspendeu a eficácia do dispositivo no que diz respeito à Justiça do Trabalho, Juizados Especiais e Justiça de Paz. Prevalencia, assim, em vigor, a capacidade postulatória das partes no Judiciário Trabalhista. Passados mais de 20 anos, lamentavelmente, a causa até esta data não tem decisão definitiva, mantendo-se suspensa a eficácia do dispositivo.⁽⁵⁾

Nova onda de pleitos de honorários de advogado nas causas trabalhistas veio com a chegada do Código Civil de 2002. Desta feita, o argumento principal repousou na teoria da reparação integral do dano. Com fundamento no novo Códex, sobretudo nos arts. 389 e 404, passaram a sustentar os advogados que a reclamada deveria ser condenada a indenizar o reclamante pelo valor dos honorários contratados, porquanto só assim terá sido reparado

integralmente do dano reconhecido ao autor da causa. Como se percebe, a tese apoia-se no fato de que parte do dano permanece com o reclamante, na medida e na extensão em que precisar subtrair uma parcela do crédito recebido para pagar as despesas com o advogado contratado.

Todavia, mais uma vez o TST manteve firme o entendimento das Súmulas ns. 219⁽⁶⁾ e 329, sob o fundamento de que os dispositivos do Código Civil não se aplicam ao processo do trabalho, haja vista a existência de legislação específica sobre o tema, sobretudo a Lei n. 5.584/70 já mencionada.⁽⁷⁾

Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho e

(6) A redação da Súmula n. 219 passou por alterações no ano de 2016 (Res. n. 204/2016, de 17.3.2016), mas manteve as exigências anteriores quanto aos honorários assistenciais: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art. 14, § 1º, da Lei n. 5.584/1970).

(7) Nesse sentido, o seguinte julgado: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA PELO SINDICATO DA CATEGORIA. REQUISITO ESSENCIAL. A jurisprudência está sedimentada no sentido de que os arts. 389 e 404 do Código Civil atual, ao incluírem os honorários advocatícios na recomposição de perdas e danos, não revogaram as disposições especiais contidas na Lei n. 5.584/70, aplicada ao processo do trabalho, consoante o art. 2º, § 2º, da LINDB. Assim, permanece válido o entendimento de que, nos termos do art. 14, caput e § 1º, da Lei n. 5.584/70, a sucumbência, por si só, não justifica a condenação ao pagamento de honorários pelo patrocínio da causa, os quais, no âmbito do processo do trabalho, são revertidos para o sindicato da categoria do empregado, conforme previsto no art. 16 da Lei n. 5.584/70. Se o trabalhador não está assistido por advogado credenciado pelo sindicato profissional, conforme recomenda a Súmula n. 219, I, do TST, indevidos os honorários advocatícios. Ressalva do relator quanto à tese de mérito. Recurso de revista conhecido e provido. (RR – 32500-29.2005.5.17.0008 Data de Julgamento: 28.9.2016, rel. Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 7.10.2016)

seguinte teor: Honorários advocatícios. Art. 133 da Constituição da República de 1988. Mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado n. 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

(5) Andamento processual disponível na página do STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1597992>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

trouxe uma diversidade de lides de natureza não propriamente trabalhista, no seu sentido estrito, o TST viu-se na circunstância de revisar o tema dos honorários sucumbenciais, entre outras, em razão da chegada de grande volume de processos oriundos da Justiça Comum. Na ocasião, o TST editou a Instrução Normativa n. 27 de 2005 e assim estabeleceu em relação aos honorários: Art. 5º “Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência”.

Ficou mais clara ainda uma evidente contradição em prejuízo do trabalhador. Ora, nas causas em que a disputa se dava a respeito de direitos e valores decorrentes da força de trabalho da pessoa humana, bem nessas é que os honorários não seriam devidos e que o trabalhador deveria retirar parte do resultado da demanda para pagar as despesas com o advogado contratado.

Para concluir esta breve referência histórica, não se pode desprezar também as Leis ns. 10.288/2001 e 10.537/2002. A primeira tratou de acrescentar o § 10 ao art. 789 da CLT, com a seguinte redação:

O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda.

Ora, se a lei voltou a tratar da assistência judiciária de forma diversa do que antes era tratado na Lei n. 5.584/70, pode-se interpretar que esta foi derogada tacitamente.

O citado dispositivo, porém, teve curto período de vigência, eis que em menos de 1 ano sobreveio a Lei n. 10.537 de 20.8.2002 e deu nova redação aos arts. 789 e 790 da CLT, desta feita revogando o § 10 acima transcrito. A questão da justiça gratuita veio tratada pelo § 3º do art. 790, não havendo nele expressamente a previsão de assistência judiciária prestada

por quem quer que seja, nem pelos sindicatos nem pelo Estado, tampouco por advogados particulares contratados. Do mesmo modo, a norma não tratou expressamente de honorários assistenciais.

Ainda assim, considerando-se a sucessão de leis e as regras sobre a justiça gratuita, criou-se novo espaço de interpretação e fundamentação de pedidos de condenação das reclamadas no pagamento de honorários advocatícios de sucumbência e/ou honorários assistenciais para advogados não credenciados pelo sindicato da categoria. A Lei n. 10.288/2001, com a redação que deu ao art. 789, § 10, da CLT teria revogado a assistência sindical regulada na Lei n. 5.584/70. Já a Lei n. 10.537/2002, com a nova redação que deu aos arts. 789 e 790 da CLT, teria acabado de vez com a assistência judiciária exclusiva dos sindicatos profissionais e aberto a possibilidade de que a mera concessão da justiça gratuita garantisse o pagamento dos honorários assistenciais ao advogado, mesmo não credenciado pelo sindicato da categoria. Nesse sentido:

De consequência, outra conclusão não resta: suprimida a sistemática legal da assistência judiciária pela entidade sindical profissional, não subsiste o monopólio dos sindicatos profissionais quanto à assistência judiciária, possibilitando, assim, o pagamento de honorários advocatícios ao beneficiário da justiça gratuita.⁽⁸⁾

No entanto, não foi essa a interpretação que prevaleceu na jurisprudência. Novamente, o TST reafirmou a força do verbete consolidado na Súmula n. 219, que reserva aos sindicatos a prestação da assistência judiciária aos trabalhadores e o direito de receber os honorários assistenciais⁽⁹⁾.

(8) GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNING, Cristina Maria Navarro. *Honorários advocatícios na Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/1480654>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

(9) Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1164-20-2014-5-09-0006. Acórdão DJET 23 jun. 2017. Disponível em: <<http://aplicacao4.>

Àqueles trabalhadores que optassem por contratar advogado particular, não credenciado pelo sindicato da categoria, mesmo quando beneficiários da *justiça gratuita*, restava aceitar que deveriam subtrair parte do seu patrimônio, no mais das vezes, oriunda do crédito trabalhista recebido na ação, para pagar os honorários do seu advogado.

Como se vê, a matéria estava bem sedimentada na jurisprudência. Mas a Lei n. 13.467/2017 alterou substancialmente o assunto, o que será tratado nos próximos tópicos. Antes, porém, é importante resgatar os princípios da proteção e do acesso à justiça, ambos de índole constitucional e que constituem pressupostos necessários para a interpretação da nova legislação.

3. O princípio da proteção (no processo) e o acesso à Justiça

O Direito Trabalho é reconhecidamente um campo do Direito em que a lei atua para realizar a igualdade material. Parte-se da premissa de que o empregador encontra-se em posição de vantagem em relação ao empregado e, assim, a lei atua com o objetivo de proteger a parte mais fraca, garantindo-lhe direitos mínimos. A própria origem do Direito do Trabalho está diretamente ligada a esse fato. E na construção da doutrina e regulamentação jurídica das relações de trabalho isso também aparece de modo visível, pois o contrato de emprego é marcado pela subordinação jurídica. O trabalhador disponibiliza ao empregador a sua força de trabalho, para que seja dirigida e organizada de acordo com os interesses do proprietário, como assentado no art. 2º da

CLT. Fica evidente, assim, a desigualdade que o contrato de trabalho oculta.

No âmbito do processo não é diferente. A desigualdade presente na relação material, na vigência do contrato de trabalho, não desaparece só pelo fato de o trabalhador estar em juízo em busca de seus direitos. Ao contrário, no processo vem à tona toda a desigualdade presente na vigência do contrato, desde antes da sua assinatura. O perfil das vagas e dos candidatos, a elaboração das cláusulas contratuais às quais o empregado adere simplesmente (no mais das vezes), a sua administração e execução, tudo isso é realizado pelo empregador. É ele que faz a gestão das relações de trabalho, que define as atribuições e fiscaliza cada empregado, a jornada de trabalho, o valor da remuneração e os benefícios, os critérios de promoção e, com frequência, o término da relação de emprego.

Daí porque a doutrina reconhece que o princípio da proteção se expressa também na relação processual trabalhista. Manoel Antonio Teixeira Filho prefere denominar de “princípio da correção da desigualdade”, mas o conteúdo é notoriamente a proteção no âmbito processual:

Sem essa proteção estatal, destinada a corrigir a inferioridade ontológica do trabalhador, este seria presa fácil para o adversário que teria, no processo, um conveniente aparato legal à sua disposição, para conseguir eximir-se da obrigação de reparar as lesões cometidas nos direitos daquele.⁽¹⁰⁾

Wagner Giglio, por sua vez, esclarece que o “princípio protecionista” aparece no processo do trabalho como necessária e logicamente decorrente do direito substantivo de que é instrumento. Segundo ele: “Essas características do Direito Material do Trabalho imprimem suas marcas no direito instrumental, particularmente quanto à proteção do contratante

tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1164&digitoTst=20&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=9&varaTst=0006&submit=Consultar. Acesso em: 8 fev. 2018. Acórdão publicado em jul. 2017 pelo TST, da lavra da Min. Dora Maria da Costa, com trechos transcritos do acórdão regional proferido pelo TRT-PR, traz elucidativo resumo da matéria. Autos: AIRR-1164-20.2014.5.09.0006.

(10) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. vol II. São Paulo: LTr, 2009. p. 94.

mais fraco, cuja inferioridade não desaparece, mas persiste no processo”.⁽¹¹⁾

Inúmeras são as manifestações de proteção do trabalhador na esfera processual, algumas delas mantidas pela Reforma Trabalhista, outras alteradas. Não é possível, no entanto, à luz de uma interpretação constitucional, afirmar que o princípio protetivo terá abandonado o trabalhador e o processo do trabalho.

Historicamente, a primeira manifestação do princípio protetivo e da facilidade de acesso do trabalhador à Justiça que o legislador trabalhista originário buscou, foi a previsão de um processo simples, informal e manejado pela própria parte — o *jus postulandi*. Embora pudesse ser assim admitida na origem da CLT, o passar do tempo trouxe maior complexidade para a sociedade e para as relações de trabalho, de modo que a capacidade postulatória hoje deixa de ser uma vantagem ao trabalhador; mais se assemelha a uma armadilha do que a uma facilidade.

Como instrumento de realização do direito material do trabalho, o processo do trabalho traz em sua essência, portanto, igual caráter protetivo, prestigiando a facilidade e simplicidade de acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho. São vários os preceitos legais nesse sentido: (1) o não pagamento das custas no início do processo, conforme atual art. 789, § 2º, da CLT; (2) a possibilidade de reclamação verbal ou por escrito, sem representação ou assistência por advogado, ajuizada no local da prestação de serviço ou da contratação, como previsto nos arts. 790, 840 e 651, da CLT; (3) a execução de ofício das decisões, ou seja, a realização do direito reconhecido na sentença, independente de requerimento do reclamante, como preconizava o art. 878 da CLT, antes da Reforma. Naturalmente, aí estava presente a ideia de que o objetivo da parte com o ajuizamento da ação não é a sentença, mas

a realização do direito material reclamado. A alteração promovida pela nova legislação em relação a este último ponto leva o processo do trabalho a dar um passo atrás, com risco de comprometer a sua efetividade e celeridade.

Com esses 3 pilares, pode-se considerar que o processo do trabalho foi concebido com o propósito de facilitar o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho, de maneira simples e informal, mas efetiva.

A respeito da simplicidade e informalidade do processo trabalhista é possível enumerar vários exemplos na CLT: (1) a reclamação trabalhista pode ser escrita ou verbal, como preconiza o art. 840; (2) a contestação, igualmente, deveria ser apresentada oralmente, em audiência, segundo o art. 847; (3) realização de audiência una, com produção de provas e decisão durante o mesmo ato processual, proporcionando celeridade; (4) não há necessidade de arrolar previamente as testemunhas, que são levadas ao juízo convidadas pelas próprias partes, por ocasião da audiência, segundo o art. 845; (5) até mesmo em fase recursal, a letra do art. 899 preconiza que o recurso seja interposto mediante *simples petição*, o que significa que a petição de recurso dispensa a apresentação das razões e fundamentos de impugnação da decisão recorrida, como se expressa parte da doutrina.⁽¹²⁾

(12) “A *simples petição* desobriga a parte de apresentar razões? [Wilson de Souza Campos] Batalha acha que as razões são essenciais. Wagner Giglio as dispensa. Uma exegese histórico-sistemática do artigo dá razão a Wagner. Realmente, parece que a intenção do legislador, como frisamos em *Ação...* foi facilitar ao máximo a interposição de recursos. Por isso, tem-se a impressão de que se deva conhecer do recurso desacompanhado de razões.” (LAMARCA, 1982, p. 661). No mesmo, “... ao menos em relação ao recurso ordinário. A mencionada expressão legal significa, exatamente, o que a sua inequívoca literalidade está a expressar: *por simples petição* e nada mais. Impor-se ao recorrente a indicação dos motivos que o levaram a postular o reexame da matéria seria afrontar tantas vezes referido princípio da simplicidade do processo e do procedimento trabalhistas, bem como desrespeitar a capacidade postulatória de que são providas as partes, ou, quando menos, embarçar-lhes o exercício

(11) GIGLIO, Wagner D.; CORREA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 84.

Na esteira do arcabouço legislativo, conforme já visto no item precedente, a jurisprudência firmou-se no sentido de que não são devidos no processo do trabalho os honorários de sucumbência, o que precisará ser reconstruído em função das novidades trazidas com a Reforma Trabalhista, que será objeto do próximo tópico.

Algumas decisões já proferidas sob a égide da nova legislação parecem estar interpretando a norma em absoluto descompasso com o princípio protetivo que informa o processo do trabalho e com o princípio constitucional do acesso à justiça. Numa delas, um trabalhador foi condenado a pagar vinte mil reais de honorários de sucumbência.⁽¹³⁾ Em outra, uma bancária foi condenada a pagar sessenta e sete mil reais de verba honorária a um banco, porque apenas uma menor parte dos pedidos foi acolhida pelo magistrado, tendo a empregada sucumbido nos pedidos maiores.⁽¹⁴⁾

A leitura isolada das alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017 pode levar a conclusões equivocadas. Embora algumas normas protetivas tenham sido alteradas, não se pode simplesmente entender que o princípio da proteção foi abolido. Há que se interpretar as alterações sistematicamente e sempre com a luz dos preceitos constitucionais.

O risco da condenação em honorários de sucumbência não pode incutir no trabalhador um receito de tal ordem que o impeça de ajuizar

a ação trabalhista em busca do reconhecimento e efetividade dos direitos que entenda tenham sido violados.

Há um sem número de razões que podem levar à improcedência total ou parcial dos pedidos. A jurisprudência e a interpretação das leis não são estáticas. O processo é uma mera representação da realidade e o seu produto é a verdade formal, a verdade possível, nem sempre condizente com a verdade material, embora seja esta a que se busca.

A Constituição Federal, art. 1º, III e IV, estabelece que a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho são os “fundamentos” da República. Se é assim, as violações cometidas contra os direitos trabalhistas e a dignidade da pessoa prejudicam não apenas o trabalhador, mas ameaça a estrutura mesma do Estado preconizada pela ordem constitucional.

O art. 6º da Constituição reconhece o trabalho como um direito social e o art. 170 preconiza que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho e na livre-iniciativa, mas busca assegurar uma existência digna a todos.

O art. 7º enaltece a necessidade de estabelecer melhorias para as condições de trabalho e o art. 114, § 2º, estabelece uma cláusula de não retrocesso social nas relações de trabalho.

Portanto, se o direito processual é instrumento de realização do direito material, é da sua essência seguir a mesma lógica protetiva, tal como reconhecido pela própria CLT. É com esse norte que se deve fazer a leitura das alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017.

A Constituição estabelece como garantia fundamental que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Isso significa, ao mesmo tempo, que o indivíduo tem o direito de reclamar perante o Poder Judiciário o que acredita ser violação (ou ameaça) aos seus direitos e que tem direito a uma decisão judicial, a prestação jurisdicional. Eis aí o chamado

desse direito, o que equivaleria, de certa forma, a negá-lo”. (TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 1479)

(13) MARTINES, Fernando. Ausência de nexo. Juíza condena trabalhador que se acidentou a pagar R\$ 20 mil de honorários. *Consultor Jurídico*. 16 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/juiza-manda-empregado-acidentou-pagar-20-mil-honorarios>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

(14) Trabalhadora é condenada a pagar R\$ 67 mil após reforma trabalhista: Juiz entendeu que a maioria dos pedidos feitos pela ex-funcionária de um banco eram improcedentes. *Gazeta do Povo*. 13 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/trabalhadora-e-condenada-a-pagar-r-67-mil-apos-reforma-trabalhista-340f7n4xqrqrd6d2grj7ch78>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

princípio da inafastabilidade ou da indeclinabilidade da jurisdição.

O direito de ação, portanto, integra o princípio da inafastabilidade da jurisdição e é um direito fundamental assegurado pela Carta Magna, de modo que não pode ser tratado como norma meramente formal ou um princípio programático do estado democrático. Ingo W. Sarlet explica que compete juízes e tribunais, “por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico”.⁽¹⁵⁾

Um direito fundamental, assim reconhecido de modo expresso pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, há que ter concretude e a máxima eficácia, cabendo ao Poder Judiciário velar pela sua efetividade.

[...] o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) incide sobre o legislador — que resta obrigado a traçar “formas de justiça” (órgãos jurisdicionais diferenciados) e procedimentos diferenciados para permitir o efetivo acesso ao Poder Judiciário das camadas da população economicamente menos favorecidas — e sobre o juiz, atribuindo-lhe o dever de compreender as regras processuais à luz do direito de acesso à justiça.⁽¹⁶⁾

De nada adiantaria os trabalhadores terem seus direitos (o direito material) garantidos pela Constituição Federal ou pela legislação ordinária se não lhes fosse dado o acesso à justiça de forma ampla e efetiva, a fim de que possam em juízo reclamar as correspondentes violações.

Um direito sem instrumento eficaz de coerção nada mais é do que uma mera recomendação.

O conceito de acesso à justiça tem se alterado e acompanhado as transformações nos modelos

de Estado desde os séculos XVIII e XIX até os dias atuais. No período inicial dos estados liberais, não competia ao Estado intervir em favor daqueles que não tivessem condições técnicas ou econômicas de acessar a justiça. Já nas constituições modernas, é reconhecida necessidade de atuação positiva do Estado para assegurar o gozo de direitos sociais básicos⁽¹⁷⁾. Os mesmos autores arrematam:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.⁽¹⁸⁾

O efetivo acesso à justiça compreende a remoção de obstáculos que possam dificultar ou impedir o interessado de invocar o exercício da jurisdição para a solução de um conflito, o reconhecimento da violação de um direito e a devida reparação. Os custos (despesas em geral) com o processo, inclusive os honorários de sucumbência, sobretudo na esfera trabalhista em que o trabalhador, em geral, está desprovido de recursos até para adiantar honorários ao seu próprio advogado, são notoriamente um desses obstáculos. Nesse sentido, “... o direito de ação não pode ser obstaculizado por entraves como o do custo do processo”.⁽¹⁹⁾

Sabe-se, de há muito, que o direito de ação não se confunde com o direito material alegado em juízo. O exercício do direito constitucional de ação, público, subjetivo e abstrato deve ser assegurado, sem ameaças, mesmo que ao final do processo venha a se reconhecer e se declarar que o direito afirmado era inexistente ou não foi comprovado.

A depender da maneira como interpretado e aplicado, os honorários de sucumbência no

(15) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 331.

(16) MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo. (V. 1). São Paulo: RT, 2006. p. 463.

(17) CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 9.

(18) *Ibidem*, p. 12.

(19) MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo. (V.1). São Paulo: RT, 2006. p. 205.

processo trabalhista podem se tornar um obstáculo intransponível ao exercício do direito de ação e ao acesso à justiça, portanto. Se assim for, será inconstitucional.

Daí porque é imperioso que a nova legislação tenha uma interpretação conforme a Constituição, sem afetar o direito de acesso à justiça como direito fundamental.

Afirmar que as portas da Justiça do Trabalho continuam abertas, porque não se exige o pagamento de custas iniciais, é uma meia verdade. Para que o acesso à justiça seja pleno e eficaz, é preciso ter segurança e tranquilidade não apenas na entrada, mas também na saída.

4. Os honorários de sucumbência trabalhista na Lei n. 13.467/2017 e sua interpretação

A Lei n. 13.467/2017 acrescentou à CLT o art. 791-A e nele traçou as diretrizes para fazer incidir no processo do trabalho de maneira generalizada os honorários de sucumbência na seara trabalhista.

4.1. O *jus postulandi* e os honorários de sucumbência

Em que pese a previsão legal de que as partes podem acessar a Justiça do Trabalho pessoalmente, a jurisprudência do TST, consolidada na Súmula n. 425, restringe substancialmente esta participação, porque limita o *jus postulandi* ao âmbito das Varas do Trabalho e Tribunais Regionais e exclui expressamente a sua utilização na ação rescisória, na ação cautelar, no mandado de segurança e nos recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho. Percebe-se que está excluída da possibilidade de postulação pessoal das partes uma série relevante de medidas jurídicas que podem ser essenciais ao pleno exercício do direito de defesa e até mesmo ao resultado útil do processo, como as cautelares, para ficar num só exemplo.

Não obstante esta notória precariedade do *jus postulandi* na sua configuração atual,

a Reforma Trabalhista manteve intacto o art. 791, inclusive a referência às figuras arcaicas do *solicitador* e do *provisionado*, já extintas em função da Lei n. 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia (EA).

Agora, portanto, convivem na lei trabalhista os honorários de sucumbência e o *jus postulandi*.

4.2. Os honorários de sucumbência para os pedidos condenatórios procedentes

O *caput* do art. 791-A trata de estipular os honorários de sucumbência trabalhista, isto é, a importância paga pela parte que perdeu, devida ao advogado da parte contrária, mesmo quando atua em causa própria, como preconiza o art. 23 do EA.

Diz, ainda, o art. 791-A, que os honorários sucumbenciais devem ser fixados entre 5 e 15% “sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”.

Uma vez que é referido como base de cálculo dos honorários de sucumbência “o valor que resultar da liquidação da sentença”⁽²⁰⁾, evidencia-se que a lei aí está a tratar da sentença condenatória, pois a liquidação é própria das sentenças dessa natureza, não das mandamentais, não das declaratórias, nem das meramente constitutivas, tampouco das decisões executivas.

O § 2º do mesmo dispositivo de lei orienta o juiz a observar diversos critérios ao decidir sobre o percentual a ser utilizado na condenação a título de honorários, tais como o grau de zelo, o local da prestação de serviços, a natureza e

(20) Neste ponto, a lei está de acordo com a jurisprudência do TST, OJ n. 348/SDI-1: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. VALOR LÍQUIDO. LEI N. 1.060, DE 5.2.1950. Os honorários advocatícios, arbitrados nos termos do art. 11, § 1º, da Lei n. 1.060, de 5.2.1950, devem incidir sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários.

importância da causa, o trabalho realizado e o tempo despendido, tudo isso em relação ao trabalho jurídico realizado pelos advogados.

4.3. Honorários sobre as causas sem valor econômico ou de valor inestimável

Por fim, a lei se preocupa com as ações em que não há valor econômico em disputa, tais como as ações meramente declaratórias. Para estas é que não há possibilidade de mensurar o proveito econômico obtido, tampouco existe liquidação de sentença. Para esses casos o legislador determinou que os honorários sejam calculados sobre o valor da causa.

A CLT não trata dos critérios para definir o valor da causa, mas a nova redação do art. 840, § 1º, da CLT, permite concluir que o “valor do pedido”, ali mencionado, é em verdade o valor da causa. Omissa a CLT, subsidiariamente aplicam-se as normas do processo civil, como preconizam os arts. 769 da própria CLT e o 15 do CPC. Assim, o art. 292, especialmente o inciso V, do CPC, serve ao processo do trabalho, pois prevê que o valor da causa, “na ação em que há cumulação de pedidos, [seja] a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles”.

Quase a totalidade dos processos trabalhistas trazem cumulação de pedidos, daí porque a afirmação de que o “valor do pedido” na nova redação do art. 840, § 1º, da CLT, corresponde ao valor da causa.

4.4. Honorários no caso de pedidos improcedentes — total ou parcialmente

Somente para os casos em que houver **procedência**, total ou parcial, do(s) pedido(s) formulado(s) pela parte autora, é que a CLT estabeleceu que a condenação em honorários de sucumbência deve observar a faixa percentual e a base de cálculo fixada no *caput* do art. 791-A, da CLT, isto é, entre 5 e 15% sobre o valor da liquidação da sentença, do proveito econômico ou sobre o valor da causa.

Não há essa mesma regra para os casos de pedido improcedente, nem mesmo para a parcela improcedente do pedido deferido apenas em parte. Para essas situações, a solução é outra, portanto.

Essa afirmação é corroborada pela redação do art. 791-A, § 3º, que diz expressamente que nos casos “de procedência parcial, o juízo **arbitrará** os honorários de sucumbência recíproca...”. Apenas isso.

A previsão legal é expressa no sentido de que haja a condenação do autor quando vencido, total ou parcialmente, mas não dita percentuais nem base de cálculo. Não há norma alguma determinando que seja utilizado o valor da diferença entre o pedido e o deferido, tampouco o valor do próprio pedido, nos casos de improcedência. Há que se utilizar, assim, critério diverso daquele previsto no *caput* para a condenação do reclamante nos honorários de sucumbência. É por isso que a regra do § 3º diz apenas que o juízo “arbitrará” os honorários.

Não altera esse entendimento a simples afirmação de que os parágrafos são interpretados à luz do seu *caput*. Embora correta, não menos certo é que todo preceito normativo deve estar em consonância, antes, com a Constituição Federal e o sistema jurídico no qual se insere.

Pois bem, em caso de improcedência, portanto, o juízo deve arbitrar os honorários de sucumbência trabalhista, conforme previsão do § 3º, do art. 791-A, da CLT, mas o faz com relativa liberdade, com prudência, proporcionalidade e razoabilidade, sem vinculação ao valor da causa, do pedido ou da condenação.

O § 2º do art. 791-A leva ao juízo os parâmetros gerais — mas não os únicos — para a fixação dos honorários de sucumbência devidos aos patronos de ambas as partes. Levar em conta o valor da causa ou o valor do pedido para se fixar os honorários de sucumbência trabalhista nos casos de improcedência certamente transformará o instituto num obstáculo intransponível ao exercício do direito de ação. É dizer, utiliza-se o risco da condenação na

verba honorária como arma apontada em direção ao trabalhador a ameaçá-lo, para não vir a juízo reclamar direitos que lhe tenham sido sonegados. E o pior, esta ameaça será tanto mais grave quanto maior o valor econômico da violação trabalhista.

Não pode ser esse o sentido da espada na mão direita da Themis!

Quando se trata de julgamento pela improcedência, antes das balizas mencionadas no art. 791-A, § 2º, deverá o juízo, portanto, se atentar para a capacidade econômica do reclamante-vencido.

Isso não é novidade no direito processual, porquanto o CPC/1973 já previa que nos casos de julgamento pela improcedência do pedido, o juiz deveria arbitrar o valor dos honorários de sucumbência, sem correspondência direta com o valor da causa ou o valor do pedido, mas de maneira **equitativa**:

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.⁽²¹⁾

Como já dito, para que o acesso à justiça seja pleno, não apenas a porta de entrada, mas também a de saída não pode conter trancas que não possam ser abertas. E os honorários de sucumbência trabalhista, um instituto nobre que reconhece o valor e a dignidade do trabalho do advogado, não pode se prestar a esse serviço.

Se tanto os honorários quanto os valores pleiteados na reclamação trabalhista são ambos decorrentes do trabalho, são verbas que possuem a mesma natureza e caráter alimentar, então não se pode simplesmente acudir a um em prejuízo de outro. Diante desta colisão de interesses, sem perder de vista o disposto no art. 791-A, § 2º, compete ao juízo observar a

capacidade econômica do devedor e a possibilidade de efetivo pagamento da condenação sem afetar a sua dignidade.

Não se trata apenas de suspender a obrigação para o beneficiário da justiça gratuita, como preconiza o § 4º, do art. 791-A, porque esta seria uma solução precária, que pode não atender ao reclamante, que passa a figurar como devedor e fica vinculado a esta dívida pelo prazo de 2 anos, nem interesse do advogado, que nada receberá. Esta solução não atende, por fim, os interesses da própria Justiça do Trabalho, que terá uma nova infinidade de processos suspensos, parados em arquivo provisório, até o termo final dos 2 anos. Certamente não é essa a finalidade da lei.

Por outro lado, não há ofensa ao advogado ou à advocacia o arbitramento de honorários em quantia reduzida ou mesmo módica, a depender da condição econômica do devedor. Haverá, ao contrário, notória afronta à dignidade do trabalhador se, além de não ter os seus direitos reconhecidos em juízo, por qualquer razão que seja, ainda sair do processo como parte devedora de quantia substancial que não possa pagar ou que lhe inviabilize outros projetos pessoais.

O que se propõe, assim, é que o juízo faça uso da equidade e de criteriosa avaliação do caso concreto, sobretudo da capacidade econômica do trabalhador, ao invés de simples avaliação do resultado do processo e da existência de outras ações em que o reclamante possa ter eventualmente recebido outros créditos trabalhistas. A recomendação é própria da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

É preciso não esquecer que a Lei n. 13.467/2017 trouxe para o texto da CLT a possibilidade, agora sem controvérsias, de condenação das partes por litigância de má-fé. Esta é a solução legal para as situações em que empregados e empregadores abusam do direito

(21) CPC/1973, art. 19, § 4º – norma já revogada pelo CPC/2015 (sem sublinhado no original).

de ação ou de defesa. Esta é a ferramenta que os juízes do trabalho têm ao seu dispor e da qual devem fazer uso, nos termos da lei, para punir os litigantes em razão do seu comportamento abusivo no processo perante o Poder Judiciário, cabendo até mesmo a responsabilização solidária do advogado, como preconiza o art. 32 do EA, quando for o caso.

O fato de o trabalhador postular em juízo, mesmo em se tratando de quantia elevada, e não alcançar êxito, não está entre os preceitos que caracterizam a litigância de má-fé, razão pela qual os honorários de sucumbência trabalhista não podem servir como punição nem como ameaça capaz de evitar ao ajuizamento da ação que a parte entende adequada.

Com essa interpretação percebe-se com clareza que é necessária algum grau de adequação do conceito genérico de honorários de sucumbência para a realidade própria do processo do trabalho, tendo em vista a natureza da relação jurídica havida entre as partes do processo, bem assim a proteção de uma delas e a presunção relativa da condição econômica desfavorável do reclamante.

Por tudo isso, acredita-se possível uma caracterização própria, aqui denominada de *honorários de sucumbência trabalhista*, mais adequada a esse ramo especializado do Direito, que respeita as pessoas envolvidas no processo e a Constituição da República.

4.5. Em caso de acordo, as partes devem tratar dos honorários de modo expresso

A lei não disciplina a incidência de honorários de sucumbência nos casos de acordo.

Não se deve entender que a expressão “proveito econômico obtido”, contida no *caput* do art. 791-A, esteja a tratar desta situação. É que o proveito econômico pode ser o resultado da liquidação da sentença ou de uma sentença já líquida ou ainda de arbitramento por parte do juiz, como sói acontecer nas condenações por danos morais.

Nos casos de conciliação, embora também haja proveito econômico para o autor, entende-se que as próprias partes devem incluir na negociação e dispor a respeito dos honorários, não cabendo ao juiz, no caso de omissão, decidir sobre esta matéria. Quando menos, no silêncio das partes, há que se presumir que cada qual assumiu os honorários do seu advogado, porque de modo diverso a lei não dispõe e porque o acordo precisa ser capaz de solucionar o processo por inteiro.

4.6. O momento próprio para se decidir pela suspensão da execução dos honorários

Por último, o § 4º do art. 791-A autoriza a suspensão da exigibilidade dos honorários de sucumbência quando o juiz conceder à parte os benefícios da justiça gratuita, exceto se houver, no mesmo ou em outro processo, crédito capaz de suportar o cumprimento da obrigação. Se em dois anos após a suspensão o credor não comprovar a capacidade econômica do devedor, a obrigação se extingue.

Tratam-se de dois momentos processuais distintos. Um deles é a concessão da justiça gratuita, que beneficia a parte com o não pagamento das despesas processuais, geralmente já apreciada na sentença, mas que pode ter lugar em qualquer instância ou tribunal, como preconiza o art. 790, § 3º da CLT e OJ n. 269/TST-SBDI-1. O outro seria o da suspensão da exigibilidade dos honorários de sucumbência trabalhista e este segundo se dá necessariamente na execução.

Nota-se que o art. 832 da CLT, que trata da sentença trabalhista, não sofreu alteração alguma pela Lei n. 13.467/2017. Portanto, não se exige que a sentença estabeleça a suspensão ou não da exigibilidade dos honorários de sucumbência trabalhista, mas apenas que decida sobre o seu deferimento ou não.

Desse modo, transitada em julgado a decisão e havendo condenação em honorários, passa-se à liquidação da sentença, se necessário,

e só então é que se dará início à execução propriamente dita, a requerimento da parte e não mais de ofício, conforme a nova regra do art. 878 da CLT. Somente após a citação, na forma do art. 880 da CLT⁽²²⁾, é que poderá o trabalhador-devedor se posicionar quanto ao pagamento dos honorários de sucumbência trabalhista, cabendo-lhe: (1) pagar a dívida mediante dedução do crédito eventualmente recebido ou por outros meios; (2) requerer o seu parcelamento na forma do art. 916/CPC, como vem sendo admitido na Justiça do Trabalho⁽²³⁾; (3) garantir a execução e opor Embargos, como previsto no art. 884 da CLT; (4) requerer a suspensão da exigibilidade do crédito sob o fundamento de que não tem condições de suportar a despesa, como previsto no art. 791-A, § 4º da CLT.

Observa-se que a redação do texto legal refere que o crédito só poderá ser “executado” se durante o período de suspensão houver demonstração de alteração na situação econômica do devedor. Mas a citação é o ato que exorta o devedor ao cumprimento espontâneo do julgado, não é um ato de execução forçada. É nesta fase também, e não antes, que poderá o juiz averiguar a existência de créditos em outros processos para suportar a despesa honorária.

E mesmo assim, sempre, garantindo-se ao devedor o exercício do contraditório e da ampla defesa, respeitando-se esses princípios constitucionais. Do contrário, a intangibilidade salarial, já relativizada, corre o risco de ser banalizada.

4.7. Aplicação da lei no tempo

Como último tema antes das considerações finais, impõe-se tratar do problema da aplicação

da lei no tempo. Diversas decisões entendem pela aplicabilidade imediata da regra relativa aos honorários de sucumbência, como aquelas já citadas nas notas 13 e 14, por exemplo. Outras tantas declaram que a norma só se aplica aos casos ajuizados após a vigência da Lei n. 13.467/2017.

Pela primeira corrente, argumenta-se que se trata de norma processual e cuja aplicação alcança os processos em curso, sendo que a sentença é o marco temporal para aplicação das normas que regulam os honorários de sucumbência. Nesse sentido, há recente decisão do STJ⁽²⁴⁾ em função das alterações sobre a matéria no CPC/2015 e até mesmo uma antiga Súmula do STF⁽²⁵⁾.

Com todo respeito aos entendimentos em contrário, a regra que trata dos honorários de sucumbência trabalhista é de natureza material e não processual.

Por força do art. 22 do EA e do art. 791-A da CLT, os honorários de sucumbência trabalhista decorrem do trabalho do advogado e a ele pertence. É crédito autônomo. De acordo com o art. 23 do EA e com o art. 84, § 14 do CPC, os honorários têm natureza alimentar e constituem crédito privilegiado. É, portanto, a remuneração compensatória pelo exercício do seu ofício e pelo êxito. É o direito material que assegura ao advogado o direito ao recebimento da verba, ainda que decorrente de sua atuação

(24) “... 6. O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.” (RESP n. 1.465.535/SP – DJe 22.8.2016). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1500510&num_registro=201102936413&data=20160822&formato=PDF>. Acesso em: 6 fev. 2018.

(25) Súmula n. 509 STF: “A Lei n. 4.632, de 18.5.1965, que alterou o art. 64 do Código de Processo Civil, aplica-se aos processos em andamento, nas instâncias ordinárias”.

profissional no processo, ainda que seja fixado por um ato processual, a decisão judicial.

As regras sobre honorários de sucumbência não tratam de matéria processual nem procedimental. Não se vê nelas nada que diga instrumento da realização de direito material reclamado, nem com a forma de procedimento judicial. Apenas que será reconhecida, deferida e arbitrada no bojo do processo e prevista no Código de Processo (No Capítulo Processual, no caso da CLT). Isso não basta para lhe dar natureza processual.

O diploma legal que prevê a existência do direito não é o que define a sua natureza jurídica. “Não se ignore, a propósito, a atenta observação de Eduardo Couture, de que a natureza processual de uma lei ‘não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio’.”⁽²⁶⁾

Todavia, ainda que se admita a natureza híbrida dos honorários, processual e material, ainda assim não seria possível a sua aplicação ao passado. A parcela material do direito impede a sua aplicação retroativa, posto que é impossível cindir o instituto. Ora, se a natureza é híbrida, porque é híbrida, é direito material e se assim é, impossível a aplicação para apanhar fatos passados.

A parte autora estabelece a sua posição jurídica processual quando do ajuizamento da ação. Se no momento da prática deste ato processual a parte não vislumbrava no ordenamento vigente a possibilidade jurídica da condenação nos honorários de sucumbência, porque inexistente fundamento legal à época, não pode ser surpreendida com tal condenação fundada em lei posterior, sob pena de se caracterizar aí a aplicação retroativa da lei.

(26) DALLEGRAVE NETO, José Affonso. (In)aplicabilidade imediata dos honorários de sucumbência recíproca no processo trabalhista. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 38-46, jul./ago. 2017. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/111552>>. Acesso em: 8 fev. 2018.

Eis porque a condenação em honorários de sucumbência nos processos ajuizados antes da vigência da Lei n. 13.467/2017 resulta em retroatividade da norma e afronta ao disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

5. Considerações finais

O processo do trabalho é instrumento de realização forçada do direito material do trabalho, na medida em que só atua quando necessária a intervenção do Estado-Juiz e seu poder de coerção. A jurisdição é acionada quando se alega que o direito não foi cumprido espontaneamente.

Uma vez que é meio de realização de um direito material marcado pela desigualdade das partes, o direito processual do trabalho também tem em sua natureza o caráter protetivo. De outro modo, será inadequado ao seu próprio fim.

Embora bastante claro que o propósito da nova legislação é reduzir a rede de proteção do trabalhador, numa tentativa de retornar a disciplina do Direito do Trabalho para o seio do Direito Civil, enaltecendo maior espaço para a autonomia da vontade, não se mostra possível qualquer interpretação isolada, descomprometida com os princípios e valores preconizados pela Constituição Federal, seja pela sua força normativa seja mesmo pelo seu projeto de uma sociedade mais democrática e participativa, solidária e menos desigual.

Assim é que os honorários de sucumbência recíproca, tradicionalmente presentes na esfera civil, quando transpostos para o processo do trabalho, carecem de novos contornos e adequações, de maneira a torná-los compatível com a realidade das pessoas a que se dedica este ramo especializado do direito material e o respectivo processo.

Os honorários de sucumbência trabalhista – mesmo recíproca, portanto, devem ter interpretação própria e diversa dos honorários de sucumbência recíproca do processo civil. Os honorários não podem se tornar obstáculo de

acesso à justiça, como também não se prestam a servir de ameaça a quem se sinta lesado em seus direitos e que entenda necessário acudir ao Poder Judiciário.

Quando houver que condenar o trabalhador em honorários de sucumbência trabalhista, tanto na hipótese de improcedência quanto na de procedência parcial, em relação à parcela rejeitada do pedido, o juiz não está adstrito à faixa entre 5 e 15% do valor da causa ou da condenação.

O juiz, assim, há que observar as circunstâncias do caso concreto e a capacidade econômica do trabalhador, para então estipular o valor da verba honorária.

A fixação de honorários de sucumbência trabalhista em valor módico não é ofensiva ao advogado nem à advocacia, quando destinada a preservar a dignidade do trabalhador que não obteve êxito em sua demanda, porque pressupõe que o juiz tenha levado em conta a capacidade econômica do devedor frente à necessidade do credor.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Amador Paes. *Curso prático de processo do trabalho*. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.465.535/SP* – Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Acórdão, DJe 22.08.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1500510&num_registro=201102936413&data=20160822&formato=PDF>. Acesso em: 6 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Dispositivos impugnados pela AMB. Prejudicado o pedido quanto à expressão “juizados especiais”, em razão da superveniência da Lei n. 9.099/1995. Ação direta conhecida em*

parte e, nessa parte, julgada parcialmente procedente. ADI n. 1.127. Julgada em 11.6.2010. Rel. Min. Marco Aurélio de Melo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612210>>. Acesso em: 16 out. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 32500-29.2005.5.17.0008*. Rel. Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Acórdão, DJEJT 7 out. 2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=32500&digitoTst=29&anoTst=2005&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0008&submit=Consultar>>. Acesso em: 8 fev. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1164-20-2014-5-09-0006*. Acórdão DJEJT 23.6.2017. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1164&digitoTst=20&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=9&varaTst=0006&submit=Consultar>>. Acesso em: 8 fev. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. (In)aplicabilidade imediata dos honorários de sucumbência recíproca no processo trabalhista. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 38-46, jul./ago. 2017.

GIGLIO, Wagner D.; CORREA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNING, Cristina Maria Navarro. *Honorários advocatícios na Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/1480654>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

LAMARCA, Antonio. *Processo do trabalho comentado*: arts. 643 a 910. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo. (V. 1). São Paulo: RT, 2006.

MARTINES, Fernando. Ausência de nexos. Juíza condena trabalhador que se acidentou a pagar

R\$ 20 mil de honorários. *Consultor Jurídico*. 16 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/juiza-manda-empregado-acidentou-pagar-20-mil-honorarios>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*: doutrina e prática forense. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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

Trabalhadora é condenada a pagar R\$ 67 mil após reforma trabalhista: Juiz entendeu que a maioria dos pedidos feitos pela ex-funcionária de um banco eram improcedentes. *Gazeta do Povo*. 13 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/trabalhadora-e-condenada-a-pagar-r-67-mil-apos-reforma-trabalhista-340f7n4xqrqrd6d-2grj7ch78>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

Capitalismo monopolístico e ruptura com o Estado de Direito Social: análise da atual crise do Estado de Direito Social no Brasil, por meio do resgate da crítica de Neumann e Kirchhmeier ao capitalismo monopolístico

Bruno Alves Rodrigues^(*)

Resumo:

- O Brasil vive profunda crise política e econômica, e a resposta do governo tem sido atrelada à suposta necessidade de enxugamento do Estado. Propõe-se um estudo da correlação entre o projeto de Estado mínimo e de redução de direitos sociais, notadamente no que diz respeito à reforma trabalhista, com o propósito monopolístico das empresas que pretendem concretizar seus anseios rentistas. Utiliza-se, como marco teórico, estudos do capitalismo monopolístico desenvolvidos por Otto Kirchheimer e Franz Neumann. Vivenciamos uma quadra em que predominam interesses do capital financeiro, num modelo de concentração do poder econômico nas mãos de grupos de investimento, que definem a sorte de verdadeiros conglomerados da economia real, segundo mera conveniência especulativa. A consagração histórica de marcos regulatórios que antagonizam com o anseio monopolístico levou estes grupos não só a manterem a aparência de independência entre empresas cartelizadas, mas também a enfraquecerem órgãos de Estado vocacionados ao antitruste, notadamente a Justiça do Trabalho e o CADE. A EC n. 95/2016 rompe as premissas do Estado de Direito Social, instituindo regime fiscal que ao mesmo tempo fixa limites de despesas voltadas à consecução das atividades essenciais ao Estado, e deixa sem amarras a execução orçamentária reversível ao setor financeiro privado.

Palavras-chave:

- Estado — Social — Direito — Capitalismo — Monopólio.

(*) Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Divonópolis/MG. Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG. Doutorando em Direito pela UFMG. Presidente da Amatra3 no biênio 2013/2015.

- Brazil is experiencing deep political and economic crises, and the government's response has been tied to the alleged need to slow down the state. It is proposed to study the correlation between the minimum state project and the reduction of social rights, especially with regard to labor reform, with the monopolistic purpose of the companies that intend to realize their rentier desires. Studies of monopoly capitalism developed by Otto Kirchheimer and Franz Neumann are used as theoretical framework. We live in a block dominated by financial capital interests, in a model of concentration of economic power in the hands of investment groups, which define the sort of real conglomerates of the real economy, according to mere speculative convenience. The historic consecration of regulatory frameworks that antagonize monopoly longing led these groups not only to maintain the appearance of independence between cartelized companies, but also to weaken antitrust agencies, notably Labor Justice and CADE. EC n. 95/2016 breaks the premises of the State of Social Law, establishing a tax regime that at the same time sets limits on expenditures aimed at achieving the essential activities of the State, and leaves unrestricted the budget execution that is reversible to the private financial sector.

Key words:

- State — Social — Law — Capitalism — Monopoly.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. O compromisso político nas Constituições dos Estados de Direito Social
- 3. Trabalho e ordem econômica nas Constituições de Direito Social
- 4. Capitalismo monopolístico operado por fundos de investimento
- 5. Capitalismo monopolístico e Emenda à Constituição da República Federativa do Brasil de n. 95, de 15 de dezembro de 2016
- 6. Capitalismo monopolístico e instituições garantes dos Direitos Sociais
- 7. Conclusão
- 8. Referências bibliográficas

1. Introdução

O Brasil vive a uma das mais profundas crises política e econômica de sua história, tendo testemunhado o *impeachment* da Presidente da República, num processo deflagrado em 2015 e encerrado em 2016, contabilizando perda de 7,2% de seu PIB neste biênio (2015-2016), o que levou a registrar desemprego na ordem de 13,7% (14,2 milhões de pessoas⁽¹⁾), em 2017,

quadro que configura a pior recessão do país, desde 1948⁽²⁾.

A resposta do governo à crise tem sido atrelada à suposta necessidade de enxugamento do Estado, associando o almejado êxito econômico à figura do chamado Estado mínimo, inclusive via derrogação de normas trabalhistas heterônomas. É nessa diretriz que se fez aprovar a Emenda Constitucional n.

(1) Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-04/ibge-total-de-desempregados-cresce-e-atinge-142-milhoes>>. Acesso em: 28 jun. 2017, às 6:00h.

(2) Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4890366/pii-do-brasil-cai-72-em-dois-anos-pior-recessao-desde-1948>>. Acesso em: 27 jun. 2017, às 10:03h.

95/2016 (que promove ajuste fiscal em relação às despesas primárias), bem como as Leis ns. 13.429/2017 (que passa a admitir terceirização na atividade-fim) e 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), e é seguindo esta premissa que se conduz rápida tramitação da reforma previdenciária (PEC n. 287/2016).

O questionamento à constitucionalidade e eficiência destas medidas tem sido apresentado por diversos segmentos da sociedade brasileira. Neste sentido, já tramitam, no STF, as ADIs ns. 5.633⁽³⁾, 5.643⁽⁴⁾, 5.658⁽⁵⁾, 5.680⁽⁶⁾ e 5.715⁽⁷⁾, que visam a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Emenda Constitucional n. 95/2016. No mesmo sentido, recentemente a Procuradoria-Geral da República ajuizou a ADI n. 5.735, em face da Lei n. 13.429/2017, que passou a admitir terceirização da atividade-fim das empresas, *sob o fundamento de que a lei contraria o caráter excepcional do regime de terceirização e viola o regime constitucional de emprego socialmente protegido, além de esvaziar os direitos fundamentais conferidos ao trabalhador*.⁽⁸⁾

Propomos, neste contexto, um estudo da correlação entre o projeto de Estado mínimo e de redução de direitos sociais com o propósito monopolístico das empresas que pretendem concretizar seus anseios rentistas e

de cartelização, às expensas da eliminação do Estado Social de Direito. Para tanto, usamos como marco teórico os estudos do capitalismo monopolístico desenvolvido por dois notáveis integrantes da Escola de Frankfurt, Otto Kirchheimer e Franz Neumann, em um necessário resgate histórico da inter-relação entre este sistema econômico e a falência do projeto de Estado de Direito Social contido na Constituição de Weimar, de 1919.

2. O compromisso político das Constituições dos Estados de Direito Social

As Constituições, nos Estados de Direito Social, definem termo objetivo do dever subjetivo de reconhecimento da *liberdade subjetiva do outro, igual titular de direitos*.⁽⁹⁾ A sociedade política busca o consenso, fundado numa razão universal, devendo aquele convergir de uma postura ética e democrática, pois só assim se poderá supor uma *supressão efetiva das relações de dominação e a instauração da sociedade política na sua essência consensual como reino da liberdade realizada*⁽¹⁰⁾. As distorções existentes nas relações sociais ocorrem na medida em que, não obstante as comunidades humanas sejam, por natureza, comunidades éticas — tendo no *ethos* uma dimensão constitutiva de sua estrutura,

nas condições variáveis e extremamente complexas em que essas comunidades se realizam penosamente na história, sua face ética aparece quase sempre deformada ou velada pelos fatores poderosos que impelem os indivíduos e os grupos na direção das necessidades e dos interesses, em que o encontro com o outro é medido pelas categorias da utilidade, da dominação ou das satisfações subjetivas⁽¹¹⁾.

(3) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=333006>>. Acesso em: 28 jun. 2017, às 6:40h.

(4) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=334454>>. Acesso em: 28 jun. 2017, às 6:40h.

(5) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337949&caixaBusca=N>>. Acesso em: 28 jun. 2017, às 6:40h.

(6) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340701>>. Acesso em: 28 jun. 2017, às 6:40h.

(7) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5203351>>. Acesso em: 28 jun. 2017, às 6:50h.

(8) Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-pede-inconstitucionalidade-de-lei-que-permite-terceirizacao-da-atividade-fim-1>>. Acesso em: 28 jun. 2017, às 6:20h.

(9) SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 336.

(10) LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Ética de direito*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 185.

(11) LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Ética de Direito*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 245. Complementa o

O compromisso político radicado em uma Constituição de Estado de Direito Social, assim, sujeita-se a uma permanente tensão instada por dados poiéticos, utilitaristas, que buscam a sobreposição do dado econômico sobre o dado ético comunitário. Tais Constituições, desde as precursoras Constituição mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, buscavam equacionar esta tensão, pelo que transcendem ao compromisso do primeiro constitucionalismo, que era voltado eminentemente a assegurar liberdades individuais frente o Estado, para passarem a integrar, em seus espectros de regulação, os fenômenos do trabalho e a da economia. Explica NEUMANN que:

[...] as constituições do período do pós-guerra, tenham elas sido ou não escritas, se baseiam todas nos princípios políticos do pluralismo, ou seja, a distribuição do poder do Estado entre as organizações socialmente livres. A concepção pluralista foi especificamente transformada numa ideia de paridade entre as duas classes da sociedade. Enquanto o liberalismo ignora a existência de um conflito de classe, e entende que o reconhecimento da liberdade jurídica e da igualdade jurídica é suficiente, esse período de democracia coletivista reconheceu a existência de um conflito de classe, mas procurou transformar o conflito numa cooperação entre as classes com base na paridade. O período após a guerra é caracterizado pelo fato de o movimento dos trabalhadores ter-se tornando autoconsciente, por ter-se constituído como organização autônoma, e pela tentativa de transformar toda a sociedade de acordo com sua filosofia

autor, na sequência, que a possibilidade do encontro com o outro como encontro de natureza ética ou moral, que é forma mais alta da relação intersubjetiva. Formas inferiores do encontro que se desenrolam na esfera do útil só podem adquirir uma dimensão ética se sobrelevadas ao nível de universalidade da razão prática em que a gratuidade do bem se sobrepõe ao interesse do útil. Aqui reside, aliás, o cerne da tão discutida questão sobre a dimensão ética do agir econômico.

de vida. Essa tendência, a autoconsciência do movimento dos trabalhadores, foi acelerada pela guerra, levando à transformação do Estado liberal numa democracia de massas. A ideia de paridade entre vários estratos da sociedade é uma teoria visível na formação da Constituição de Weimar. A história da Constituição de Weimar mostra que a concepção de um contrato social não é um mero ideal ou um mero artifício para a justificação do Estado, mas às vezes chega mesmo a ser uma realidade histórica (...). Esse sistema constitucional foi chamado de um Estado de Direito Social. Parece óbvio que um tal sistema não reduz apenas a influência do Estado, mas a reforça. Os livres acordos entre os parceiros concernidos só podem ser realizados se os conflitos econômicos não se tornarem conflitos políticos decisivos. O entendimento entre empresários e trabalhadores, sobretudo, é possível apenas se o empresário for capaz de fazer algumas concessões.⁽¹²⁾

Como bem pondera NEUMANN, uma democracia pode ser liberal ou promotora de direitos sociais, a depender de sua sociedade matriz. Exemplifica que regulações de proteção a trabalhadores, envolvendo dirigismo contratual e limitações à liberdade empresarial, apenas ocorrem, efetivamente, em Estados liberais, como os EUA, se disto decorrer, também, uma conveniência capitalista, a fim de se assegurar o funcionamento da economia.⁽¹³⁾ A democracia, por si só, assim, não se apresenta

(12) NEUMANN, Franz. *O império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 439-442.

(13) KIRCHHEIMER, Otto; NEUMANN, Franz. *Social democracy and the rule of law*. . Tribe, Keith (Ed.). London: Allen & Unwin, 1987, p. 35: American constitutional theory, only such a exception as ultimately serves securing of liberty and property is permitted. Regulations for the protection of workers which involve intervention in the freedom of enterprise are only permissible under American constitutional doctrine when they not only serve the interests of the working class but also those of capitalism.

como instância promotora de direitos sociais. Nas palavras de KIRCHHEIMER, num pobre, dúbio e ineficaz conceito de democracia, bastaria a garantia do privilégio do voto à maior parte do número de cidadãos. Explica o mencionado jurista da escola de Frankfurt que uma democracia que não contivesse qualquer outro princípio, além da estrita unidade política de pessoas livres, não teria chegado ao seu último estágio. O proletariado, por cujo sacrifício se alcançou a unidade nacional e a liberdade do primeiro constitucionalismo, percebeu que apenas modificara seu mestre.⁽¹⁴⁾ Efetivamente, os trabalhadores passaram a compreender o quanto foram excluídos na primeira fase do constitucionalismo, ainda que tivessem se prestado a cumprir agenda comum com a burguesia, para efeito de superação de modelos autoritários⁽¹⁵⁾. Aliás, como explica KIRCHHEIMER, os trabalhadores perceberam que a dialética inerente à democracia levava à possibilidade de não se manter o próprio equilíbrio político, viabilizando-se uma verdadeira “ditadura burguesa”, que consistiria em manter a economia predominante em todos os sentidos disponíveis.

(14) KIRCHHEIMER, Otto. *Weimar — and what then?* An analyses of constitution. 1930, p. 38: The poor delimitation, and therefore the increasing lack of meaning, of the concept “democracy” is clearly revealed through the fact that in general the above-named states are considered democracies only because they grant voting privileges to the largest possible number of citizens. (...) But it soon developed that a democracy which contained no other principle than of the national unity of a politically free people could not be the last and decisive stage of democracy. The proletarian strata, with whose sacrifices national unity and freedom had been won, soon noted that they had only changed their masters; they wanted to move beyond national democracy so as to achieve social democracy.

(15) KIRCHHEIMER, Otto. *Weimar — and what then?* An analyses of constitution. 1930, p. 44: When France, in 1971, introduced an electoral law which tied the franchise to a certain standard of wealth, this restrictive condition had a political purpose. It was to maintain in power the propertied bourgeois strata who had taken over the French government after the fall of the absolute monarchy, and to make political participation impossible for large parts of the poorer population, mainly in radical Paris.

A ineficácia de um compromisso político de simples liberdade formal, com suposta legitimação, pelo sufrágio, se mostra evidente a partir da constatação de que as relações econômicas, analisadas numa perspectiva de sucesso meramente contábil, ou seja, de estrita acumulação de capital, tendem a romper com a feição meramente técnica que lhes deveria ser inerente, passando a assumir a própria centralidade das pautas de todas as relações humanas, jogando para o campo periférico os próprios laços ético-comunitários. Neste movimento teratológico, o dado humano passa a figurar como instrumental em relação ao dado econômico, em patente inversão de valores.

3. Trabalho e ordem econômica nas Constituições Sociais

Preceitua a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 170, que *a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*. Note-se bem: o objetivo constitucional está na preservação da dignidade humana e na realização da justiça social, e não, obviamente, na preservação da ordem econômica, *per se*. E dentre os princípios definidos para consecução deste fim constitucional, destacam-se: III – função social da propriedade; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A história já demonstrou que a definição de políticas públicas centradas na preservação da dignidade da pessoa humana, com a definição desta como termo de freio e contrapeso em relação ao afã capitalista de mera acumulação de capital, representa imperativo para a manutenção não apenas dos direitos fundamentais, mas também para a própria viabilização do sistema, como um todo, no longo prazo, na medida em que sem esta moderação, o próprio capitalismo tende a ser autofágico.

A positivação constitucional de sólidos fundamentos que devem equilibrar a livre-iniciativa, como a utilização da propriedade voltada à consecução de sua função social, na busca da redução de desigualdades regionais e sociais, bem como do pleno emprego, com suposto de tratamento favorecido para empresas de pequeno porte, acaba por evidenciar que não se pode deixar que a economia siga simples ditames de “regras de mercado”. Tais regras de mercado, funcionando ao alvedrio, impulsionam as empresas na direção do denominado capitalismo monopolístico, empregando-se técnicas tendentes a mitigar o controle natural estabelecido pela concorrência, seja no delineamento da própria oferta de produtos ou serviços no mercado, seja na definição do valor da mão de obra e de insumos que se fizerem necessários.

A história nos remete a assombrosos exemplos de transição de um capitalismo competitivo para o monopolístico, notadamente aquele verificado sob o manto do regime nazista, que excepcionando a Constituição de Weimar, não só admitiu, como promoveu a prática da cartelização. KIRCHHEIMER explica que no governo nacional socialista, o totalitarismo buscava reduzir o risco do empreendedorismo de concorrência, encorajando-se o monopólio e a cartelização. O nacional socialismo reduziu jurisdição do Tribunal de Cartel e promoveu cartelização compulsória, compelindo independentes a aderirem a cartéis, com grande supervisão de agências estatais, que harmonizavam interesses de grupos de negócios com outros grupos sociais. Pequenos empreendimentos eram pressionados a aderirem à cartelização e lojas eram fechadas por serem desnecessárias à economia nacional.⁽¹⁶⁾

(16) KIRCHHEIMER, Otto. Changes in the structure of political compromise. *Studies in Philosophy and Social Science*, v. IX, 1941, p. 274-275: The automatic integration of the political structure by money in the nineteenth century and the systematic use of the credit apparatus to this end in the period of mass democracy has given way to forms of domination by institutionalized monopolies. (...) The cartel

Enfim, a experimentação empírica está repleta de exemplos do quão insustentável se apresentam sistemas que alicerçam seus projetos sociais exclusivamente em um dado projeto econômico. Todo projeto de governo que lança seus fundamentos estratégicos predominantemente em projetos econômicos, e não sociais, está fadado ao colapso, pouco importando se este projeto esteja fundado em um intervencionismo monopolístico autoritário, ou em um liberalismo extremado, este também tendente a colapsar, a exemplo do que se verificou com as crises de 1929 e de 2008, ambas associadas à prática de inversões financeiras mais compromissadas com a sorte de um capital meramente especulativo, do que com o compromisso social de um capital industrial.

4. Capitalismo monopolístico operado por fundos de investimento

Vivenciamos uma quadra histórica em que predominam interesses do capital financeiro, num modelo organizacional de concentração do poder econômico nas mãos de grupos ou fundos de investimento, que definem a sorte de verdadeiros conglomerados da economia real, segundo mera conveniência especulativa, dissociada de qualquer responsabilidade social ou ambiental. Estes grupos de investimento atuam no mercado aberto de ações, conformando grandes conglomerados econômicos, que apesar de fazerem uso deste controle para facilitar a prática monopolística, procuram transparecer uma artificial condição fragmentária aos consumidores, trabalhadores e órgãos de controle. NEUMANN já denunciara, na clássica obra *Behemoth (Pensamento e ação no nacional socialismo, 1933-1944)* que *la sociedad por acciones es la forma legal que ha*

poliec of National Socialism shows three stages of development. At the beginning, in 1933, we find a poliec of active help grant at to private market organizations in two ways, first, by considerably restricting the jurisdiction of the Cartel Tribunal, and second, by making cartelization compulsory and compelling outsiders to attach themselves to existing cartels.

servido para poner en práctica el proceso de monopolización⁽¹⁷⁾. Explica o jurista que:

[...] la sociedade mercantil moderna, monopólica o no, ha modificado ya la función de la propiedad. La forma misma de la sociedade hace que la función del capital se divorcie de la administración, y con ello crea el germen de donde surge una burocracia de gerentes, destruyendo la piedra de toque de la libre competência, del empresario libre, que arriesga su capital y trabajo con objeto de alcanzar ciertos fines económicos.⁽¹⁸⁾

A inter-relação entre o capitalismo monopolístico e a figura da sociedade por ações mostra-se presumível. Este próprio modelo de sociedade já se define etimologicamente como “sociedade anônima”. Não decorre, assim, de um convergente propósito societário, entre pessoas dispostas a canalizarem suas afinidades técnicas e administrativas, em prol do sucesso de determinado empreendimento, numa contínua busca da redução do risco no emprego de seu capital industrial, que por sua vez geraria cíclica estabilidade em todas as relações dependentes da segurança deste empreendimento, a exemplo das relações trabalhistas e consumeristas. Trata-se a sociedade anônima de capital aberto, na verdade, de mera sociedade de capital, cuja concentração de recursos, pela sua própria dinâmica de operação, advém do sucesso das campanhas de captação vertidas em mercado aberto de ações, sucesso este atrelado aos propósitos meramente rentistas dos acionistas, e não especificamente ao sucesso do empreendimento em seu objeto social. Aliás, o propósito meramente rentista do grupo de investidores, que adquire o controle acionário de determinada empresa, não raramente dirige-se à aniquilação da própria empresa, atendendo a interesses monopolísticos de outros empreendimentos dominados

pelo mesmo grupo econômico. Nas palavras de NEUMANN, *la reunion de accionistas ya no es una discusión entre capitalistas industriales, sino una lucha entre poderosos grupos monopolíticos que regatean com la gerencia y la apoyan cuando se alcanzan sus propios fines*⁽¹⁹⁾. É no atendimento destes propósitos exclusivamente rentistas e especulativos, que se verifica um completo descolamento entre o “sucesso” decorrente do propósito especulativo e de acumulação de riquezas do capital financeiro, em relação ao êxito concreto do capital industrial responsável pela economia real. Não por outro motivo, em meio à maior recessão econômica verificada no Brasil há quase 70 anos, com queda de 7,2% do PIB em apenas um biênio, registrando-se desemprego de quase 14 milhões de pessoas, a Bovespa bateu recorde histórico de negociação, fazendo inversões financeiras de R\$ 7,19 bilhões por dia. O viés monopolístico destas negociações está comprovado na circunstância dos bancos serem responsáveis por R\$ 1,21 bilhão negociado, em média, por dia (16,91% do total movimentado pela bolsa paulista). Juntos, os 10 segmentos mais representativos da Bolsa de Valores de São Paulo concentram 71,29% do total movimentado pela mesma.⁽²⁰⁾

O Instituto Federal de Tecnologia da Suíça analisou as relações entre cerca de 43.000 empresas multinacionais e concluiu que *174 empresas (na maioria bancos) têm um poder desproporcional em relação ao resto do mundo. Esses 174 empreendimentos são considerados “superentidades” que controlam 40% da economia mundial*⁽²¹⁾. Como explica BEYNON (2003), citando Charles Tilly:

[...] a globalização do capital e a criação de “poderosas organizações supranacionais”

(19) *Idem*.

(20) Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/2017-03-30/bovespa.html>>. Acesso em: 29 jun. 2017, às 11:10h.

(21) Disponível em: <<http://super.abril.com.br/blog/superlistas/as-10-empresas-que-controlam-o-mundo/>>. Acesso em: 19 jun. 2017, às 16:00h.

(17) NEUMANN, Franz. *Behemoth: pensamiento y acción em el national-socialismo, 1933-1944*. Barcelona: Anthropos Editorail, 2014. p. 201.

(18) *Ibidem*, p. 202.

minaram a capacidade dos Estados de “disciplinar o capital”. Resumindo seu argumento, Tilly (*ibidem*: 21) afirma que: “Minha análise indica que a substancial aquisição de direitos feita pelos trabalhadores nos países capitalistas depois de 1850 agora enfrenta uma devastadora reversão. Nada nesta análise sugere que um novo ciclo de aquisição está prestes a começar. Da mesma forma que o Estado declina, declinam os direitos dos trabalhadores”. Segundo o autor, a não ser que novos modos de organização sejam encontrados, a própria democracia corre o risco de ser esmagada “pelas novas oligarquias do capital”.⁽²²⁾

Empregam-se, hoje, novas práticas de truste, com os mesmos antigos propósitos monopolísticos de centralização do domínio de mercado por meio de cartelização, embora hoje esta prática seja vertida de forma cada vez mais dissimulada, por meio da atuação de grupos de investimento, *holdings* e *offshores*, que tomaram lugar de ferramentas monopolísticas mais clássicas, como é o caso das fusões, *joint venture*, ou outras práticas mais evidentes de conformação de conglomerados ou grupos econômicos.

A concentração do poder real empresarial, com domínio sobre consumo e mercado de trabalho, nunca chegou a proporções tão elevadas. Contudo, diferentemente do que se verificava no passado, a consagração histórica de marcos regulatórios que antagonizam com o anseio monopolístico levou estes grupos de investimento não só a manterem a aparência de independência entre as empresas por ela cartelizadas, mas também a pressionarem os órgãos de Estado vocacionados ao antitruste no sentido de enfraquecê-los, ou limitar-lhes o campo de atuação.

Se na realidade da destinação do capital acumulado pelas empresas, bem como do

controle das mesmas, verificamos crescente concentração, a aparência exteriorizada por estas empresas tem seguido outra sorte. As empresas cartelizadas têm se submetido ao processo denominado de *downsizing*, enxugando sua estrutura aparente por meio de processos diversos, como a terceirização e o *outsourcing*. Não raramente, a estrutura “enxugada” de uma empresa é transferida para outra controlada pelo mesmo grupo de investimento, o que se promove na tentativa de desmembrar e fragmentar categorias profissionais, além de blindar o real beneficiário da atividade empreendida (o grupo de investidores) em relação às suas responsabilidades trabalhistas, fiscais, previdenciárias, ambientais, dentre outras. Explica BEYNON que:

[...] de forma geral, as indústrias recém-chegadas e aquelas que permaneceram abertas foram administradas no sentido de que reduzissem dramaticamente sua força de trabalho. Esse processo ficou conhecido nos Estados Unidos como *downsizing* (ou, ocasionalmente, como *rightsizing*). Ele foi visto como a solução para a intensificação da competição internacional, removendo a esclerose das indústrias dominadas pelas práticas do “trabalho para toda a vida” e pelo suporte dado pelo Estado através de subsídios e contratos garantidos. Máquinas (robôs e computadores) substituíram empregos em uma velocidade que levou alguns observadores a preverem o fim do trabalho (ver Rifkin, 1995).⁽²³⁾

5. Capitalismo monopolístico e Emenda à Constituição da República Federativa do Brasil de n. 95, de 15 de dezembro de 2016

A Emenda Constitucional n. 95/2016 instituiu um novo regime fiscal no âmbito dos orçamentos fiscais e da seguridade social da União, que vigorará por vinte anos (art. 106 da CF/88), e que prevê que:

(22) BEYNON, H. O sindicalismo tem futuro no século XXI? In: SANTANA, M.; RAMALHO, J. (Orgs.). *Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 47.

(23) *Ibidem*, p. 50.

Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:

I – do Poder Executivo;

II – do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário;

III – do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Poder Legislativo;

IV – do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público; e

V – da Defensoria Pública da União.

§ 1º Cada um dos limites a que se refere o *caput* deste artigo equivalerá:

I – para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e

II – para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária.

(...)

§ 6º Não se incluem na base de cálculo e nos limites estabelecidos neste artigo:

(...)

IV – despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes.

Destacamos os trechos da Emenda Constitucional que interessam à compreensão da reconfiguração promovida pela mesma, em relação aos propósitos da República Federativa do Brasil. O *caput* do art. 107 estabeleceu limites individualizados apenas para as despesas primárias. Despesas primárias *são aquelas que pressionam o resultado primário, alterando o*

endividamento líquido do Governo (setor público não financeiro) no exercício financeiro correspondente⁽²⁴⁾ (grifamos). As despesas não primárias, por sua vez, *são aquelas que criam um direito ou extinguem uma obrigação, ambas de natureza financeira, junto ao setor privado interno e/ou externo*⁽²⁵⁾. (grifamos)

O Poder Constituinte derivado optou, assim, por impor um regime fiscal que ao mesmo tempo fixa limites de despesas voltadas à consecução das atividades essenciais ao Estado (saúde, educação, segurança, seguridade social etc.), e deixa sem amarras a execução orçamentária reversível ao setor financeiro privado.

A Lei n. 13.414/2017, ao estimar receitas e fixar despesas da União, para o exercício de 2017, já deixa claro como ocorre, atualmente, a divisão do bolo:

Art. 2º A receita total estimada nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social é R\$ 3.415.431.200.238,00 (três trilhões, quatrocentos e quinze bilhões, quatrocentos e trinta e um milhões, duzentos mil, duzentos e trinta e oito reais), incluindo a proveniente da emissão de títulos destinada ao refinanciamento da dívida pública federal, interna e externa, em observância ao disposto no art. 5º, § 2º, da Lei Complementar n.101, de 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, na forma detalhada nos Anexos a que se referem os incisos I e VIII do art. 10 desta Lei e assim distribuída:

I – Orçamento Fiscal: R\$ 1.800.923.807.399,00 (um trilhão, oitocentos bilhões, novecentos e vinte e três milhões, oitocentos e sete mil, trezentos e noventa e nove reais), excluída a receita de que trata o inciso III deste artigo;

II – Orçamento da Seguridade Social: R\$ 668.099.666.174,00 (seiscentos e sessenta e oito bilhões, noventa e nove milhões, seiscentos e sessenta e seis mil, cento e setenta e quatro reais); e

(24) Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/glossario-1/glossario_view?letra=D>. Acesso em: 23 jun. 2017, às 15:50h.

(25) *Idem*.

III – Refinanciamento da dívida pública federal: R\$ 946.407.726.665,00 (novecentos e quarenta e seis bilhões, quatrocentos e sete milhões, setecentos e vinte e seis mil, seiscentos e sessenta e cinco reais), constantes do Orçamento Fiscal. (grifamos)

Portanto, praticamente 28% da receita estimada no orçamento fiscal do Brasil já é revertida para pagamento de refinanciamento de dívida pública, dívida esta que, a par de não ser auditada, conta com permanente amortização tão somente de juros abusivos e completamente distanciados da realidade praticada por outros países. Atualmente, no mundo, a média de juros reais está negativa em 0,2% a.a., enquanto que os juros reais praticados pelo Brasil, já descontada a inflação, está na ordem de 4,30% a.a., o que lhe garante a segunda posição dentre os países que mais pagam juros, atrás apenas da Rússia⁽²⁶⁾. Registre-se que, não obstante a dívida pública brasileira tenha se elevado consideravelmente nos anos de 2015 e 2016, após uma década em que ficou situada em percentuais de 60 a 68% do PIB (entre os anos de 2004 e 2014), continua com valor inferior ao do patrimônio interno bruto, estando estimada em R\$ 3,11 trilhões, no ano de 2017⁽²⁷⁾. Comparativamente, a dívida pública do Japão encontra-se calculada em U\$12 trilhões, ou o equivalente a 243% do PIB deste país, enquanto a dívida pública dos EUA está na ordem de U\$18,6 trilhões, o equivalente a 104% do PIB⁽²⁸⁾. Os juros reais praticados em 2017, pelos EUA, estão **negativos** em 1,39% a.a., enquanto que os juros praticados pelo Japão estão **negativos** em 0,56% a.a.

Incontestável, assim, que apesar do Brasil contar, historicamente, com ampla responsabilidade fiscal, com nível de endividamento

inferior ao das grandes potências mundiais, o país passou, com ênfase nos últimos três anos, a priorizar a destinação de seu orçamento para o pagamento de rentistas, em grande parte representados por grupos ou fundos de investimento (a exemplo dos fundos de previdência, que são os maiores detentores de títulos, na ordem de 24,14%)⁽²⁹⁾. Em outras palavras, podemos dizer que, às expensas do sucateamento dos órgãos de Estado dependentes de despesas primárias, que tiveram seus orçamentos congelados, grandes grupos de investimento, que como já vimos, estão concentrando a titularidade das empresas que dominam o mercado mundial, conseguem se fortalecer ainda mais, colhendo, de forma parasitária, juros excessivos pagos pelo Estado brasileiro. Aliás, a circunstância dos fundos privados de previdência se apresentarem como os maiores rentistas da dívida pública brasileira demonstra os quão invertidos foram os valores de uma Constituição que até então se pretendia social e que consagra, formalmente, a garantia a uma seguridade social que *compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social* (art. 194, da CF/88). Contraditoriamente, a partir da EC n. 95/2017, a previdência pública teve seu orçamento congelado com o propósito de liberar recursos para melhor remunerar os juros pagos aos fundos de previdência privada que detêm grande parte dos títulos de dívida pública. Rompe-se, com isso, qualquer suposto de efetividade de uma constituição social, que passa a servir, abertamente, aos propósitos liberais do mercado. Não por outra razão, a partir do alicerce consolidado pela EC n. 95/2017, passou a tramitar, com grande pressão do governo e do setor financeiro, a PEC n. 287/2016, que visa uma reformulação geral

(26) Disponível em: <<http://moneyou.com.br/opinio/ranking-mundial-de-juros-reais-mai17.html>>. Acesso em: 23 jun. 2017, às 16:00h.

(27) Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/divida-publica-sobe-1142-em-2016-para-r-311-trilhoes.ghtml>>. Acesso em: 23 jun. 2017, às 18:55h.

(28) Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/11-paises-com-divida-maior-que-a-propria-economia/>>. Acesso em: 23 jun. 2017, às 18:55h.

(29) Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/05/confianca-na-economia-impulsiona-tesouro-direto>>. Acesso em: 23 jun. 2017, às 19:17h.

do sistema de previdência pública no Brasil, dificultando extremamente a concessão de benefícios, destacando-se, a respeito, no que tange ao atendimento dos interesses de grandes grupos econômicos privados, a condução da PEC por um secretário de governo que era membro do Conselho de um dos maiores fundos de previdência privada do Brasil⁽³⁰⁾.

Esta fórmula de priorização da destinação do fruto da convergência de esforços da sociedade brasileira, em prol do atendimento aos interesses especulativos de grandes grupos rentistas, que enriquecem às expensas da ampliação da dívida pública brasileira, foi potencializada por uma segunda estratégia ainda mais ardil, que tira proveito do próprio desmantelamento dos órgãos de Estado, que tiveram orçamentos congelados, e que são responsáveis por efetuar cobranças de dívidas ativas de empresas normalmente pertencentes a estes próprios grupos de investimento. O Estado, com menos recursos para efetuar a cobrança em face daqueles que figuram como seus devedores, tende a ter ampliado o seu crédito não adimplido, a chamada dívida ativa. Amplia-se, assim, a expressão financeira dos chamados “créditos podres” do Estado, e com isso legitima-se o discurso voltado à priorização da utilização destes haveres em operações de crédito, no lugar de se priorizar a cobrança dos mesmos. A atuação orquestrada por parte de grandes corporações monopolísticas, para desmantelamento dos órgãos de Estado que confrontam seus interesses financeiros, será objeto de análise no próximo capítulo. Interessa-nos, agora, analisar a fórmula criada pela EC n. 95/2017, para que estes grupos privados consigam tirar proveito de operações de crédito processadas exatamente a partir da instrumentalização da dívida ativa que, ironicamente, empresas normalmente controladas

por estes mesmos grupos mantêm perante o Estado.

A priorização do capital, em relação ao social, por meio da EC n. 95/2016, não se resume ao já analisado *caput* do art. 107, da CF/88. O § 6º do referido dispositivo traz outro perigoso artifício para se criar e ampliar mais uma forma de remuneração parasitária, principalmente voltada ao propósito rentista destes grandes grupos de investimento. Não bastasse a liberação de limites para a despesa não primária (financeira), a PEC também excetuou, dos limites impostos às despesas primárias, as *despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes*. O conceito de “empresa estatal dependente” está previsto no art. 2º, da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

III – empresa estatal dependente: ***empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital***, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária; (grifamos)

As chamadas empresas estatais não dependentes, assim, são empresas que, apesar de estatais, recebendo subvenção pública, submetem-se ao regime jurídico de direito privado. A utilização destas empresas tem sido associada, na história recente do Brasil, ao atendimento do interesse de administradores públicos inescrupulosos, bem como de grandes grupos privados que, em seus propósitos monopolistas, não satisfeitos em fazer crescer a dívida pública do Estado, extraindo rendimentos exorbitantes dos títulos desta dívida, enxergaram uma segunda fórmula parasitária de extrair renda às expensas de ativos do erário, desta vez fazendo uso de títulos da dívida mantida por particulares perante o próprio Estado. A fórmula é simples: determinada empresa estatal não dependente faz a emissão de debêntures lastreadas em

(30) Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/03/27/interna_politica,857610/comissao-de-etica-recomenda-que-marcelo-caetano-deixe-o-conselho-da-br.shtml>. Acesso em: 25 jun. 2017, às 16:39h.

títulos da dívida ativa do Estado, cuja oferta, a exemplo do que ocorre com os títulos da dívida pública, serão apropriadas, normalmente, por grandes grupos de investimento. A oferta destas debêntures, para arrecadação de valores lastreados em títulos de créditos do Estado, é processada com a cautela de prévia verificação do fluxo histórico médio de êxito, do próprio Estado, na cobrança administrativa ou judicial de seus títulos de dívida ativa. Em termos: se hipoteticamente o Estado conta com ativos a receber na ordem de R\$ 1.000.000.000,00, mas apenas tem êxito administrativo e judicial, em sua média histórica, na cobrança média de R\$ 1.000.000,00 anuais, basta emitir debêntures até este teto, para que se projete garantia praticamente real quanto à verificação do pagamento da operação de crédito (empréstimo) realizado por meio das debêntures. Assim, em um fluxo normal de caixa, o Estado já estima e tem praticamente como certo o pagamento de uma parcela da dívida ativa que particulares mantêm para com o mesmo. Contudo, o Estado obtém empréstimo que antecipe estas receitas, às expensas do pagamento de juros exorbitantes, para atendimento dos interesses de administradores públicos que pretendem burlar a lei de responsabilidade fiscal, realizando operação de crédito que lhes antecipe receita, em prejuízo do fluxo de caixa do exercício financeiro seguinte, e para atendimento, sobretudo, dos interesses rentistas dos grandes grupos de investimento, que fazem a aquisição destas debêntures. Este mecanismo já foi denunciado ao TCU, por meio da Representação referente ao processo 016.585/2009-0, que deu origem ao Acórdão n. 772/2016, da sessão plenária de 6.4.2016, e que destacou sólidos fundamentos expendidos pelo auditor da Semag (Secretaria de Macroavaliação Governamental), ao tratar da natureza jurídica das operações realizadas pelo Município de Belo Horizonte, para captar recursos financeiros junto ao mercado, mediante a cessão de direitos creditórios lastreados na receita futura de títulos das respectivas dívidas

decorrentes de créditos tributários vencidos e não pagos, realizadas por meio de fundos de investimento em direitos creditórios não padronizados (FIDC-NP)⁽³¹⁾.

- (31) a) a natureza da operação não permitiria que o valor patrimonial da cessão fosse deduzido do total da dívida ativa. Até porque a titularidade da dívida ativa é indelegável. Ou seja, na referida negociação, manteve-se no patrimônio da municipalidade o ativo "dívida ativa" que daria origem ao referido fluxo de caixa futuro. Nesse sentido, não há que se falar em dedução do fluxo de caixa do ativo "dívida tributária". É a própria impossibilidade de transferência de titularidade da dívida ativa que determina a contabilização do fato, e não o inverso; b) o Código Civil Brasileiro prevê, como exemplificou a PGFN, a concessão de superfície, cuja cessão está prevista nos artigos 1.369 a 1.377 da Lei 10.406/2002. O Código Tributário Nacional, porém, não apresenta nenhuma previsão de cessão da dívida ativa; c) não procede a alegação da PGFN de que o conceito de operação de crédito perde o sentido de constituir dívida financeira caso se considere a afirmação da Semag de que o compromisso financeiro não se restringe às operações que envolvam assunção de risco ou de um compromisso de adimplência por parte do município. No caso em análise, não houve transferência de risco, que permaneceu com o município; d) nesse sentido, em momento algum os direitos creditórios "cedidos" ao fundo saem do controle do município, que cede apenas o direito autônomo ao recebimento do crédito. Não há que se falar, portanto, em transferência de risco, que permanece com o município; e) outro fator que chama a atenção na operação em análise é a imprevisibilidade de quanto o município de Belo Horizonte irá pagar no futuro pelas cotas recebidas do FIDC e comercializadas no mercado; f) a esse respeito, pelo regulamento do FIDC, essas cotas teriam remuneração máxima de DI + 4% a.a. (peça 10, p. 15), a depender da arrecadação do município, ou seja, pelas regras do fundo, essas cotas poderiam ter rentabilidade menor. Nesse sentido, existiria uma imprevisibilidade do município em não se saber quanto iria pagar pelas cotas colocadas em mercado. Ainda que se fale em imprevisibilidade, existiriam grandes chances, pelo histórico de recebimentos da dívida ativa pelo Município de Belo Horizonte, de o ente pagar DI + 4% a.a. aos investidores; g) nesse contexto, a engenhosa operação estruturada no âmbito do FIDC-NP BH tentou transformar a impossibilidade de venda de um ativo peculiar, de competência tributária indelegável, em algo similar à venda, para fugir dos controles da LRF; h) ademais, ainda que o regulamento do fundo fale em ausência de risco pelo município ante a inadimplência dos devedores, não é isso que se verifica na prática, visto que os riscos do recebimento do ativo permanecem

com o município, que também não saberá ao certo quanto pagará de juros pela antecipação de receita, ante a imprevisibilidade dos recebimentos dos fluxos da dívida ativa; i) o fato de a dívida ativa corresponder a receitas que deveriam ser arrecadadas no passado não gera o direito de que esse ativo possa ser comercializado com deságio para recebimento presente sem que essa operação seja considerada de crédito. A dívida ativa tributária é um ativo de titularidade indelegável e representa um conjunto de receitas orçamentárias a arrecadar que pertencem ao exercício em que forem efetivamente pagas. Independentemente da ocorrência do fato gerador, sua antecipação nos moldes descritos no regulamento do FIDC-NP BH representa uma operação de crédito. Ademais, o artigo 37, inciso I, da LRF apenas dispõe sobre tipos de operação de crédito vedadas pela LRF, e não sobre as diversas modalidades de operação de crédito possíveis; j) o recebimento, em data futura ou antecipado, de eventuais parcelamentos da dívida ativa concedidos aos contribuintes pelas regras do fisco municipal não é parâmetro hábil a caracterizar a essência da operação realizada entre o Município de Belo Horizonte e o Banco do Brasil. O Município de Belo Horizonte é sujeito ativo da obrigação tributária, o qual detém competência para exigir do contribuinte, sujeito passivo da obrigação tributária, o tributo devido. A forma como esse pagamento se dará e como se processará sua quitação diz respeito aos sujeitos envolvidos nessa relação tributária; k) a diferença existente entre o recebimento do imposto pelo ente público por intermédio do contribuinte ou de um fundo é que o município, ao receber essa antecipação de receita por um fundo, estará incorrendo em custos maiores. O deságio obtido pela antecipação de receita para o município pelo fundo traduz-se em custos para o município. Nesse particular, o Regulamento do FIDC-NP BH previu como meta a valorização correspondente a 100% da variação acumulada da taxa DI, acrescida de spread ou sobretaxa de 4% ao ano (peça 10, p. 15); l) a garantia da operação, considerando os fluxos históricos de recebimento da dívida ativa pelo Município de Belo Horizonte, seria bastante elevada. O fluxo mensal esperado de recebimento da dívida ativa tributária seria, no mínimo, 100% superior ao montante das obrigações mensais do fundo junto a seus cotistas (peça 3, p. 36/7, itens 79/86), fato que facilitaria o atingimento da meta a ser paga aos cotistas e que redundaria em maiores custos ao Município de Belo Horizonte; m) o argumento de a operação em análise corresponder a apenas 0,75% do orçamento anual da municipalidade não justifica a natureza da operação. De fato, a realidade econômica da operação, à qual se devem subordinar os instrumentos jurídicos utilizados para dar-lhe existência e validade, deixa cristalino e evidente que se cuida, em verdade, de operação de crédito, por meio da qual o Município de Belo Horizonte/MG, para receber no presente

A regulamentação da prática indicada está sendo providenciada pelo Congresso Nacional, por meios de, pelo menos, três projetos de lei: PLS n. 204/2016, o PLP n. 181/2015 e o PL n. 3.337/2015.

Enfim, a Constituição da República Federativa do Brasil rompeu com toda a sistemática disposta pelo Constituinte originário, no sentido de consagrar ordem de princípios cuja efetividade seria assegurada pelos institutos de justiça social previstos pela própria Constituição, e que deixavam clara a subsidiariedade da ordem econômica para cumprimento do programa constitucional social. A exemplo do que se verificou com a Constituição de Weimar, a EC 95/2016 rompe exatamente com o eixo normativo que seria responsável por consagra-la como uma Constituição de efetiva decisão quanto à efetividade dos direitos humanos. Como bem explica NEUMANN:

O equilíbrio de forças entre as classes foi juridicamente introduzido na segunda parte da Constituição de Weimar, que diz respeito aos direitos humanos. A interpretação desta segunda parte foi assunto de controvérsias inflamadas. Enquanto a primeira parte da Constituição provê a organização do Estado, presidente, Parlamento, Reichsad etc., a segunda parte contém a decisão sobre as atividades futuras do estado. A visão predominante era a de que a Constituição não continha nada senão a expressão dos velhos princípios liberais da liberdade de contrato, garantia da propriedade, liberdade de comércio etc. A visão geralmente aceita era a de que a decisão fundamental tomada na segunda parte se referia à democracia constitucional e ao Estado de Direito burgês. É inegável que a ascensão histórica da constituição, os vários contratos que formaram

uma quantia financeira de seu interesse, compromete parte de sua receita futura. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1658520090.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>.

sua base, encontrou expressão na segunda parte da constituição não apenas por causa do reconhecimento dos velhos princípios liberais, mas devido à introdução de novos princípios sociais, que se encontram principalmente no art. 165 (a promessa da democracia industrial), art. 159 (o reconhecimento de liberdade dos sindicatos) e art. 156 (a promessa da socialização de certas indústrias).⁽³²⁾

Opera-se, no Brasil, por meio da EC n. 95/2016, um rompimento das premissas de efetividade dos fins de um Estado que se pretendia igualitário, decorrente de um pacto de colaboração social para perene construção de uma comunidade justa e fraterna, que seguia as mesmas premissas das primeiras Constituições de Direito social. Como bem explica NEUMANN:

[...] o Estado de Weimar desempenhou o programa do pluralismo político. A soberania do Estado já não seria mais exercida por uma burocracia independente, pela polícia e pelo exército, mas deveria ficar entregue às mãos do povo que, para esse fim, se organizava em associações voluntárias. Esse sistema pluralista não ignorava a luta de classes, mas, antes, tentava transformá-la em uma espécie de cooperação entre classes. Por aí se vê que a democracia de Weimar repousava, de maneira decisiva, na ideia de paridade — uma paridade entre grupos sociais.⁽³³⁾

Em Weimar, como aqui, foram se perdendo os supostos para efetividade deste programa originário, que passaram a ter existência meramente formal, explicando NEUMANN que *um sistema contratual só pode existir enquanto existirem as partes, enquanto elas desejarem manter os contratos, ou se, no caso*

de não mais quererem ou poderem cumpri-los, houver um órgão com poderes para forçar tal cumprimento.⁽³⁴⁾

Na medida em que se rompe o equilíbrio deste pacto social originário, entre os vários segmentos da sociedade, destacando-se a supremacia do poder econômico daqueles grupos que passam a dominar a cena nas relações sociais, estes tendem a pressionar pela relativização do cumprimento dos preceitos sociais de ordem geral, programados para garantia de direitos fundamentais de todos os cidadãos. Os grupos concentradores do poder econômico pressionam pela ineficácia das leis e princípios gerais, não só porque estes vertem para concreção de uma igualdade social antinômica aos interesses financeiros de acumulação de riqueza, mas também porque o controle monopolístico daqueles que dominam a economia os faz perder receios quanto aos efeitos desta liberdade, naquilo que se refere ao próprio funcionamento do mercado e da mitigada livre-iniciativa remanescente aos não cartelizados. Como explica NEUMANN:

[...] se o Estado se defrontar somente com um Monopólio, não faz sentido regular esse monopólio por meio de um direito ou lei geral. (...) O postulado de que o Estado só deve governar com leis gerais se torna um absurdo na esfera econômica se o legislador estiver lidando não com competidores igualmente fortes, mas com monopólios que inverteram o princípio do livre mercado.⁽³⁵⁾

Em outra obra, complementa NEUMANN que:

Na esfera econômica, portanto, o postulado da generalidade da lei se torna absurdo se o legislativo não está mais preocupado com a igualdade entre os competidores, mas com os monopólios que violam aquele princípio de igualdade no mercado, que achamos ser essencial para a teoria da economia clássica.

(32) NEUMANN, Franz. *O império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 444.

(33) NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969. p. 59.

(34) *Idem*.

(35) *Ibidem*, p. 62.

Na mesma medida em que há competidores iguais, as regulações iguais podem ser naturalmente realizadas somente por meio de leis abstratas gerais. (...) Portanto, segue-se que na esfera do direito monopolista as cláusulas gerais servem plenamente aos interesses dos monopolistas. As normas irracionais tornam-se calculáveis para os monopolistas, pois estes são suficientemente fortes para, se necessário, abrir mão da racionalidade formal. O monopolista não é capaz apenas de agir sem a ajuda de um direito rigorosamente calculável; a racionalidade formal chega mesmo a ser um estorvo para o pleno desenvolvimento de seu poder.⁽³⁶⁾

O privilégio outorgado pela história, no sentido de permitir-nos verificar, em retrospectiva, as consequências da ruptura de compromissos políticos delineados pelas Constituições de Direito sociais, por pressão do capitalismo monopolístico instaurado antes da Segunda Guerra Mundial, não tem sido suficiente a refrear a ânsia desmedida de concentração de riqueza de grupos de investidores que dominam monopolisticamente as relações econômicas na atualidade. Se o início do século XX, já se denunciava como uma democracia estritamente liberal, sem contrapesos sociais, poderia ser facilmente instrumentalizada pelos detentores do poder econômico, para emprestar ares de legitimidade aos seus anseios financistas privados, a questão assumiu outra proporção e transcendeu, efetivamente, com os efeitos da globalização, da mundialização de mercados e com a utilização dos dados comunicacionais pelo novo mundo virtual que concentra informações no *big data*, que permite manipulação do imenso número de dados disponibilizados na rede mundial de computadores, segundo interesse mercantilista destas grandes corporações.

(36) NEUMANN, Franz. *O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. Págs. 449 e 459.

Neste cenário, em que grupos monopolísticos dominam o processamento das relações econômicas e controlam seus riscos por meios de informações pasteurizadas via *big data*, ou por grupos de mídia pertencentes a estes grupos (ou que com os mesmos mantêm interesses financeiros comuns), direcionando a formação da opinião pública, num contexto de democracia de massas, para um novo compromisso político que lhes convenha, é que conseguimos identificar, claramente, a Emenda Constitucional 95/2016, como marco de completa ruptura com os compromissos decisórios do Estado Social de Direito do Constituinte originário de 1988, sequenciando-se o desmantelamento do projeto social por meio de diversos outros projetos de lei que visam garantir a renda especulativa destes grupos monopolistas a expensas do crescimento da dívida pública e da ineficiência das instituições vocacionadas à garantia da efetividade da justiça social.

6. Capitalismo monopolístico e instituições garantes de Direitos Sociais

No Brasil, a Constituição trouxe a previsão de uma série de órgãos cuja missão institucional deveria estar atrelada à efetividade da justiça social. Dois órgãos se destacaram na confrontação com os anseios das empresas cartelizadas: o CADE (Conselho Administrativo da Ordem Econômica) e a Justiça do Trabalho. O primeiro órgão frontaliza os interessados na economia cartelizada na sua origem, identificando infrações à ordem econômica limitadoras à livre concorrência, evitando domínio de mercado relevante de bens e serviços, bem como o exercício abusivo desta posição dominante, o que pode ser verificado pela crescente autuação e imposição de multas, que apenas nos quatro primeiros meses do ano de 2017 totalizaram o valor de R\$ 54.446.430,02.⁽³⁷⁾ O segundo órgão, a Justiça

(37) Disponível em: <<http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&h>>

do Trabalho, rompe não só com o propósito destes cartéis de impor uma autorregulação das relações mantidas pelos mesmos com os mais diversos segmentos da sociedade, como também implica em nítido risco aos artifícios de blindagem patrimonial processado por meio de formalísticos cortinamentos promovidos por estes grupos de investidores, que querem garantir a acumulação de riquezas por meio de suas empresas, mas não admitem a tangibilidade de seu patrimônio para caucionamento dos riscos produzidos pelas suas atividades econômicas.

A zona de atuação do CADE, por pressão do capitalismo monopolístico, vem sendo continuamente reduzida. A Lei n. 12.529/2011 flexibilizou importantes amarras ao truste constantes da antiga Lei n. 8.884/1994, e não bastassem as alterações legislativas⁽³⁸⁾, a tentativa

ost=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>. Acesso em: 19 jun. 2017, às 21:00h.

- (38) Como explicam ZANOTTA e ORLANDINI, em relação aos valores de faturamento, era obrigatória a apresentação de operações onde pelo menos uma das empresas tivesse faturamento de R\$ 400 milhões ou a operação representasse pelo menos 20% do mercado relevante envolvido. Com a nova lei, a obrigação de apresentação somente ocorrerá quando uma das partes apresentar faturamento superior a R\$ 750 milhões, sendo que o faturamento da outra empresa envolvida na operação deverá superar R\$ 75 milhões (estes valores foram definidos pela Portaria Interministerial n. 994, de 30 de maio de 2012). Desaparece o critério de market share. O prazo máximo para a análise de um caso, pelo Novo CADE, é de 330 dias (a lei prevê 240 dias, que podem ser prorrogados por mais 90). Estima-se, e assim têm dito as autoridades, que os casos simples (cerca de 95% dos atos submetidos) deverão ser analisados em até 40 dias. Em relação às multas por infrações, a principal alteração ocorreu na base de cálculo do seu valor. Pela lei anterior, as multas aplicadas poderiam variar de 1% a 30% do faturamento bruto da empresa, menos impostos, no ano anterior ao início do processo. Com a nova lei, a multa passa a ser de 0,1% a 20%, calculada sobre o faturamento da empresa no ano anterior, mas no ramo de atividade em que ocorreu a infração. Isto, na teoria, indica que o percentual das penas pode ser menor, mas, na prática, dependerá da orientação do CADE na sua dosimetria, uma vez que incidirá sobre uma base maior. No caso de penalização de administradores, os limites da multa serão de 1% a 20% daquela

de interferência, por parte de grupos monopolísticos, nas indicações políticas voltadas ao preenchimento dos cargos das instâncias deliberativas deste órgão intensificou-se ainda mais após a promulgação da EC 95/2016, como restou emblemático com a divulgação de gravações constantes de delações premiadas realizadas no primeiro semestre de 2017, por iniciativa dos próprios grupos monopolísticos⁽³⁹⁾.

A Justiça do Trabalho, por sua vez, sempre manteve perspectiva ampliativa no reconhecimento da existência de grupos econômicos, ignorando o artificialismo operado a partir de meras formalidades ou pela simples atribuição de roupagens jurídicas, de forma a responsabilizar aqueles que, em última instância, em sua “identidade societária”, se beneficiam da riqueza gerada pelos serviços do trabalhador, no atendimento aos seus interesses coordenados⁽⁴⁰⁾. Da mesma forma, a Justiça

que for efetivamente aplicada à empresa (na lei anterior admitia-se o princípio da pena aplicável, e não da aplicada). ZANOTTA, Pedro S. C.; ORLANDINI, Rodrigo. A nova lei antitruste como um vetor para o desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI163564,41046-A+nov+a+lei+antitruste+como+um+vetor+para+o+desenvolvimento>>. Acesso em: 25 jun. 2017, às 11:34h.

- (39) Vide, a respeito: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/intermediario-de-temer-ofereceu-a-joesley-nomeacoes-em-cade-cvm-receita-banco-central-e-pfn.ghtml>>.
- (40) Neste sentido: GRUPO ECONÔMICO. COORDENAÇÃO EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE. Ao contrário do direito empresarial, configura-se o grupo econômico, no âmbito do direito trabalhista, também em virtude da coordenação interempresarial, com ou sem a participação de um ou mais sócios em mais de uma empresa (CLT, art. 2º, § 2º, e Lei n. 5.889/73, art. 3º, § 2º, aplicável analogicamente). De fato, reconhece-se o grupo econômico sempre que há nexo de coordenação entre as empresas a ele pertencentes, não sendo necessária a existência de uma relação hierárquica de uma sobre a outra ou, tampouco, o fato de possuírem as reclamadas personalidades jurídicas próprias. Tal conceito coaduna-se com a própria finalidade do instituto, que é a ampliação da garantia do crédito trabalhista, amparando-se na concepção do empregador único, para assegurar que todas as empresas integrantes do grupo econômico sejam consideradas um só padrão, assumindo as

do Trabalho sempre manteve uma visão mais elástica acerca das hipóteses que justificavam a desconsideração da personalidade jurídica, o que antagonizava com os interesses societários de blindagem daqueles que efetivamente acumularam riqueza, tirando proveito do trabalho alheio⁽⁴¹⁾. No mesmo sentido, a Justiça do Trabalho sempre foi refratária à atuação privatística de arbitragem ou de instância de comissão de conciliação prévia que se apresenta como instância supletiva à resolução heterônoma, por um Poder Judiciário neutro e independente, dos conflitos trabalhistas individuais.⁽⁴²⁾ Enfim, a Justiça do Trabalho

obrigações e direitos decorrentes do contrato de trabalho de seus empregados. (TRT da 3.ª Região; PJe: 0010039-90.2016.5.03.0065 (RO); Disponibilização: 14.6.2017; Órgão Julgador: Terceira Turma; relª. Camilla G.Pereira Zeidler.

- (41) Neste sentido: *EMENTA: EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.* A legislação pátria permite, nos casos de abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade e confusão patrimonial, a extensão das obrigações da sociedade aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. Também será desconsiderada a personalidade jurídica quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade, provocados por má administração da empresa (art. 50 do CCB c/c art. 28 do CDC). A Justiça do Trabalho, tendo em vista o caráter alimentar dos créditos, tem entendido que basta a comprovação dos prejuízos causados aos credores para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica. Inteligência dos artigos 15 e 790, do CPC c/c os arts. 769 e 889 da CLT. (TRT da 3.ª Região; Processo: 0000945-93.2013.5.03.0075 AP; Data de Publicação: 14.6.2017; Disponibilização: 13.6.2017, DEJT/TRT3/ Cad.Jud, p. 782; Órgão Julgador: Nona Turma; relª. Maria Stela Alvares da S.Campos; revisora: Maria Laura Franco Lima de Faria)
- (42) Neste sentido: “*EMBARGOS REGIDOS PELA LEI N. 11.496/2007. ARBITRAGEM. DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS. INCOMPATIBILIDADE.* Nos dissídios coletivos, os sindicatos representativos de determinada classe de trabalhadores buscam a tutela de interesses gerais e abstratos de uma categoria profissional, como melhores condições de trabalho e remuneração. Os direitos discutidos são, na maior parte das vezes, disponíveis e passíveis de negociação, a exemplo da redução ou não da jornada de trabalho e de salário. Nessa hipótese, como defende a grande maioria dos doutrinadores, a arbitragem é viável, pois empregados e empregadores têm respaldo igualitário de seus sindicatos. No

sempre representou instância de limitação à terceirização irrestrita, estratégia vital ao movimento de disfarce da cartelização pelo *downsizing*, mormente em se tratando daquela terceirização operada dentro de um mesmo grupo econômico, no inequívoco propósito de elidir responsabilidade trabalhista, fiscal e previdenciária⁽⁴³⁾.

âmbito da Justiça do Trabalho, em que se pretende a tutela de interesses individuais e concretos de pessoas identificáveis, como, por exemplo, o salário e as férias, a arbitragem é desaconselhável, porque outro é o contexto: aqui, imperativa é a observância do princípio protetivo, fundamento do direito individual do trabalhador, que se justifica em face do desequilíbrio existente nas relações entre trabalhador — hipossuficiente — e empregador. Esse princípio, que alça patamar constitucional, busca, efetivamente, tratar os empregados de forma desigual para reduzir a desigualdade nas relações trabalhistas, de modo a limitar a autonomia privada. Imperativa, também, é a observância do princípio da irrenunciabilidade, que nada mais é do que o desdobramento do primeiro. São tratados aqui os direitos do trabalho indisponíveis previstos, quase sempre, em normas cogentes, que confirmam o princípio protetivo do trabalhador. Incompatível, portanto, o instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas. Embargos conhecidos e providos.” (ERR-27700-25-2005-5-05-0611, SbDI-1, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, julgado em 26.3.2015, DEJT 10.4.2015). Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio das ADIs 2139 e 2160, decidiu que demandas trabalhistas podem ser submetidas à Justiça do Trabalho antes que tenham sido analisadas por uma Comissão de Conciliação Prévia (CCP), emprestando interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 625-D da CLT, que obrigava o trabalhador a primeiro procurar a conciliação no caso de a demanda trabalhista ocorrer em local que conte com uma comissão de conciliação prévia, seja na empresa ou no sindicato da categoria.

- (43) Neste sentido: *EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. BANCÁRIO. ANÁLISE E CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMO.* Os elementos probatórios dos autos revelam que o autor sempre prestou serviços em benefício do 1º réu (Banco Rural) e que as 2ª, 3ª e 4ª rés eram meras intermediadoras de mão de obra. A fraude fica ainda mais evidente diante da constatação de que as prestadoras de serviços pertencem ao mesmo grupo econômico que o 1º réu, revelando, assim, que a terceirização teve como objetivo burlar a legislação trabalhista. Por outro lado, não se pode dizer que o autor exercia atividade-meio ou acessória, pois a prova dos autos deixa patente que os serviços prestados pelo obreiro (concessão de empréstimos) estão inseridos na atividade-fim do 1º réu, tratando-se, portanto, de terceirização ilícita. Não resta dúvida

Por todos estes motivos, a reforma do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho passaram a ocupar a centralidade da agenda reformista, seja por asfixia orçamentária deste segmento do Judiciário (com corte de 90% da sua verba de investimento e 30% de sua verba de custeio, em 2016⁽⁴⁴⁾), seja por meio de leis já editadas, como a da terceirização (Lei n. 13.429/2017) e da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), que atacam exatamente os eixos de atuação institucional da Justiça do Trabalho já salientados, visando-se consagrar: a) a restrição da regra de reconhecimento de grupo econômico (*vide* § 3º, do art. 2º, da CLT, com redação imposta pela Lei n. 13.467/2017, no sentido de que *não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes*); b) a criação de obstáculos à descon sideração da personalidade jurídica (*vide* art. 855-A, da CLT, com redação imposta pela Lei n. 13.467/2017); c) a previsão de diversos instrumentos privados de solução formal de conflitos individuais trabalhistas, a exemplo da arbitragem (*vide* art. 507-A, da CLT, com redação imposta pela Lei n. 13.467/2017), do termo de quitação plena e irrevogável de direitos decorrentes da relação empregatícia por meio de adesão a plano de demissão voluntária ou incentivada (*vide* art. 477-B, da CLT, com redação imposta pela Lei n. 13.467/2017), do termo de quitação anual de obrigações trabalhistas (*vide* art. 507-B, da CLT, com redação imposta pela Lei n.

13.467/2017), e da eliminação da assistência sindical no ato de homologação da rescisão contratual de empregados com mais de um ano de contrato de trabalho (revogação do § 1º, do art. 477, da CLT, com redação imposta pela Lei n. 13.467/2017).

Pretende-se, com isso, criar instituições dóceis ao capitalismo monopolístico, provedoras daquilo que KIRCHHMEIER denomina de “Justiça Política”, assim compreendida aquela que faz uso do processo judicial para fins políticos, ou seja, para se criar ou se legitimar, simbolicamente, posições de poder.⁽⁴⁵⁾ Conforme ensina o autor, o trabalho das Cortes, neste modelo de justiça, reforçaria as posições de poder e imporia autoridade ao regime triunfador. A função dos tribunais teria maior transcendência do que de qualquer outro organismo oficial na atuação como zona exclusiva de encenação do choque entre postulados políticos em conflito. A meta seria eliminar a competência do inimigo político, e quanto maior for a insatisfação pública, mais o regime se mostraria dependente da efetividade destas suas armas legais e simbólicas.

A Reforma Trabalhista tramitou com celeridade ímpar e desarrazada frente sua pretensão de alterar profundamente os supostos básicos para o equacionamento do conflito capital-trabalho, consagrados na lei e na jurisprudência trabalhista em decorrência de todo um dialético processo histórico, derogando, sem maiores reflexões ou debates, institutos basilares à existência da Justiça do Trabalho e do próprio Direito do Trabalho. A rápida

de que o obreiro, no desempenho de seu mister, exercia tarefas tipicamente bancárias, a despeito de ter sido contratado como assistente operacional. (TRT da 3ª Região; Processo: 0002469-39.2013.5.03.0136 RO; Data de Publicação: 19.6.2017; Órgão Julgador: Quarta Turma; relª. Paula Oliveira Cantelli; revisora convocada: Maria Cristina Diniz Caixeta)

(44) Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/07/sem-dinheiro-tribunais-do-trabalho-adotam-medidas-para-nao-fechar.html>>. Acesso em: 29 jun. 2017, às 11:50h.

(45) The term Political Justice is usually taken to reflect the search for an ideal order in which all members will communicate and interact with the body politic to assure its highest perfection. Is it, then, griss linguistic abuse and utter cynicism to apply this term, as European writers have traditionally done, to the most dubious segment of the administration of justice, that segment which uses the devices of justice to bolster or create new power position? The opposite is nearer the truth. In: KIRCHHMEIER, Otto. *Political justice: the use of legal procedure for political Ends*. New Jersey: Princeton University Press, 1961. p. vii.

alteração de normas enraizadas na tradição, segundo alvedrio da conveniência dos grupos monopolísticos que ocupam o poder, relembra o que se processou por ocasião da supressão da efetividade dos direitos sociais previstos na Constituição de Weimar, quando da chegada do nacional socialismo ao poder. Nas palavras de RUSCHE e KIRCHHMEIER:

[...] a despeito da aceitação formal do princípio da independência do judiciário, o novo regime na Alemanha subjugou a autonomia desse poder, tornando impossível aos juízes defenderem-se dessa pressão externa. Anteriormente eles poderiam apelar para a lei, que só poderia ser mudada através de uma nova legislação. Mas um estatuto que pode ser alterado a qualquer hora sem um processo formal é, de fato, nada mais do que uma ordem administrativa, e uma decisão judicial insatisfatória para aqueles que detêm o poder administrativo não passa de um indício de que novos regulamentos administrativos são necessários. A passagem do princípio de lei geral na aurora do capitalismo monopolista eliminou a influência do poder judiciário sobre as relações entre indivíduos ou entre indivíduos e o Estado.⁽⁴⁶⁾

7. Conclusão

A cena política e econômica no Brasil tem sido dominada pelos propósitos monopolísticos de empresas pertencentes a grandes grupos de investimento, que em regra são operados por bancos, e que promovem uma gestão dos fundos com estritos propósitos rentistas e de domínio de mercado, inclusive contra as amarras do modelo de Estado de Direito Social que, no suposto de realização de uma justiça social e distributiva, acaba por antagonizar com o propósito de concentração de renda dos grupos cartelizados.

(46) KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 244.

O *spread* bancário no Brasil (diferença entre o valor cobrado pelos bancos na concessão de empréstimos a seus clientes e o montante pago pelos bancos na captação de recursos) chegou a 41,6% anuais no último levantamento feito em setembro de 2016, em contraste com a média global de 6,2%⁽⁴⁷⁾. Dados do Banco Mundial demonstram que o gráfico de *spread* bancário, no Brasil, passou por decréscimo praticamente contínuo, entre 2003 e 2014 (caindo de 45,11% em 2003, para 19,58% em 2013). Nos últimos três anos, contudo, o *spread* bancário mais do que dobrou no Brasil, demonstrando que, contradiatoriamente, a crise tem se mostrado extremamente lucrativa para os bancos, que hoje dominam não apenas o mercado financeiro, mas também operam o capital industrial, dos quais figuram como detentores em mercados estratégicos relevantes por eles monopolizados, a partir de grupos de investimento.

A história já demonstrou que o modelo de capitalismo monopolístico é autofágico e tende a colapsar, promovendo verdadeira convulsão social, na medida em que semeia desigualdade e injustiça.

A dialética inerente à história permite-nos antecipar, assim, os efeitos da reciclagem, no Brasil, do capitalismo monopolístico que tanto já confrontou Constituições de Direito Social, como a Constituição de Weimar, cuja ineficácia foi garantida pelo regime nazista, em fenômeno tão bem denunciado por Kirchhemeier e Neumann.

8. Referências bibliográficas

BEYNON, H. O Sindicalismo tem futuro no século XXI? In: SANTANA, M.; RAMALHO, J. (Orgs). *Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Ética de direito*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

NEUMANN, Franz. *Behemoth: Pensamiento y acción em el national-socialismo, 1933-1944*. Barcelona: Anthropos Editorail, 2014.

(47) Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/blog/samy-dana/post/por-que-o-spread-bancario-do-brasil-e-tao-alto.html>>. Acesso em: 28 jun. 2017, às 7:27h.

_____. *O império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. *Estado democrático e estado autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.

KIRCHHEIMER, Otto; NEUMANN, Franz. *Social democracy and the rule of law*. Tribe, Keith (ed.). London: Allen & Unwin, 1987.

_____. *Weimar — and what then?* An analyses of constitution. 1930.

_____. Changes in the structure of political compromise. *Studies in Philosophy and Social Science*, v. IX, 1941.

_____. *Political justice: the use of legal procedure for political Ends*. New Jersey: Princeton University Press, 1961.

_____; RUSCHE, Georg. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SALGADO, Joaquim Carlos, *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

ZANOTTA, Pedro S. C.; ORLANDINI, Rodrigo. *A nova lei antitruste como um vetor para o desenvolvimento*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI163564,41046-A+nova+lei+antitruste+como+um+vetor+para+o+desenvolvimento>>. Acesso em: 25 jun. 2017, às 11:34h.

<<http://super.abril.com.br/blog/superlistas/as-10-empresas-que-controlam-o-mundo/>>. Acesso em: 19 jun. 2017, às 16:00h.

<http://www.orcamentofederal.gov.br/glossario-1/glossario_view?letra=D>. Acesso em: 23 jun. 2017, às 15:50h.

<<http://moneyou.com.br/opinio/ranking-mundial-de-juros-reais-mai17.html>>. Acesso em 23 jun. 2017, às 16:00h.

<<http://g1.globo.com/economia/noticia/divida-publica-sobe-1142-em-2016-para-r-311-trilhoes.ghtml>>. Acesso em: 23 jun. 2017, às 18:55h.

<<http://exame.abril.com.br/economia/11-paises-com-divida-maior-que-a-propria-economia/>>. Acesso em: 23 jun. 2017, às 18:55h.

<<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/05/confianca-na-economia-impulsiona-tesouro-direto>>. Acesso em 23 jun. 2017, às 19:17h.

<http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/03/27/interna_politica,857610/comissao

-de-etica-recomenda-que-marcelo-caetano-deixe-o-conselho-da-br.shtml>. Acesso em 25 jun. 2017, às 16:39h.

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1658520090.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em: 25 jun. 2017, às 16:39h.

<<http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmoros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>. Acesso em: 19 jun. 2017, às 21:00h.

<<http://g1.globo.com/politica/noticia/intermediario-de-temer-ofereceu-a-joesley-nomeacoes-em-cade-cvm-receita-banco-central-e-pfn.ghtml>>. Acesso em: 19 jun. 2017, às 21:00h.

<<http://g1.globo.com/economia/blog/samy-dana/post/por-que-o-spread-bancario-do-brasil-e- tao-alto.html>>. Acesso em: 28 jun. 2017, às 7:27h.

<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-04/ibge-total-de-desempregados-cresce-e-atinge-142-milhoes>>. Acesso em: 28 jun. 2017, às 6:00h.

<<http://www.valor.com.br/brasil/4890366/pib-do-brasil-cai-72-em-dois-anos-pior-recessao-desde-1948>>. Acesso em 27 jun. 2017, às 21:00h.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=333006>> Acesso em: 28 jun. 2017, às 6:40h.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=334454>>. Acesso em: 28 jun. 2017, às 6:40h.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337949&caixaBusca=N>>. Acesso em: 28 jun. 2017, às 6:40h.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340701>>. Acesso em: 28 jun. 2017, às 6:40h.

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5203351>> Acesso em: 28 jun. 2017, às 6:50h.

<<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-pede-inconstitucionalidade-de-lei-que-permite-terceirizacao-da-atividade-fim-1>>. Acesso em: 28 jun. 2017, às 6:20h.

<<http://economia.ig.com.br/2017-03-30/bovespa.html>>. Acesso em: 29 jun. 2017, às 11:10h.

A reforma trabalhista e a liberdade contratual: o direito ao trabalho construído sob a perspectiva puramente econômica

Lourival José Oliveira^(*) e Mayra Freire Figueiredo^(**)

Resumo:

- O presente estudo teve por objetivo analisar a Lei n. 13.467/2017, a reforma trabalhista, especialmente quando tratou da liberdade contratual das partes na relação de emprego. O estudo se justificou diante das significativas inovações da nova legislação, que demonstram uma aparente inversão da lógica protecionista do Direito do Trabalho. O artigo foi conduzido pelo método hipotético-dedutivo, sendo inicialmente abordadas as várias concepções de trabalho e suas transformações dadas pelos novos processos produtivos. Após, foram destacados os principais impactos da reforma nas relações de trabalho, evidenciando também as novas formas de prestação de serviços originadas ou reguladas, como o teletrabalho e o trabalho intermitente. Constatou-se que a nova lei relevou outros parâmetros para o exercício da autonomia da vontade, ampliando as hipóteses de prevalência do negociado sobre o legislado nas esferas coletiva e individual, em retrocesso social. Partiu da falsa premissa de que as partes da relação de trabalho se encontram em situação de igualdade fática, promovendo de forma quase dogmática a defesa da livre manifestação de vontade. O estímulo à livre negociação, como apresentada, certamente contribuirá para intensificar a precarização das relações laborais, em completa dissonância com a valorização do trabalho humano e em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave:

- Reforma trabalhista — Negociação coletiva — Autonomia da vontade.

(*) Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, São Paulo (Brasil). Docente dos Programas de Mestrado e Doutorado da Universidade de Marília, São Paulo (Brasil). Advogado.

(**) Aluna especial do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina

– UEL. Pós-graduada em Direito Constitucional Contemporâneo – Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho – Complexo Educacional Damásio de Jesus, Unidade Londrina, Paraná (Brasil). Advogada.

Abstract:

- ▶ The present study was to analyze Law n. 13.467/2017, the labor reform, especially when it dealt with the contractual freedom of the parties in the employment relationship. The study was justified by the significant innovations of the new legislation, which demonstrate an apparent reversal of the protectionist logic of Labor Law. The article was conducted by the hypothetical-deductive method, and initially the various conceptions of work and their transformations brought by the new productive processes. Afterwards, the main impacts of the reform on labor relations were highlighted, as well as the new forms of provision of services originated or regulated, such as teleworking and intermittent work. It was found that the new law revealed other parameters for the exercise of autonomy of the will, expanding the hypotheses of prevalence of the negotiated over the legislated in the collective and individual spheres, in social regression. It started from the false premise that the parts of the labor relationship are in a situation of phatic equality, promoting almost dogmatically the defense of the free expression of will. The incentive of free negotiation as presented will certainly contribute to intensify the precariousness of employment relationship, in complete dissonance with the valuation of human labor and to the detriment of the dignity of the human person.

Key words:

- ▶ Labor reform — Collective bargaining — Autonomy of the will.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A concepção de trabalho e a reforma trabalhista
- ▶ 3. A reestruturação produtiva e a ausência de proteção ao trabalho humano
- ▶ 4. Liberdade contratual e o mito da autonomia da vontade do empregado na reforma trabalhista
- ▶ 5. A consequência da reforma trabalhista e a violação da ordem constitucional
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

Em 13 de julho de 2017, o país assistiu a um real desmanche de direitos trabalhistas. Em tramitação acelerada e carente de diálogo com a sociedade — colocando em xeque inclusive sua legitimidade —, adveio a Lei n. 13.467/2017, a reforma trabalhista. Dentre as principais inovações, destaca-se o favorecimento da liberdade contratual das partes, seja por consagrar a autonomia individual do empregado em diversos dos seus dispositivos ou ainda por

institucionalizar a prevalência do negociado sobre o legislado, fortalecendo, ao menos em tese, a autonomia privada da vontade coletiva.

O empregado passa a ser tratado não como figura hipossuficiente da relação de emprego, que demande proteção especial, mas em situação de igualdade de condições com o empregador, podendo buscar seus anseios e firmar pactos individuais. Com a nova legislação, adota-se a figura do trabalhador “hipersuficiente”, autorizando-se que empregados

com padrão financeiro mais elevado possam negociar diretamente com o empregador os mesmos direitos negociáveis pelos entes coletivos. A vulnerabilidade do trabalhador passa a ser adotada em seu aspecto estritamente econômico.

Mas a condição financeira do empregado seria motivo suficiente para relativizar o princípio protetor que constitui a raiz de ser do Direito do Trabalho? Haveria na relação de emprego igualdade real, substancial, de modo a possibilitar ao empregado a negociação individual livre e justa?

Além disso, a Lei n. 13.467/2017 confere força à norma coletiva prevalente sobre a lei, ainda quando se estiver diante da supressão ou redução de direitos. Todavia, também na esfera das relações coletivas de trabalho, há de fato equivalência dos negociantes para que se reconheça a negociação coletiva como espaço de efetiva garantia de direitos e de melhoria das condições sociais dos trabalhadores?

É nessa linha, portanto, que o presente artigo será conduzido. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo, tratará da Lei n. 13.467/2017 trazendo possíveis respostas aos questionamentos acima indicados. Diante da atualidade e relevância do tema, o estudo é necessário, visando apresentar uma análise crítica sobre a mudança de paradigmas trazida com a nova legislação, que atinge a base elementar do Direito do Trabalho, especialmente o princípio da proteção.

Para introduzir o tema, em um primeiro momento, serão apontadas as principais teorias sobre a concepção de trabalho, demonstrando-se como têm se operado as transformações no mundo do trabalho. Conforme se perceberá, o trabalhador, no modelo de produção capitalista hodierno, releva o trabalho como necessidade, sobrevivência, não havendo maiores espaços para outras manifestações do espírito.

Em seguida, o artigo analisará a Lei n. 13.467/2017 nos principais pontos em que enfatizou a liberdade contratual, com a ampliação

das possibilidades de pactos individuais e pela norma negociada produzida pelos atores coletivos (sindicatos e empresas), para ao final evidenciar as incompatibilidades da reforma trabalhista com a ordem constitucional brasileira.

É que tanto na negociação individual quanto na negociação coletiva, em uma conjuntura de crise econômica, desemprego e relação de trabalho desprotegida contra a despedida arbitrária, não há manifestação de vontade livre, justa e legítima para propiciar a efetiva garantia de direitos fundamentais, de forma a melhorar as condições sociais dos trabalhadores.

2. A concepção de trabalho e a reforma trabalhista

Como falar em dignidade no trabalho a partir dos paradigmas que são construídos para o trabalho humano? As premissas existentes para o trabalho humano são o máximo de exploração com o emprego do menor número possível de trabalhadores, conseguindo-se a máxima produtividade. Trata-se do pensamento econômico sem ética. Como estabelecer o diálogo entre o econômico e os objetivos perseguidos pelo Direito? Qual deve ser a genuína concepção de trabalho enquanto um bem social é tratado como um direito fundamental?

A defesa que se fazia a respeito da tecnologia, ou seja, se ela poderia libertar o homem do trabalho dando a ele condições de ter um maior tempo para o lazer e para a sua família, acabou se perdendo em face da dura realidade atualmente vivida. Em outras palavras e parafraseando a historiadora Marilena Chauí (2000): “o sonho acabou”.

Com o progresso tecnológico tornou-se mais distinto, principalmente após a II Grande Guerra Mundial (1939-1945), a diferença entre empregar a tecnologia de forma criativa e empregá-la de forma destrutiva. Também começou a despontar o significado de avanço científico, tecnológico, aumento do consumo e felicidade social ou desenvolvimento humano.

Para o consumo de determinado aparelho doméstico, por exemplo, em um primeiro momento criou a utopia da felicidade ou da realização pessoal, que aos poucos desaparecia, talvez pela facilidade que foi sendo construída do acesso àquele mesmo aparelho ou pelas inovações que se apresentavam, criando novas ansiedades e novos desejos.

Dessa feita, a “manipulação” sofrida a partir do trabalho se estendeu para a manipulação quanto ao objeto de consumo. Com isso, iniciou-se uma sociedade de massa, uma espécie de tentativa de uniformização contínua, vencendo diferenças culturais/históricas e expandindo-se sem limites de fronteiras, o que se traduz na expressão imposição de um novo modo de vida. “O trabalho e o consumo são apenas dois estágios do mesmo processo, imposto ao homem pela necessidade da vida” (ARENDT, 2010, p. 156).

Essa construção nasceu no século XIX, em torno do trabalho assalariado, crescendo para uma paixão desmedida pelo trabalho, como se esse representasse a própria essência do ser humano que não pode existir sem estar trabalhando. Tal concepção contou em grande parte com doutrinas religiosas, sem aqui entrar a fundo no estudo dessas variadas doutrinas.

Dessa paixão pelo trabalho surgiram as seguintes situações concretas: a necessidade da dupla jornada, que foi crescendo no mesmo compasso em que os salários foram reduzidos; a participação da mulher de forma maciça no mercado de trabalho, como que com isso houvesse a sua libertação, inclusive de ordem sexual; a polivalência do trabalhador como sinônimo de algo moderno e qualificado, sem aqui mencionar outros exemplos clássicos que se seguiram, a partir do momento que o trabalho passou a ser o principal objetivo a ser alcançado.

Ocorre que a própria noção de trabalho tem sua classificação. Em um primeiro plano vem o trabalho permanente, estável, que pode promover a tranquilidade de sobrevivência.

E aquele fragilizado, que no caso se encontram os sujeitos a qualquer forma de trabalho por meio de incessantes processos de adaptação e de reengenharia. Processos esses que consomem ou modificam postos de trabalho, tornando-os fragmentados, de curta duração e mal remunerados.

O homem do século XXI, no Brasil, quer ter um ofício de qualidade, considerado como tal aquele cuja fonte é estável, exemplificado como o trabalho advindo principalmente do setor público em determinadas carreiras.

Acontece que, impregnado por todo este culto ao trabalho, atualmente, muito mais do que nos séculos XIX e XX, o ser trabalhador se aliena, se individualiza, se consome e se torna ignorante do próprio ser social que representa. Ao mesmo tempo em que a busca do trabalho de boa qualidade guarda no seu interior a busca pela melhoria das condições de vida. O trabalhador não percebe que já se encontra, na maioria das vezes, exercendo um trabalho que lhe rende a miséria, o sofrimento, não lhe produzindo qualquer reconhecimento social ou bem-estar.

É a racionalização extrema do trabalho que pode ser sentida quando se abatem as chamadas crises econômicas financeiras. Nelas, os primeiros resultados concretos foram a extinção de postos de trabalho ou a redução da qualidade no trabalho, intensificando a precariedade das suas condições.

A teoria marxista compreende que o poder libertador advirá do trabalho, na medida em que a classe trabalhadora é o sujeito que detém o poder de transformar a sociedade. O proletariado seria por assim dizer o sujeito para criar uma nova sociedade, uma nova forma de se prover a vida. Agora, a questão que se coloca é: como alcançar este intento dentro das condições em que hoje se encontra o trabalho, em especial pela crescente substituição do trabalhador pelas máquinas?

Essas máquinas conseguem produzir por menores custos, contribuindo assim fortemente para um crescimento quantitativo

do número de mercadorias e bens que são encontrados no mercado. A superprodução acaba por influenciar ainda mais o mercado de trabalho, que de certa forma torna-se a viga mestra que embala um novo sonho: somente com muita produção e acelerando-se o consumo é que se constrói uma sociedade menos desigual e mais livre.

Em outras palavras, o crescimento econômico é o fator necessário para a liberdade humana. Souza (1997, p. 174-177) explica que na teoria de Joseph Schumpeter existe uma abordagem do dinamismo da oferta sem supervalorizar as taxas de salários e os níveis de demanda efetiva. O crédito do desenvolvimento se dá ao empresário inovador, que atualiza novos produtos e novos métodos de produção em prol da valorização da economia.

Na verdade, o que se desperta com essas afirmativas é a pura intenção do lucro, da maior concentração de capital, das antigas recomendações feitas por economistas, agora presos e transmutados para conceitos voltados à era da modernidade. Talvez possa ser afirmado, sem qualquer cientificidade, que se está para atingir o maior nível de exploração nunca visto na história. Até que ponto a crise econômica não foi construída como parte dessa articulação de superexploração do trabalho humano? O resultado maior dessa chamada crise financeira já ocorreu e afetou em demasia as condições em que o trabalho humano é prestado. Nessa direção, o trabalho que passou a ser produzido perdeu ainda mais a sua condição de valorizar o trabalhador.

Como já se afirmara em Marx (2011, p. 112), em realidade não distante da atual, “a realização do trabalho surge de tal modo como desrealização que o trabalhador se invalida até a morte pela fome”. De tal forma, vem em descompasso com os princípios essenciais que nutrem a Constituição Federal, em especial a respeito da organização econômica (art. 170). Referidos princípios são contrários à obsessão pelo trabalho. O homem não vive para trabalhar.

Da forma como o trabalho se encontra colocado, não existe espaço para qualquer outra atividade humana a não ser trabalhar em tempo integral, não restrito a 08 horas diárias, considerando as duplas jornadas, o duplo emprego, as rotinas “freelance” e outros modos de prestação de serviços, como o “contrato de trabalho intermitente” ou o trabalho prestado através de uma pessoa jurídica, esses últimos fortalecidos pela reforma trabalhista. Como pensar, como criar, como interagir socialmente de forma criativa, de acordo com os novos métodos ou padrões de produção apresentados?

Ao que parece, vive-se de fato a alienação humana de forma completa, se é que aqui pode ser empregado esse termo. O trabalho pela sobrevivência e o medo do desemprego castram qualquer perspectiva do trabalhador de promover os seus anseios na condição de ser humano. E sobrar algum outro anseio a não ser a sua sobrevivência para continuar vendendo sua força de trabalho? Como falar em humanização em um tempo no qual o esforço pela sobrevivência é cada vez mais cobrado? Afinal, “o capital não pergunta pela duração de vida da força de trabalho (...) o que lhe interessa é única e exclusivamente o máximo da força de trabalho que, numa jornada de trabalho, pode ser feito fluir” (MARX *apud* ANTUNES, 2013, p. 21).

Fala-se em busca ou preservação da liberdade no trabalho dentro do modo de produção atual. Mas talvez não se deva deixar que todo o esforço do ser humano seja empreendido no trabalho para sua sobrevivência. A ele deveria ser reservado um tempo, o que implica a redução das jornadas. Sem tempo disponível, como produzir algo? Como refletir socialmente? Como na Grécia Antiga, presumia-se a necessidade de abolir o trabalho daqueles que pensam para que pudessem pensar.

É o sentido contrário daquilo que se está construindo atualmente no mundo do

trabalho. Primar pela valorização da arte, da música, da filosofia, mudar o trato que se dá às informações que são recebidas. Esses são os primeiros passos para a libertação do homem do jugo do trabalho.

Existem aqueles que ainda defendem a possibilidade de associar o trabalho, só que de qualquer tipo, a algo prazeroso e criativo, com a consequente geração de um tempo livre em face do incremento da tecnologia (DE MASI, 2000). Porém, o tempo livre é a base para a geração do trabalho criativo, que diante da rotina empresarial empregada está cada vez menor. Ou misturar o trabalho com o lazer, com o estudo, de tal maneira que não se soubesse quando começa um ou termina o outro.

A grande questão é que não é mais possível a vida contida somente no trabalho. Deve-se buscar a reorganização do que hoje é apresentado, como um novo modelo de vida, baseado na premissa da existência de um tempo livre, a ser chamado de um labor inteligente. O trabalho constitucionalmente apreendido pressupõe esse tempo livre a partir do momento que através dele deve-se, por exemplo, prover o lazer, na forma como se encontra no art. 7º, IV da Constituição. Ou, ainda, quando no art. 226 do mesmo diploma estabelece a família como base da sociedade, sob a proteção do Estado. Como manter laços familiares sem a existência de um tempo livre? Como realizar a assistência à criança sem a existência de um tempo livre?

Tem-se nos dias atuais um verdadeiro culto ao trabalho, sendo tomado como o único espaço existente na vida, impedindo outras manifestações sociais e sendo, dessa forma, inconstitucional. O trabalho somente como fator de produção é inconstitucional. Significa que deva haver uma mudança urgente na atual lógica da produção, com a realização concreta do contido no art. 170 da Constituição Federal, o que de fato não é o objetivo buscado pela propalada reforma trabalhista no Brasil.

3. A reestruturação produtiva e a ausência de proteção ao trabalho humano

A concepção de trabalho remete ao estudo dos modelos adotados na evolução do sistema capitalista, com destaque para a passagem do fordismo para o toyotismo. Nessa ótica, o presente capítulo visa apresentar as transformações do mundo laboral e suas consequências na proteção do trabalho humano.

O mundo do trabalho assistiu a uma série de transformações com o passar dos anos, com intensidade a partir da década de 1980. “Em uma década de grande salto tecnológico, a automação, a robótica e a microeletrônica invadiram o universo fabril, inserindo-se e desenvolvendo-se nas relações de trabalho e de produção do capital” (ANTUNES, p. 23). Surgem novos processos de trabalho, marcados pela substituição da produção em série e em massa dando lugar à flexibilização da produção. Outros padrões de busca de produtividade são pretendidos (ANTUNES, p. 24).

Uma nova ordem produtiva emerge. Além do que a globalização já ecoava nas relações de trabalho, ensejando a descentralização dos ciclos produtivos. A interconexão de atividades empresariais, o “*self-employed*” e o trabalho a domicílio controlado por instrumentos informatizados destacam-se entre os impactos da globalização. Somando-se a isso, os processos produtivos passaram a se internacionalizar. As grandes corporações industriais se disseminam, o comércio exterior e o fluxo internacional de capitais se intensificam. “Na esteira da revolução da informática e da potenciação dos meios de comunicação e transporte, as empresas transnacionais escolhem em que país produzir cada fração dos seus produtos mediante a compra da mão de obra mais barata” (MELHADO, 2006, p. 32-33).

Nesse cenário, originam-se novas técnicas de gerenciamento da produção e de controle social do trabalho, com o sistema fordista substituído pela “japonização” ou “toyotização”

(MELHADO, 2006, p. 33). Ricardo Antunes (2003, p. 34) sintetiza o toyotismo revelando seus traços constitutivos básicos. Destaca que, ao contrário do fordismo, que tinha em sua base a produção em massa, pela linha de montagem e produtos homogênicos, a produção no toyotismo é conduzida conforme a demanda, “é variada, diversificada e pronta para o consumo” (ANTUNES, 2003, p. 26).

Busca-se a produção no menor tempo com a melhor qualidade, exigindo que o processo produtivo seja flexível e o empregado multifuncional, relevando a especialização e o trabalho em equipe. A ideia é de “*just in time*”, com “o melhor aproveitamento possível do tempo de produção” (ANTUNES, 2003, p. 33-34).

Ricardo Antunes (2003, p. 36) cita outras mudanças no trabalho imprimidas pelo toyotismo. Exigia-se um número mínimo de trabalhadores, submissão a horas extras, trabalhadores temporários e subcontratação: “o ponto de partida básico é um número reduzido de trabalhadores e a realização de horas extras”. Aponta, ainda, que o modelo japonês possibilita ao capital apropriar-se do saber e do fazer do trabalho. O trabalhador “deve pensar e agir para o capital, para a produtividade, sob a aparência da eliminação efetiva do fosso existente entre elaboração e execução no processo de trabalho” (ANTUNES, 2003, p. 42).

Desse processo, ainda exsurtem efeitos sobre a subjetividade dos trabalhadores e seu poder de organização, o que recai também sobre o sindicalismo. Os sindicatos, que antes atuavam para o “controle social da produção”, aderem ao “acrítico sindicalismo de participação e de negociação, que em geral aceita a ordem do capital e do mercado, só questionando aspectos fenomênicos desta mesma ordem”. Passam a operar “uma aceitação também acrítica da social-democratização (...) debatendo no universo da agenda e do ideário neoliberal” (ANTUNES, 2003, p. 43).

José Claudio Monteiro de Brito Filho (2016, p. 20) destaca a desconcentração adotada

como regra pelas empresas, que transferem a terceiros parte de sua atividade. Como resultado, a quantidade de trabalhadores nas indústrias diminui, retirando dos sindicatos a principal base de relacionamento com seus trabalhadores: o “chão da fábrica” (BRITO FILHO, 2016, p. 20).

Noutras palavras, Rodrigo de Lacerda Carelli (2014, p. 37) afirma que os sindicatos, dentro dessa passagem, já não têm “poder de agregação e não conseguem resistir às mudanças, por mais profundas e massacrantes que sejam para o trabalhador”. Citando Giovanni Alves, resume a transição do fordismo para o sistema de acumulação flexível ou toyotismo afirmando que já se verificavam problemas com a rigidez dos investimentos de capital fixo de larga escala e de longo prazo nos sistemas da produção em massa característico do modelo fordista, de sorte que “impediam o crescimento do capital, gerando uma contra-revolução deste pela busca de flexibilidade” (ALVES *apud* CARELLI, 2014, p. 38).

O traço distintivo do novo regime de acumulação do capital é, afinal, a transição da rigidez para a flexibilidade, “com essa palavra definem-se todos os sonhos do atual capitalismo, que deseja a qualquer custo a flexibilidade de tudo aquilo que o impede ou atrasa na sua obtenção de lucros” (CARELLI, 2014, p. 42).

A diminuição da classe operária industrial tradicional, a expansão do trabalho assalariado com a ampliação do “assalariamento no setor de serviços”, a expansão do trabalho parcial, precário, subcontratado, igualmente, marca esse processo. Acrescentem-se a intensificação da terceirização e o aumento do desemprego estrutural, consequências que agora assumem dimensão global (ANTUNES, 2003, p. 51).

O trabalho humano e a organização de trabalho sofrem, portanto, significativas mudanças decorrentes da reestruturação produtiva e do novo regime de acumulação do capital. Com um objetivo claro: “a redução dos custos do trabalho e a subjugação dos trabalhadores ao

domínio econômico do capital” (CARELLI, 2014, p. 46).

Octavio Ianni (p. 5), abordando as transformações do mundo do trabalho, ainda ensina:

O padrão flexível de organização da produção modifica as condições sociais e as técnicas de organização do trabalho torna o trabalhador polivalente, abre perspectivas de mobilidade social vertical e horizontal, acima e abaixo, mas também intensifica a tecnificação da força produtiva do trabalhador, potenciando-a. O trabalhador é levado a ajustar-se às novas exigências da produção de mercadoria e excedente, lucro ou mais-valia. Em última instância, o que comanda a flexibilização do trabalho e do trabalhador é um novo padrão de racionalidade do processo de reprodução ampliada do capital, lançado em escala global.

No caso do Brasil, em meados de 1950, o padrão de acumulação se estruturara na superexploração da força de trabalho, com baixos salários e jornada de trabalho prolongada. Nos anos seguintes, o país começava a sofrer os reflexos da nova divisão internacional do trabalho, com práticas “toyotistas”, especialmente pela adoção das formas de subcontratação e terceirização. A flexibilidade de contratação vinha para ocasionar a precarização dos empregos e dos salários e a redução de direitos sociais (ANTUNES, 2004, p. 17-21).

Conforme se observa, diante dos avanços da tecnologia, pela informática, robótica e automação, por meio de novos processos produtivos e de organização do trabalho, intensificados pela globalização e pela mundialização da economia, a flexibilidade atingiu as relações laborais. Na busca pela incessante lucratividade, também marcada pela alta competitividade, o trabalho humano, nessa conjuntura, passa a preferir ao trabalho temporário, terceirizado, especializado, à distância, em indissociável precarização das relações trabalhistas. A proteção do labor humano, portanto, se esvai. E, nesse ínterim, a reforma

trabalhista dá conta de que, definitivamente, o processo chegou ao país.

A conclusão parcial aqui apresentada é extraída principalmente a partir da ampliação da liberdade de contratar, que continuamente será proporcionada pelos novos parâmetros contratuais assumidos pela reforma, não importando se no plano individual ou coletivo. Pela quebra dos princípios basilares que justificam a intervenção do Estado naquelas situações em que se torna impossível sustentar objetivos primários ressaltados pela própria ordem privada, como é o caso do cumprimento da função social dos contratos, exteriorizada, essencialmente, no art. 421 do Código Civil, contrariado pela reforma no seu conjunto.

Observa-se que a principal das consequências produzidas pela inobservância da função social dos contratos é a própria ofensa a interesses sociais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana. No caso do contrato de trabalho, a ofensa será para o empregado contratante e para toda a sociedade, afetando diretamente a função social da empresa, o princípio da livre-iniciativa e até o próprio direito do consumidor.

Em palavras curtas, conforme se verá adiante, a função social do contrato é norteadas por princípios constitucionais, em especial os que fazem parte da ordem econômica (art. 170 da C.F.). Trata-se de uma relação direta, sem intermediário, entre o Código Civil e a Constituição Federal, traduzido também no princípio constitucional da solidariedade. De acordo com os novos parâmetros adotados pela reforma trabalhista, o individualismo será predominante para a relação contratual de emprego.

4. Liberdade contratual e o mito da autonomia da vontade do empregado na reforma trabalhista

No embate entre capital e trabalho, as transformações no mundo laboral atraem a regulamentação do direito nos mesmos moldes.

A modernização dessas relações requer, em uma abordagem econômica, a modernização da legislação trabalhista. Contudo, qualquer pensamento de alteração da legislação do trabalho, nessa perspectiva de mudanças, exige a manutenção da raiz axiológica do Direito do Trabalho, de proteção à condição humana do trabalhador.

Aldacy Rachid Coutinho (2016, p. 13) destaca a função primordial do Direito do Trabalho:

A função precípua do Direito do Trabalho (...) reside em criar limites ao Capital, por meio do reconhecimento de direitos aos trabalhadores, fixando pautas de conduta para que a exploração seja controlada, mínima e restrita ao trabalho enquanto força e, ainda, não espoliativa e não violadora da dignidade da pessoa humana, mediante a incorporação de direitos fundamentais sociais nas relações interprivadas obrigacionais, rechaçando o exercício do poder arbitrário exercido sobre a pessoa. (COUTINHO, 2016, p. 13).

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, chamada de reforma trabalhista, que trouxe profundas modificações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), parece caminhar em sentido oposto. Em primeiro lugar, por restringir a intervenção do Estado, quer pela inibição do Poder Judiciário no controle de cláusulas normativas (art. 8º, § 3º), quer pela institucionalização da prevalência do negociado sobre o legislado (especialmente art. 611-A). Ainda, porque esfacela, sem exageros, o princípio protetor, desconsiderando a real vulnerabilidade do trabalhador para equipará-lo, de certa forma, à figura do empregador.

Com as alterações, em vários dos dispositivos da mencionada lei, a hipossuficiência do empregado passa a ser tratada estritamente no aspecto econômico. A afirmação é confirmada pela ideia de se reduzir a incidência da proteção ao trabalhador que não esteja em situação de inferioridade econômica. Esquece-se, com

isso, que a noção de hipossuficiência não se resume à condição financeira do empregado, mas se complementa pelo seu estado de sujeição na relação de emprego. O empregado se sujeita ao poder de quem detém o Capital, o que justifica a proteção.

A simples “igualdade” econômica entre empregado e empregador não autoriza a retirada da proteção que sustenta o Direito do Trabalho. Até porque, mais uma vez recorrendo aos ensinamentos de Aldacy Coutinho (2016, p. 53), “desde muito sequer se reconhece na contratualidade o dogma da autonomia da vontade, senão a vontade como impulso em uma perspectiva de autonomia privada/pública”. Significa dizer que o trabalhador atua conforme o poder e não com o querer (COUTINHO, 2016, p. 53).

Afonso García, citado por Plá Rodríguez (2000, p. 66), manifesta-se sobre a autonomia da vontade na seara da relação de emprego:

As limitações à autonomia privada têm, pois, no plano jurídico trabalhista, um significado evidente: representam o restabelecimento necessário dos pressupostos iniciais sobre os quais se deve aventar a possibilidade dogmática do contrato, isto é, o princípio da igualdade das partes. Porque é então, e unicamente então, que se pode exigir o respeito mútuo de uma parte às condições por ela mesma aceitas (GARCÍA *apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 66).

Não nessa perspectiva, todavia, se orientou o legislador. No art. 611-A, a Lei n. 13.467/2017 ampliou o campo da negociação coletiva para autorizar a sobreposição do negociado sobre a lei em vários pontos. Autoriza que a convenção coletiva e o acordo coletivo prevaleçam sobre a lei quando dispuserem, por exemplo, sobre jornada de trabalho, banco de horas anual, intervalos intrajornadas com limite mínimo de trinta minutos para jornada superior a seis horas. Ainda oportuniza a negociação do teletrabalho, regime de sobreaviso, trabalho intermitente, remuneração por produtividade,

prorrogação de jornada em ambientes insalubres sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, entre outras matérias.

Na sequência, acrescenta o art. 611-B para trazer rol de direitos que exclusivamente não podem ser suprimidos ou reduzidos pela norma coletiva. Dentre aqueles já abarcados no texto constitucional do art. 7º ou que constituam, indiscutivelmente, patamar civilizatório mínimo do empregado, como a identificação profissional (GODINHO, 2015, p. 1.421), destacam-se o valor nominal do décimo terceiro salário, o número de dias de férias, a liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, tributos e outros créditos de terceiros.

Em sentido oposto à Súmula n. 437, item II, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), o parágrafo único do mesmo dispositivo ainda dispõe que regras de duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

Some-se que não apenas ampliou o campo da negociação coletiva, possibilitando redução de direitos, como reduziu o poder de análise da Justiça do Trabalho. Conforme arts. 611-A, §§ 1º e 8º, §3º da Lei n. 13.467/2017, 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 do Código Civil.

Ainda, não somente deverá se pautar nos vícios do negócio jurídico. Mas, como previu o legislador no mesmo parágrafo único, a Justiça do Trabalho deverá se balizar pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. Esta, conforme lição de Amauri Mascaro (2015, p. 173), deve ser compreendida

como “uma noção que traduz a capacidade originária dos atores profissionais de produzir normas jurídicas, engajando trabalhadores”, em favorecimento ao direito à livre negociação.

Ivani Contini Bramante (2015, p. 458) ainda comenta, chamando de “autonomia privada normativa coletiva” o resultado da combinação de direitos de guarida constitucional, como a livre-iniciativa econômica e a livre-iniciativa normativa (art. 1º, IV), o direito à negociação coletiva (art. 8º, VI) e o direito ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI). De fato, o ordenamento jurídico “reconhece aos grupos sociais intermediários o poder de regular os próprios interesses do mesmo modo que ocorre com os indivíduos singulares” (SANTORO-PASSARELLI *apud* SILVA, 2007, p. 141).

O legislador estendeu as hipóteses do art. 611-A também para além das relações coletivas. De acordo com o parágrafo único do art. 444, as questões previstas no citado artigo poderão ser livremente estipuladas entre empregador e empregado, caso este seja portador de diploma de nível superior que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, ou seja, “hipersuficiente”. Vale o destaque que, com a nova redação, a livre estipulação, isto é, o acordo individual ajustado nesses termos terá preponderância sobre os instrumentos coletivos.

Em outras passagens, dispõe a lei que, por meio de acordo individual, empregado e empregador poderão ajustar banco de horas com compensação em até seis meses (art. 59, § 5º), o que vai à contramão do entendimento pacificado pelo TST na Súmula n. 85, item V, enunciado segundo o qual a compensação de jornada na modalidade banco de horas apenas poderia ser instituída via negociação coletiva. Será lícita, do mesmo modo, a compensação mensal de jornada por acordo individual, inclusive o tácito, em dissonância com o item I do enunciado da Súmula n. 85, que exige a forma escrita.

Igualmente contrária ao posicionamento até então pacífico no TST foi a inovação quanto à jornada em regime de 12x36 apresentada pelo art. 59-A. Antes tratada como excepcionalidade pela Súmula n. 444, apenas quando prevista em lei ou ajustada exclusivamente por norma coletiva, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados, torna-se possível de ser estabelecida mediante acordo individual escrito. A remuneração passa a abranger o pagamento, inclusive, de feriados e prorrogações de horário noturno.

O teletrabalho será pactuado pelo trabalhador com o empregador, mais uma vez, por pacto individual. O art. 75-C disciplina que o contrato individual, nessa modalidade, deverá ser expresso, o qual especificará as atividades realizadas pelo empregado. Na sequência, art. 75-D, prevê a nova legislação que as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho serão previstas no instrumento. O reembolso de despesas arcadas pelo empregado será também tratado diretamente com o empregador.

Outro ponto de destaque é o art. 507-B, tornando facultade para empregado e empregador, seja na vigência ou não do contrato de trabalho, firmar termo de quitação anual de obrigações trabalhistas. Nesse caso, com a participação do sindicato profissional da categoria. Conforme parágrafo único, o termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo trabalhador, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

Como determina o art. 507-A, torna-se possível a pactuação de cláusula compromissória de arbitragem para os contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Exigindo-se, apenas, a iniciativa do empregado ou sua concordância expressa,

pacificando antiga discussão sobre o tema da arbitragem nas relações individuais de trabalho, que antes se esbarrava no princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas, o qual “imanta de invalidade qualquer renúncia ou mesmo transação lesiva operada pelo empregado ao longo do contrato” (GODINHO, 2015, p. 1.545).

Destaquem-se, ainda, os descansos destinados ao período de amamentação pela mulher, até que o próprio filho complete seis meses de idade. Com a reforma trabalhista, os horários de descanso serão definidos entre a trabalhadora e o empregador (§ 2º do art. 396). E, indo além, prevê que o contrato individual de trabalho poderá ser ajustado para a prestação de trabalho intermitente, mediante forma escrita (art. 443, *caput*, combinado com art. 452-A). O trabalho intermitente que, para a Lei n. 13.467/2017, caracteriza-se pela prestação de serviços desenvolvida com subordinação, não contínua, se operando em alternância de períodos de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, com exceção dos aeronautas (art. 443, § 3º).

Para Souto Maior (2017), a ampliação das possibilidades de acordos individuais retoma a lei de locação de serviços, superada desde o compromisso assumido com o tratado de Versalhes, em 1919. O trabalho intermitente, somado à permissão de redução de direitos pela negociação coletiva, notadamente, à ampliação da jornada de trabalho, impulsiona a substituição de empregos efetivos para precários e com salário menor. Além disso, impõe maior vulnerabilidade aos trabalhadores, já afligidos pelo desemprego estrutural. Potencializam-se as más condições de trabalho, tornando o ambiente laboral campo propício para o desenvolvimento de assédio moral e de doenças de trabalho (SOUTO MAIOR, 2017).

Os dispositivos legais acima apresentados servem para evidenciar que o trabalhador, para a lei nova, é visto como se estivesse em

paridade de armas com o empregador, em liberdade para pactuar as condições de trabalho. Eleva-se o pacto escrito e individual, estabelecido diretamente com o empregador, como se o empregado, em exercício da autonomia da vontade, pudesse manifestar sua vontade livre. Um mito, visto que “não há liberdade em um sistema que obriga a venda da força de trabalho como forma de sobrevivência” (SOUTO MAIOR, 2013, p. 2013).

Em paráfrase a Darcy Ribeiro (1972, p. 54), com a evolução legislativa trazida pela reforma, o trabalhador não experimenta um processo civilizatório como ascensão a outra etapa da evolução humana — se é que se possa falar em evolução ou em qualquer sentimento de civilidade. Ao contrário, o empregado experimenta o processo como “dominação despótica” dos defensores da nova lei, que os priva de sua autonomia, não lhes permitindo conhecê-la na prática de forma justa.

Com isso, percebe-se que a reforma trabalhista, que tanto evidenciara a autonomia da vontade do empregado como se a esse fosse possível exercer livremente suas aspirações, esvazia a matriz principiológica da qual erigiu o Direito do Trabalho, justamente a proteção e a regulação estatal. Ocorre que a proteção não se justifica apenas em razão da vulnerabilidade econômica do empregado, mas é necessária diante da situação de poder que tanto diferencia a relação de emprego das demais relações jurídicas. O Direito do Trabalho só tem sentido quando se constituir em instrumento de proteção, com a estratégia de incorporar desigualdades para reduzir desigualdades (VIANA, 2001, p. 157).

Assim, tendo que o princípio protetor, raiz de ser do Direito do Trabalho, visa a exatamente corrigir o desequilíbrio averiguado entre as partes, se compatibilizando com os objetivos da República Federativa do Brasil, em especial, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos sem preconceitos

e outras formas de discriminação, conclui-se que a Lei n. 13.467/2017 nada mais é do que atentatória à própria ordem constitucional.

5. A consequência da reforma trabalhista e a violação da ordem constitucional

Em 23.12.2016, o projeto de lei que originou a reforma trabalhista era apresentado na Câmara dos Deputados, iniciando sua tramitação. Em 11.7.2017, aproximados sete meses após, seguia à sanção presidencial. De forma apressada e sob o argumento de que seria preciso modernizar a legislação trabalhista como impulso à geração de empregos para salvar o país da crise econômica, adveio a Lei n. 13.467/2017 publicada em 13.7.2017.

Mas haveria crise econômica de modo a permitir o atentado contra as próprias raízes do Direito do Trabalho? A resposta se auxilia das palavras de Jorge Luiz de Souto Maior:

Não há crise econômica, portanto, que possa nos remeter ao passado em termos da compreensão da dignidade humana, pois o conhecimento é, necessariamente, evolutivo. Neste sentido, se há uma crise que fundamente o argumento da retirada de direitos trabalhistas, para socorrer os capitalistas, trata-se de uma crise educacional, que desconsidera o conhecimento em torno da história da humanidade, ou de uma crise moral, que não requer explicações (SOUTO MAIOR, 2013, p. 12).

Com esse anseio, não há como sustentar as inovações trazidas com a nova lei sem se vislumbrar incompatibilidades com a ordem constitucional. Não é demais lembrar que a Constituição de 1988, no art. 1º, incisos III e IV, alçou a fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Ao mesmo tempo, estabeleceu no art. 170, como base da ordem econômica, a valorização do trabalho humano, considerado como condição de existência digna do indivíduo e alcance da Justiça Social.

O trabalho, na forma do texto constitucional (art. 193), constitui ainda primado da ordem social, sendo o trabalho um direito fundamental social e, nessa condição, protegido contra o poder de reforma (art. 6º e art. 60, § 4º, IV).

A Constituição reconheceu, portanto, a centralidade do trabalho na vida pessoal e comunitária do indivíduo, garantindo a “essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social”. (DELGADO, 2007, p. 15). Reconheceu, pois, o trabalho como condição de vida digna e, por isso mesmo, na lógica constitucional, deve ser interpretado de forma indissociável da dignidade da pessoa humana.

Conforme antes mencionado, são profundas as alterações no texto da CLT em relação à liberdade contratual do trabalhador, conferindo força à autonomia da vontade individual. Quando representado pelo sindicato da categoria profissional, dando espaço à autonomia coletiva, as inovações não são menos inquietantes, especialmente pela inserção do art. 611-A com a ampliação das hipóteses de prevalência do negociado sobre o legislado.

Não se desconsidera a importância da negociação coletiva para a adequação de condições de trabalho e solução de conflitos coletivos trabalhistas. Contudo, importante frisar que, no âmbito da relação entre os entes coletivos, há de se prestigiar a autonomia privada coletiva em comunhão com o princípio da equivalência entre os negociantes. Trata-se de princípio igualmente informador do Direito Coletivo do Trabalho, segundo o qual os sindicatos possuem a mesma equivalência jurídica e econômica, atuando em igualdade. Em tese, a igualdade jurídica entre os entes coletivos geraria a isenção de retaliação ou perseguições que sofreriam os empregados se atuassem sozinhos na negociação (BOMFIM, 2015, p. 1.233). Por essa razão, com a representação dos sindicatos, prevaleceria a igualdade fática possibilitando a negociação adequada.

Porém, haveria igualdade entre os sindicatos de tal forma a possibilitar, na prática, legítima e efetiva autonomia coletiva? No cenário brasileiro, em que sequer existe plena liberdade sindical, seria apropriada autorização legislativa para ampliar as possibilidades de prevalência do negociado sobre o legislado, inclusive para redução de direitos? Amparando-se nas considerações de Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017), a resposta é certamente negativa.

Em momentos de crise econômica mais acentuada, ameaça de desemprego e dispensa coletiva, não há pleno poder de negociação dos trabalhadores organizados em sindicatos, visando à melhoria ou manutenção das condições sociais, em atenção ao que está consagrado no art. 7º, *caput*, da Constituição. Em decorrência desta conjuntura de instabilidade e fragilidade, autorizar que prevaleça a norma negociada sobre a lei é acentuar a vulnerabilidade da classe trabalhadora, já desfavorecida, em face do setor econômico (GARCIA, 2017), favorecendo a livre-iniciativa sem concordância prática com os valores sociais do trabalho.

Do mesmo modo, o relevo à autonomia individual trazido com a Lei n. 13.467/2017 não convence. Em uma relação jurídica marcada pela sujeição do trabalhador ao poder do empregador, aliada ao mesmo contexto de desemprego⁽¹⁾ e relações de emprego desprotegidas contra a despedida imotivada, a dita liberdade contratual não prevalece, não havendo espaço, no terreno dos fatos, para a autonomia da vontade obreira.

Portanto, parece evidente que a importância dada à livre estipulação pelo empregado diretamente com o empregador, demonstrada pela ampliação das possibilidades de pactos individuais, não tem outra intenção senão

(1) Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), levantados no primeiro semestre de 2017, a taxa de desocupação no país supera 13%, representando mais de 13 milhões de pessoas. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/default_novos_indicadores.shtm>.

prestigiar tão somente a livre-iniciativa e os interesses dos detentores do poder econômico. A consequência é o ataque à valorização do trabalho, princípio basilar da ordem constitucional brasileira, pois se inexistente igualdade substancial entre as partes, preponderando condições prejudiciais estipuladas pelo empregador e mascaradas pela suposta concordância do empregado, não há resultado outro que não a precarização das relações de trabalho, em prejuízo da dignidade humana, mas agora legitimadas pela nova lei.

O Ministério Público do Trabalho já se posicionou sobre a liberdade contratual individual relevada pela reforma. Ao analisar as disposições do art. 444, parágrafo único, combinado com o art. 611-A, acima citado, afirmou-se tratar-se de “derrogação pura e simples de qualquer proteção jurídico-trabalhista quanto aos principais elementos da relação trabalho subordinado” (2017, p. 33-34).

O trabalhador com curso superior e salário mensal igual ou maior a duas vezes o teto da Previdência Social poderá dispor sobre jornada de trabalho, registro de jornada, intervalos, remuneração por produtividade, trabalho em feriados, grau de insalubridade, trabalho extraordinário, inclusive em atividades insalubres. Tais possibilidades, porém, representam derrogação contra “toda estrutura normativa constitucional que garante proteção social ao trabalho subordinado assentada nos princípios da justiça social, da valorização social do trabalho e da dignidade da pessoa humana”. Dessa estrutura deriva “mandado constitucional de relativização da autonomia de vontade das partes no contrato individual de trabalho subordinado, por meio de normas cogentes, com vistas a garantir um patamar mínimo de proteção social e jurídica” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2017, p. 34).

O órgão ministerial ainda concluiu pela inconstitucionalidade da autorização legislativa sobre a livre negociação do conteúdo do contrato de trabalho subordinado, em

patamar inferior ao previsto na lei (art. 7º, I, da Constituição) ou na negociação coletiva (art. 7º, XXVI, da Constituição), visto que Constituição admite flexibilização de direitos expressamente pela negociação coletiva e não por acordo individual.

A ampliação das hipóteses de negociação livre e individual sobre a jornada de trabalho, especialmente, merece destaque. E não apenas quando o trabalhador se enquadrar como “hipersuficiente”, mas igualmente quando este firmar banco de horas de até seis meses ou dispuser sobre trabalho intermitente, independentemente da atividade exercida. Afora o teletrabalho, que sequer se insere no capítulo da duração do trabalho previsto na CLT.

A superioridade econômica do empregado não autoriza o afastamento do direito ao descanso, ao lazer, ao usufruto da vida privada. Como bem destacou Souto Maior (2003, p. 9), ao tratar, certa feita, dos “altos empregados” e do direito à desconexão, o resultado é “uma geração inteira de pessoas qualificadas e que muito bem poderiam servir à sociedade de outro modo está sendo consumida no incessante ritmo alucinado do trabalho direcionado pelos comandos da produção moderna”. Importante se reconhecer o estado de sujeição desses mesmos empregados, ainda que possuam elevado padrão financeiro:

Parece-me que um primeiro e importante passo a ser dado na direção da humanização das relações de trabalho dos altos empregados é reconhecer que, mesmo tendo alto padrão de conhecimento técnico e sendo portadores de uma cultura mais elevada que o padrão médio dos demais empregados, não deixam de depender economicamente do emprego (aliás, há uma dependência até moral ao emprego, dada a necessidade natural de manutenção do seu *status* social) e que, por conta disso, submetem-se às regras do jogo capitalista para não perderem sua inserção no mercado. Sua sujeição às condições de trabalho que lhe são impostas pela

lógica da produção é inevitável (SOUTO MAIOR, 2003, p. 8).

Nesse ponto, válido frisar que a limitação da jornada de trabalho se funda em razões de ordem fisiológica, tendo o objetivo de tutelar a integridade física e psíquica do trabalhador, evitando-lhe a fadiga e o estresse que, ao final, levam ao adoecimento. Além disso, o empregado descansado tem melhor rendimento, o que interessa inclusive ao Capital. Finalmente, a duração do trabalho razoável serve para propiciar ao empregado o convívio social e familiar (BARROS, 2010, p. 661-662).

Ricardo Antunes (2013, p. 21), sobre a compreensão da jornada de trabalho em Marx, revela:

Portanto, a produção capital — que é essencialmente produção da mais-valia, absorção de trabalho excedente — com o prolongamento da jornada de trabalho não produz apenas o enfezamento da força de trabalho humana, que é privada das suas normais condições de desenvolvimento e atuação morais e físicas. Ela produz o esgotamento e mortificação prematuros da própria força de trabalho. Prolonga o tempo de produção do operário durante um dado prazo por encurtamento do seu tempo de vida (MARX *apud* ANTUNES, 2013, p. 21).

Por todos esses motivos, a flexibilização da duração do trabalho trazida com a reforma trabalhista, com a possibilidade de compensação por ajuste individual (incluindo-se a forma tácita), a exclusão do teletrabalho do controle de jornada, a autorização do banco de horas e da escala 12x36 mediante acordo direto com o empregado, possibilitando a indenização de descansos e feriados, o trabalho intermitente e, por isso, com jornada imprevisível, dentre tantas outras mudanças antes apresentadas no tocante a esse tema, vai de encontro com direitos previstos constitucionalmente, em especial, o direito à saúde e ao lazer (art. 6º; art. 226). Atentando, mais uma vez, contra a valorização

do trabalho e a dignidade da pessoa humana. E são esses apenas exemplos de tantas discussões que ainda surgirão com o tempo.

Possível concluir, assim, que a Lei n. 13.467/2017, ao ampliar as hipóteses de redução de direitos pelo simples ajuste individual entre empregado e empregador, sob o fundamento falacioso do prestígio à autonomia da vontade do trabalhador, desconsidera a sua hipossuficiência real e jurídica dentro da relação de poder que caracteriza a relação de emprego.

Ainda quando prestigia a autonomia da vontade coletiva, não o faz com vistas à progressividade que deve delimitar a discussão sobre direitos sociais, especialmente os dos trabalhadores, pois em um cenário de crise econômica, desemprego e relações de emprego desprotegidas, não há espaço para a negociação coletiva legítima e justa. Não há espaço para a equivalência real entre os negociantes, de forma a reduzir a desigualdade fática dos empregados pela representação sindical.

O trabalho, portanto, com a reforma trabalhista, passa a ser tratado em seu aspecto puramente econômico, esquecendo-se o legislador de seu *status* de direito fundamental social. A condição humana dá lugar, mais uma vez na evolução da história, à reificação do trabalhador, em flagrante atentado à Constituição Federal, que erigiu o valor social do trabalho e a dignidade humana como pilares do Estado Democrático de Direito.

6. Conclusão

Com o avanço tecnológico e diante dos impactos da globalização e da mundialização da economia, o mundo do trabalho tem assistido a significativas transformações ao longo de sua história. Novos processos produtivos foram implantados com a utilização da robótica, informática, automação. O objetivo de lucro e a competitividade se intensificaram nesse contexto, atingindo as relações laborais. A flexibilidade passa a ser adotada como palavra de ordem e o número mínimo de trabalhadores

para um máximo de horas torna-se a premissa básica de trabalho.

Esse cenário concede espaço para novas formas de prestação de serviços, como o trabalho temporário, terceirizado, especializado, à distância e, na sua grande maioria, de forma precária. As novas modalidades de trabalho também levam à diminuição do número de trabalhadores nas empresas, esvaziando a capacidade de organização e de diálogo dentro da categoria profissional e entre as diversas categorias. Os sindicatos são atingidos em decorrência disso, perdendo o poder de agregação e a principal base de relacionamento com os trabalhadores, o chão de fábrica. O prejuízo para o empregado é nefasto, pois ao mesmo tempo em que ocorre a desagregação crescente da categoria profissional, cresce a demanda pela produção da norma negociada como fonte garantidora de direitos.

A precarização das relações de trabalho é, de fato, inseparável desse processo, e aumenta na mesma marcha em que os salários são reduzidos. A alienação é consequência direta, tornando o trabalhador um ignorante em relação ao próprio ser social que representa. Talvez seja essa a principal consequência danosa do processo de coisificação do trabalho.

Todos esses efeitos chegam definitivamente ao país com a Lei n. 13.467, publicada em 13 de julho de 2017, propalada como a reforma trabalhista. O “esboço da reforma” já vinha sendo em parte apresentado pelas próprias decisões recentemente emanadas do Supremo Tribunal Federal. Agora, pode-se afirmar que se trata da confirmação efetiva da tendência flexibilizadora das relações de trabalho, que já se constatava na prática, inclusive para além da autorização constitucional.

Dentre as principais inovações, verifica-se que a nova lei prestigia a negociação coletiva em diversos pontos, em detrimento dos próprios direitos fundamentais. Com a inserção do art. 611-A, especialmente, permite que a norma negociada prevaleça sobre a lei quando

versar, por exemplo, sobre disposições do teletrabalho, do trabalho intermitente, de ampliação da jornada de trabalho, enquadramento do grau de insalubridade, prorrogação de jornada em ambientes insalubres sem licença prévia da autoridade competente, dentre outros exemplos. E, junto a isso, também reduz o poder de atuação do Estado através da Justiça do Trabalho, mormente no exame da norma coletiva. O poder do Estado-juiz deverá se balizar no princípio da intervenção mínima na autonomia coletiva, limitando-se à análise dos vícios do negócio jurídico.

Além disso, muito do que antes se permitia flexibilizar por negociação coletiva torna-se possível pactuar por ajustes individuais. A Lei n. 13.467/2017 amplia as hipóteses de redução de direitos pelo simples ajuste individual entre empregado e empregador, como a possibilidade de pactuar banco de horas com compensação mensal, a permissão de compensação mensal tácita, a quitação anual de dívidas trabalhistas, o trabalho intermitente e sua jornada imprevisível, a estipulação de jornada 12x36 com intervalos indenizados sem remuneração dos feriados, o estabelecimento de cláusula compromissória de arbitragem.

Vai além, equiparando ao empregador o empregado portador de diploma de curso superior que perceba salário superior a duas vezes o limite máximo da Previdência Social. Esse trabalhador passa a ser considerado “hipersuficiente”, podendo negociar diretamente com o empregador os mesmos direitos previstos no art. 611-A.

Sob o argumento de prestígio à autonomia da vontade, a reforma trabalhista desconsidera a hipossuficiência real e jurídica do trabalhador dentro da relação de poder que caracteriza a relação de emprego. O princípio protetor é raiz de ser do Direito do Trabalho e se justifica não pela mera condição econômica das partes, mas diante da desigualdade fática existente entre elas. Pela necessidade e dependência do emprego, aliado a crises econômicas e ameaças

de dispensa, não há espaço sequer para a autonomia da vontade individual do empregado. O resultado é, certamente, de precarização, preponderando condições prejudiciais estipuladas pelo empregador e mascaradas pela suposta concordância do obreiro.

Ainda quando prestigia a autonomia da vontade coletiva, dentro da ideia de prevalência do negociado sobre o legislado, a Lei n. 13.467/2017 não se compatibiliza com a progressividade que deve delimitar a discussão sobre direitos sociais, visto que em um cenário de crise econômica acentuada, desemprego e relações de emprego desprotegidas contra a dispensa imotivada, o pretendido equilíbrio das partes na esfera coletiva também não subsiste. E se não há lugar para a equivalência real entre os negociantes, de forma a reduzir a desigualdade fática dos empregados por meio da representação sindical, a negociação coletiva não é efetiva, legítima e tampouco justa.

É possível notar que a reforma trabalhista não teve outra intenção senão prestigiar tão somente a livre-iniciativa e os interesses dos detentores do poder econômico. O trabalho foi considerado em um aspecto estritamente econômico, em detrimento de seu caráter de direito fundamental social. A condição humana é substituída pela mercantilização do trabalhador, em evidente atentado à Constituição Federal, que fundamenta o Estado social democrático nos valores sociais do trabalho e da dignidade humana, visando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos e a redução das desigualdades sociais.

7. Referências bibliográficas

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho humano. 9. ed. São Paulo: Cortez, 1953.

_____.; SILVA, Maria Aparecida Moraes. *O avesso do trabalho*. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

_____. *A dialética do trabalho II*: escritos de Marx e Engels. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: LTr, 2010.

BOMFIM, Volia. *Direito do trabalho*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

BRAMANTE, Ivani Contini. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Elisson. *Estudos aprofundados para magistratura do trabalho*. 2. ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 441-480.

BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: set. 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 ago. 2017.

_____. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2017.

_____. *Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmulas – TST*. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/web/guest/sumulas>>. Acesso em: setembro 2014.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho decente*: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 4. ed. São Paulo: LTr, 2016.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização como intermediação de mão de obra* (2014). Edição eletrônica. Disponível em: <<https://rodrigocarelli.files.wordpress.com/2017/02/terceirizac3a7c3a3o-como-intermediac3a7c3a3o-de-mc3a3o-de-obra.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2017

CHAUI, Marilena. *Introdução*. In: P. Lafargue, *o direito à preguiça*. São Paulo: Hucitec, 2000.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Propostas para uma ressignificação do princípio da proteção. In: FERRAREZE FILHO, Paulo; MATZENBACHER, Alexandre. *Proteção do trabalhador: perspectivas pós-constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.

DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Trad. Lea Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/viewFile/40/38>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista em momentos de crise: inviabilidade constitucional e econômica*. 03 de maio de 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/05/03/reforma-trabalhista-em-momentos-de-crise-inviabilidade-constitucional-e-economica/#_ftnref1>. Acesso em: 21 ago. 2017.

IANNI, Octavio. *O mundo do trabalho*. Disponível em: <http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v08n01/v08n01_01.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Trimestral. *Novos indicadores sobre a força de trabalho no Brasil*. 2017. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/default_novos_indicadores.shtm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. 2. ed. Texto integral. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MELHADO, Reginaldo. *Metamorfoses do capital e do trabalho: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral*. São Paulo: LTr, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Nota técnica n. 8*. 28 jun. 2017. Disponível em <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/ce4b9848-f7e4-4737-8d81-6b3c6470e4ad/Nota+t%C3%A9cnica+n%C2%BA+8.2017.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 19 ago. 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.

RIBEIRO, Darcy. *Teoria do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1972.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 135-159, jan./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67753-89183-1-pb.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz de. *Do direito à desconexão do trabalho*. 2003. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf>. Acesso em: 19 ago. 2017.

_____. Capitalismo, crise, meio ambiente e direito do trabalho. *Direito Alternativo*, v. 2, n. 1, p. 174-186, jun. 2013. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297321/mod_resource/content/0/853-3023-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

_____. *Reforma trabalhista: juízo final?* 2017. Disponível em: <<http://www.jorgesoutomaior.com/blog/reforma-trabalhista-juizo-final>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

SOUZA, Nali Jesus de. *Desenvolvimento econômico*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1997.

VIANA, Marcio Tulio. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, 34 (64). p. 155-159, jul./dez. 2001. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/73135/2001_viana_marcio_quando_livre.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 ago. 2017.

A mitigação de direitos fundamentais decorrente da prevalência do negociado sobre o legislado, confirmada pela teoria de Robert Alexy

Marília Costa Barbosa Fernandes(*)

Resumo:

- O presente artigo tem como finalidade primordial analisar as principais implicações constitucionais da prevalência do negociado sobre o legislado, trazida pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Através da pesquisa bibliográfica, foram examinadas as características e os limites da negociação coletiva e a atual situação dos sindicatos profissionais brasileiros, em cotejo com algumas das previsões dos arts. 611-A, 611-B e 620, da CLT, que estabelecem a supremacia do pacto coletivo de trabalho sobre a legislação trabalhista. Foram utilizados aspectos da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, como suporte teórico para a constatação de que a prevalência do negociado sobre o legislado provoca a mitigação de direitos sociais trabalhistas. Os argumentos de tal teoria conduziram à conclusão de que a superação da lei pela negociação coletiva permite o rebaixamento do mínimo legal regulamentado em termos de direitos fundamentais sociais de natureza trabalhista, não havendo razões relevantes que a justifiquem como norma condizente com a ordem constitucional.

Palavras-chave:

- Reforma trabalhista — Negociação coletiva — Alexy.

Abstract:

- The purpose of this article is to analyze the main constitutional implications of the prevalence of the negotiated over the legislated, brought by Law n. 13.467/2017 (Labor Reform). Through the bibliographic research, the characteristics and limits of collective bargaining and the current situation of Brazilian trade unions were examined, in comparison with some of the provisions of articles 611-A, 611-B and 620, of CLT, which establish the supremacy of the collective negotiation agreement on labor legislation. It

(*) Professora. Advogada. Pós-graduanda em Direito Material. Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito e Processo Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará.

Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Católica Dom Bosco. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – Unifor.

was used aspects of the Fundamental Rights Theory of Robert Alexy, as a theoretical support for the finding that the prevalence of the negotiated over the legislated causes the mitigation of social rights labor. The arguments of such theory led to the conclusion that overcoming the law by collective negotiation allows the lowering of the legal minimum regulated in terms of fundamental social rights of a labor nature, there being no relevant reasons to justify it as a norm consistent with the constitutional order.

Key-words:

- Labor reform — Collective bargaining — Alexy.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. A negociação coletiva de trabalho e a situação dos sindicatos profissionais brasileiros
- 3. Os limites da negociação coletiva e as determinações gerais dos arts. 611-A, 611-B e 620 da CLT
- 4. Aspectos da teoria de Alexy que apontam a mitigação de direitos fundamentais pela prevalência do negociado sobre o legislado
- 5. Considerações finais
- 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, em 11 de novembro de 2017, torna-se possível o surgimento de convenções e acordos coletivos de trabalho que estabeleçam condições trabalhistas menores do que aquelas já previstas em lei.

Contudo, as determinações gerais dos arts. 611-A, 611-B e 620 da CLT, que disciplinam a prevalência do negociado sobre o legislado, acabam por ultrapassar os limites constitucionais da negociação coletiva e atingem os direitos sociais trabalhistas, no conteúdo mínimo daquilo que já se encontra regulamentado.

Sobre esse aspecto, a Teoria dos Direitos Fundamentais do jurista alemão Robert Alexy, de amplo reconhecimento científico no Brasil, fornece subsídios que confirmam a mitigação de direitos fundamentais do trabalhador pela prevalência do negociado sobre o legislado, nos moldes trazidos pela Reforma Trabalhista.

O presente artigo analisa o contexto geral da previsão de superação da lei pela negociação coletiva, sem se deter em especificidades, mas focando naquilo que contraria de forma mais latente os preceitos da Constituição Federal.

Primeiramente, é feita uma abordagem da situação dos sindicatos profissionais em cotejo com a valorização dos instrumentos coletivos, para depois ser evidenciado o desrespeito às garantias constitucionais trabalhistas, decorrente da prevalência do negociado sobre o legislado, tendo como referencial teórico a obra de Robert Alexy intitulada “Teoria dos direitos fundamentais”⁽¹⁾.

Embora sejam visitados diversos doutrinadores e outras fontes relevantes sobre cada subtema abordado, o último capítulo é dedicado às observações de Alexy aplicáveis à problemática em exame, que se apresentam como um sólido substrato para as conclusões resultantes.

(1) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

2. A negociação coletiva de trabalho e a situação dos sindicatos profissionais brasileiros

A negociação coletiva pode ser compreendida⁽²⁾ como o ajuste solene celebrado entre os sujeitos da relação de trabalho (empresas e trabalhadores), através de suas respectivas representações e sindicatos, para definir condições específicas desta relação, aplicáveis aos contratos individuais, no âmbito de atuação dos seus signatários. Trata-se de um processo dialético de entendimento entre os atores representantes do capital e do trabalho.⁽³⁾

O pacto resultante de uma negociação coletiva gera um instrumento normativo, que valerá entre as partes pelo tempo ali determinado. Pode-se afirmar que a negociação coletiva é o procedimento que leva à criação de duas espécies de instrumentos formais: a convenção coletiva e o acordo coletivo.

O art. 611 da CLT define convenção coletiva de trabalho como:

O acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.⁽⁴⁾

O acordo coletivo é conceituado no § 1º do mesmo art. 611 da CLT, ao dispor que:

É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos

Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.⁽⁵⁾

Observa-se que a principal diferença entre os instrumentos de negociação coletiva se dá tão somente em relação às partes celebrantes. Os signatários da convenção coletiva são os sindicatos de cada categoria, estando, de um lado, o sindicato patronal e, do outro, o sindicato obreiro. Já os signatários do acordo coletivo são, de um lado, o sindicato obreiro e, do outro, uma ou mais empresas.

A lei torna obrigatória, em qualquer caso de negociação coletiva, a atuação do sindicato da categoria profissional para fazer valer os interesses da classe trabalhadora, que é a parte mais vulnerável na relação trabalhista.

Nesse mesmo sentido, em 1981, a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho aprovou a Convenção n. 154, destacando que a negociação coletiva, embora possa ser conduzida diretamente no âmbito de uma única empresa, deve necessariamente ser assumida por entidades profissionais organizadas (organizações de trabalhadores ou sindicatos).⁽⁶⁾

Com a Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou a postura recomendada pela OIT, reconhecendo ao sindicato profissional papel

(2) Vale trazer à baila conceito doutrinário, que define Negociação Coletiva como: “o complexo de entendimentos entre trabalhadores e empresas, ou suas representações, para estabelecer condições gerais de trabalho destinadas a regular as relações individuais entre seus integrantes ou solucionar outras questões que estejam perturbando a execução normal dos contratos.” (PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 68.).

(3) Nesse sentido, José Cláudio Monteiro de Brito Filho em: *Direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 147.

(4) BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

(5) BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

(6) O Art. 2º da Convenção n. 154 da OIT define negociação coletiva como “todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de fixar as condições de trabalho e emprego, regular relações entre empregadores e trabalhadores ou regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma vez.” (Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/503>>. Acesso em: 12 mar. 2017).

obrigatório na negociação coletiva de trabalho (art. 8º, inciso VI).⁽⁷⁾

Já se percebe, a partir daí, a preocupação — existente tanto na comunidade internacional, como no texto constitucional e na legislação pátria — com a presença de sindicatos obreiros fortes, legítimos e independentes nas negociações coletivas, que efetivamente defendam os direitos da categoria representada, pois a matéria avençada com a categoria econômica terá caráter normativo, regulando imperativamente as condições de trabalho.

Torna-se, portanto, fundamental que os sindicatos profissionais sejam de fato comprometidos com os interesses dos representados e que encarnem o caráter democrático da organização, para que seja possível alcançar um resultado equânime e presumivelmente isento de coações a partir da negociação coletiva de trabalho.

Em vista disso, e em face da previsão na Lei n. 13.467/2017 de superação do legislado pelo negociado, cumpre examinar o panorama atual dos sindicatos profissionais brasileiros, que têm um protagonismo decisivo nas tratativas que acabam por gerar os acordos e as convenções coletivas.

É inegável que a Constituição Federal de 1988 consagrou o papel dos sindicatos

no cenário do Direito Coletivo brasileiro, disciplinando suas bases fundantes e definindo princípios de observância obrigatória, sobretudo, através de seu art. 8º.

Dentre os fundamentos constitucionais inerentes à atividade dos sindicatos, é importante mencionar a questão da contribuição sindical, prevista no art. 8º, inciso IV, *in fine*, e art. 149, *caput*, da Constituição Federal, bem como no art. 578, da CLT.⁽⁸⁾

A Lei n. 13.467/2017 determina que a contribuição sindical deixa de ser compulsória, ficando condicionada à prévia e expressa autorização dos trabalhadores e empregadores.⁽⁹⁾

(7) O art. 8º, VI, da Constituição Federal de 1988 traz a seguinte redação: “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017). Este dispositivo, ao entrar em vigor, trouxe alguma controvérsia quanto à persistência da figura jurídica do acordo coletivo de trabalho, uma vez que a negociação deste instrumento prescinde de participação do sindicato patronal. A interpretação adotada pela jurisprudência consolidou-se no sentido de ter sido recepcionado o art. 611, § 1º, da CLT, tendo-se entendido que a regra do art. 8º, VI, da Constituição exigia a participação obrigatória apenas do sindicato profissional na negociação coletiva, podendo no acordo coletivo figurar uma ou mais empresas. Nos dias atuais, este debate já se encontra absolutamente superado.

(8) O Art. 8º, IV, da Constituição Federal traz a previsão da contribuição sindical na sua parte final: “a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, *independente da contribuição prevista em lei*”. Essa “contribuição prevista em lei” seria a contribuição sindical, também apontada no *caput* do art. 149 do mesmo diploma: “Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo”. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017).

Art. 578, da CLT: 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. (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017)

(9) Art. 579 da CLT: O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação. (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017). (BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017)

No plano internacional, a Organização Internacional do Trabalho — OIT já se posicionava pelo fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, entendendo ferir o princípio da liberdade sindical⁽¹⁰⁾. Entretanto, no lugar desta, deveria ser instituída a contribuição negocial, que estaria em conformidade com o referido princípio.

Cabe destacar que a contribuição negocial, também denominada de taxa assistencial, consiste “num pagamento feito pela pessoa pertencente à categoria profissional ou econômica ao sindicato da respectiva categoria, em virtude de este ter participado das negociações coletivas, de ter incorrido em custos para esse fim”⁽¹¹⁾. Esta modalidade de contribuição deriva do princípio da solidariedade, já que parte do pressuposto de que todo trabalhador deve contribuir para a manutenção daquela entidade que beneficia sua categoria, independente de ser associado ou não à entidade.

A Lei n. 11.648/2008, que dispõe sobre as centrais sindicais, prevê a contribuição negocial e estabelece que, uma vez regulamentada, levará à extinção da contribuição sindical.⁽¹²⁾

Contudo, observa-se que não ocorreu a regulamentação da contribuição negocial, com a Reforma Trabalhista. Ao contrário, ficou estabelecida, na redação do art. 611-B, inciso XXVI, a garantia da “liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou

desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho”. Tal previsão faz referência à contribuição negocial, criada pelas entidades sindicais em acordos ou convenções coletivas para o financiamento de suas atividades no curso das negociações coletivas, conforme definido acima. De acordo com a Reforma, a arrecadação da contribuição negocial se encontra condicionada à prévia e expressa anuência do trabalhador.

Percebe-se, portanto, que a Lei n. 13.467/2017 trouxe de forma abrupta o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, sem qualquer fase de transição, ao passo em que também veda que as entidades sindicais instituem outros mecanismos que garantam o seu financiamento, quando promoverem atividades em benefício de todos os seus representados, independentemente destes serem filiados.

Nesse aspecto, pesa bastante o fato de que, em comparação com outros países, os brasileiros, em sua maioria, não possuem uma cultura de engajamento sindical⁽¹³⁾, quanto mais de recolhimento voluntário da contribuição sindical. Se por um lado, o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical é defendido como forma de garantir a liberdade sindical, fazendo com que os sindicatos tenham que ser cada vez mais atuantes nas negociações coletivas, a fim de despertar o interesse de seus associados pelo recolhimento da contribuição; por outro lado,

(10) *Vide* Verbete n. 363 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/286>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

(11) MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 794.

(12) Art. 7º da Lei n. 11.648/2008: “Os arts. 578 a 610 da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, vigorarão até que a lei venha a disciplinar a contribuição negocial, vinculada ao exercício efetivo da negociação coletiva e à aprovação em assembleia geral da categoria”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11648.htm>. Acesso em: 7 jun. 2017>.

(13) “Não por acaso, há sindicatos que representam categorias com milhares ou mesmo dezenas de milhares de trabalhadores, mas que possuem menos de 100 trabalhadores filiados, com direito de voto nas eleições. As assembleias em tais sindicatos, nas quais são decididas as principais providências, inclusive a aceitação ou não dos termos de um acordo ou convenção, são tomadas com a presença de número irrisório de filiados, com frequência apenas dos membros da própria diretoria.” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Nota Técnica n. 02 de 23 de janeiro de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT)*. Brasília: 2017. p. 10. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/Nota+Técnica+n.+2-2017+-+PL+6.787-2016+-+minirreforma+trabalhista.pdf>. Acesso em 7 de jun. 2017.

considerando a cultura sindical do trabalhador brasileiro, é quase certo que haja um gritante enfraquecimento dessas entidades, por não disporem mais de recursos necessários à sua manutenção e à prestação de serviços aos filiados. Tal enfraquecimento compromete o equilíbrio nas negociações coletivas, sendo preocupante, diante da prevalência do negociado sobre o legislado.

Essa preocupação foi claramente manifestada pelo Ministério Público do Trabalho, em diversas ocasiões, conforme se pode ver da passagem abaixo:

Portanto, a partir destes breves destaques, já se nota, claramente, os efeitos perniciosos da proposta contida no substitutivo: restringe-se de forma contundente o financiamento das entidades representantes de trabalhadores, o que invariavelmente levará ao seu enfraquecimento, e, simultaneamente, concede-se o poder a essas mesmas entidades para rebaixar os padrões trabalhistas de seus representados. Assim, é dever do Ministério Público do Trabalho alertar para o já exposto em diversas outras oportunidades: a extinção da contribuição sindical deve ser acompanhada da apresentação de alternativas de financiamento às entidades sindicais, como a contribuição assistencial, figura completamente compatível com o modelo de liberdade sindical proposto pela OIT, conforme estabelecido no Verbetes n. 363 do Comitê de Liberdade Sindical.⁽¹⁴⁾

Apesar dos relativos avanços trazidos pela Carta Magna de 1988, há ainda uma série de percalços a serem superados no que tange à eficiente atuação dos sindicatos brasileiros na atualidade.

A necessidade de reforma sindical é clarividente, mas as mudanças no ordenamento

jurídico em relação a essa matéria não comportam mais alterações pontuais ou displicentes — como a inesperada facultatividade de recolhimento da contribuição sindical — sob pena de se gerar maiores distorções e de se piorar ainda mais o já controverso modelo de representação sindical vigente no país.

Como se não bastasse, há também que se considerar o outro lado do problema, pois não é raro se verificar a existência de entidades sindicais que não desempenham o verdadeiro papel que lhes compete. Em primeiro lugar, isto se dá porque para o seu funcionamento a legislação exige apenas o seu registro junto ao Ministério do Trabalho, não havendo a obrigação de que promova quaisquer atividades em prol dos representados.

Tal circunstância facilita o surgimento dos chamados “sindicatos pelegos”, que possuem a definição aparente de sindicato, mas, de fato, em nada contribuem para a categoria representada. Como resultado, tem-se o enfraquecimento da categoria quanto à defesa de seus direitos, sobretudo quando se trata de um sindicato profissional, que deixa os representados desprovidos de força suficiente para fazer frente às imposições patronais.

Corroborando com a assertiva acima, destaca-se recente estudo desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que aponta para a incapacidade de parcela expressiva dos sindicatos em promover novas formas de regulação do trabalho por meio de negociação coletiva capaz de expressar os interesses de seus representados. Segundo o estudo, esse quadro é produto direto da estrutura sindical brasileira.⁽¹⁵⁾

Outro fator a ser destacado diz respeito à falta de legitimidade de muitos sindicatos perante a categoria representada, o que pode ser verificado pelas suas baixas taxas de filiação.

(14) MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Nota Técnica n. 05 de 17 de abril de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT)*. Brasília: 2017. p. 5. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/c6d5ffb6-5285-4f96-87f3-6a02340ded33/notatecnica_76-2017.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 7 de jun. 2017.

(15) INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Sindicatos no Brasil: o que esperar no futuro próximo?* Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2262.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2017.

Desde 2006, as taxas de filiação têm decrescido continuamente, atingindo o patamar de 18,1% em 2012. Trata-se da menor taxa registrada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) na série histórica iniciada em 1988.⁽¹⁶⁾

Pelo decréscimo das taxas de filiação, o que se vê é um movimento de relativo esvaziamento do sindicalismo urbano, devendo servir de alerta a tendência de queda na adesão aos sindicatos iniciada em 2006, pois indica menor proximidade dos trabalhadores em relação às instituições que os representam compulsoriamente e a inadequação ao caráter democrático que deveria ser mantido nas agremiações.

O Ministério Público do Trabalho tem atentado também para as práticas antissindicalistas, as quais têm sido combatidas com frequência por este órgão. Tais práticas se caracterizam pelos atos de ingerência do empregador na organização dos trabalhadores, o que pode conduzir à corrupção dos organismos de representação, bem como pela discriminação dos trabalhadores sindicalizados ou dirigentes sindicais.⁽¹⁷⁾

O Ministério Público do Trabalho depara-se, diariamente, com a prática de atos antissindicalistas, tendentes a impedir a atuação livre e independente dos sindicatos, como embaraços ou mesmo impedimento ao direito de greve, demissão de sindicalista e assédio a trabalhadores envolvidos nos assuntos dos sindicatos. Como providência antecedente a qualquer discussão em torno da prevalência do negociado sobre o legislado no país, mostra-se imperiosa a adoção de uma legislação que contemple a prevenção e a repressão de práticas antissindicalistas que ocorrem diuturnamente.⁽¹⁸⁾

Portanto, antes que fosse adotada a primazia da negociação coletiva sobre a lei, a situação atual dos sindicatos profissionais deveria passar por significativas alterações. Caberia citar, como medidas iniciais, a construção de uma legislação de combate às práticas antissindicalistas e a adequação do ordenamento jurídico aos princípios da liberdade sindical, com a regulamentação da contribuição negocial e o fim do monopólio de representação sindical.

3. Os limites da negociação coletiva e as determinações gerais dos arts. 611-A, 611-B e 620 da CLT

A Lei n. 13.467/2017 inseriu o art. 611-A⁽¹⁹⁾, na CLT, dispondo que a convenção e o acordo

mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/Nota+Técnica+n.4-2017+-+PL+6.787-2016+-+mini-reforma+trabalhista.pdf>. Acesso em: 7 de jun. 2017.

- (19) Art. 611-A, da CLT: A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: 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 e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV – participação nos lucros ou resultados da empresa. (Brasil, Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis

(16) CARDOSO, Adalberto. *Os sindicatos no Brasil*. Disponível em: http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/bmt56_nt01_sindicatos_brasil.pdf. Acesso em 17 mar. 2017.

(17) MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 773-774.

(18) MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Nota Técnica n. 02 de 23 de janeiro de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT)*. Brasília: 2017. p. 10. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/

coletivo de trabalho terão prevalência sobre a lei, quando estabelecerem condições relativas a vários direitos trabalhistas previstos na legislação.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a própria Constituição Federal já prevê como direito dos trabalhadores o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, no inciso XXVI, do seu art. 7º.⁽²⁰⁾ A “força de lei” desses instrumentos normativos já é reconhecida, sendo caracterizados pela doutrina como fontes formais autônomas do Direito do Trabalho e correspondendo à noção de lei em sentido material:

As convenções coletivas, embora de origem privada (normas autônomas), criam regras jurídicas, isto é, preceitos gerais, abstratos, impessoais, dirigidos a normatizar situações *ad futurum*. Correspondem, consequentemente, à noção de lei em sentido material, traduzindo ato-regra ou comando abstrato. (...) Os preceitos do acordo coletivo têm estatuto óbvio de normas jurídicas, não só por considerarem os trabalhadores em caráter universal (*uti universi*), e não em caráter singular (*uti singuli*), como ainda por terem em si evidente caráter geral e abstrato. (destaques originais).⁽²¹⁾

Do ponto de vista formal, a convenção e o acordo coletivo são negócios jurídicos contratuais dotados de eficácia normativa. Por conta dessa natureza contratual, vale para tais instrumentos coletivos que tanto a liberdade de contratar, como a obrigatoriedade dos negócios jurídicos, não são ilimitadas, devendo atender às normas imperativas e às restrições

decorrentes do sistema jurídico em seu todo, conforme preceitua o art. 2035, parágrafo único, do Código Civil: “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública”.⁽²²⁾

Portanto, ainda que os instrumentos de negociação coletiva se originem de um pacto privado, sua validade e aplicação dependerão de sua conformidade com as normas de ordem pública vigentes no ordenamento jurídico. Assim, a interpretação jurídica desses instrumentos não pode ser feita de modo apenas literal e isolada, mas deve considerar as demais normas envolvidas, realizando-se uma interpretação sistemática e teleológica.⁽²³⁾

Nesse sentido, torna-se imperioso observar que entre os fundamentos da República Federativa do Brasil encontram-se a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa,⁽²⁴⁾ assim como constituem objetivos fundamentais do Estado brasileiro a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos.⁽²⁵⁾ Ademais, a ordem econômica nacional tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, possuindo como

do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del15452compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

- (20) Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.
- (21) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 158-160.

(22) DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.484.

(23) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 185-187.

(24) Art. 1º da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

(25) Art. 3º da Constituição Federal de 1988: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

um de seus alicerces a valorização do trabalho humano⁽²⁶⁾. Estes princípios constitucionais, basilares da organização jurídica brasileira, são diretrizes imperativas⁽²⁷⁾, que devem nortear qualquer negociação coletiva de trabalho e os instrumentos resultantes das negociações.

O Direito do Trabalho, especificamente, possui como um dos pilares de sua estrutura o princípio da proteção, que é corolário do preceito constitucional da igualdade material. Tal princípio informa que este ramo do direito deve ser constituído por uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia (o obreiro), através de suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, que deverão estar voltados a retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio existente no plano fático da relação trabalhista. Assim é que “parte importante da doutrina aponta este princípio como o cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado.”⁽²⁸⁾ Portanto, o princípio da proteção deverá ser também observado na formação dos instrumentos de negociação coletiva.

Segundo as lições de Américo Plá Rodríguez⁽²⁹⁾ e Alfredo J. Ruprecht⁽³⁰⁾, o princípio protetivo se manifesta em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.

Para o assunto em estudo, ganha especial relevo a dimensão protetiva referente ao princípio da norma mais favorável, que se encontra implícito no *caput* do art. 7º da Constituição Federal, o qual, ao arrolar os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, faz menção a “outros que visem à melhoria de sua condição social”.⁽³¹⁾

Desta feita, através do princípio da norma mais favorável, a ordem constitucional impõe que se busque sempre a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, com a ampliação e a instituição, por meio de outras fontes normativas, inclusive autônomas e negociadas, de direitos mais benéficos aos obreiros do que os já previstos em lei e na própria Constituição. Confirmando o exposto, vale acrescentar que “o art. 7º da Constituição estabelece direitos mínimos, que são completados ou melhorados pela legislação ordinária ou pela vontade das partes. O objetivo não é piorar, mas melhorar as condições de trabalho.”⁽³²⁾

O princípio da norma mais favorável se aplica tanto no momento da elaboração da norma, em que as novas disposições trabalhistas devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador; como também para estabelecer a hierarquia na aplicação das normas jurídicas, pois havendo várias normas aplicáveis à mesma situação, deve-se observar a que for mais favorável ao trabalhador, ainda que esta se encontre em posição hierárquica formalmente inferior no ordenamento jurídico. A título de exemplo, vale citar:

“Se o acordo coletivo confere ao empregado direito trabalhista superior ao previsto na Constituição, é o primeiro que deve ser aplicado, por ser mais benéfico à parte mais vulnerável da relação jurídica. Aliás, isso

(26) Art. 170. da Constituição Federal de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

(27) BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 291-292.

(28) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 193.

(29) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. p. 42-43 e 28.

(30) RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 14-28.

(31) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

(32) MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 69.

atende ao próprio mandamento constitucional de melhoria das condições sociais dos trabalhadores (art. 7º, *caput*, da Constituição da República).⁽³³⁾

Diante de todo o arcabouço normativo acima analisado, conclui-se que as normas que vierem a ser criadas para dispor sobre direitos dos trabalhadores somente poderão adicionar benefícios à classe obreira, jamais podendo retirar ou mitigar o que já foi conquistado. Isso é condicionado pelos próprios preceitos constitucionais em que se fundam o Estado Democrático de Direito pátrio, que buscam espalhar valores como o respeito à dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, o combate às desigualdades sociais e a isonomia material em todas as relações jurídicas, sobretudo nas de natureza trabalhista, e nas normas que as regem. Além disso, o próprio Direito do Trabalho se estrutura dentro da perspectiva de proteção do trabalhador, estando intrínseco à sua razão de ser assegurar à parte mais vulnerável da relação trabalhista um tratamento jurídico superior, a fim de impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano.

Como visto, tem-se que o caráter normativo das convenções e dos acordos coletivos de trabalho já possui um inquestionável reconhecimento na ordem jurídica, além de que o princípio da norma mais favorável impõe que tais instrumentos coletivos venham a prevalecer sobre qualquer outra norma do ordenamento pátrio quando forem mais benéficos aos trabalhadores.

Assim, não haveria necessidade de uma norma específica dispondo que a convenção e o acordo coletivo prevalecerão sobre a lei, caso se objetivasse a criação de condições mais favoráveis aos trabalhadores através de tais instrumentos normativos, pois isto já é concebido no sistema jurídico brasileiro.

Contudo, o que a Lei n. 13.467/2017 pretende, ao estabelecer a prevalência do negociado

sobre o legislado, com a inserção do art. 611-A na CLT, é que o acordo e a convenção coletiva venham a se sobrepor ao disposto na legislação, mesmo que estabeleçam condições **menos** favoráveis aos trabalhadores, podendo restringir e até mesmo esvaziar o conteúdo dos direitos mínimos já conquistados legalmente.

O Ministério Público do Trabalho, desde o início da tramitação do Projeto de Lei n. 6.787/2016 na Câmara dos Deputados, o qual originou a Reforma Trabalhista, já havia ressaltado esse aspecto, posicionando-se da seguinte maneira:

Dado que o ordenamento brasileiro já prevê, incontestavelmente, a prevalência do negociado sobre a lei, sempre que a negociação significar a criação de novo benefício ou a ampliação de benefício já previsto em lei, conclui-se que o único propósito do PL n. 6.787/2016 é permitir a exclusão de direitos trabalhistas pela via negocial. De fato, há de se concluir que a exclusiva razão de ser da proposta é garantir que se possa reduzir direitos dos trabalhadores através de acordos e convenções. Se a intenção com o PL fosse beneficiar os trabalhadores com novos direitos e melhores condições de trabalho, a proposta seria completamente desnecessária.⁽³⁴⁾

Por conseguinte, uma lei que possibilita a estipulação de condições piores aos trabalhadores, por meio de instrumentos negociais privados — que se caracterizam pelo confronto de interesses entre o poder econômico e o trabalhador hipossuficiente — atribuindo uma superioridade hierárquica a tais instrumentos a ponto de estarem acima do piso legal, está em nítida desconformidade com toda a lógica jurídica do sistema constitucional e legal que rege as relações de trabalho. Não se pode

(33) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 41.

(34) MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Nota Técnica n. 02 de 23 de janeiro de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT)*. Brasília: 2017, p. 10. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/Nota+Técnica+n.+2-2017+-+PL+6.787-2016+-+minirreforma+trabalhista.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2017.

chegar a outra conclusão, em relação à Lei n. 13.467/2017, pois, nesse ponto, a inclusão do art. 611-A na CLT afronta diretamente os princípios norteadores do Estado Democrático vigente, seus fundamentos e objetivos, assim como rompe com a finalidade protetiva do Direito do Trabalho e sua função de restauração da isonomia entre as classes socialmente desniveladas de patrões e obreiros.

No campo do direito do trabalho, as normas legais são de aplicação obrigatória, fundadas nos princípios e normas constitucionais, estabelecendo um patamar mínimo de garantia aos trabalhadores. Reserva-se às demais fontes formais espaço para disposições que melhorem as condições de trabalho, ou adaptem situações práticas às determinações da lei, sendo-lhes vedado dispor de forma desfavorável aos trabalhadores, comparativamente ao que estabelece a fonte hierarquicamente superior.⁽³⁵⁾

Sobre o assunto, cumpre citar a posição do Tribunal Superior do Trabalho, que se manifestou na Orientação Jurisprudencial n. 31 da Seção Especializada em Dissídios Coletivos da forma seguinte: “Não é possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes.”⁽³⁶⁾

Destaque-se que a redução de direitos trabalhistas por meio de negociação coletiva é possível e admitida, mas somente nas hipóteses **excepcionais** de redução do salário, compensação de horário, redução da jornada

de trabalho e turno ininterrupto de revezamento, previstas na própria Constituição Federal (Art. 7º, incisos VI, XIII e XIV). Contudo, estas hipóteses de flexibilização de direitos trabalhistas devem ser devidamente justificadas e apenas pelo tempo necessário, visando essencialmente à proteção do emprego da coletividade de trabalhadores, ao procurar evitar, por exemplo, dispensas coletivas.

A flexibilização trabalhista permitida pela Carta Magna, nos casos específicos acima mencionados, não admite a completa renúncia de direitos e se baseia em concessões recíprocas por parte do empregador e do trabalhador, uma vez demonstrada a necessidade de um esforço conjunto para que a empresa se mantenha no mercado e garanta os postos de trabalho em momentos de dificuldades econômicas.

Alheio a isso, o §2º do art. 611-A⁽³⁷⁾, da CLT, determina que, mesmo diante do rebaixamento de direitos trabalhistas por meio da negociação coletiva, não haverá a necessidade de se estabelecer contrapartidas para os trabalhadores, deixando claro que a ausência de concessões recíprocas não ensejará a nulidade do instrumento coletivo de trabalho. Assim, permite-se a precarização de direitos trabalhistas, sem haver uma correspondente compensação dada pelo empregador, que estará livre de fazer concessões de sua parte.

Sobre a flexibilização das normas trabalhistas, vale colacionar o Enunciado n. 9 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho:

(35) MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Negociação coletiva e contrato individual de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 74.

(36) TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *OJ-SDC-31. Estabilidade do acidentado. Acordo homologado. Prevalência. Impossibilidade. Violação do Art. 118 da Lei n. 8.213/91*. Inserida em 19.8.1998. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/home?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=63246&_15_version=1.1>. Acesso em: 14 jun. 17.

(37) Art. 611-A, § 2º: A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. (BRASIL. *Projeto de lei da Câmara n. 38 de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5252522&disposition=inline>>. Acesso em: 20 maio 2017).

ENUNCIADO N. 9. FLEXIBILIZAÇÃO.

I – FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. Impossibilidade de desregulamentação dos direitos sociais fundamentais, por se tratar de normas contidas na cláusula de intangibilidade prevista no art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição da República.

II – DIREITO DO TRABALHO. PRINCÍPIOS. EFICÁCIA. A negociação coletiva que reduz garantias dos trabalhadores asseguradas em normas constitucionais e legais ofende princípios do Direito do Trabalho. A quebra da hierarquia das fontes é válida na hipótese de o instrumento inferior ser mais vantajoso para o trabalhador.⁽³⁸⁾

Os Enunciados da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho servem como “um grande farol aos rumos da jurisprudência”⁽³⁹⁾. Segundo o Enunciado n. 9, a negociação coletiva que reduz direitos dos trabalhadores previstos em normas constitucionais e legais ofende princípios do direito do trabalho, não se podendo admitir a mitigação dos direitos sociais, por serem cláusulas pétreas.

Ressalte-se que as situações excepcionais de flexibilização trabalhista trazidas pela Constituição jamais poderão ser interpretadas de maneira ampliativa, não estando autorizadas pela Lei Maior outras hipóteses menos benéficas aos trabalhadores, ainda que por meio de negociação coletiva:

A permissão à autonomia coletiva para reduzir condições de trabalho, e, portanto,

direitos dos membros da categoria profissional há de se cingir a esses casos, pois as exceções à regra geral estabelecidas naquelas normas não de ser interpretadas estritamente, não podendo alcançar hipóteses nelas não previstas, tal como recomenda a hermenêutica, inclusive em matéria constitucional. As disposições de caráter excepcional das constituições não comportam interpretação analógica ou ampliativa.⁽⁴⁰⁾

Diante do conteúdo geral dos arts. 611-A, 611-B e 620, trazido pela Lei n. 13.467/2017, compreende-se que o objetivo da Reforma nas negociações coletivas é permitir a definição de condições menos benéficas aos trabalhadores, por acordo ou convenção coletiva, a despeito das hipóteses de flexibilização previstas na Constituição e fora dos limites ali concebidos, o que significa mais uma afronta aos preceitos constitucionais.

Levando-se em consideração todo o exposto, é possível antever que esse ponto da Lei n. 13.467/2017, concentrado no eixo temático de prevalência do negociado sobre legislado, é inadmissível por ser inconstitucional. Além disso, fere as garantias mínimas de direitos trabalhistas estabelecidas na legislação, rompendo com o princípio da norma mais favorável que, como visto, deverá ser observado também no momento de criação das normas, as quais deverão adicionar vantagens à classe trabalhadora, mas nunca permitir o retrocesso do que já foi conquistado.

No ensejo, impende trazer à baila o princípio da proibição de retrocesso social, que teve seu debate ampliado na Alemanha da década de 1970⁽⁴¹⁾, o qual pode ser definido como:

(38) TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*. Brasília: 2007. Disponível em: <<http://pesquisasdiritodotrabalho.blogspot.com.br/2008/01/primeira-jornada-do-direito-do-trabalho.html>>. Acesso em: 14 jun. 17.

(39) FURTADO, Emanuel Teófilo; MOREIRA, José Davi Cavalcante. *Os enunciados publicados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho: Inovação e posicionamento entre as fontes do direito e do direito do trabalho*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3520.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 17.

(40) SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. A autonomia coletiva e os direitos individuais dos trabalhadores. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: RT, ano 26, n. 99, p. 74-75, jul./set. 2000.

(41) A discussão sobre o princípio da proibição de retrocesso social remonta à década de 1970, quando a Alemanha atravessou período de dificuldade econômica agravada pelo agigantamento do

(...) toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não).⁽⁴²⁾

Tal princípio pode ser considerado como um preceito constitucional de resistência, que se põe à margem de conformação do legislador quanto à reversibilidade de leis concessivas de direitos sociais, nestes incluídos os direitos trabalhistas.

No Brasil, a discussão em torno do princípio de vedação ao retrocesso já ocupou lugar no Supremo Tribunal Federal. Dentre outros julgados, na ADI n. 3.105 (Rel. Min. Cezar Peluso, j. 18.8.2004), que considerou constitucional a Emenda n. 41, sobre a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores inativos, o Ministro Celso de Mello analisou o âmbito de incidência do princípio da proibição do retrocesso e, com base nele, votou pela inconstitucionalidade da tributação: a conquista da garantia de não mais contribuir para o regime previdenciário com o ato de aposentação não poderia ser suprimida para obrigar os aposentados e pensionistas a continuarem como contribuintes do sistema, sob pena de retrocesso ilegítimo desse direito. Em seu voto, o referido ministro afirmou que:

Estado Social, o que gerou forte discussão sobre a legitimidade de restringirem-se e/ou suprimirem-se benefícios sociais assegurados aos cidadãos. O debate em torno do princípio da proibição do retrocesso social (ou da irreversibilidade dos direitos fundamentais) foi lá intensificado, sobretudo porque, diferentemente de outros sistemas constitucionais, a Lei Fundamental de Bonn não previu expressamente nenhum direito fundamental social, e o desenvolvimento desse princípio foi uma tentativa de resposta e de defesa dos críticos. (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 240 e ss.).

(42) SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latino-americano. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos.⁽⁴³⁾

Em 2006, no MS n. 24.875-1-DF, o Ministro Celso de Mello abordou o tema da seguinte forma:

Registro, de outro lado, que tenho igualmente presente, no exame desta controvérsia constitucional, o postulado da proibição do retrocesso social, cuja eficácia impede — considerada a sua própria razão de ser — sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão, que não pode ser despojado, por isso mesmo em matéria de direitos sociais, no plano das liberdades reais, dos níveis positivos de concretização por ele já atingidos, consoante assinala (e adverte) autorizado magistério doutrinário (Gilmar Pereira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, p. 127/128, 1ª ed./2ª tir., 2002, Brasília Jurídica; J. J. Gomes Canotilho, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina, Coimbra; Andreas Joachim Krell, “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 40, 2002, Sérgio Fabris; Ingo Wolfgang Sarlet, “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, p. 368/376, item n. 4.6.4.3, 2ª ed., 2001, Livraria do Advogado).⁽⁴⁴⁾

Embora o princípio de vedação ao retrocesso social não esteja expresso no texto constitucional,

(43) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105-8 – Distrito Federal*. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 18.8.2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/141_ADI_3105.pdf>. Acesso em: 2 de jun. 2017.

(44) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança n. 24.875-1 – Distrito Federal*. Rel. originário: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ms24875.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

considera-se que seu conteúdo seja decorrente do Princípio da Justiça Social⁽⁴⁵⁾, tendo em vista que este engloba uma gama de diversos valores constitucionais.

O Princípio da Justiça Social exige dos órgãos estatais uma conduta que seja pautada na equidade social, ou seja, todas as leis, decretos e atos administrativos devem se vincular a este princípio. Com isto, as normas infraconstitucionais deverão buscar a concretização dos objetivos sociais do Estado e os direitos sociais delas decorrentes serão incorporados ao patrimônio das pessoas.

Assim, a vedação ao retrocesso impede que o legislador revogue essas normas infraconstitucionais concretizadoras de direitos sociais sem a edição de legislação alternativa equivalente. Caso ocorra alguma violação, resultará em flagrante inconstitucionalidade.⁽⁴⁶⁾

De acordo com o que foi visto acima, a Lei n. 13.467/2017 impõe a superação da lei pela negociação coletiva, mesmo que essa última traga condições desfavoráveis ao trabalhador. Certamente, com isso, cria-se a possibilidade de redução dos benefícios trabalhistas mínimos já conquistados em matéria de direitos sociais, previstos na norma infraconstitucional, o que representa violação ao princípio de vedação ao retrocesso ou regresso social (efeito *cliquet*).

A fim de observar melhor esse aspecto da permissão de mitigação de direitos trabalhistas pela Lei n. 13.467/2017, serão analisadas as previsões mais alarmantes presentes nos arts. 611-A, 611-B e 620 da CLT.

Em relação à jornada de trabalho, o art. 611-A, inciso I, determina que aquilo que for pactuado por negociação coletiva quanto

à duração do trabalho diário estará acima do previsto em lei, devendo-se ater apenas aos limites constitucionais.

Sobre os limites da jornada de trabalho, a Constituição Federal estabelece a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” (Art. 7º, inciso XIII)⁽⁴⁷⁾.

Embora a Constituição preveja a remuneração da hora extra, determinando que esta deverá ser acrescida em no mínimo 50% (cinquenta por cento) do valor da hora normal de serviço (art. 7º, inciso XVI), os limites de duração relativos às horas extraordinárias não estão presentes no texto constitucional e sim na CLT.

É no art. 59 da CLT que se encontra a previsão de que as horas extras não poderão exceder a duas horas diárias, sendo necessário ajuste escrito entre empregador e empregado ou contrato coletivo de trabalho.⁽⁴⁸⁾

Desta feita, a Lei n. 13.467/2017 torna viável que se estabeleça qualquer quantidade de horas extras diárias a serem prestadas pelo trabalhador, desde que por meio de acordo ou convenção coletiva, pois o único limite a ser respeitado nesse sentido é o que consta na Constituição para a duração do trabalho normal. E, uma vez prevalecendo o negociado sobre o legislado, a carga de horas extras definida por meio de negociação coletiva

(45) JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 74.

(46) GARCIA, Carla Rosane Pesegoginski. *Princípio da vedação do retrocesso: “efeito cliquet”*. Disponível em: <<https://juridocerto.com/p/carlaadvogada/artigos/principio-da-vedacao-do-retrocesso-efeito-cliquet-436>>. Acesso em: 14 jun. 17.

(47) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

(48) Art. 59 da CLT: “A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho. BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

poderá estar acima do limite legal, não havendo, na verdade, qualquer limitação para a quantidade de horas extras a serem fixadas pelo pacto coletivo.

Ao desprezar as limitações relativas às horas extras presentes na CLT, o inciso I, do art. 611-A, dá ensejo à admissão de jornadas de trabalho extenuantes, exaustivas e prejudiciais à saúde e à segurança do trabalhador, tornando lícitas situações ilegais que hoje são veementemente combatidas pelo Ministério Público do Trabalho:

O Ministério Público do Trabalho já se deparou, por exemplo, com acordos coletivos que previam a ausência de limite de jornada durante o 'período de colheita' e no 'transporte de cargas especiais'. Além disso, o Ministério Público se depara, frequentemente, com casos de jornadas concretas absurdamente dilatadas, como, por exemplo, jornadas de até 34 horas consecutivas (caso de jornada 'diária' que excede o número de horas de um dia) no transporte rodoviário de açúcar (conforme processo n. 0012217-93.2015.5.15.0006, referente a um grande grupo econômico). A regra pretendida no PL conduziria, portanto, a situações odiosas, como a admissão de jornadas de trabalho típicas do século 17, que levam à destruição da saúde do trabalhador.⁽⁴⁹⁾

O inciso II, do art. 611-A da CLT, menciona o banco de horas anual, a fim de que seus critérios possam ser totalmente fixados por negociação coletiva, que estará acima do disposto na lei.

O banco de horas permite que as horas extras realizadas em um dia sejam compensadas pela correspondente diminuição da jornada em outro dia, dispensando-se o pagamento das

horas extraordinárias efetivamente compensadas. Sua previsão legal se encontra no § 2º, do art. 59 da CLT, que impõe limites à validade dessa espécie de acordo de compensação de jornada:

Art. 59. (...)

§2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de 1 (um) ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias.⁽⁵⁰⁾

Portanto, quanto ao banco de horas, a CLT determina que somente poderão ser realizadas duas horas extras por dia, a serem compensadas no período de 1 (um) ano, dispensando-se o pagamento do adicional correspondente a tais horas extraordinárias, caso sejam observados esses limites.

Embora a Reforma Trabalhista tenha preservado o aspecto relativo à anualidade da compensação de horas, o limite máximo de jornada diária previsto na CLT, que é restrito a 10 (dez) horas, poderá ser desprezado.

Isso corrobora com a intenção da Lei n. 13.467/2017 antes mencionada, quando se tratou do inciso I, do art. 611-A: possibilitar a fixação por negociação coletiva de qualquer quantidade de horas extras diárias, acima do limite legal, com o agravante de que, seja qual for a quantidade de horas extras diárias fixada no instrumento coletivo, esta prorrogação de jornada poderá ser compensada dentro do período de 1 (um) ano, sem haver o pagamento do adicional respectivo.

A Lei n. 13.467/2017 trouxe também a possibilidade de redução do intervalo intrajornada, por meio de negociação coletiva, a

(49) MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Nota Técnica n. 02 de 23 de janeiro de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT)*. Brasília: 2017, p. 12. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/Nota+Tecnica+n.+2-2017+-+PL+6.787-2016+-+minirreforma+trabalhista.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2017.

(50) BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

qual deverá observar apenas o limite mínimo de 30 (trinta) minutos de intervalo, para jornadas superiores a seis horas (inciso III, do art. 611-A, da CLT).

Tal previsão representa clara mitigação de direito do trabalhador, pois a CLT já estabelecia que era obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação de no mínimo 1 (uma) hora, para trabalhos contínuos que excedam 6 (seis) horas⁽⁵¹⁾. Com o advento da Lei n. 13.467/2017, esse intervalo intrajornada poderá ser suprimido pela metade, desde que haja acordo ou convenção coletiva nesse sentido.

O § 3º do art. 71, da CLT, até autoriza que o limite mínimo de 1 (uma) hora de intervalo intrajornada possa ser reduzido, mas somente por ato do Ministério do Trabalho e Emprego, ouvido o Departamento Nacional de Higiene e Segurança do Trabalho — DHST, quando verificar que o estabelecimento atende integralmente as exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares. Nesse caso, a redução permitida pela CLT está condicionada ao preenchimento das exigências mencionadas e deverá ser realizada por ato do Ministro do Trabalho, não admitindo que seja efetivada por acordo ou convenção coletiva.

O intervalo intrajornada diz respeito a matéria ligada à segurança e à medicina do trabalho, cujas disposições complementares somente poderão ser estabelecidas pelo Ministério do Trabalho:

(51) Art. 71 da CLT: “Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas. BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

A rigor, o intervalo em questão não poderia ser reduzido por meio de negociação coletiva de trabalho, por se tratar de matéria voltada à segurança e à medicina do trabalho. O art. 7º, inciso XXII, da Constituição da República prevê como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. (...) Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata o Capítulo V, do Título II, da CLT, sobre segurança e medicina do trabalho, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre as matérias previstas no art. 200 da CLT.⁽⁵²⁾

A Súmula n. 437, item II, do TST, confirma o raciocínio:

É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, inciso XII, da CF/1988), inenunciável à negociação coletiva.⁽⁵³⁾

As previsões da Lei n. 13.467/2017 acima destacadas se relacionam com o aumento desarrazoado da jornada de trabalho diária, em desrespeito aos parâmetros legais, o que expõe o trabalhador a sérios riscos, em razão da fadiga natural decorrente de grande lapso temporal desempenhando suas funções. Como consequência, haverá maiores chances de ocorrência de acidentes de trabalho, além do desgaste causador de danos físicos e biológicos.

(52) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 83-84.

(53) TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Súmula n. 437: intervalo Intrajornada para repouso e alimentação. Aplicação do art. 71 da CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) – Res. n. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437>. Acesso em: 14 jun. 2017.

Bem se vê que normas atinentes à duração da jornada de trabalho e intervalos intrajornada tratam claramente de matéria voltada à saúde e à segurança do trabalho, por terem implicações físicas, mentais e biológicas no bem-estar do trabalhador.

Contudo, mesmo em face dessa cristalina evidência, o parágrafo único do art. 611-B, acrescido à CLT pela Lei n. 13.467/2017, dispõe que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.”⁽⁵⁴⁾

Observa-se a tentativa de dar suporte às alterações permitidas pela Reforma Trabalhista em relação à duração da jornada de trabalho e ao intervalo intrajornada, vistas anteriormente. Ao mesmo tempo, o dispositivo suprarreferido pretende ressaltar tais hipóteses da proibição, contida no inciso XVII, do art. 611-B, da CLT, de que a convenção ou o acordo coletivo não poderão suprimir ou reduzir normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho.⁽⁵⁵⁾

Igualmente importante se faz atentar para as disposições do inciso XII, do art. 611-A, da CLT. Referido inciso permite que a negociação coletiva determine o enquadramento do grau de insalubridade da atividade laboral, como também defina a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença

prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho.

A definição do grau de insalubridade e a verificação da possibilidade de realização de horas extras em locais insalubres são atividades eminentemente técnicas, que necessitam de conhecimento especializado de engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho, conforme determinação da Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho, que trata das atividades e operações insalubres:

NR-15 – ATIVIDADES E OPERAÇÕES INSALUBRES

15.1 São consideradas atividades ou operações insalubres as que se desenvolvem:

(...)

15.1.4 Comprovadas através de laudo de inspeção do local de trabalho, constantes dos Anexos ns. 7, 8, 9 e 10.

(...)

15.4.1.1. Cabe à autoridade regional competente em matéria de segurança e saúde do trabalhador, comprovada a insalubridade por laudo técnico de engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho, devidamente habilitado, fixar adicional devido aos empregados expostos à insalubridade quando impraticável sua eliminação ou neutralização.

(...)

15.5. É facultado às empresas e aos sindicatos das categorias profissionais interessadas requererem ao Ministério do Trabalho, através das DRTs, a realização de perícia em estabelecimento ou setor deste, com o objetivo de caracterizar e classificar ou determinar atividade insalubre.⁽⁵⁶⁾

A determinação por negociação coletiva de tais particularidades, com prevalência sobre o que dispõe a legislação, demonstra-se inviável, ante a necessidade de inspeção técnica e produção de laudo pericial por profissional

(54) BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

(55) Art. 611-B, da CLT: “Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: (...) XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho”. BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

(56) MINISTÉRIO DO TRABALHO. *Norma Regulamentadora 15 – Atividades e operações insalubres*. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr15.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

habilitado em matéria de segurança e saúde do trabalho, com múnus de autoridade pública, competente para determinar a classificação ou o enquadramento da atividade insalubre em relação oficial do Ministério do Trabalho. Nota-se que não é uma avaliação simples, passível de ser definida por mero ajuste de vontades entre empregadores e trabalhadores.

O inciso XII, do art. 611-A, inserido na CLT, afronta ainda a Súmula n. 448, inciso I, do TST, que exige a classificação da atividade insalubre pelo Ministério do Trabalho, ainda que exista laudo pericial constatando a insalubridade do ambiente de trabalho:

Súmula n. 448 do TST: ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA N. 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO N. 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 4 da SBDI-1 com nova redação do item II) – Res. n. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014.

I – Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.⁽⁵⁷⁾

Apesar de o art. 611-B, inciso XVII, vedar a prevalência do negociado sobre o legislado para reduzir ou suprimir direitos relacionados à segurança e saúde do trabalhador, admite que o enquadramento da insalubridade e a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, que são matérias ínsitas à saúde laboral, sejam fixados por meio de negociação coletiva.

(57) TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Súmula n. 448: Atividade insalubre. Caracterização. Previsão na Norma Regulamentadora n. 15 da Portaria do Ministério do Trabalho n. 3.214/78. Instalações sanitárias. (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 4 da SBDI-1 com nova redação do item II)* – Res. n. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.5.2014. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-448>. Acesso em: 11 nov. 2017.

É de suma importância denotar também que a redação do art. 611-A da CLT demonstra que os direitos elencados em seus incisos, a respeito dos quais os instrumentos de negociação coletiva poderão dispor amplamente sem se limitar ao mínimo legal, são meramente exemplificativos. Isto fica bem nítido, quando se atenta para a expressão “entre outros” presente no *caput* do referido artigo: “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, **entre outros**, dispuserem sobre⁽⁵⁸⁾ (...)”. (destaque nosso).

Os direitos sociais que não poderão ser objeto de supressão ou restrição por acordo ou convenção coletiva estão previstos no art. 611-B, que trata basicamente de uma repetição dos incisos do art. 7º da Constituição Federal. Dessa forma, o dispositivo permite que a negociação coletiva seja utilizada para o rebaixamento ou a supressão de uma infinidade de direitos trabalhistas, cuja garantia e regulamentação se encontra na legislação.

Chama a atenção o fato de que alguns temas, que foram apontados de forma expressa no art. 611-A, podendo ser objeto de prevalência do negociado sobre o legislado, são colocados de forma muito vaga e imprecisa. Não se definiu até onde se pode chegar, em termos de negociação coletiva, sobre determinados direitos, tais como teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente; adesão ao Programa Seguro Emprego (PSE); representante dos trabalhadores no local de trabalho; remuneração por produtividade e desempenho. Isso dá uma ampla margem de disposição aos instrumentos coletivos, ao passo em que também gera insegurança jurídica, fazendo com que aumentem os questionamentos judiciais sobre os acordos e convenções coletivas que abordem esses direitos.

(58) BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

Sobre o papel da Justiça do Trabalho no exame dos acordos e convenções coletivas, o § 1º do art. 611-A, da CLT, estabelece que “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”⁽⁵⁹⁾. Por sua vez, o § 3º do art. 8º da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017, limita a atuação da Justiça do Trabalho à análise dos aspectos puramente formais dos instrumentos coletivos, sob a alegação do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

As disposições legais acima, provenientes da Reforma Trabalhista, não encontram suporte constitucional. A Justiça do Trabalho jamais poderá ser tolhida de analisar os aspectos materiais dos acordos e convenções coletivas, posto que a autonomia privada coletiva não é absoluta, tampouco ilimitada, jamais podendo violar o ordenamento jurídico sem sofrer o controle pelo Poder Judiciário. Frise-se, ainda, a notória inconstitucionalidade dessas normas, por infringirem o direito de acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A alteração do art. 620 da CLT, trazida pela Lei n. 13.467/2017, determina que o acordo coletivo sempre prevalecerá sobre a convenção coletiva, ainda que aquele estabeleça condições menos benéficas aos trabalhadores. Mais uma vez, observa-se a subversão do princípio da norma mais favorável, ao passo em que tal previsão contraria própria noção de valorização da negociação coletiva, já que o instrumento normativo decorrente do ajuste entre os sindicatos profissionais e econômicos (convenção coletiva) é mais abrangente do que aquele entabulado entre o sindicato profissional e uma ou mais empresas (acordo coletivo).

A prevalência do negociado sobre o legislado, decorrente da Reforma Trabalhista, foi alvo de

análise pelo Comitê de Peritos da Comissão de Aplicação de Normas da OIT. Em relatório, divulgado em fevereiro de 2017, o Comitê enfatiza que o objetivo geral das Convenções ns. 98, 151 e 154 da OIT é de promover a negociação coletiva sob a perspectiva de proporcionar condições de trabalho mais favoráveis que as fixadas em lei. Segundo o relatório, a introdução de medida para permitir a redução do piso legal por meio de negociação coletiva provocará, ao invés da valorização desse instrumento, o seu desuso e o enfraquecimento de sua legitimidade a longo prazo, conforme bem explicitado no comentário abaixo:

Desta forma, fica evidente que autorizar o rebaixamento de direitos por meio da negociação coletiva não fortalece as tratativas entre trabalhadores e empregadores. Muito pelo contrário, enfraquece e coloca em descrédito diante da sociedade esse importante instrumento de pacificação dos conflitos coletivos de trabalho. Além disso, caso aprovada a Reforma Trabalhista, o Brasil poderá ser acionado perante o Comitê de Aplicação de Normas e o Comitê de Liberdade Sindical da OIT por desrespeitar as Convenções ns. 98 e 154, expondo internacionalmente o país pela falta de compromisso em promover direitos trabalhistas fundamentais.⁽⁶⁰⁾

Como supostos objetivos a serem alcançados pela Reforma Trabalhista foram apontados a valorização da negociação coletiva, o fim da insegurança jurídica decorrente do controle judicial sobre acordos e convenções coletivas e o aprimoramento das relações de trabalho no país. No entanto, o que se pôde averiguar é que os efeitos concretos a serem propiciados pela prevalência do negociado sobre o legislado vão na contramão de todos os objetivos mencionados.

(59) BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

(60) KALIL, Renan Bernardi. *A reforma trabalhista, o Brasil e a comunidade internacional*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/23/reforma-trabalhista-o-brasil-e-comunidade-internacional/>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

Por sua vez, autorizar a flexibilização desmedida e prejudicial de direitos trabalhistas em momentos de crise — quando a classe trabalhadora se encontra ainda mais vulnerável para negociar com o setor econômico, em face da ameaça de desemprego — tem como um primeiro reflexo imediato a redução dos níveis salariais globais e do potencial de consumo de todo o contingente de trabalhadores, o que desacelera a produção e aprofunda a queda do mercado econômico.

Com a prevalência do negociado sobre o legislado nos moldes preconizados pela Lei n. 13.467/2017, muitos dos direitos sociais dos trabalhadores poderão ser inevitavelmente rebaixados a patamares aquém do núcleo mínimo das garantias fundamentais já conquistadas. Torna-se possível, conforme a lição de Robert Alexy, a “afetação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais”⁽⁶¹⁾, gênero do qual fazem parte os direitos sociais trabalhistas.

4. Aspectos da teoria de Alexy que apontam a mitigação de direitos fundamentais pela prevalência do negociado sobre o legislado

Os direitos dos trabalhadores, previstos no art. 7º da Constituição Federal brasileira, estão incluídos entre os direitos sociais, aos quais o constituinte originário dedicou o Capítulo II, do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Portanto, pela própria observação da ordem sistemática em que os direitos dos trabalhadores estão inseridos no texto constitucional, como também por seu conteúdo, não há dúvidas de que se tratem de direitos e garantias fundamentais.

Segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, os direitos sociais estão incluídos na categoria de direitos a ações positivas, que fazem com que os indivíduos

possam exigir do Estado uma ação fática ou uma ação normativa:

Os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa. (...) Direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de criação de normas.⁽⁶²⁾

Assim, as garantias sociais presentes na Lei Maior trazem para o cidadão o direito, em face do Estado, de criação de normas positivas que regulamentem as previsões ali contidas. Contudo, a Constituição Federal brasileira, quando trata especificamente dos direitos sociais dos trabalhadores, no *caput* do art. 7º, estabelece expressamente que as normas a serem criadas pelo Estado a respeito de tais direitos devem sempre visar à melhoria da sua condição social, como visto anteriormente.

Do que foi analisado em relação à Lei n. 13.467/2017, restou demonstrado que a prevalência do negociado sobre o legislado não visa à adição de maiores direitos ou à melhoria das condições do trabalhador. Ao contrário, permite que o mínimo que já foi conquistado seja rebaixado por instrumento coletivo, em prejuízo às posições jurídicas já alcançadas pelo trabalhador.

Alexy ensina que a existência de uma posição jurídica do titular de um direito significa que a norma correspondente a este direito (individual ou universal) é válida. “O direito do cidadão, contra o Estado, a que este não elimine uma posição jurídica sua é, nesse sentido, um direito a que o Estado não derogue determinadas normas.”⁽⁶³⁾

Por conseguinte, o direito dos trabalhadores a que o Estado mantenha as posições jurídicas que já lhes foram concedidas por meio da CLT, a qual regulamentou as garantias constitucionais trabalhistas, encontra seu fundamento

(61) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 297.

(62) *Ibidem*, p. 201-202.

(63) *Ibidem*, p. 201.

dentro da perspectiva acima apontada por Robert Alexy.

Compreende-se que a este direito à não eliminação de normas regulamentadoras de direitos fundamentais, que fizeram com que o Estado avançasse em seus objetivos sociais perante os indivíduos, corresponde uma ação positiva do Estado de manutenção da vigência dessas normas:

Se se consideram como ação legislativa não apenas os atos de criação e revogação normativa, mas também a manutenção da vigência da norma, então, ao direito à não eliminação como direito a uma ação negativa corresponde sempre um direito à manutenção da vigência, o qual é um direito a uma ação positiva.⁽⁶⁴⁾

Na medida em que a Lei n. 13.467/2017 derroga dispositivos da CLT e inclui outros, prevendo a mitigação de direitos mínimos dos trabalhadores já regulamentados, está contrariando duplamente: o direito à não eliminação de posições jurídicas trabalhistas já adquiridas e também o direito à manutenção da vigência das normas que sustentam essas posições jurídicas.

Como o intuito da prevalência do negociado sobre o legislado é a redução de direitos presentes em normas infraconstitucionais, que regulamentam as garantias sociais do trabalhador presentes na Constituição, por via reflexa, a Lei n. 13.467/2017 acabou por atingir os próprios direitos fundamentais sociais trabalhistas, indo de encontro à sua essência, pois ao invés de produzir o progresso propiciará um grave retrocesso.

Aplica-se muito bem à situação a lição de Alexy, quando afirma que as posições conferidas aos indivíduos por intermédio de direitos fundamentais sociais são tão importantes, do ponto de vista do direito constitucional, que

a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.⁽⁶⁵⁾ Trata-se da defesa dos próprios objetivos da Constituição, cujas normas voltadas à elevação da dignidade social não poderão sofrer restrições indevidas pela atividade legislativa parlamentar, ainda que por via oblíqua.

Nesse sentido, Alexy, citando Konrad Hesse, menciona que “da compreensão dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas resulta para o legislador (...) uma obrigação (positiva) de fazer de tudo para realizar os direitos fundamentais”.⁽⁶⁶⁾ Entretanto, verificou-se que, ao invés de buscar a realização dos direitos fundamentais sociais trabalhistas, a prevalência do negociado sobre o legislado possibilita o regresso das conquistas que já se encontravam materializadas através da CLT.

Alexy considera que restrições a direitos fundamentais, as quais se manifestam por intervenções intensas, só poderão ser admitidas se estiverem fortemente amparadas por razões relevantes. Assim, defende a aplicação da máxima da proporcionalidade para avaliar se determinada medida restritiva é adequada, necessária (meio menos gravoso) e proporcional em sentido estrito: “restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial” dos direitos fundamentais⁽⁶⁷⁾.

Seguindo o argumento exposto na máxima da proporcionalidade, em linhas gerais, quando o objetivo a ser alcançado com a restrição “não é suficiente enquanto razão relevante” para a mitigação ou privação de um direito fundamental, este direito “resta afetado em seu conteúdo essencial”. Desta feita, “uma intervenção intensa somente é justificada se estiver fundamentada com base em razões relevantes”. Se “há uma intervenção intensa, mas não uma

(64) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 201.

(65) *Ibidem*, p. 511-512.

(66) *Ibidem*, p. 501.

(67) *Ibidem*, p. 297.

razão fundamentadora relevante”, então “a intervenção é, portanto, injustificada”.⁽⁶⁸⁾

A preponderância da negociação coletiva sobre a legislação, no modelo trazido pela Reforma Trabalhista, não demonstrou estar suficientemente amparada em razões fundamentadoras relevantes, tampouco se mostrou apta a alcançar os supostos objetivos que a buscam justificar, sendo claramente uma intervenção intensa sobre direitos fundamentais sociais trabalhistas, que compromete o conteúdo mínimo do que já foi regulamentado. Caracteriza-se como uma intervenção injustificada, por atingir a proteção constitucional dada aos direitos trabalhistas que a Lei n. 13.467/2017 torna possível mitigar.

Especificamente quando se refere aos direitos sociais, Alexy alerta para o fato de que a garantia de uma condição mínima que preserve a dignidade social é mais importante do que as liberdades jurídicas, sobretudo para o indivíduo que se encontra em situação de hipossuficiência:

É exatamente aquele desprovido de meios que pode valorizar especialmente aqueles direitos fundamentais que, por exemplo, o protegem contra o trabalho forçado e outras situações semelhantes e aqueles que lhe dão a possibilidade de melhorar sua situação por meio do processo político. Contudo, não é possível negar que, para ele, a eliminação de sua situação de necessidade é mais importante que as liberdades jurídicas, que a ele nada servem, em razão de sua situação de necessidade, e que, por isso, são para ele uma fórmula vazia. (...) A razão de ser dos direitos fundamentais é exatamente a de que aquilo que é especialmente importante para o indivíduo, e que pode ser juridicamente protegido, deve ser juridicamente garantido.⁽⁶⁹⁾

(68) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 299.

(69) *Ibidem*, p. 505-506.

Portanto, muito mais importante do que garantir a ampla liberdade jurídica e a autonomia da vontade por meio das negociações coletivas, a ponto de permitir a redução do que já está positivado na lei em termos de direitos trabalhistas, é garantir que tais direitos sejam efetivamente protegidos e preservados, mantendo-se a condição social mínima já alcançada pelo trabalhador e a perspectiva de melhorias crescentes.

Alexy considera, ainda, que é exatamente em momentos de crise econômica que a proteção mínima de posições sociais se faz mais necessária:

A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído. Parece plausível a objeção de que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos — ainda que mínimos — tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. Contra essa objeção é necessário observar (...) que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível.⁽⁷⁰⁾

Esse argumento serve como contraponto à falsa alegação de que, em momentos de crise econômica, a proteção dos direitos trabalhistas previstos no piso legal tornaria impossível a superação das dificuldades, pois, de acordo com Alexy, são precisamente nessas situações críticas que a ordem constitucional deve resguardar ainda mais o mínimo legal garantido ao trabalhador.

Como visto, as mudanças trazidas pela Lei n. 13.467/2017, para fazer com que seja possível reduzir direitos trabalhistas através da negociação coletiva, são extremamente prejudiciais ao trabalhador. Acarretarão restrições

(70) *Ibidem*, p. 537.

intensas no que já foi concretizado em termos de direitos fundamentais sociais trabalhistas, sem respaldo em razões relevantes e sem justificativa proporcional, estando, portanto, eivadas de inconstitucionalidade.

5. Considerações finais

A negociação coletiva foi criada para funcionar como instrumento de pacificação entre trabalhadores e empregadores, servindo para adaptar as relações de trabalho à realidade de determinada categoria profissional ou econômica. Por se tratar de um processo dialético, que coloca os representantes de ambas as classes em discussão, para o ajuste de vontades sobre uma condição trabalhista, a formalização dos instrumentos coletivos de trabalho exige a participação, sobretudo, de sindicatos obreiros atuantes e fortes, que possam buscar soluções satisfatórias para o trabalhador, que é a parte mais vulnerável da relação laboral.

No entanto, observou-se que, em um contexto onde a negociação coletiva prevaleça sobre a lei, a situação atual dos sindicatos profissionais brasileiros mostra que tais agremiações não estão fortalecidas o suficiente para disputar em condições de igualdade com a classe empresária o estabelecimento ou a garantia de direitos trabalhistas em favor daqueles a quem representam. Certo é que uma reforma sindical precisa ser efetuada, mas não nos moldes parciais e displicentes trazidos pela Lei da Reforma Trabalhista, em prejuízo aos sindicatos das categorias profissionais.

Por sua vez, tem-se que o intuito da Lei n. 13.467/2017, ao dispor sobre a superação da lei pela negociação coletiva, não é outro senão possibilitar que haja o rebaixamento de direitos trabalhistas previstos na legislação, através de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Tendo em vista que a ordem jurídica já reconhece a prevalência hierárquica das fontes autônomas do Direito do Trabalho sobre todas as demais, se aquelas estabelecerem condições mais benéficas ao obreiro, não haveria necessidade de reforma legal para estabelecer a prevalência

do negociado sobre o legislado se fosse para adicionar vantagens ao trabalhador.

Além disso, este intuito de rebaixamento de direitos trabalhistas legais por instrumento negocial coletivo contraria uma série de normas da Constituição, que vão desde os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito brasileiro, até às bases constitucionais sustentadoras do próprio Direito do Trabalho. Observa-se, assim, uma tentativa de subversão de uma série de valores que norteiam o sistema jurídico constitucional de proteção laboral.

Como se não bastasse, os supostos objetivos a serem alcançados pela reforma trabalhista como a valorização da negociação coletiva, o fim da insegurança jurídica provocada pelo controle judicial sobre acordos e convenções coletivas e o aprimoramento das relações de trabalho, jamais serão propiciados pela Lei n. 13.467/2017. Vislumbra-se que, na verdade, esta causará a perda de legitimidade do ajuste coletivo a longo prazo, provocará maiores questionamentos na Justiça do Trabalho sobre a restrição de direitos trabalhistas por instrumento coletivo e desgastará as relações de trabalho a níveis críticos.

Por todas essas circunstâncias, a Lei n. 13.467/2017, na parte que toca à prevalência do negociado sobre o legislado, perfaz-se inconstitucional, o que é reforçado pela Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

Para Alexy, os direitos fundamentais sociais presentes na Lei Maior exigem do Estado a sua realização, através da sua regulamentação por normas infraconstitucionais, que façam com que os objetivos sociais sejam alcançados. Nesse contexto, se inserem os direitos constitucionais trabalhistas, cujo conteúdo mínimo encontra-se materializado na CLT.

No momento em que a Lei n. 13.467/2017 possibilita macular o mínimo legal de direitos trabalhistas, através da sua redução, permite retirar do trabalhador posições jurídicas já adquiridas, que devem ser resguardadas

pela ordem constitucional. Como reflexo, tem-se que as próprias garantias fundamentais sociais dos trabalhadores são também mitigadas, por intervenções intensas nos objetivos desses direitos fundamentais, as quais não estão suficientemente amparadas em razões relevantes que as justifiquem. E, uma vez sendo injustificada a restrição a direitos trabalhistas, decorrente da prevalência do negociado sobre o legislado, tal norma se mostra em descompasso com a máxima da proporcionalidade, caracterizando-se assim como uma intervenção inconstitucional em direitos fundamentais sociais de natureza trabalhista.

6. Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.
- _____. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.
- _____. *Lei n. 11.648 de 31 de março de 2008*. Dispõe sobre o reconhecimento formal das centrais sindicais para os fins que especifica, altera a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11648.htm>. Acesso em: 7 de jun. 2017.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- CARDOSO, Adalberto. *Os sindicatos no Brasil*. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/bmt56_nt01_sindicatos_brasil.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FURTADO, Emanuel Teófilo; MOREIRA, José Davi Cavalcante. *Os enunciados publicados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho: inovação e posicionamento entre as fontes do direito e do direito do trabalho*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/ma-naus/arquivos/anais/fortaleza/3520.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 17.
- GARCIA, Carla Rosane Pesegoginski. *Princípio da vedação do retrocesso: “efeito cliquet”*. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/carlaadvogada/artigos/principio-da-vedacao-do-retrocesso-efeito-cliquet-436>>. Acesso em: 14 jun. 17.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016.
- _____. *Reforma trabalhista*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Sindicatos no Brasil: o que esperar no futuro próximo?* Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2262.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2017.
- JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2005.
- KALIL, Renan Bernardi. *A reforma trabalhista, o Brasil e a comunidade internacional*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/23/reforma-trabalhista-o-brasil-e-comunidade-internacional/>>. Acesso em: 15 abr. 2017.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Negociação coletiva e contrato individual de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MINISTÉRIO DO TRABALHO. *Norma Regulamentadora 15 – Atividades e operações insalubres*. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr15.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2017.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Nota Técnica n. 02 de 23 de janeiro de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT)*. Brasília: 2017, p. 10. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/>.

Nota+Técnica+n.+2-2017+-+PL+6.787-2016+-+minirreforma+trabalhista.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2017.

_____. *Nota Técnica n. 05 de 17 de abril de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT)*. Brasília: 2017. p. 5. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/c6d5ffb6-5285-4f96-87f3-6a02340ded33/notatecnica_76-2017.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 7 jun. 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Convenção n. 154 da OIT*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/503>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latino-americano. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. A autonomia coletiva e os direitos individuais dos trabalhadores. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: RT, ano 26, n. 99, p. 74-75, jul.-set. 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105-8 Distrito Federal*. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 18.8.2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/141_ADI_3105.pdf>. Acesso em: 2 de jun. 2017.

_____. *Mandado de Segurança n. 24.875-1 – Distrito Federal*. Rel. originário: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ms24875.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997. vol. 2. p. 10.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*. Brasília: 2007. Disponível em: <<http://pesquisasdiritodotrabalho.blogspot.com.br/2008/01/primeira-jornada-do-direito-do-trabalho.html>>. Acesso em: 14 jun. 17.

_____. *OJ-SDC-31. Estabilidade do acidentado. Acordo homologado. Prevalência. Impossibilidade. Violação do art. 118 da Lei n. 8.213/91*. Inserida em 19.8.1998. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/home?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=63246&_15_version=1.1>. Acesso em: 14 jun. 17.

_____. *Súmula n. 437: Intervalo Intra jornada para repouso e alimentação. Aplicação do art. 71 da CLT – Res. n. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437>. Acesso em: 14 jun. 2017.

_____. *Súmula n. 448: Atividade insalubre. Caracterização. Previsão na Norma Regulamentadora n. 15 da Portaria do Ministério do Trabalho n. 3.214/78. Instalações sanitárias*. Res. n. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.5.2014. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-448>. Acesso em: 11 nov. 2017.

Os acordos extrajudiciais na Justiça do Trabalho e a Lei n. 13.467/2017: jurisdição voluntária? Validade formal ou material? Competência?

Ana Paula Tauceda Branco^(*)

Resumo:

- Se a doutrina processual trabalhista sempre teve cizânia em relação à existência da jurisdição voluntária e, em caso afirmativo, de seus efeitos jurídicos, em vigor desde 11 de novembro, a vigência da Lei n. 13.467/2017 trouxe efetivos desafios relacionados ao tema, especialmente quando confrontado com a prática jurídica trabalhista. O presente estudo se propõe, a partir da fixação de um conceito atual e constitucionalizado acerca do instituto da jurisdição voluntária, a analisá-lo na perspectiva do processo do trabalho e, nessa esteira, formular propostas para a sua compreensão, especialmente a partir dos arts. 855-B e 652-F do texto da Reforma Trabalhista; tudo, sem se afastar de, pelo menos, três desafios: manter a identidade própria e genuína do Direito Processual do Trabalho; concretizar a Constituição conforme os valores republicanos; e, valorizar a institucionalização da cultura da sincera pacificação de conflitos trabalhistas.

Palavras-chave:

- Jurisdição voluntária — Processo do trabalho — Reforma trabalhista — Cultura de pacificação de conflitos.

Abstract:

- If the labour procedure doctrine has always had dissents about the existence of voluntary jurisdiction and its legal effects, the Federal Act n. 13,467, entering into force, will bring further discussions. Establishing a current and constitutionalized concept about the institute of voluntary jurisdiction, the present study proposes to analyze it from the perspective of the labour procedure and formulate proposals for its understanding, especially by the new text of the Brazilian Decree-Law n. 5,452 (Articles 855-B and 652-F). For

(*) Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Desembargadora do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Secretária Geral da Comissão Nacional de Promoção à Conciliação – CONAPROC (Órgão do CSJT). Presidente do Núcleo de Conciliação do TRT/17ª Região desde 13.6.2013. Professora da FDV

na Pós-Graduação em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direitos e Garantias Fundamentais. Especialista em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Constitucional do Trabalho. Autora de livros e artigos sobre Direito do Trabalho. Ex-advogada trabalhista por cerca de 20 anos.

this, it's necessary deal with three challenges: to preserve the proper and genuine nature of Labour Procedural Law; to concretize the Constitution according its republican values; to value the culture of the sincere pacification of labour conflicts.

Key words:

- Voluntary jurisdiction — Labour procedure — Labour reform — Culture of pacification of conflicts.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. A jurisdição voluntária no processo do trabalho
- 3. Os efeitos da decisão jurídica que homologar acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho
- 4. A competência para decidir quanto à homologação do acordo extrajudicial
- 5. Conclusão
- 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

Ocupados com a compreensão adequada das regras jurídicas trazidas para a Consolidação das Leis do Trabalho no Brasil pelo texto da Reforma Trabalhista e, especialmente instigados pelas reflexões e debates de ideias apresentados na audiência pública organizada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), no dia 25 de outubro de 2017, “para ouvir o pronunciamento de pessoas e autoridades com experiência na jurisdição voluntária trabalhista e na solução adequada de disputas, objetivando esclarecer questões técnicas (não jurídicas), científicas, econômicas e sociais relativas à realização de acordos trabalhistas extrajudiciais, nos termos do art. 855-B e seguintes da CLT”⁽¹⁾ é que, ao deixarmos o salão do CSJT impregnados de dúvidas e preocupações, mas também de algumas certezas, decidimos contribuir para o debate produzindo o presente artigo científico.

(1) Esses são termos do despacho exarado em 03 de outubro de 2017, pelo Exmo. Ministro Emanuel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e Conselheiro do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), no processo n. CSJT-NA-16353-37.2016.5.90.0000, do qual Sua Excelência foi o Conselheiro relator.

As dúvidas? Existe jurisdição voluntária no Processo do Trabalho? O que o art. 855 da Reforma Trabalhista é, de fato, uma jurisdição voluntária? Se não, então como deverá ser interpretado e aplicado as arts. 855-B e 652-F? Se sim, mantém-se a mesma conduta adotada, por exemplo, para a liberação dos depósitos FGTS? E, como se darão essas homologações de acordos extrajudiciais? Quando serão homologados? Em audiência? E se as pautas estiverem assoberbadas? Poderão os interessados esperar meses a fio na hipótese do magistrado entender que necessita colocá-lo em mesa? Deverá haver a homologação no todo ou em parte do conteúdo da avença extrajudicial? Quais as consequências jurídicas de tal homologação? E qual o procedimento a ser adotado na hipótese de dúvida sobre a existência de vício de consentimento? A decisão exarada deverá ser fundamentada em relação a cada parcela e valor homologado? Quem terá competência para homologar tais acordos extrajudiciais, o juiz da vara para o qual for distribuído ou os CEJUSC's? E qual será a validade jurídica da decisão que homologa um acordo extrajudicial? Fará coisa julgada material ou formal? Caberá recurso dela? Ela se trata de um título executivo extrajudicial? Em caso de descumprimento, pode ser executada?

As certezas? Não se pode beber na fonte do processo civil de modo a descaracterizar o processo do trabalho. As novas regras jurídicas processuais devem passar pela hermenêutica da filtragem constitucional e pelo respeito aos princípios norteadores do processo do trabalho. Todo e qualquer debate alusivo à jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho deve considerar como referência primária o princípio do amplo acesso à justiça. A independência funcional do Juiz do Trabalho há de ser respeitada em todas as suas atividades, sejam elas relacionadas à jurisdição ou a atos administrativos comuns a outros órgãos do Estado. A pacificação de conflitos através do tratamento adequado do conflito de interesses é fundamental e há de ser estimulada, como missão social e institucional da Justiça do Trabalho, mas sempre de forma cuidadosa e responsável para que não seja sinônimo de fraude e, por outro lado, para que o processo nunca seja utilizado para maximizar o conflito, ao invés de solucioná-lo.

Movidos pelo prisma da inquietude que as mudanças trazem, é que estabelecemos esses pontos de partida para a reflexão necessária, nesse desafio que nos foi a todos imposto a partir da vigência da nova lei que se avizinha e que à época da publicação do presente estudo certamente já estará em vigor.

Registramos, enfim, que é nessa esteira de questionamentos e convicções, que estaremos apresentando análises inspiradas pela concepção haberleana de uma Carta Constitucional interpretada por uma “comunidade aberta de intérpretes” para, então, entabularmos a necessária interlocução entre os pensamentos de destacados estudiosos do Direito Processual do Trabalho que compõem o norte deste estudo e, ao fim e ao cabo apresentaremos o nosso ponto de vista sobre o Capítulo III-A da Lei n. 13.467/2017, quando faz referência ao da jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial.

2. A jurisdição voluntária no processo do trabalho

Aos leitores que não prezam análises jusfilosóficas ou que estão em busca de um enfrentamento mais pragmático do tema, sugerimos pular a leitura do primeiro, segundo e terceiro parágrafos que abrem este capítulo 2 e irem direto ao texto do quarto parágrafo.

Porém, aos que se buscam na filosofia jurídica também a sua inspiração, lembramos que a expressão hipermodernidade foi lucidamente cunhada e utilizada pelo filósofo francês Gilles Lipovetsky (2004, p. 98), na obra contemporânea *Os Tempos Modernos*, que numa análise apertada, destinou-se a se referir e analisar a atual quadra histórica e experiencial da humanidade nas sociedades capitalistas ocidentais, em divergência à expressão “pós-modernidade”, já que Lipovetsky defende que nos nossos tempos estamos vivendo o auge da potencialização absoluta de comportamentos que ditaram um estilo de vida comum e global na modernidade, quais sejam: pressa, exagero, efemeridade, dentre outros similares; todos eles adotados comportamentalmente, como ferramentas para viabilizar a cultura “do mais” que permeia a vida da humanidade contemporânea, amplamente dedicada ao culto do espetacular e da lógica do excesso, enfim, do hiper: hiperautonomia, hiperproteção, hipervitaminado, hiperfacilidade, hiperprodução, hiperconsumo, hipercorpo, hiperpoder, hiperlongevidade, hipersalário, hipermercado, hiper corrupção, hiperdescanso, hiperbeleza, hiperviolência, hiperdireito... e, porque não dizer para fins deste ensaio, hiperprocesso.⁽²⁾⁽³⁾⁽⁴⁾⁽⁵⁾

(2) Cf. meu O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, In: MELO FILHO, Hugo Viana...[et.al.] (Coords.). *O mundo do trabalho, volume I: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 49.

(3) Hiperprocesso é uma expressão aqui, por nós utilizada, para designar uma perspectiva do processo cuja principal razão de não seja o mero procedimentalismo, ou seja, a evidência e super valorização do seu aspecto formal, exterior, enfim, da sua enorme sequência de atos procedimentais. E, é justamente esse hiperprocesso

Mas, essa mesma hipermodernidade possui características positivas e que devem ser consideradas e, uma delas é a aptidão para fazer desabar conceitos rígidos, inclusive sobre ordenamento jurídico e crenças processuais (ZANETE JÚNIOR, 2014, p. 228).

É sob essa lente que nos propusemos a debruçarmos sobre a jurisdição voluntária, tema que, confesso, há muito não me atraía a atenção.

Assim, ansiosos por bebermos na fonte do Direito Processual, voltamo-nos aos ensinamentos do jurista italiano, Proto Pisani, que afirma que a jurisdição voluntária é:

(...) uma jurisdição constitucionalmente não necessária, composta de atividades que a lei atribuiu aos juízes, como poderia ter atribuído a outros órgãos do estado ou do poder privado dos próprios interessados. (PISANI, 2001, p. 35)

Como acima lecionado, é essencial que se fixe que enquanto a jurisdição contenciosa é uma jurisdição constitucionalmente necessária, vez que assegura a materialização da garantia constitucional da tutela efetiva de direitos trabalhistas, a jurisdição voluntária seria uma jurisdição constitucionalmente não necessária, posto que composta por atividades administrativas que, eventual e parcamente, a lei atribui a magistratura, mas que também podem ser atribuídas a outros órgãos do Estado ou mesmo ao sindicato.

que na hipermodernidade deve ter desabado ou pelo menos sublimado em seu rígido conceito de um procedimentalismo que se tem por essencial; tudo isso a fim de tornar o processo mais adequado e célere para atender às situações da vida, o fato social e assim viabilizar uma entrega da tutela jurisdicional mais rápida e adequada ao caso concreto, de modo a compreendê-los e resolvê-los, inclusive na perspectiva dos direitos e princípios fundamentais (e suas colisões), que fazem parte da existência de todos os cidadãos jurisdicionados, que se apresentam ao Poder Judiciário, em busca de uma prestação jurisdicional menos impregnada de apelo às formalidades e mais atenta e adaptada ao caso concreto.

- (4) Cf. meu *A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 87-140.
- (5) A respeito do tema relacionado ao culto ao procedimentalismo no processo, vide OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Do formalismo do processo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11-124.

Dáí porque, concluímos que mesmo aqueles que entendem que há uma jurisdição dita voluntária deve ela ser apresentada como modelo restrito e acessório à jurisdição contenciosa, razão pela qual é necessário demarcar os limites constitucionais e legais para seu exercício, inclusive para os fins do presente estudo, qual seja, regular voltado à homologação dos acordos extrajudiciais pelo Juiz do Trabalho.

E, perseguindo o objetivo de decifrar mais profundamente o instituto da jurisdição voluntária conforme a melhor doutrina processual brasileira, oportuna é a lição de Alexandre Freitas Câmara (2003, p. 76-80) que, a despeito da complexidade do tema, afirma que a jurisdição voluntária não é jurisdição e muito menos voluntária e, justifica a sua posição pelo fato de se tratar de função administrativa, pois não compõe lide e não a substitui, como também por só possuir natureza constitutiva, visto que se limita a criar novas situações jurídicas (Chiovenda⁽⁶⁾). Através dela, a Administração Pública, também por meio do Poder Judiciário, limita-se a validar negócios jurídicos de interesse privado. Por todas as características e sua natureza, na jurisdição voluntária há procedimento e não processo, bem como, há interessados e não partes. Tudo isso de modo a que os provimentos administrativos fruto da jurisdição voluntária não fazem coisa julgada.

Na mesma esteira da teoria administrativista, posiciona-se Humberto Theodoro Júnior (1998, p. 40-41) — certamente inspirado nas lições de Liebman⁽⁷⁾, Carnelutti⁽⁸⁾, Fazzalari⁽⁹⁾ e Cristofolini⁽¹⁰⁾ —, convicto que na jurisdição

(6) *Vide Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 49.

(7) Cfr. LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 31. (trad. Candido Rangel Dinamarco)

(8) Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. 5. ed. Roma: Foro Italiano, 1956. p. 17 e ss.

(9) Cfr. FAZZALARI, Elio. *La giurisdizione volontaria*. Pádua: Cedam, 1953. p. 159-161, 195 e 237.

(10) Cfr. CRISTOFOLINI, Giovanni. Efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria emessi da giudice incompetente. In: *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*. Pádua: Cedam, 1927. p. 167, 392-393 e 402-403.

voluntária as funções dos magistrados equivalem aos atos de um tabelião, responsável pela intervenção pública capaz de dar validade ao negócio jurídico.

Na moderna teoria da constitucionalização do processo ou do processo constitucional, o ato jurisdicional é identificado “pela presença da imparcialidade do juiz somada à característica de sua imperatividade, em razão de sua autoridade estatal. A esses elementos, soma-se a irreversibilidade externa dos provimentos.” (ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 177).

Assim é que, afora uma série de outros entendimentos e aceções que adotam a teoria jurisdicionalista (ou revisionista) no sentido de defender ser a jurisdição voluntária uma forma de exercício da função jurisdicional⁽¹¹⁾ ou no sentido de pertencer ela a um terceiro gênero, nem administrativa e nem jurisdicional; estamos certos que esse instituto — de origem romana ou medieval —, sequer mais deveria ser considerado existente.

Congregando as premissas anteriormente formuladas, vale dizer que, a despeito da terminologia adotada pelo legislador — inclusive no Capítulo III-A da Lei n. 13.467/17 — para se referir à jurisdição voluntária, o certo é que jurisdição, propriamente dita, ela não o é, limitando-se a constituir uma forma de administrar interesses privados⁽¹²⁾, de responsabilidade da Administração Pública e, desta feita, também do Poder Judiciário quando previsto em lei.

E, como já afirmado no início deste capítulo 2, urge que deixemos que o paradigma filosófico dessa exagerada e até perversa hipermodernidade também se estabeleça para trazer o seu lado bom e de reflexos coletivos, como

por exemplo, através da dissolução daqueles fundamentos do saber, outrora inquestionáveis (LIPOVETSKY, p. 98), que se estão ultrapassados e até mesmo servindo para uma deformação da noção da função jurisdicional cuja maior importância — à luz do processo constitucional — está “na realização dos objetivos da efetividade e justiça aos quais o processo está vocacionado” (ZANETE JÚNIOR, 2014, p. 166).

Denomine-se de atividade administrativa ou de administração pública de interesses privados ou de modalidade especial de tutela assistencial de interesses particulares⁽¹³⁾, o certo é que eventuais funções administrativas exercidas pelo Judiciário, não são e não podem ser confundidas com a inafastável função jurisdicional exercidas exclusivamente por seus órgãos e que constituem sua própria razão de existir num Estado Democrático e de Direito.

Percebe-se, com efeito, que seja o processo civil, seja o processo do trabalho, é o processo constitucional sujeito a todos os ramos processuais e, em assim sendo, o instituto da jurisdição voluntária também não tem a menor razão de ser no Direito Processual do Trabalho.

Com a devida vênia aos que abraçam o entendimento segundo o qual existe a dita jurisdição voluntária, tal perspectiva encerra, a nosso ver, uma falta de compreensão da equação atinente às funções de Estado e às funções de órgãos e agentes do Estado, porque o poder público é um só e são as funções de Estado que são distintas e se dividem em legislativa, executiva e judiciária, conforme o princípio da separação dos poderes, consagrado no art. 2º da Carta Política brasileira. Porém, na modernidade, o princípio da separação dos poderes e a teoria das funções estatais, já se firmam num enfoque de que

(...) há um mínimo e um máximo de interdependência de cada órgão de poder, sob pena de se desfigurar a separação, e haverá

(11) Alguns autores antagonistas, ou seja, adeptos da teoria revisionista: Ovídio Baptista da Silva (1996, vol. I, p. 33), Vicente Greco Filho (1995, vol. III, p. 263), Daniel Assunção (2016, p. 63-64), Fredie Didier (2015, vol. I, p. 192-195).

(12) Expressão utilizada por CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO (1993, p. 140).

(13) Vide art. 226 da CR.

também, um número mínimo e um máximo de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, sob pena de, inexistindo limites, um poder possa se sobrepor ao outro poder, ao invés de entre eles, se formar uma atuação de ‘concerto’. (FERRAZ, 1994, p. 14)

Assim é que, embora o aprofundamento do tema não seja importante para os fins deste estudo, o que importa refletir é que a divisão das funções do Estado, não impede que seus diversos órgãos e agentes exerçam em caráter remanescente, residual e até mesmo complementar.

Nessa esteira, a nosso sentir, a dita jurisdição voluntária nada mais é que uma função de órgãos e agentes do Judiciário, tendo escopo de função tipicamente administrativa — atrelada, por exemplo, à execução ou à fiscalização de determinados atos e procedimentos administrativos, como é o caso da previsão constante nos arts. 855-B e 652-F da Lei n. 13.467/17 —, sem que isso tenha o condão de qualificá-la como jurisdicional.

Nesse particular, vale mencionar, alguns doutrinadores respeitados e à frente de seu tempo, que há tempos já defendem que não existe jurisdição voluntária no processo do trabalho.

Desenvolvendo sua linha de raciocínio, Manoel Antonio Teixeira Filho (2009, p. 156-157), denuncia a impropriedade da expressão jurisdição voluntária, por nela haver somente interessados e procedimento e por essa suposta jurisdição ser, na verdade, um ato administrativo. Vindo, em seguida a advertir que o Estado não está ali a atuar de maneira voluntária, justificando tal convicção à luz do art. 702⁽¹⁴⁾ do CPC que reza que “o procedimento

terá início por provocação do interessado, do Ministério Público ou da Defensoria Pública”. Aliás, a perspicácia de seu raciocínio é alinhavada com a defesa que como no art. 16⁽¹⁵⁾ o CPC reconhece a existência de uma jurisdição voluntária e, o art. 2º⁽¹⁶⁾ dispõe que o processo começa com a iniciativa da parte para que o juiz preste a tutela jurisdicional em seu favor, portanto, mesmo a dita jurisdição voluntária não pode ser exercida de ofício, o que joga por terra a própria razão de ser dessa expressão. E, para exemplificar, o autor argumenta que quando “(...) a Justiça do Trabalho homologa a opção de empregado pelo regime do FGTS, com efeito retroativo, não está a exercer função jurisdicional e, sim, como dissemos, realizando mero ato administrativo”; ato administrativo este que, ao ser realizado, não impõe que o magistrado observe o critério da legalidade estrita, uma vez que conforme o parágrafo único do art. 723⁽¹⁷⁾ do CPC lhe permite “adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”, ou seja, conforme conveniência e oportunidade que não são características típicas dos atos judiciais, mas sim dos atos administrativos.

Na mesma esteira, Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p. 200-201), afirma literalmente que no processo do trabalho há, sim, procedimentos especiais que a doutrina denomina de jurisdição voluntária — tais como a expedição de alvará para liberação do FGTS e a ordem judicial para pagamento do seguro-desemprego —, porém só existe jurisdição contenciosa.

Esses olhares congruentes de Manoel Antonio Teixeira Filho e Carlos Henrique Bezerra Leite quanto à inexistência de jurisdição voluntária

(14) Art. 702, CPC: “O procedimento terá início por provocação do interessado, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, cabendo-lhes formular o pedido devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial”.

(15) Art. 16, CPC: “A jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código”.

(16) Art. 2º, CPC: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

(17) Parágrafo único do art. 723, CPC: “O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”.

também no processo do trabalho, acabam por denunciar suas oposições ao hiperprocesso que mencionamos na abertura deste estudo, que nada mais denota que quase que um louvor ao pan-processualismo⁽¹⁸⁾, como se todas as atividades exercidas pelo Judiciário tivesse que ter força e caráter de função jurisdicional e tudo fosse processo. Não, há questão a ser refletida e assumida é que o ordenamento jurídico nacional admite o Judiciário exercer funções outras, tais que não são jurisdicionais e não farão coisa julgada material, consistindo em meros procedimentos administrativos que lhe foram atribuídos por uma razão ou outra do legislador.

Superada essa questão da adequação da expressão jurisdição voluntária na perspectiva do atual processo constitucional, girando em torno de nosso próprio eixo de compreensão do instituto, voltamos ao estudo de uma obra que consistiu numa das mais importantes bases de nossa formação jurídica processual.

A independência dos magistrados, a sua idoneidade, a responsabilidade que tem perante a sociedade levam o legislador a lhes confiar importantes funções em matéria dessa chamada administração pública de interesses privados. A doutrina preponderante e já tradicional diz que são funções administrativas, tanto quanto aquelas exercidas por outros órgãos (e referidas acima); não é pela mera circunstância de serem exercidas pelos juízes que tais funções haveriam de caracterizar-se como jurisdicionais. E teriam, tanto quanto a administração pública de interesses privados exercida por outros órgãos, a finalidade constitutiva, isto é, finalidade de formação de situações jurídicas novas (atos jurídicos de direito público, conforme exposto acima). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1993, p. 140).

À conta do ensinamento conjuntamente formulado por esses grandes mestres — Cándido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e

Antônio Carlos de Araújo Cintra — do Direito Processual brasileiro, reconhecemos a atualidade de suas afirmações vez que, conforme diuturnamente noticiado pela grande mídia falada e escrita deste país, um dos objetivos da Lei n. 13.467/17 foi justamente trazer a tão propalada segurança jurídica às decisões judiciais trabalhistas e, para tanto, após se ter buscado enquadrar, o máximo possível, a atividade hermenêutica do Juiz do Trabalho⁽¹⁹⁾, empenhou-se em trazer para o seio da Justiça do Trabalho uma atividade administrativa já exercida pelas legítimas entidades sindicais de homologação de acordos extrajudiciais, numa estratégia clara de se esquivar do entendimento cristalizado pelo TST, através de sua Súmula n. 330⁽²⁰⁾, segundo o qual qualquer declaração de quitação passada pelo empregado ao empregador durante o ato de homologação, pelo sindicato, do termo de extinção contratual, não tem o poder de dar plena e irrevogável quitação às verbas e valores ali discriminados.

Frise-se: o art. 855-B da Lei n. 13.467/17, foi inserido no referido texto legal com a finalidade de estender, ao próprio Juiz do Trabalho a faculdade homologação de acordos extrajudiciais — outrora somente executada pelos sindicatos —, não para verdadeiramente exercer

(19) Nesse sentido, veja-se, por exemplo, a nova redação dada ao art. 8º da CLT, especialmente em seu §3º, em que o legislador infraconstitucional determina que os magistrados trabalhistas ao interpretarem as normas previstas em Instrumentos Coletivos, voltem suas análises, exclusivamente, aos elementos essenciais do negócio jurídico, bem como no §2º impõe que entendimentos sumulados não restrinjam direitos e nem criem obrigações jurídicas, numa clara tentativa de engessar toda a atividade hermenêutica que não seja exercida unicamente através do método de interpretação gramatical ou literal das normas que estejam sob análise do magistrado trabalhista.

(20) Súmula n. 330 TST. Validade. Revisão da Súmula n. 41. “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 Consolidação das Leis do Trabalho, 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”.

(18) Vide DINAMARCO, Cândido Rangel (2005, 210-212).

um escopo pacificar conflitos através de um Juiz do Trabalho apto a mediar os interessados.

Ao contrário.

Estamos convictos que o Capítulo III-A da Lei n. 13.467/2017 apesar de apresentar-se como “Do Processo de Jurisdição Voluntária para Homologação de Acordo Extrajudicial”, não se trata de um passo em direção ao uso eficiente da máquina estatal e nem da inculcação de uma perspectiva não adversarial de uma disputa de interesses⁽²¹⁾.

Na realidade, tal trecho normativo nada mais é que um retalho remendado no texto celetista destinado unicamente a contornar a limitação imposta pela Súmula n. 330 do TST e, nesse sentido não é nada fiel e condizente com a posição daqueles que tecnicamente defendem existir a jurisdição voluntária no processo do trabalho e, muito menos, com o ideal daqueles inúmeros colegas e profissionais do Direito que lutam pela institucionalização da cultura da pacificação dos conflitos trabalhistas de forma a auxiliar na melhoria das relações sociais.

3. Os efeitos da decisão jurídica que homologar acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho

Desembocamos neste capítulo 3, tendo firmado o entendimento que não existe jurisdição voluntária — muito menos no processo do trabalho —, razão pela qual neste momento nos ocuparemos em refletir acerca da validade jurídica da decisão que homologar um acordo extrajudicial.

Entabulando um diálogo de convergência com os doutrinadores acima mencionados, volvemo-nos também a NERY JÚNIOR (2001, p. 908) que afirma só poder fazer coisa julgada material aquela decisão judicial que resolver o mérito e somente após o seu trânsito em julgado⁽²²⁾.

(21) Cf. obra em coautoria comigo *Mediação: uma velha forma de gestão de conflitos*, por meio de um diferente olhar. Vitória: Editora SEBRAE, 2010.

(22) Vide arts. 487 e 508 do CPC.

É nesse horizonte teórico que CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO ensinam que (...) não há coisa julgada em decisões proferidas em feitos de jurisdição voluntária, pois tal fenômeno é típico das sentenças jurisdicionais (1993, p. 152).

Nesse aspecto, se considerarmos que o magistrado do trabalho entenda por ser realmente de sua competência ou conveniência e oportunidade, a atividade de homologar acordos extrajudiciais, as vertentes de pensamento acima mencionadas vão ao encontro do defendido no presente ensaio, ou seja, considere-se ser a homologação de acordo extrajudicial atividade jurisdicional inserida na jurisdição voluntária ou uma modalidade especial de tutela assistencial de interesses de particulares ou mera atividade administrativa voltada à administração pública de interesses privados — típica do Poder Executivo — estendida ao Judiciário Trabalhista, esta não fará coisa julgada material.

Endossando nossa convicção, novamente nos voltamos às lições do mestre processualista capixaba que, ao discorrer sobre os efeitos da coisa julgada formal, adverte que dela não se é possível impugnar por meio de recurso ou por qualquer meio outro (BEZERRA LEITE, 2017, p. 904).

No mesmo sentido, o festejado processualista curitibano que, leciona haver decisões que não constituem coisa julgada material, dentre as quais registra aquelas proferidas na administração pública de interesses privados, impropriamente denominadas de jurisdição voluntária (TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 1.388-1.399).

Disso advém o fato que da decisão exarada no sentido de homologar ou não o acordo extrajudicial, não caberá recurso de nenhuma espécie, cabendo aos interessados — se insatisfeitos com a decisão do magistrado do trabalho que nessa hipótese atua como o Estado-administrador —, unicamente, voltarem a apresentar — quantas vezes entenderem necessário

—, nova petição contendo seus interesses em transacionar extrajudicialmente, ou ajuizar a devida ação trabalhista para nela, então, discutir os seus direitos e pretensões.

Convém a admoestação no sentido que, os termos da decisão de um Juiz do Trabalho que venha a homologar uma petição de acordo extrajudicial não constituirá um título executivo extrajudicial⁽²³⁾ e, portanto, não estará apto a ser executado em caso de seu descumprimento, pois congregando as premissas anteriormente apresentadas, vale-se destacar que historicamente a admissão pela doutrina da existência de títulos executivos extrajudiciais de índole processual trabalhista é algo raro e excepcionalíssimo, limitando-se, até a presente data, a serem admitidos com tais: o Termo de Ajustamento de Conduta⁽²⁴⁾ firmado perante o Ministério Público do Trabalho; o Termo de Conciliação firmado na Comissão de Conciliação Prévia⁽²⁵⁾, cuja existência foi quase que na sua totalidade esvaziada pelo desinteresse e incredibilidade em relação ao tal instituto, na ótica dos atores sociais da relação capital x trabalho; a Certidão de Inscrição na Dívida Ativa da União referente às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações do trabalho⁽²⁶⁾; a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas⁽²⁷⁾; e, o cheque e a nota promissória emitidos em

reconhecimento de dívida inequivocamente de natureza trabalhista⁽²⁸⁾.

Assim, harmonizando a teoria por nós adotada — e a despeito do necessário respeito à independência do magistrado —, a postura mais adequada do Juiz do Trabalho que se defrontar com a hipótese do art. 855-B c/c o art. 652-F, é no sentido de limitar-se a — no todo —, homologar ou não tal avença; ou, ainda, a despachar para que os interessados revejam pontos que tem por equivocados, *discriminem* verbas, liquidem valores, tudo, sob pena de não homologar tal acordo; não devendo, em hipótese alguma, proceder à homologação parcial da pretensa autocomposição extrajudicial.

Reconhecida a tônica de procedimento administrativo de tais regras legais, estamos certas que o Juiz do Trabalho é livre para homologar ou não o acordo extrajudicial, mas se resolver proceder tal homologação, deverá fazê-lo no todo — nunca parcialmente e muito menos por determinação de instâncias superiores —, eis que como suas decisões nesses novos procedimentos administrativos especiais ou tutelas de interesses de particulares, não possuem força de coisa julgada material, ao exarar uma decisão que venha a homologar apenas parcial às pretensões dos interessados, poderá levá-los a um número sem fim de petições administrativas voltadas a que a autoridade judicial, no exercício dessa nova função administrativa, reveja os seus atos — quase como se fosse um recurso administrativo para a mesma autoridade, ante a competência exclusiva dos Juízes do Trabalho⁽²⁹⁾ —, ou, na pior das hipóteses, os interessados ver-se-ão estimulados e obrigados a transformar sua

(23) Somente para fins de prévios esclarecimentos, esclarecemos que apesar do dissenso doutrinário, adotamos a corrente que defender serem os títulos executivos taxativos, ou serem, advém de lei e ali devem estar mencionados. Daí porque entendemos que o rol do art. 784 do CPC é taxativo e, portanto, a petição de acordo extrajudicial homologada por Juiz do Trabalho, não será um título executivo extrajudicial por ausência de previsão legal quanto a tal qualidade.

A esse respeito vide THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. III. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 378.

(24) Vide § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/85.

(25) Vide arts. 625-A a 625-H da CLT.

(26) Vide inciso VII do art. 114 da CR.

(27) Vide art. 642-A da CLT.

(28) Cf. art. 13 da IN n. 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho, voltada a regulamentar os dispositivos do CPC/2015 que são compatíveis com o processo do trabalho.

(29) Art. 652: “Compete às Varas do Trabalho:

(...)

f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.”

pretensa avença extrajudicial numa lide judicial, de modo a que num desvio inaceitável de rota, o Estado-juiz, num ato administrativo, passe a incitar a beligerância de uma relação, em tese, já pacificada.

4. A competência para decidir quanto à homologação do acordo extrajudicial.

Inspirados nos ensinamentos dos estudiosos do processo do trabalho acima mencionados é que cremos que observamos que a teorização de ambos está inserida na constitucional do processo que, inclusive coaduna com a questão das atividades que são de competência da Justiça do Trabalho, conforme texto que a Emenda Constitucional n. 45/2004 inseriu no art. 114 da Carta Magna:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II – as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

Do texto constitucional, destacamos o *caput* do art. 114, que a partir da EC n. 45/2004, dedicou-se a apontar expressa e taxativamente a competência da Justiça do Trabalho, qual seja: processar e julgar.

Estamos convictos que o legislador assim o fez, também e especialmente com a finalidade de destacar a atividade jurisdicional como razão de ser da Justiça do Trabalho, fortalecendo, portanto, a visão que essa instituição não é um balcão de reclamações e solicitações administrativas, libertando-nos daquele ranço administrativo que nos atrelava às atividades executivas e fiscalizadoras do Ministério do Trabalho⁽³⁰⁾.

Por certo que não se está aqui a diminuir a enorme importância social que a conciliação na Justiça do Trabalho tem para a relação capital e trabalho, avocando para si a responsabilidade social que lhe compete — a paz social; não se trata disto.

Não estamos a nos referir à conciliação judicial, que está no bojo da função jurisdicional do magistrado trabalhista, seja na vara

(30) Vide registros das ações legislativas atinentes à Proposta de Emenda à Constitucional conhecida como “PEC da Reforma do Judiciário” (PEC n. 29/2000). Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/44577>>.

do trabalho em que atua, seja nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs).

O que destacamos a partir da Emenda n. 45/2004, é que o legislador constituinte quis e retirou qualquer expressão que designasse uma atividade meramente administrativa e estabeleceu no *caput* do art. 114, que a competência da Justiça do Trabalho para julgar e processar e o fez para redimensionar que ali haverá conciliação, sim, mas nos processos judiciais.

A meio caminho entre a norma infraconstitucional inserida no art. 652-F da Lei n. 13.467/17⁽³¹⁾ e o art. 114 da Carta Constitucional é que damos tônica à tese que a competência dos Juízes do Trabalho descrita na alínea “f” do texto da Reforma Trabalhista, não impõe que o Juiz do Trabalho necessariamente tenha que receber a petição de acordo extrajudicial e decidir pela sua homologação ou não, podendo, sim, declinar de tal competência de natureza administrativa, eis que facultativa e estendida também e especialmente aos sindicatos, entidades jurídica e politicamente competentes e adequadas para tais atos, ante a sua indiscutível legitimidade constitucional⁽³²⁾ para atuar em questões de interesses individuais e administrativos dos trabalhadores pertencentes à categoria que representa.

Concernentemente a possibilidade do Juiz do Trabalho rejeitar atuar em atividades administrativas relacionadas à homologação de acordo extrajudicial, entendemos que poderá ele fazê-lo, utilizando de critérios de conveniência e oportunidade — típicos dos atos

administrativos —, inclusive, relacionados à existência de previsão constitucional e infraconstitucional para que o sindicato exerça tal atividade, bem como em função da realidade atual da Justiça do Trabalho, assoberbada por um enorme número de demandas judiciais e, sufocada por uma política de corte orçamentários pelos próximos 20 anos, de modo a inviabilizar que seja respeitado prazo impróprio de quinze dias, a contar da distribuição da petição, previsto no art. 855-D⁽³³⁾, para analisar ou despachar incluir em pauta — com vistas a atender, à tempo, os interesses de tais cidadãos que tem a suposta pretensão de transacionarem extrajudicialmente.

Já no que atine ao teor do pedido conjunto formalizado a fim de que seja homologada uma avença extrajudicial, considerando que grande parte dos direitos trabalhistas são indisponíveis ou de disponibilidade relativa — sendo unicamente estes últimos o objeto de tais requerimentos ao Juiz do Trabalho —, e, de acordo com o que fora destacado anteriormente por meio da transcrição do entendimento de CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO (1993, p. 140), a idoneidade e a responsabilidade do Juiz do Trabalho, exigem-lhe, a nosso ver, que haja uma função de garantia na análise desse negócio jurídico que se lhe apresenta, mesmo que em caráter administrativo, razão pela qual acreditamos que o correto seja que a decisão administrativa que homologar o acordo extrajudicial se limite, obrigatoriamente, à parcelas expressamente consignadas no requerimento pertinente, com quitação por títulos e valores, apresentando-se devidamente fundamentada.

Enfim, não há que se falar em quitação geral e irrestrita pelo objeto do pedido e extinto contrato de emprego, inclusive com esteio no art. 855-E da Reforma Trabalhista, que não previu a possibilidade de quitações genéricas

(31) Art. 652-F: “Compete às Varas do Trabalho:

(...)

f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho”.

(32) Art. 8º: “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

(33) Art. 855-D: “No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença.”

das obrigações trabalhistas, pela via do acordo extrajudicial, já que prevê que “a petição de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados”, ou seja, a própria regra jurídica parte do pressuposto que existem direitos outros que não estão especificados no requerimento de homologação de avença extrajudicial, devendo, portanto, a quitação há de ser absolutamente restrita ao que está disposto ali e a seus valores.

Sob o aspecto da hermenêutica jurídica, há ainda outra advertência a ser feita, porém, agora, em relação aos termos da autocomposição que se pretenda ver homologada. O texto da regra referente ao art. 855-C reza que aquilo que está disposto no Capítulo III-A da Lei n. 13.467/17, “não prejudica, o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º do art. 477 desta Consolidação”, donde se conclui que as verbas extintivas do contrato de emprego — sejam elas rescisórias, resilitórias ou resolutórias —, não podem ser objeto de avença extrajudicial que se pretenda homologada pelo Juiz do Trabalho, pois conforme o texto legal aqui transcrito, pode até existir acordo pactuado extrajudicialmente, mas tais verbas deverão ser pagas de forma independente, no prazo de 10 dias, sob pena da multa do § 8º.

Assim sendo, o raciocínio lógico a esse respeito é que verbas extintivas contratuais não podem integrar eventual acordo extrajudicial que venha a ser apresentado ao Juiz do Trabalho.

Vale dizer, ainda no particular que, quanto ao momento e em que poderá ser homologada avença extrajudicial, por certo que o prazo previsto no art. 855-D é impróprio, podendo ser feita a sua gestão (conveniência e oportunidade) pelo Juiz do Trabalho, para que tais requerimentos administrativos não lhe inviabilizem as pautas de julgamento e o respeito ao princípio da celeridade em relação às sentenças a serem proferidas em processos judiciais que estejam sob sua jurisdição, especialmente

em tempos de assoberbamento de demandas advindas pela realidade do processo judicial eletrônico (PJe) e do número insuficiente de magistrados e servidores em grande parte dos Regionais brasileiros.

Aliás, nessa gestão do tempo, como já afirmado alhures, também é facultado ao Juiz do Trabalho declinar da competência trazida pela regra insculpida no art. 652-F — especialmente porque poderão os interessados recorrer à legítima entidade sindical para executar tal atividade administrativa —, inclusive, para evitar frustrações, prejuízos e desestímulo para a almejada autocomposição.

Lado outro, em havendo a disponibilidade institucional do Juiz do Trabalho exercer a atividade administrativa relacionada à análise e decisão sobre homologação de acordo extrajudicial, por responsabilidade institucional e ante a natureza de indisponibilidade absoluta ou relativa da maioria das verbas trabalhistas, quanto à faculdade de designação de audiência, sugerimos que:

- a) na hipótese de um acordo extrajudicial que indique a correição de seus termos, a melhor postura a ser adotada pelo magistrado é a de reservar espaço na pauta de audiência para essas assentadas administrativas voltadas à confirmação das partes quanto ao seu livre intento autocompositivo;
- b) em havendo dúvida quanto o teor do requerimento de homologação da avença extrajudicial, poderá o Juiz do Trabalho despachar para que os interessados façam as adequações e correções necessárias, providências que se não forem tomadas, levarão a negativa da pretendida homologação;
- c) caso o magistrado analise os termos da petição de homologação e não esteja convicto de sua validade, sugerimos, preferencialmente, que reserve um espaço em sua pauta de audiências dedicado a que os interessados compareçam e esclareçam os fatos, após o que será ou não homologado o pretenso acordo extrajudicial; e,

d) na situação do Juiz do Trabalho, após ler a petição administrativa voltada ao requerimento de homologação de acordo extrajudicial, de plano, pelos seus termos ou objeto, estiver convicto que se trata de um negócio jurídico que não atenda aos limites da lei (arts. 849 e 138 a 155 do CCB) ou que padeça de evidente vício, tais como fraude, simulação e erro essencial, recomendamos que ao despacho, de plano, negando-se a fazer a sua homologação, oficiando, caso entenda conveniente, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego e o sindicato legitimado, para que tomem ciência e adotem as medidas que entendam devidas.

Acreditamos ser desnecessário o registro, mas para que não haja dúvidas acerca de nossas intenções, afirmamos que as condutas administrativas acima propugnadas dependerão da compreensão institucional, doutrinária e ética que possua cada Juiz do Trabalho, bem como da conveniência e oportunidade que devem nortear seus atos em procedimentos administrativos.

Cumpra dizer quanto à competência para a homologação do acordo extrajudicial que ela é tanto do Juiz do Trabalho que atua nas Varas Trabalhistas, como também daquele magistrado que atua nos Centros Judiciários de Solução de Conflito (CEJUSC's), numa espécie de competência comum a ambos, vez que os magistrados dos CEJUSC's são designados para em todos os processos de jurisdição do Regional, em absoluta observância do princípio do juiz natural.

É pertinente salientar que tal parceria institucional vem se apresentando como muito frutífera para a sociedade, os jurisdicionados e a própria Justiça do Trabalho como um todo, ante a afinidade e formação dos magistrados que atuam nos CEJUSC's, sendo tais Centros dotados — especialmente a partir da Resolução n. 174/16 do CSJT —, de uma estrutura diferenciada e dirigida com uma expertise

apropriadamente voltada ao prestígio da composição amigável na solução de conflitos, de modo a viabilizar que os processos em que seja possível e recomendável transacionar, sem que isso represente renúncia de direitos.

Numa visão sistêmica da atual situação institucional da Justiça do Trabalho, ao amoldarmos a de competência comum aos Juízes do Trabalho que respondem pelas Varas e aos que estão designados para o CEJUSCs, justifica-se a expectativa de atividades jurisdicionais e, agora também daquelas relacionadas ao processo administrativo de análise e eventual homologação de autocomposições extrajudiciais, sem maiores assoberbamentos, sendo muito conveniente que seja facultado aos Juízes das Varas do Trabalho a remessa para os CEJUSC's desse novo procedimento administrativo previsto no arts. 855-B e 652-F do texto da Reforma Trabalhista, onde diversos magistrados engajados na luta pela verdadeira institucionalização da cultura da pacificação dos conflitos trabalhistas, com o necessário respeito à essência e a razão de ser do Direito do Trabalho, do Processo do Trabalho, da Justiça do Trabalho e dos ditames constitucionais.

5. Conclusão

A compreensão dos fenômenos jurídicos e sociais clama por um constante exercício de pensar e repensar, inclusive, o novo com o que nos deparamos.

As inovações legislativas produzidas pela Lei n. 13.467/17 — a despeito das inúmeras falhas já detectadas —, cria oportunidades únicas para que nós, hermenêutas, tonifiquemos conceitos e teorias, avocando a responsabilidade social que lhes compete, mesmo que para isso seja necessário romper com as mais novas propostas normativas e teóricas, nas partes atecnicas e naquelas formuladas tão somente para manter o *status quo* do poder econômico.

Aliás, utilizando os jogos inteligentes relacionados à linguagem concluímos que, ou o legislador infraconstitucional cometeu uma

atecnia inaceitável ao denominar o procedimento administrativo constante no Capítulo III-A da Lei n. 13.467/17 de processo de jurisdição voluntária, já que várias das regras ali inseridas possuem características típicas da jurisdição contenciosa⁽³⁴⁾, ou se destinam a criar um frankstein jurídico tal, que se destina, precipuamente, a utilizar o Juiz do Trabalho para cancelar a obtenção, por parte dos representantes do poder econômico, daquilo que o mercado chama de “blindagem patrimonial”, com vista a que, após homologado o acordo extrajudicial com a quitação do extinto contrato individual de trabalho, o ex-empregado seja impedido de rever qualquer pretensão atinente ao pacto empregatício.

Devidamente contextualizados no mundo e suas experiências, lembramos que no que atine à conciliação judicial, presente na Justiça do Trabalho ao longo desses seus setenta e poucos anos de existência, foi desempenhada nos rigores da lei e através de importantes esforços por parte de magistrados e servidores que lhes assessoram, no sentido de abraçar a conciliação como ponto fundamental de manutenção e aprimoramento da Justiça do Trabalho, inculturando o diálogo como ferramenta de pacificação social e, sempre que possível, conciliando nos processos judiciais através de propostas responsáveis jurídica e socialmente, como também rápidas, racionais e eficientes que possam atender aos interesses de ambas as partes e, paralelamente, criar e recriar a realidade de um Judiciário Trabalhista reconhecido, de norte a sul como, de fato, eficiente, a despeito dos mais variados ataques que vem sofrendo seja quanto à sua existência, seja quanto à sua atuação e, ainda: sufocado por uma política pública de corte orçamentário

(34) Observe-se, nesse sentido, as expressões utilizadas nas regras inseridas no Capítulo III-A da Lei n. 13.467/17: “processo de jurisdição voluntária”, “designará audiência”, “proferirá sentença”, “suspensão de prazo prescricional”, “trânsito em julgado da decisão que negar a homologação de acordo”.

pelos próximos vinte anos; assoberbado pelo enorme número de demandas que lhe são apresentadas; e, caracterizado por um alto índice de recorribilidade das decisões judiciais na grande parte dos Regionais trabalhistas.

Porém, a partir de 11.11.2017, novo desafio se apresenta aos intérpretes e aplicadores do texto da Reforma Trabalhista, especificamente relacionado às regras do Capítulo III-A, dedicados a prever e regular a homologação de acordos trabalhistas entabulados extrajudicialmente.

Na natural tensão existente entre a realidade e a normatividade, a lei pode, sim, criar oportunidades para que hermeneutas atentos ao seu mister, tonifiquem conceitos e teorias próprios do processo do trabalho, de modo a utilizarem essa nova realidade para a aproximação e construção do Direito almejado pela sociedade brasileira.

Assim é que, evitando qualquer manipulação legal de cunho maniqueísta — especialmente em relação ao art. 855-B e ao art. 652-F da Lei n. 13.467/17 —, estamos certos que os Juízes do Trabalho não terão somente dois caminhos: negar ou aceitar os requerimentos de homologação de avenças extrajudiciais.

Não, não é só isso.

Dentro da vertente que adotamos para efeitos deste estudo, é possibilitado aos Juízes do Trabalho nas situações previstas no art. 855-B e no art. 652-F, adotar os seguintes entendimentos:

- a) pela inexistência da jurisdição voluntária, em especial na Justiça do Trabalho;
- b) pela caracterização do ato de homologação de acordo extrajudicial como inerente a um procedimento administrativo; ou, a uma modalidade especial de tutela assistencial de interesses de particulares; ou, ainda, a uma administração pública de interesses privados;
- c) pela faculdade legal conferida ao Juiz do Trabalho para decidir, se é sua, de fato, tal competência ou, se por uma questão de conveniência e oportunidade, deva atuar

em tal procedimento voltado à homologação de avença extrajudicial, devido aos fatos dos interessados não terem prejuízo com tal declinação de competência, já que poderão recorrer à legitimidade entidade sindical para que suas pretensões sejam homologadas;

d) pela inconveniência de homologação parcial da pretensa autocomposição extrajudicial, mas tão somente da homologação em todo ou da não homologação, a fim de não transformar tal procedimento administrativo (administração pública de interesses privados ou modalidade especial de tutela assistencial de interesses de particulares) ou em uma jurisdição contenciosa ou num espaço para incontáveis recursos administrativos destinados a uma mesma autoridade competente;

e) pela conveniência de se reservar espaço na pauta de audiência para as assentadas administrativas voltadas à confirmação das partes quanto ao seu livre intento autocompositivo de exercício, como é praticado, inclusive, pelas entidades sindicais em tais situações;

f) pela homologação da avença extrajudicial limitada, obrigatoriamente, às parcelas expressamente consignadas no requerimento pertinente, com quitação por títulos e valores, após fundamentos apresentados pelos interessados;

g) pela impossibilidade de quitação geral e irrestrita pelo objeto do pedido e extinto contrato de emprego, por conta do art. 855-E não ter previsto tal possibilidade;

h) pela impossibilidade que as verbas extintivas do contrato de emprego, sejam objeto de avença extrajudicial que se pretenda homologada, por força dos termos do art. 855-C;

i) pela compreensão que o prazo do art. 855-D é impróprio, podendo ser feita a sua gestão, conforme conveniência e oportunidade do Juiz do Trabalho;

j) pela validação da decisão exarada para homologar um acordo extrajudicial como fazendo, no máximo, coisa julgada formal; a despeito de ter, a nosso ver, a característica de decisão de natureza meramente administrativa;

k) pelo não cabimento de recurso de nenhuma espécie em face da decisão que venha a homologar ou não o acordo extrajudicial;

l) pela não aptidão à execução da decisão homologatória de autocomposição extrajudicial, por não constituir título executivo extrajudicial;

m) pela viabilidade de, após a devida análise dos termos do acordo extrajudicial que se vise homologar, sejam proferidos despachos para que os interessados revejam pontos que tem por equivocados, discriminem verbas, liquidem valores; tudo, sob pena de não homologar tal acordo;

n) pela competência comum do Juiz do Trabalho que atua nas Varas Trabalhistas e do magistrado que atua nos Centros Judiciários de Solução de Conflito (CEJUSCs).

Num diálogo quase que impessoal com o leitor, resta-nos afirmar estamos cientes que a sociedade muda, que mudam também as relações sociais, surgindo novos fatos jurídicos e sociais que nos são diuturnamente apresentados, de forma a nos desafiar na apresentação da mais adequada solução para as modernas lides.

Por óbvio que o Direito também vem mudando e estudiosos mundialmente reverenciados, tais como o reverenciado sociólogo lusitano Boaventura de Souza Santos (1988, p. 72)⁽³⁵⁾, já formulam teorias por meio das

(35) Na obra *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Boaventura de Souza Santos ensina que “concebe-se o direito como o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justificáveis num dado grupo, que contribuem para a identificação e prevenção de litígios e para a resolução destes por meio de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada” (1988, p. 72, *apud* VEDANA, Vilson Malchow. *Programa*

quais se concebe o Direito como princípios e normas de prevenção e resolução de disputas, destacando, assim, seu papel preventivo.

E não há dúvidas que estamos dispostos e necessitamos desse eterno debruçar sobre o Direito e seus institutos processuais e materiais, a fim de que ele, efetivamente, cumpra a sua função social.

Porém, tal debruçar há de se dar sob as lentes dos valores constitucionais escolhidos como fundamentais para a república, para a sociedade e para a economia de um Estado e, através de suas lentes, fixemos os limites legais e constitucionais das novas teorias, concepções e normas jurídicas.

Justamente nesse exercício é que nos dedicamos, nesse breve estudo, à atividade hermenêutica a ser ensaiada em relação às regras inseridas no Capítulo III-A da Lei n. 13.467/17 — especialmente os seus arts. 855-B e 652-F que atribuem nova competência à Justiça do Trabalho através de seus órgãos (Juízes do Trabalho).

A esse propósito, detendo-nos a essa dinâmica hermenêutica, estamos convencidos quanto à necessidade dessas regras do Capítulo III-A serem interpretadas e aplicadas com muita parcimônia e total cuidado, vez que tráfegando pelo viés técnico ou argumentativo, outra conclusão não nos resta após a devida análise das mesmas que, ao que tudo indica, destinam-se elas ou a serem um instrumento de manipulação do instituto da conciliação tão seriamente por nós manejados em caráter judicial, ou a constituírem num veículo de blindagem patrimonial dos representantes da classe econômica, ou a comporem uma retórica simplista de promoção da segurança e da concórdia, obtidas pelos cidadãos interessados, através da chancela do Estado Juiz.

E, essas não são a finalidade do Direito; não é assim que o Estado superará os desafios advindos do excesso de formalismo do Judiciário,

de mediação comunitária. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa. Prelo (havendo possibilidade de alteração do título da obra).

da sua sobrecarga de demandas e gastos com as despesas judiciais; não é dessa forma que se logra bom êxito no intento de harmonizar e pacificar as relações sociais; enfim, assim não se realiza a Constituição.

6. Referências bibliográficas

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho. In: MELO FILHO, Hugo Viana...[et. al.] (Coords.). *O mundo do trabalho, volume I: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; CAMPOS, Naiara Guimarães; SANTOS, Ricardo Goretti e. *Mediação: uma velha forma de gestão de conflitos, por meio de um diferente olhar*. Vitória: Editora SEBRAE, 2010.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. vol. I. 9. ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. 5. ed. Roma: Foro Italiano, 1956.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CRISTOFOLINI, Giovanni. Efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria emessi da giudice incompetente. In: *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chivenda*. Pádua: Cedam, 1927.

DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. I. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FAZZALARI, Elio. *La giurisdizione volontaria*. Pádua: Cedam, 1953.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. vol. III. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. (trad. Candido Rangel Dinamarco). São Paulo: Malheiros, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos modernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. vol I. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

SOUZA SANTOS, Boaventura. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988; *apud* VEDANA, Vilson Malchow. *Programa de mediação comunitária*.

Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa. Prelo (havendo possibilidade de alteração do título da obra).

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

_____. *Comentários ao novo Código de Processo Civil: sob a perspectiva do processo do trabalho*. 2. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. III. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PISANI, Proto. *Profili del processo civili*. 6. ed. Napoli: Jovene, 2001.

ZANETE JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev., ampl., alt. São Paulo: Atlas, 2014.

A uniformização da jurisprudência trabalhista diante da reforma: uma crítica aos discursos da modernização e da segurança jurídica

Almiro Eduardo de Almeida^(*) e Simbard Jones Ferreira Lima^(**)

Resumo:

- Dentre as mais de cem alterações realizadas na CLT e na legislação trabalhista esparsa, a Lei n. 13.467/2017 reduz consideravelmente a capacidade dos tribunais trabalhistas de uniformizar a jurisprudência mediante a edição e/ou alteração de súmulas e outros enunciados jurisprudenciais. O objetivo do presente artigo é realizar uma análise crítica de tal alteração. Buscando afastarmo-nos dos debates ideológicos, dirigimos o estudo a partir de parâmetros jurídico-filosóficos aceitos e aplicados pelos próprios defensores das alterações legislativas. Partimos da tradicional escola juspositivista, analisando, de forma sucinta, a função que reserva ao intérprete-aplicador. Em seguida, expomos brevemente algumas das tentativas contemporâneas de superação do positivismo mediante a apresentação de algumas das denominadas escolas pós-positivistas. Por fim, em uma tentativa de síntese, buscamos verificar a qual das escolas melhor se adapta a função destinada ao intérprete-aplicador da lei e à limitação da atuação dos tribunais após a entrada em vigor do que ficou conhecido como “Reforma Trabalhista”.

Palavras-chave:

- Súmulas — Reforma trabalhista — Modernização — Segurança jurídica.

Abstract:

- In over a hundred alterations made in the CLT and in the sparse labour legislation, the bill number 13.467/2017 considerably reduce the capacity of labour tribunals to uniformize the jurisprudence through editing and/or alteration of dockets and other jurisprudence

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

(**) Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade IDC e em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade IDC. Professor Assistente na Universidade de Santa Cruz do Sul nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação *Lato Sensu*. Advogado com ampla atuação no Direito do Trabalho.

enunciation. The objective of the present article is to undertake a critical analysis of such alteration. Seeking to distance ourselves from the ideological debates, we direct the study from juridical-philosophic parameters accepted and applied by the own defenders of the legislative alterations. We part from the legal positivism traditional school, analysing, in a succinct way, the role reserved to the interpreter-applier. Soon afterwards, we briefly expose some of the contemporary attempts of overcoming positivism through the presentation of some so called post-positivist schools. Finally, in a synthesis attempt, we search to verify to which school the role destined to the interpreter-applier of the law would better adapt and the tribunal acting limitation after what has been known as the “Labour reform” come into force.

Key words:

► Dockets — Labour reform — Modernization — Juridical security.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. O cientificismo e a visão positivista do direito
- 3. As contemporâneas tentativas de superação do dogma positivista e o lugar de destaque do intérprete
- 4. A limitação do poder interpretativo do aplicador e o retorno ao dogma positivista
- 5. Considerações finais
- 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

Dois dos principais argumentos dos defensores da chamada “Reforma Trabalhista” são a modernização das relações de trabalho e a necessidade que a economia tem de segurança jurídica. “Modernização” e “segurança jurídica” tornaram-se mantras, repetidos em quase todos os discursos de defesa das alterações legislativas no âmbito do Direito do Trabalho. A falácia existente nesses discursos vem sendo denunciada em inúmeras publicações justtrabalhistas desde ainda antes da aprovação da Lei n. 13.467/2017. Somando-se a essa linha crítica, o presente artigo visa abordar a questão específica da tentativa de limitação do poder de interpretação e uniformização da jurisprudência que se pretende impor aos tribunais trabalhistas, especialmente pela inclusão do § 2º no art. 8º da CLT

e alteração da alínea *f* do inciso I do art. 702 do mesmo diploma legal.

Os dispositivos em questão visam limitar a criação e a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência no âmbito da Justiça do Trabalho. Por um lado, atuam na materialidade de tais enunciados, vedando que restrinjam direitos ou criem obrigações não previstos em lei; por outro, buscam dificultar excessivamente o procedimento de sua edição e alteração. À primeira vista, os dispositivos podem até parecer interessantes, uma vez que, súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados por tribunais efetivamente não devem servir para restringir direitos e/ou criar obrigações não previstos em lei. Ou seja, tais enunciados não têm, ou pelo menos não deveriam ter, a finalidade de inovar o Ordenamento Jurídico, mas apenas de sedimentar

interpretações acerca de leis e outros comandos normativos, atribuindo certo grau de estabilidade (segurança jurídica) ao Direito. Há de se considerar, por outro lado, que, sendo um fenômeno social, o direito deve guardar certa dinâmica. Daí a necessidade de, para assegurar a própria manutenção do sistema jurídico, encontrar-se um ponto de equilíbrio entre a estabilidade e a dinâmica jurídicas.

Evidenciando não se tratar tão somente de uma disputa ideológica, admitimos como premissa do presente artigo adotar a própria ideologia dominante. Para realizar nossa crítica não utilizaremos nenhum discurso dito “de esquerda”, ou “socialista”, mas tão somente os discursos admitidos, defendidos e inclusive utilizados pelos próprios defensores da “Reforma”. Com isso, queremos deixar claro que a crítica que segue não se esgota em disputas ideológicas, mas segue a racionalidade do próprio discurso dominante. Trata-se, pois, de uma crítica imanente ao próprio sistema.

Para abandonar a superfície do mero debate ideológico-político, optamos por aprofundar a discussão jurídica sob o seu aspecto filosófico, adentrando nos meandros da filosofia do Direito. Partimos de uma visão positivista do Direito, resgatando a sua gênese cientificista herdeira da modernidade. Em seguida, fizemos uma breve apresentação da contemporânea busca de superação do dogma positivista a partir de diferentes matrizes ditas “pós-positivistas”. Finalmente, examinamos a qual visão de mundo melhor se adequa a função dos tribunais pretendida pelas alterações legislativas realizadas pela “Reforma”.

2. O cientificismo e a visão positivista do direito

Antes de abordarmos o positivismo jurídico propriamente dito, importante se faz contextualizar o movimento positivista, que está relacionado, dentre outros fatores, ao avanço científico e tecnológico que foi a mola propulsora das significativas transformações das sociedades da época. Destaca-se, assim, como

os principais responsáveis pela mencionada revolução do conhecimento humano Galileu Galilei, René Descartes e Isaac Newton.

O arcabouço conceitual criado por Galileu e Descartes — o mundo como uma máquina perfeita governada por leis matemáticas exatas — foi completado de maneira triunfal por Isaac Newton, cuja grande síntese, a mecânica newtoniana, foi a realização que coroou a ciência do século XVII.⁽¹⁾

A partir de então, a pauta do desenvolvimento de todo e qualquer conhecimento possui como centro a ciência, vez que “o universo material, incluindo os organismos vivos, era uma máquina (para Descartes), e poderia ser entendido completamente, analisando-o em termos de suas menores partes”.⁽²⁾ Com a ascensão dessa espécie de “saber científico”, as explicações de todos os fenômenos, não apenas naturais, mas também sociais, devem passar por sua análise físico-descritiva, afastando-se das pesquisas metafísicas que até então reinavam as tentativas de explicação.

Neste contexto é que se encontra o positivismo jurídico, que possui como corolário a análise e sistematização jurídica, donde se pode extrair as normas válidas em termos de uma totalidade fechada e acabada. Reduz-se, assim, o Direito às normas positivadas, com a desconsideração das questões éticas, políticas e sociológicas na esfera do Direito.⁽³⁾

Reflexo do positivismo científico do século XIX, o positivismo jurídico, como movimento de pensamento antagônico a qualquer teoria naturalista, metafísica, sociológica, histórica, antropológica etc. adentrou de tal forma nos meandros jurídicos que suas concepções se tornaram

(1) CAPRA, Fritjof. *A teia da vida — uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 34.

(2) *Ibidem*, p. 35.

(3) BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 329.

estudo indispensável e obrigatório para a melhor compreensão lógico-sistemática do Direito. Sua contribuição é notória no sentido que fornece uma dimensão integrada e científica do Direito, porém, a metodologia do positivismo jurídico identifica que o que não pode ser provado racionalmente não pode ser conhecido; sem dúvida nenhuma, retira os fundamentos e as finalidades, contentando-se com o que *ictu oculi* satisfaz às exigências da observação e da experimentação, daí restringir-se ao posto.⁽⁴⁾

Citamos como expoente do movimento positivista Hans Kelsen, tendo em vista a extensão e significação de sua obra, marcada pelo esforço de afirmação delimitativa de uma Ciência do Direito desprovida de qualquer influência que lhe fosse externa, o que imporia seu reconhecimento como ciência autônoma.

O sistema jurídico, para Kelsen, é unitário, orgânico, fechado, completo e autossuficiente; nele, nada falta para o seu aperfeiçoamento; normas inferiores buscam seu fundamento de validade em normas hierarquicamente superiores. O ordenamento jurídico resume-se a esse complexo emaranhado de relações normativas. Qualquer abertura para fatos exteriores comprometeria sua rigidez e completude...⁽⁵⁾

Como podemos perceber, na tentativa de construção de uma *teoria pura do Direito*, Kelsen pende à legitimação da norma abstraída de seu cunho substancial vinculatório, bem como aos aspectos sociais que a envolvem, reportando-se somente a seu fundamento de competência, que esgotaria em si mesmo o próprio fundamento de validade. O que, em certo ponto, de acordo com Streck e Moraes, destoa da essência do Estado de Direito, mas aproxima-se de um Estado Legal⁽⁶⁾. Para Kelsen, a ciência

jurídica não é a ciência dos fatos, de dados concretos, de acontecimentos, de atos sociais, mas a ciência do “dever-ser”, ou seja, a ciência que procura descrever o funcionamento e o maquinismo das normas jurídicas (como bem característico da filosofia cartesiana).⁽⁷⁾

A garantia dos direitos “naturais” do homem, pela sua positivação, como finalidade precípua do Estado acentua a distinção do Estado de Direito Liberal frente ao modelo absolutista, o que passa, assim, a justificar a limitação jurídica do Poder. Assim, a proteção de direitos sobrepõe-se à forma como estruturados os poderes. Aprofundando tal referência, podemos dizer que há, neste formato estatal, além da vinculação dos atos emanados do Poder Público à Lei (Princípio da Legalidade — característico do Estado Legal). Desta forma, temos que o Estado Liberal de Direito atrela-se à restrição da ação do Estado, através da imposição de limitações jurídico-legais negativas, destacando-se a primazia da lei escrita, o princípio da separação funcional dos Poderes e, primordialmente, a proteção de direitos fundamentais ditos de primeira geração⁽⁸⁾.

Neste passo, as restrições ao exercício do poder encontram eco na ampla positivação do Direito, representando um dos corolários da visão liberal-individualista, no que se viu instrumento propício à produção dos resultados buscados pela burguesia ascendente⁽⁹⁾.

Na gênese da *Civil Law*, pois, “é notada a preocupação com uma ordem racional de conceitos, aparecendo o Direito como um

(4) *Ibidem*, p. 336

(5) *Ibidem*, p. 338.

(6) STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 88.

(7) BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 342.

(8) MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito da ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 70.

(9) SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); FINGER, Júlio César. *A Constituição concretizada — Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 88.

sistema: um conjunto de preceitos que deveriam estar agrupados [...]”⁽¹⁰⁾

O centro das atenções jurídicas estava voltado para o direito positivado em diplomas codificados — completos, insusceptíveis de interferência axiológica — enquanto que às Constituições restava o papel de veicular as garantias formais:

Organizar os poderes e traçar a linha das competências indispensáveis ao seu correto e efetivo funcionamento fora anteriormente a preocupação dominante das forças e correntes mais conservadoras que circulavam no constitucionalismo da idade liberal, sobretudo em França, durante a segunda metade deste século; tal preocupação, todavia, ainda se exprime no pensamento constitucional. Um jurista e cientista político do quilate de Burdeau, até há pouco, não tinha a Constituição por “direito”, mas por “ideia”, e, em razão disso, não a levava tão a sério como devia, conforme inculcou muito bem, recentemente, o publicista Favoreu.⁽¹¹⁾

Importa compreender, sobretudo, que esse receituário liberal não era neutro. Tendo como fundamento o culto à racionalidade cientificista, objetivava a ascensão política da classe que, então, já detinha o poder econômico-social: a burguesia. Com a derrocada do modelo absolutista, e as demais mudanças resultantes da ascensão burguesa, impulsionada por fatores econômicos e sociais, mas também filosóficos e culturais, ganha especial relevo a afirmação da nova forma estatal. O Estado Liberal de Direito ergue-se, inicialmente, com o estabelecimento das diretrizes essenciais do ideário liberal (econômico), cuja legitimação jurídica encontra-se, especialmente, na substituição das correntes jusnaturalistas pelo juspositivismo:

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis.⁽¹²⁾

Verifica-se, assim, a contextualização da teoria positivista com os demais avanços experimentados pela dita Revolução Científica. A busca de segurança e de explicações, portanto, embasaram o reducionismo de que foi alvo a Ciência do Direito. Não há como se negar a importância de tal estruturação para uma determinada forma de compreensão do Direito, todavia com muitos reflexos negativos, especialmente no que diz respeito à atuação do intérprete-aplicador.

[...] a noção de sistema foi a maior contribuição do racionalismo para o Direito (F. Amaral: 66-68). Mas, qual é o sistema que propunha a codificação? Tratava-se de um sistema fechado, axiomático-dedutivo, em que a atividade do intérprete resumia-se a isolar o fato e identificar a norma jurídica a ele aplicável, como se fosse tal atividade uma operação lógico-formal.⁽¹³⁾

Sobre os limites do intérprete-aplicador da norma, é famosa a analogia que Kelsen, o maior dos expoentes do juspositivismo, faz da decisão judicial que deve ficar restrita como um quadro em sua moldura.⁽¹⁴⁾ A

(10) SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 27.

(11) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 537-538.

(12) MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. tomo I, 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 83.

(13) SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); FINGER, Júlio César. *A Constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 88.

(14) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 394. O esquema foi apresentado de forma bem clara no artigo 11, p. 254-5.

principal preocupação de Kelsen, no entanto, não era com a interpretação da lei, mas sim com a própria lei, sua estrutura e dinâmica. A positivação do Direito, assim, também passa a ser um dos corolários do codicismo jurídico. A redução do direito ao que está escrito nos códigos não é neutra de valores, mas representa típica visão liberal-individualista, constituindo-se em instrumento propício à produção dos resultados buscados pela burguesia ascendente.

Em torno dos códigos, [...], floresceu a denominada ‘escola da exegese’, que se debatia em torno da literalidade dos textos legais, na ideia de que nestes estariam as soluções para todos os fatos que o direito se propunha a regular. Conexa à concepção sistemática formal-dedutiva, e na medida do fortalecimento do Estado Moderno, foi se firmando o *dogma da completude*. Monopolizando o Estado, a produção normativa, e para manter essa onipotência, punha-se o código para o juiz como um prontuário que lhe deveria servir infalivelmente, e do qual não poderia afastar-se. Esse modelo satisfazia, como menciona Gomes Canotilho, às “estratégias burguesas da legalidade”, não somente na medida que fornecia a certeza do direito, mas também porque propiciava uma aplicação da justiça uniforme em todo o território estatal, condições necessárias para a operacionalização da economia de mercado ajustada ao moderno Estado nacional. As Constituições, enquanto os códigos se transformaram no centro do sistema jurídico, ficaram reduzidas a simples “leis orgânicas dos poderes políticos”.⁽¹⁵⁾

O movimento positivista representa, pois, a um só tempo, herança histórica do cientificismo-mecanicista moderno e fundamento jurídico de sustentação do modelo econômico

liberal. Dando forma inicial ao Estado de Direito, caracterizou-se, em um primeiro momento, pelo radical rompimento com a ordem absolutista até então vigente, vindo, portanto, a estabelecer a limitação jurídica do Estado a partir da lei escrita⁽¹⁶⁾, retrato fiel da vontade geral (já que todo poder emana do povo), conforme o ideário burguês da época.

Deste modo, a positivação do Direito representou grande avanço com relação ao modelo anterior, já que ganha novo *status*, agora de ciência autônoma, o que é reconhecidamente um avanço para a sociedade moderna⁽¹⁷⁾. Todavia, a exacerbação de tal teoria fulminou com seu cultuamento e engessamento do sistema, motivo pelo qual a função judicante passou a necessitar de novos instrumentos jurídicos para a realização do ideal de Justiça. A fim de equilibrar as necessidades contraditórias de dinâmica e estabilidade jurídicas, os juízes passam a utilizar modelos interpretativos que ultrapassaram o simples silogismo declarativo. Com isso, o intérprete-aplicador passa a exercer não apenas uma função declarativa da norma, mas também, de certa forma, criativa. É nesse contexto que tribunais passam a editar súmulas e enunciados de jurisprudência capazes, a um só tempo, de conferir a melhor interpretação a cada dispositivo normativo e de garantir uma mínima segurança jurídica pela via da uniformização de decisões. É justamente dessa nova função, inserida em uma nova mentalidade acerca do Direito, que passaremos a tratar na próxima seção.

(15) SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); FINGER, Júlio César. *A Constituição concretizada* — Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 88.

(16) LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática* — uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

(17) LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, s.d., p. 24: “[...] o conceito de verdade no contexto de desenvolvimento das ciências e, vinculado a fortes pressupostos metodológicos, decompôs, por esse meio, os pensamentos de direito natural, positivando o direito, quer dizer, fundamentando-o em torno dos processos de decisão.”

3. As contemporâneas tentativas de superação do dogma positivista e o lugar de destaque do intérprete

A despeito de ter promovido significativa contribuição na concepção do Direito como ciência, o positivismo jurídico não atende mais aos ditames hodiernos, principalmente quando se menciona alguns acontecimentos, como, por exemplo: (i) as descobertas sobre as correntes científicas de cunho cartesiano, uma vez que as respostas absolutas que compreendiam este conhecimento aplicado cederam espaço à relatividade da Teoria Quântica, o que impôs uma interpretação sistêmica de todas as construções científicas⁽¹⁸⁾; (ii) o fato de as Constituições, com o avanço da positivação dos direitos de segunda geração, auferirem um novo patamar hermenêutico, pois muito mais do que garantias formais de separação entre o Estado e a Sociedade, passaram a conter positivados valores conformadores e, portanto, caracterizando-se com intenso conteúdo material⁽¹⁹⁾; (iii) a transmutação, através da escola pós-positivista, a um efetivo caráter vinculante de tais valores⁽²⁰⁾; (iv) o desenvolvimento da ideia de um Estado Democrático de Direito⁽²¹⁾; (v) as transformações de que fora objeto a linguagem com a inclusão, em sua análise, do fator pragmático⁽²²⁾.

Por tais razões, a contemporaneidade apresenta uma série de matrizes teóricas incumbidas da busca de superação dos dogmas

positivistas e supressão de suas falhas. Em primeiro lugar, não se pode deixar de referir os avanços na Teoria do Direito, especialmente após a teoria da Legitimação pelo Procedimento, de Niklas Luhmann, bem como pela forte reformulação trazida pela teoria de Ronald Dworkin.

Acompanhando as alterações de concepção sobre o Direito, também se modificaram as formas de sua aplicação. Daí a importante inserção dos estudos que estão sendo realizados pela Escola da Hermenêutica Filosófica. Até porque se parte para a compreensão do Direito como sistema aberto e em constante transformação, decorrente do influxo de carga valorativa democrática e da participação ativa do jurista no processo de criação da norma específica para o caso concreto.

Em que pese o reconhecimento inicial da relevância da teoria Kelseneana, Luhmann avança principalmente porque vê grande equívoco na não utilização de fatores empíricos e filosóficos no objeto de estudo jurídico. Assim, através da inclusão de tais fatores, demonstra-se que mesmo o Direito positivado — necessário como forma de redução das complexidades sociais — pode alcançar posições diversas sobre os problemas jurídicos, sem que com isto se afete a presunção de justiça, que é alcançada através do procedimento.

De forma muito clara, assim, reconstrói-se a Teoria do Direito com base em um processo dinâmico, já que “um procedimento não pode ser considerado como uma sequência fixa de ações determinadas”⁽²³⁾, não obstante a importância da ritualística para obtenção de segurança jurídica.

Assim, em que pese partir da existência de normas que estruturam os processos, aponta-se para a existência de novos conflitos e incertezas no interior do próprio procedimento.

(18) CAPRA, Fritjof. *A teia da vida* — Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 46.

(19) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 584-585.

(20) ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais* — Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 58-59.

(21) STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 92.

(22) REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. ver. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 62.

(23) LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, s. d., p. 37.

Deste modo, reconhecendo vários fatores sociais relacionados a processos de interação, passa a se entender que há, mesmo que em reduzido âmbito, espaço para a alteração de interpretação das normas dentro do processo, através da atuação dos indivíduos.⁽²⁴⁾

A teoria ora exposta representa grande progresso com relação à teoria positivista, porquanto insere em seu objeto fatores sociológicos, que demonstram com cientificidade o desacerto de posições standardizadas, porquanto o procedimento em que se constrói o Direito, seja na legislação ou mesmo na aplicação, sofre mudanças em razão da atuação dos envolvidos no processo.

Ainda com relação ao progresso experimentado pela Teoria do Direito, não menos importante é o estudo desenvolvido por Dworkin, que também traz grandes críticas ao Positivismo Jurídico. Utilizando uma linguagem metafórica, estudam-se as várias formas de como deve ser utilizado o vasto poder hermenêutico atribuído ao intérprete-aplicador. Insere-se, assim, no objeto de abrangência do Direito, a ideia democrática de representatividade e da necessidade de adaptação do Direito aos valores atuantes no momento de sua aplicação. Neste sentido, questiona-se o próprio estágio democrático quando da formulação das normas, que poderia não ser suficientemente avançado a ponto de “oferecer um argumento democrático de equidade que nos permita considerar as opiniões concretas dos legisladores como bons indícios de qual era a opinião pública da época”.⁽²⁵⁾

(24) *Ibidem*, p. 24: “Naturalmente que as normas jurídicas são preestabelecidas e permanecem constantes. Ao lado delas, porém existem expectativas de comportamento normativo social, regras do jogo da interação, de cuja observância depende a relação dos participantes, apoiando-se ou sancionando-se mutuamente e em cuja direção se dirigirá e assim, a história do processo legal”.

(25) DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 436: “[...] a equidade não pode explicar por que as pessoas agora devem ser governadas pelas minúcias das convicções políticas de pessoas eleitas

Neste sentido, o direito deve ser analisado de forma muito mais apurada e discriminatória, caso a caso⁽²⁶⁾, o que afasta a adesão a um passivismo ou a um ativismo tosco, duas situações que, por caminhos distintos, poderiam levar à tirania.

Em síntese, pode-se constatar a contribuição para a teoria do direito desta nova visão a respeito do dimensionamento do Direito e da atuação do intérprete-aplicador frente a este, notadamente quando Dworkin⁽²⁷⁾ constrói a metáfora do juiz Hércules. De acordo com tal metáfora, um juiz ideal:

[...] não é um historicista, tampouco tem o estilo aventureiro às vezes satirizado sob o epíteto de “direito natural”. Ele não acha que a Constituição é apenas o que de melhor produziria a teoria da justiça e da equidade abstratas à guisa de teoria ideal [...] acredita que a Constituição norte-americana consiste na melhor interpretação possível da prática e do texto constitucionais norte-americanos como um todo, e seu julgamento sobre qual é a melhor interpretação é sensível à grande complexidade das virtudes políticas subjacentes a essa questão. [...] Ele não é um passivista, pois rejeita a ideia rígida de que os juízes devem subordinar-se às autoridades eleitas, independentemente da parte do sistema constitucional em questão. Considerará que o objeto de algumas disposições é, ou inclui a proteção da democracia, e que irá interpretar tais disposições nesse espírito, em vez de subordinar-se às convicções daqueles cuja legitimidade elas poderiam desafiar.⁽²⁸⁾

Pode-se fazer referência, ainda, aos estudos de Peter Häberle, especialmente quando situa

muito tempo atrás, quando a moral popular, as circunstâncias econômicas e quase tudo o mais era diferente”.

(26) *Ibidem*, p. 452.

(27) *Ibidem*, p. 474.

(28) *Idem*.

a teoria constitucional a partir de sua inter-relação cultural, bem como quando insere na análise jurídica a abertura do processo hermenêutico decorrente da ideia democrática, em que “o destinatário da norma é participante ativo”⁽²⁹⁾.

Em sua teoria, resta enfatizada a importância da ideia da ampla participação social, mesmo que indireta, de todos na construção dos significantes constitucionais, alertando Häberle para o fato de que:

[...] a cultura constitucional se manifesta adequadamente como moldura da categoria da ‘cultura constitucional’, como a soma de atitudes e de ideias, de experiências subjetivas e das correspondentes ações objetivas tanto a nível pessoal do cidadão como de suas associações, igualmente a nível de órgãos estatais e a de quaisquer outros relacionados com a Constituição, entendida esta como processo público.⁽³⁰⁾

É inegável, pois, que a concepção do Direito passou por grandes transformações. A atividade interpretativa ganhou relevo, em direção à supremacia do valor da democracia e da necessidade da constante averiguação da lei em face da Constituição. Destaca-se, ainda, o reconhecimento de que o Direito decorre de um procedimento que, envolvendo vários atores, acaba sendo influenciado por questões sociais externas.

Justamente por isso, os avanços da Hermenêutica Filosófica também muito contribuíram para o aprofundamento da evolução que o Direito vem sofrendo nos últimos tempos, o

que ocorre em razão do questionamento das formas tradicionais de exegese, do redimensionamento do intérprete no processo hermenêutico, da evolução dos estudos sobre o papel da linguagem e de uma ampliação do próprio significado da hermenêutica.

Muller⁽³¹⁾ demonstra que a lei não contém imediatamente a norma, sendo que esta é construída pelo intérprete no processo de concretização do direito, o que muito se deve às incertezas, ambiguidades dos termos da lei, cuja integração se dá em um processo dialético, discursivo.

Ademais, de acordo com essa compreensão, “os textos jurídicos se limitam unicamente a oferecer pontos de partida em matéria de objetivos educacionais e valores orientadores”⁽³²⁾, o que se atrela à ideia democrática, que remete ao fato de que “uma sociedade justa é uma sociedade onde a questão justiça permanece constantemente aberta”⁽³³⁾.

Nestes termos, extrai-se dos estudos referidos que a norma é construída pelo intérprete no processo de concretização do direito⁽³⁴⁾. “O direito, deste modo, é mais do que a lei e a jurisprudência, ou a realização jurisprudencial do direito, mais do que mera aplicação dela”⁽³⁵⁾.

Somando-se à hermenêutica, a pragmática completa o que se tem denominado “giro linguístico”. Warat sustenta que, utilizando do fator pragmático, o hermeneuta se insere

(29) HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição — Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 15 e 24: “A interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo”.

(30) HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Technos, 2000. p. 36-37.

(31) MÜLLER, Freiderich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

(32) HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição — contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

(33) STRECK, Lênio Luis; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 109.

(34) *Ibidem*, p. 240.

(35) NEVES, A. Castanheira. *O instituto jurídico dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 653

na construção do Direito, chamando a atenção para a necessidade de desvelamento dos dogmas, bem como de um contágio do direito pelo acontecer Constitucional, que em sua doutrina, ainda não foi devidamente assimilado pelos juristas.⁽³⁶⁾

No mesmo sentido, Streck esclarece que:

[...] a pragmática, terceira parte da semiótica, trata dos modos de significar, dos usos e das funções da linguagem. Parte-se da ideia de que fatores intencionais dos usuários provocam alterações na relação designativa-denotativa dos significados das palavras ou expressões. Isto porque, quando se utiliza uma expressão em um contexto comunicacional, esse emprego provoca uma alteração na estrutura conceitual. O problema dos usos das linguagens, por implicar a axiologização dos enunciados e da comunicação, não interessa ao neopositivismo, que silencia completamente o fato de que a ideologia pode ser também considerada como uma dimensão pragmática da linguagem. A pragmática, no âmbito do Direito, trouxe enormes contribuições, mormente para as correntes críticas, permitindo a descoberta das conexões existentes entre a lei e os fatores políticos que a engendraram. Daí a impossibilidade de realizar estudos jurídicos à margem da dimensão pragmática. Fazê-lo é cair em uma atitude reducionista e cientificista.⁽³⁷⁾

Essa nova visão sobre norma jurídica acaba influenciando definitivamente o processo hermenêutico, já que os princípios e as regras, em que pese cada uma das espécies conter particularidades que não vêm ao caso no presente estudo, passam a ser considerados como espécies do gênero norma jurídica. O que nem

sempre foi assim, já que durante muito tempo os princípios exerceram tão somente uma função filosófica de compreensão e integração do conjunto de regras⁽³⁸⁾, estas sim portadoras de plena e imediata aplicabilidade.

Independentemente da filiação a uma ou outra escola, podemos depreender das breves linhas descritivas acima que o Direito efetivamente passa, na contemporaneidade, por profundas transformações. Mudaram os paradigmas que davam sustentação à visão de mundo predominante desde o modelo liberal clássico até o momento atual, tendo em vista ter sido objeto de reestruturações em razão de fatores culturais, econômicos e, inclusive, científicos⁽³⁹⁾.

Resta-nos, agora, como proposta final do presente artigo, buscar verificar, criteriosamente, se a denominada “Reforma Trabalhista”, especificamente no que diz respeito ao papel a ser desempenhado pelos tribunais, alinha-se a alguma das correntes contemporâneas do Direito ou, sob a falácia de modernização, implica, na realidade, um retrocesso, não apenas sob o ponto de vista social, já retratado em vários outros trabalhos, mas também sob o aspecto jusfilosófico, considerada a própria racionalidade admitida pela classe dominante.

4. A limitação do poder interpretativo do aplicador e o retorno ao dogma positivista

Sabe-se que Súmulas e Orientações Jurisprudenciais representam (ou pelo menos deveriam representar) a sedimentação da interpretação/aplicação reiterada dos tribunais sobre determinada matéria em um mesmo

(36) WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

(37) STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise — Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 282.

(38) ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais — Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 1. ed., 2 tir. São Paulo: RT, 1999. p. 66.

(39) WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas — Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

sentido. São, ou deveriam ser, portanto, o resultado da uniformização da jurisprudência, ou seja, da convergência de decisões de um órgão jurisdicional sobre determinado tema. Assim, ao restringir o alcance e dificultar excessivamente o procedimento de edição de súmulas e orientações jurisprudenciais, o legislador acaba imiscuindo-se na liberdade de interpretação/aplicação da lei.

Dentre a imensa quantidade de alterações decorrentes da “Reforma Trabalhista”, no que diz respeito especificamente à possibilidade de uniformização da jurisprudência mediante a edição de súmulas e enunciados, houve duas alterações significativas: uma limitação substancial no seu conteúdo e uma exacerbada restrição formal em seu procedimento.

O § 2º acrescido ao art. 8º da CLT passou a dispor que “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”.

À primeira vista, o dispositivo pode até parecer interessante, uma vez que, súmulas e orientações jurisprudenciais efetivamente não deve(ria)m servir para inovar no ordenamento jurídico, mas tão somente para sedimentar determinado entendimento sobre determinada matéria. Nesse diapasão, inclusive, vale registrar, a edição de súmulas e orientações jurisprudenciais vai ao encontro da “segurança jurídica”, um dos valores sustentados pelos defensores da “Reforma Trabalhista”. Mas se é assim, então por que limitar a edição de súmulas pelos tribunais trabalhistas? A razão está no que vem sendo denominado “ativismo judicial”.⁽⁴⁰⁾ E, há de se admitir que, para o

bem e para o mal, efetivamente alguns enunciados vinham inovando no Ordenamento Jurídico, muitas vezes, sem sequer ser antecedido de uma única decisão no sentido da súmula editada.⁽⁴¹⁾

Outra tentativa de limitar o ativismo judicial dos tribunais trabalhistas foi dificultar ao máximo a própria edição e/ou alteração de súmulas no que diz respeito ao seu procedimento. De acordo com a alínea “f” do inciso I do art. 702, da CLT, a criação e a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme necessitarão do voto de, pelo menos, dois terços dos membros do tribunal, limitando-se a matérias que já tenham sido decididas de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, autorizada, por maioria de dois terços de seus membros, a modulação dos efeitos. O § 3º do mesmo dispositivo estabelece que “as sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem

inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso”. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 18, p. 6, abr./jun. 2009.

- (41) Veja-se, por exemplo, a Súmula n. 331 do TST que inova o Ordenamento Jurídico ao estabelecer hipótese de subsidiariedade totalmente ao arrepio da lei e sem um único precedente. Se o leitor se der o trabalho de verificar os precedentes invocados no ato que institui a referida súmula, verá que todos são posteriores à data de sua edição e muitos deles, inclusive, fazem referência à própria súmula. O desvirtuamento na edição de enunciados jurisprudenciais chegou ao cúmulo de realizarem-se votações com a participação de juízes e advogados para a edição de súmulas e orientações jurisprudenciais, ignorando-se totalmente a existência, ou não, de algum precedente naquele sentido. Veja-se, a propósito: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/96697>>. Acesso em: 19 out. 2016.

(40) De acordo com Barroso, “O ativismo judicial [...] expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado

dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional”. O § 4º estende todas essas restrições aos Tribunais Regionais do Trabalho, “com rol equivalente de legitimados para sustentação oral, observada a abrangência de sua circunscrição judiciária”.

Esses dispositivos são de defesa mais difícil. Mesmo que se admita a necessidade de um número razoável de precedentes e de certa formalidade, é inegável que aqui o formalismo foi exagerado. O leitor já deve ter ouvido a expressão “não jogue fora a criança com a água do banho”. Pois foi justamente o que o legislador reformista acabou fazendo. Sob a justificativa de limitar o ativismo judicial das cortes trabalhistas, acabou inviabilizando totalmente a edição de súmulas e enunciados destinados a uniformizar a jurisprudência trabalhista. Assim, acabou indo de encontro aos próprios objetivos da Reforma Trabalhista. Ao menos, aos objetivos declarados.

É que, de acordo com as escolas hermenêuticas contemporâneas, como vimos na seção anterior, não há como interpretar/aplicar a lei sem ao mesmo tempo inovar o Ordenamento jurídico. Toda interpretação/aplicação é também uma inovação. A partir da leitura, interpretação e aplicação da lei, cria-se a norma, como demonstrado pelas diferentes escolas do pensamento jurídico contemporâneo. Tratando-se de direitos fundamentais, os direitos dos trabalhadores, em especial, constituem-se por uma estrutura materialmente aberta, e, portanto, mutável. Nesse passo, o surgimento e a consolidação de novos valores não se limitam à positivação de direitos, já que estes em grande medida são produtos de uma transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial⁽⁴²⁾.

Além disso, como corolários da dignidade da pessoa humana e de outras conquistas,

os direitos fundamentais não se abstêm de “requerer” novas formas de proteção. Assim, como já advertia Bobbio, a questão que se destaca é muito mais a de garantia de efetivação do que de fundamentação: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se não apenas de um problema filosófico, mas sobretudo político”.⁽⁴³⁾

Assim, a extrema limitação à edição e/ou alteração de súmulas e orientações jurisprudenciais acaba contrariando, não apenas, todas as correntes jusfilosóficas da contemporaneidade, mas também o próprio desiderato da “Reforma Trabalhista” no que diz respeito à modernização das relações de trabalho, uma vez que impede que o Direito do Trabalho se desenvolva pelo avanço jurisprudencial.

Importa referir, aqui, para que não haja confusão, que as inovações no Ordenamento Jurídico decorrentes das decisões judiciais, edições de súmulas e outros enunciados não se confundem com as inovações decorrentes das sentenças normativas produzidas pela Justiça do Trabalho. Aquelas, inovam o Ordenamento Jurídico ao interpretar/aplicar uma norma jurídica já existente, prevista em lei, costume, ou mesmo princípio. Estas, inovam ao criar uma nova norma jurídica positivada, de aplicação restrita às categorias dos envolvidos no dissídio coletivo. Poderíamos dizer que a criação e/ou restrição de direitos e deveres no caso da sentença normativa é primária, no sentido de que envolve uma questão possivelmente não tratada por outra fonte normativa formal; ao passo que a criação e/ou restrição de direitos e deveres no caso da interpretação/aplicação e, por consequência, nos casos de edição de enunciados jurisprudenciais seria secundária, por ter de se fundar, necessariamente, em uma fonte formal de Direito que não é a própria decisão judicial.

(42) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 61.

(43) BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

Por outro lado, as restrições material e procedimental à edição e/ou alteração de súmulas e enunciados prejudicam o ideal de segurança jurídica, na medida em que dificulta a uniformização da jurisprudência, incentivando a proliferação de decisões díspares nos mais variados graus de jurisdição. Também por essa razão, as alterações legislativas conhecidas como “Reforma Trabalhista” não se coadunam com os discursos de sua defesa.

Interessante notar, a propósito, que essa limitação à edição e alteração de enunciados de jurisprudência dos tribunais trabalhistas se deu em meio à maior alteração legislativa da área desde a edição da CLT. Em que pese o texto normativo tenha sido alterado inúmeras vezes, desde sua edição, em 1943, em nenhuma dessas alterações houve tão significativo número de mudanças. Com a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, mais de cem dispositivos do texto celetista e leis esparsas foram alterados sem a devida maturação das discussões legislativas. O projeto inicial, de iniciativa do Poder Executivo, foi enviado para o Congresso Nacional na antevéspera do Natal de 2016 e alterava apenas 7 artigos da CLT e 8 artigos da Lei n. 6.019/73. Na Câmara dos Deputados, onde tramitou por apenas quatro meses, período que contou com apenas 26 horas de efetivo debate, sofreu inúmeras emendas, passando a alterar os mais de 100 artigos da CLT e legislações esparsas. Tendo passado pelo Senado Federal sem sofrer nenhuma alteração, em que pese o reconhecimento explícito de inúmeras incongruências e, inclusive, inconstitucionalidades por parte dos senadores, foi enviado para a Presidência da República, onde foi sancionado sem que recebesse os vetos esperados.⁽⁴⁴⁾

(44) Esses números espantam em absoluto, mas espantam ainda mais quando comparados com o tempo de tramitação e debates parlamentares destinados à modificação do Código de Processo Civil (mais de 5 anos) e do Código Civil (mais de 25 anos), por exemplo. Sobre o tempo de tramitação do projeto da Reforma Trabalhista, ver NEXO. Como a Câmara aprovou mudanças em 90 artigos da CLT com 26

Muitas das alterações realizadas pela “Reforma” se deram no sentido diametralmente oposto da jurisprudência consolidada pelos tribunais trabalhistas, inclusive em súmulas e orientações jurisprudenciais do TST, causando inúmeras dúvidas a todos os envolvidos com o Direito do Trabalho. É justamente nesse cenário de insegurança jurídica que o mesmo legislador restringe a edição e alteração de súmulas, tornando ainda mais tormentosa, não apenas a prática dos operadores do Direito do Trabalho, mas de todos os empregados e empregadores envolvidos nas relações trabalhistas. E é assim que, sob um discurso de “segurança jurídica” das relações de trabalho, avizinha-se um cenário de grande insegurança para todos os envolvidos nessas relações. A impressão é que a coisa é feita mesmo para não funcionar, tornando as relações entre capital e trabalho cada vez mais complicadas e conflituosas. Tudo em nome de uma “desconfiança” na Justiça do Trabalho, sustentada por uma parcela do jurisdicionado que se sentiu desprestigiada por algumas de suas decisões.

Essa desconfiança no Judiciário trabalhista não se esgota na limitação da interpretação da lei e da uniformização de sua jurisprudência. Poderíamos citar, ainda, a exagerada restrição que o legislador tenta impor ao intérprete-aplicador no que diz respeito às normas coletivas, como nos casos do § 3º do art. 8º, da CLT e dos arts. 611 e 611-A do mesmo diploma legal. Sentimento de desconfiança que restou expresso nas palavras do presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia (DEM-RJ), em mais de uma oportunidade. Quando condenou o número de juízes trabalhistas existentes no país (muito embora, contraditoriamente, tenha admitido o excessivo número de processos) e quando chegou ao

horas de debate. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/04/27/Como-a-C3%A2mara-aprovou-mudan%C3%A7as-em-90-artigos-da-CLT-com-26-horas-de-debate>>. Acesso em: 2 maio 2017.

extremo de afirmar que a própria Justiça do Trabalho não deveria existir.⁽⁴⁵⁾ Parece claro que esse ranço contra a Justiça do Trabalho decorre de sua clara função de órgão realizador dos direitos garantidos constitucionalmente, ou mesmo da busca de ampliação de sua abrangência substancial.

Interessante notar, ainda, que essa desconfiança das cortes trabalhistas e limitação exacerbada de seus poderes vêm na contramão de outras leis, editadas pelo mesmo Congresso Nacional. Podemos citar, como exemplo, o inciso VI do § 1º do art. 489, do CPC que, atribuindo extrema força aos enunciados jurisdicionais e precedentes, considera não fundamentada qualquer decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Afastada a questão ideológica, como se propôs na introdução desse artigo, é insofismável que a tentativa de limitação (formal e material) dos tribunais trabalhistas contraria não só as principais correntes jusfilosóficas admitidas, inclusive, pelos defensores da Reforma, mas também à própria atuação legislativa brasileira, quando não se trata de direitos dos trabalhadores. Em último caso, as alterações acabam indo de encontro aos próprios objetivos — ao menos no que diz respeito aos discursos de defesa da Reforma — de modernização e segurança jurídica.

Deste modo, entendemos que, superados os óbices levantados pela alteração legislativa, ao intérprete continua sendo imposta a tarefa de efetivação dos direitos fundamentais

historicamente conquistados. Tal função remete à necessidade de uma atuação criativa e responsável, na busca da construção de soluções para os problemas que insistem em aparecer na relação entre capital e trabalho. Especialmente quando essa relação se dá em uma sociedade altamente complexa e plural. Ganha destaque, assim, a autonomia judicial. Isto porque, diversamente do modelo reducionista positivista, aplicar o Direito, nos dias atuais, é tarefa muito mais complexa do que a mera atividade silogístico-declarativa.

5. Considerações finais

O presente artigo teve por propósito analisar criticamente as alterações legislativas decorrentes da “Reforma Trabalhista” no que diz respeito à atividade de uniformização da jurisprudência por parte dos tribunais. Afastando-se do debate meramente ideológico, buscamos balizar nossos argumentos nas matrizes jusfilosóficas admitidas e, inclusive, adotadas pelos próprios defensores da “Reforma”.

Em um primeiro momento, abordamos os avanços que o juspositivismo proporcionou a uma determinada forma de teorização do Direito. Não obstante, vimos que essa compreensão do fenômeno jurídico apresenta sérias limitações e graves problemas, que precisam ser superados e resolvidos. Suas limitações podem ser reunidas, de forma extremamente resumida, numa compreensão inadequada do Direito como um sistema unitário, orgânico, fechado, completo e autossuficiente. Tal limitação acaba por acarretar problemas práticos. Uma vez reconhecido como um sistema com as características acima referidas, não haveria espaço para nenhum tipo de evolução no sistema jurídico. Não foi à toa que Napoleão Bonaparte considerou o Código Civil Francês de 1804 como o seu maior legado para a posteridade.

Tal compreensão obviamente não se coaduna com um campo do conhecimento não apenas reconhecido, mas construído socialmente. A

(45) Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/politica/república/maia-compra-briga-com-juizes-do-trabalho-pais-nao-precisara-mais-ter-5-mil-juizes-cnrlc7amutpdmw8gxj9uf11kn>>. <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/03/1864822-justica-do-trabalho-nao-deveria-nem-existir-diz-deputado-rodri-go-maia.shtml>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

dinâmica jurídica imposta pela dinâmica social impõe, por sua vez, uma participação ativa, não apenas do legislador, mas também do intérprete-aplicador da norma. É aí que surgem as diferentes matrizes pós-positivistas, como tentativas de superação das limitações e resolução dos problemas apresentados por uma visão ultrapassada do Direito. De acordo com essas escolas, o Direito não pode mais ser visto como um sistema com as características que o juspositivismo lhe atribuíam, uma vez que, sendo fechado e aberto ao mesmo tempo, comunica-se com outros sistemas, deixando de ser, portanto, unitário, completo e autossuficiente (Niklas Luhmann).

Justamente por isso, modifica-se o papel do intérprete-aplicador. Agora não mais reconhecido apenas como a “boca da lei”, ele deve se afastar tanto de um passivismo abjeto quanto de um ativismo tosco, construindo a normatividade de acordo com os significados extraídos de cada texto legal em consonância com os valores reconhecidos constitucionalmente. Dentre tais valores, ganha especial destaque a construção democrática do Direito. Impõe-se o afastamento do solipsismo jurídico e sua substituição por uma construção verdadeiramente democrática, com a participação ativa de todos os destinatários da norma (Peter Häberle).

Tal construção, por outro lado, não pode se resumir a uma questão de escolha da maioria. O próprio Estado Democrático de Direito exige que os padrões interpretativos estejam resguardados por uma coerência interna às próprias decisões. Daí a necessidade de que a edição de súmulas e outros enunciados jurisprudenciais sejam precedidas por um conjunto de decisões amadurecidas ao longo do tempo e contem com a participação das diversas instâncias julgadoras, de acordo com valores historicamente reconhecidos. (Ronald Dworkin).

Em resumo, a contemporânea compreensão do Direito não admite a extrema limitação

material e formal que a “Reforma Trabalhista” pretende impor à atuação da Justiça do Trabalho, em especial quanto à edição e/ou alteração de enunciados de jurisprudência. Ao contrário, é necessário que se volte a reconhecer a importância que tais enunciados possuem na necessária evolução do Direito. De igual modo, se faz necessário um retorno para que tais enunciados voltem efetivamente a corresponder à interpretação/aplicação reiterada dos tribunais sobre determinada matéria em um mesmo sentido. Somente assim será possível a uniformização da jurisprudência trabalhista, garantindo-se, inclusive, a segurança jurídica tão desejada pelos defensores da “Reforma”.

Por fim, não poderíamos encerrar esse artigo sem registrar que, como em outros vários pontos, também no que diz respeito à possibilidade de interpretação da lei e à uniformização da jurisprudência, a “Reforma Trabalhista” não importou avanço, mas um claro retrocesso. Essa “Reforma” somente poderia ser considerada uma “modernização” das relações de trabalho se por essa palavra se entendesse um retorno à Idade Moderna, época em que se acreditava que a Lei era completa e o Juiz apenas a boca que a pronunciava.

6. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 18, abr./jun. 2009.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida — Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais* — Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição — contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Technos, 2000.

<<http://www.gazetadopovo.com.br/politica/república/maia-compra-briga-com-juizes-do-trabalho-pais-nao-precisara-mais-ter-5-mil-juizes-cnrlc7amutpdmw8gxj9uf1lkn>>.

<<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/03/1864822-justica-do-trabalho-nao-deveria-nem-existir-diz-deputado-rodriogo-maia.shtml>>.

<<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/96697>>.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática* — Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, [s. d.].

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. tomo I. 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito da*

ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MÜLLER, Freiderich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, A. Castanheira. *O instituto jurídico dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

NEXO. *Como a Câmara aprovou mudanças em 90 artigos da CLT com 26 horas de debate*. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/04/27/Como-a-C%C3%A2mara-aprovou-mudan%C3%A7as-em-90-artigos-da-CLT-com-26-horas-de-debate>>.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed., ver. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); FINGER, Júlio César. *A Constituição concretizada* — Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law* — Introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* — Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luis; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas* — uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

Estudo da permissão de contratação do autônomo com exclusividade prevista na Lei n. 13.467/17 e seus reflexos no fenômeno da pejotização

Joel Sousa do Carmo(*)

Resumo:

- O presente trabalho pretende discutir, diante de um contexto de flexibilização e precarização das relações trabalhistas, se a Lei n. 13.467/17, conhecida no seio jurídico como reforma trabalhista, criou um ambiente propício ao desenvolvimento do indesejável fenômeno da pejotização, na medida em que facultou a contratação de autônomo de forma exclusiva. Em que pese a revogação de tal dispositivo por meio da Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, o Congresso Nacional não a converteu em lei no prazo constitucional, importando na perda de sua eficácia, revigorando, em via de consequência, a redação antiga. Levanta-se, também, como hipótese conclusiva, que as bases do Estado Democrático de Direito poderiam estar comprometidas ao se considerar a possibilidade de autônomo na modalidade exclusiva, o que demonstra que a abordagem da temática proposta possui importância medular.

Palavras-chave:

- Reforma trabalhista — Trabalho autônomo — Exclusividade — Fraude trabalhista — Violação de princípios.

Abstract:

- This assessment aims to discuss, faced with the flexibility and insecurity of labour relationships, if the Law n. 13.467/17, known in the legal sector as Labor Reform, created a favorable environment to the unwanted development of the practice of “*pejotização*”, given that it allows recruitment of self-employed personnel exclusively. In spite of the repeal of such a measure by means of Provisional Measure n. 808 of november 14, 2017, the National Congress did not make it into law within the constitutional term, affecting

(*) Mestrando em Direito em Relações Sociais e Trabalhistas pela Universidade do Distrito federal – UDF. Pós-Graduado em Advocacia Trabalhista pela Universidade Anhanguera. Bacharel em Direito pelas Universidade Federal do Ceará – UFC.

the loss of its effectiveness, invigorating, as a consequence, the old essay. In addition, there is space to conclude that the Democratic State of Law could be compromise in such cases, where the self-employed is hired with exclusivity, what demonstrates the importance of the subject proposed to discussion.

Key words:

- Labor reform — Self-employed work — Exclusivity — Labor fraud — violation of principles.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Algumas controvérsias suscitadas com o advento da Lei n. 13.467/17
- 3. Análise das modificações ocorridas com a Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017
- 4. A possibilidade de aumento dos casos de pejetização sob a bandeira da exclusividade
- 5. Fundamento de inconstitucionalidade da permissão de contratação do autônomo com exclusividade prevista na reforma trabalhista — proteção ao trabalho digno e vedação ao retrocesso social
- 6. Conclusão
- 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

Tema que vem chamando a atenção de toda a comunidade jurídica é a versada na Lei n. 13.467/17, promulgada em 13 de julho de 2017, conhecida por reforma trabalhista, cujo teor, segundo entendem alguns, facilitaria a ocorrência da indesejável pejetização.

Pela nova legislação, um profissional poderá prestar serviços de forma contínua e para uma única empresa sem que isso seja, por si só, caracterizado como vínculo empregatício. A controvérsia gerada é que a nova regra facilitaria — ou até mesmo liberaria — a contratação de trabalhadores sem carteira assinada, através da utilização da bandeira da autonomia e sob a roupagem de prestação de serviços por pessoa jurídica, estratégia conhecida como pejetização.

Pela Consolidação das Leis do Trabalho, o art. 3º define os requisitos para um profissional

vir a ser considerado empregado, são eles: habitualidade, subordinação e salário. A exclusividade do profissional, embora não seja elencada no dispositivo, era uma das evidências aceitas pela Justiça do Trabalho como comprovação do liame empregatício.

A exclusividade, para o autônomo, passa a ser permitida pela Lei n. 13.467/17 e pode ser contínua, assemelhada à prestação de serviço de um empregado.

Em edição extra do Diário Oficial do dia 14 de novembro de 2017, foi adotada, com força de Lei, a Medida Provisória n. 808, que alterava, novamente, a redação da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, para o fim de estipular a vedação da celebração da cláusula de exclusividade no contrato de autônomo.

Entretanto, a referida Medida Provisória perdeu a sua eficácia, tendo em vista que o Congresso Nacional não a converteu em lei no prazo constitucional, deixando de existir,

em via de consequência, impedimento para celebração da cláusula de exclusividade.

Nesse caso, melhor seria se o Congresso Nacional tivesse editado, no tema em estudo, lei impedindo a celebração de cláusula de exclusividade, pois prejudicial aos trabalhadores autônomos, na medida em que estes poderão perder um elemento de presunção que militava a seu favor, acaso seja declarada a constitucionalidade do dispositivo ora em estudo.

A presente pesquisa busca, então, analisar a tensão existente entre o texto constitucional, que fomenta o meio ambiente de trabalho equilibrado e a proteção ao emprego e a Lei n. 13.467/17 que, segundo defendem alguns, ampliou, consideravelmente, o espaço do empresário com relação à pejotização.

Ademais disso, busca analisar a tensão política existente entre a Presidência da República, que editou a referida Medida Provisória, a despeito de ter promulgado a referida legislação poucos meses antes e o Congresso Nacional, que, por inércia, retirou os efeitos da referida Medida.

A caracterização do âmbito teórico prático dessa pesquisa parte da observação dos eventos relacionados ao plano da concretude do Direito, a partir da observação de que o Judiciário será convidado a se posicionar sobre o efetivo alcance da Lei n. 13.467/17, que apresentou mudanças radicais na arquitetura jurídica trabalhista, uma delas objeto do presente estudo, qual seja, a possibilidade de se aumentar os casos de pejotização.

Levanta-se, também, como hipótese conclusiva, que as bases do Estado Democrático de Direito poderiam estar comprometidas ao se considerar a possibilidade de autônomo na modalidade exclusiva, o que demonstra que a abordagem da temática proposta possui importância medular.

2. Algumas controvérsias suscitadas com o advento da Lei n. 13.467/17

Inicialmente, deve-se ater à controvérsia suscitada com o texto da lei multicitada, que

permite a contratação de autônomos que poderão trabalhar exclusivamente para um tomador, cuja prestação poderá se dar ainda de forma contínua.

É o que diz o texto da Lei n. 13.467/17, que incluiu o art. 442-B na CLT, com a seguinte redação: “*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.*”

Muito embora a exclusividade não seja requisito do contrato de trabalho, a doutrina e a jurisprudência têm nela enxergado poderoso instrumento investigativo para a solução de controvérsias suscitadas em lides trabalhistas a respeito da caracterização — ou não — da relação empregatícia.

Referido regramento vem sendo alvo de críticas, pois poderia, em tese, facilitar a ocorrência da pejotização.

Como argumento contrário à tal possibilidade, alguns defensores do regramento defendem que o fato de ser exclusivo, por si só, não gera vínculo empregatício, devendo-se adentrar no verdadeiro elemento caracterizador — ou não — do vínculo de emprego, no caso, a subordinação jurídica, que ocorre quando há gerenciamento da atividade do prestador de serviço. Nesse contexto, o que a lei estaria conferindo seria, apenas, uma maior estabilidade jurídica para uma contratação verdadeira de um autônomo.

Em sentido contrário, há vozes que enxergam grande risco na reforma, entendendo que “*esse artigo não facilita a pejotização, ele libera a pejotização*”, segundo entendimento do Procurador-geral Ronaldo Curado Fleury⁽¹⁾. Na mesma toada, para a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), “*com a exclusividade, ele perde*

(1) Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Carreira/noticia/2017/07/reforma-trabalhista-libera-pejotizacao-nas-empresas.html>>. Acesso em: 1º ago. 2017, às 21:19.

a autonomia”, afirma a juíza Noemia Porto, vice-presidente da Instituição.⁽²⁾

Ou seja, pela figura do “autônomo exclusivo”, mesmo trabalhando exclusivamente para um único estabelecimento, o profissional não teria acesso aos direitos básicos estampados na CLT, como férias, 13º, FGTS, proteção contra demissão, entre outros.

Dessa forma, a temática ainda dependerá de sedimentação na doutrina e de uniformização na jurisprudência, notadamente em razão da edição da Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, a exigir dos Tribunais Pátrios precisão técnica para afastar orientações que não se coadune com a rede axiológica construída pela Constituição Federal.

3. Análise das modificações ocorridas com a Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017

Em edição extra do *Diário Oficial* do dia 14 de novembro de 2017, foi adotada, com força de Lei, a Medida Provisória n. 808, que altera, novamente, a redação da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, para o fim de estipular, no § 1º do art. 442-B a vedação da celebração de cláusula de exclusividade no contrato de autônomo. Confira-se:

Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

§ 1º É vedada a celebração de cláusula de exclusividade no contrato previsto no *caput*.

Sabido que a Medida Provisória produz efeitos imediatos, mas depende de aprovação do Congresso Nacional para transformação definitiva em lei, nos termos do art. 62, § 3º, da Constituição Federal, cujo teor dispõe:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar

medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

[...]

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Pois bem, tendo em vista que o Congresso Nacional não converteu em lei a multicitada Medida Provisória no prazo constitucional, é de se considerar que a mesma perdeu sua eficácia, retornando à redação originária que garantia a possibilidade de celebração de cláusula de exclusividade.

Verifica-se, aqui, uma tensão política entre a Presidência da República, que editou a referida Medida Provisória, a despeito de ter promulgado a referida legislação poucos meses antes e o Congresso Nacional, que, por inércia, retirou os efeitos da referida Medida, retornando a redação originária da Lei n. 13.467/17.

4. A possibilidade de aumento dos casos de pejotização sob a bandeira da exclusividade

Considerando que a Medida Provisória n. 808 perdeu sua eficácia, retoma-se, portanto, a redação originária do art. 442-B da CLT, que permite a contratação de autônomo na modalidade exclusiva, cujos efeitos são duramente sentidos pelo trabalhador e, no sentido macro, pela sociedade que enfrentará grave retrocesso social. Com efeito, ao se manter a exegese literária da multicitada Lei n. 13.467/17, criar-se-á um ambiente propício ao aumento dos casos de trabalho com autonomia, desprestigiando a relação de emprego.

Para tanto, deve-se lembrar que, em termos legais, a pejotização é artifício utilizado por diversos empregadores sob a “máscara” de pessoa jurídica, sem relação de emprego,

(2) Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/25505-a-reforma-trabalhista-libera-a-pejotizacao-nas-empresas>>. Acesso em: 1º ago. 2017, às 21:25.

em desrespeito, dessa forma, aos princípios basilares do Direito do Trabalho.⁽³⁾

Nesse sentido, Márcio Túlio Viana assevera que *“forçado à autonomia, o trabalhador não chega a ser autônomo de fato, continuando a ser verdadeiro empregado, pois a relação de dependência não termina”*.⁽⁴⁾

A contratação de um trabalhador na figura de uma pessoa jurídica pode ser sedutora em um primeiro momento, ainda mais em tempos de crise, primeiro pela menor oferta de emprego e, também, pela promessa de outorga de maiores salários pela redução de custos pelo empregador. Contudo, o profissional sentirá, irremediavelmente, os efeitos da adesão ao pacto da pejetização, sobretudo ao final da relação empregatícia.

Nesse caso, pode o profissional prejudicado reclamar a configuração do vínculo empregatício na justiça, pois a realidade concreta pode evidenciar a utilização simulatória da roupagem de pessoa jurídica para simular efetiva prestação de serviço por uma pessoa física, tal qual a de um empregado.⁽⁵⁾

Nesse contexto, a exclusividade criava uma espécie de presunção de fraude nos casos em que a pejetização era discutida em juízo, pois, quando um juiz ou tribunal se deparava com situações como esta, a presunção de irregularidade se sobressaía e a caracterização do vínculo de trabalho era claramente identificada.

Com a alteração em estudo, a presunção não se verificaria mais, pois a exclusividade é agora franqueada pela CLT, podendo, dessa forma, as empresas exigirem que o autônomo contratado preste serviços de forma exclusiva e contínua. Competirá ao trabalhador, agora

sim, demonstrar o caráter fraudulento do negócio com apresentação de lastro probatório robusto, dificultando suas chances de êxito processual, ao menos, quando em comparação com o entendimento anterior à Lei n. 13.467/17.

A par do já exposto, conclui-se que o dispositivo se filia à tradição de outros incluídos na Reforma Trabalhista que buscaram, de forma artificial e a todo custo, afastar a protegida relação empregatícia, com indissolúvel objetivo precarizante.⁽⁶⁾

Por conta disso, a reforma trabalhista cria, dessa forma, condições para a perpetuação de fraudes via pejetização, pois dificulta ao trabalhador a prova de sua ocorrência, perdendo o elemento que militava a seu favor na solução de controvérsias suscitadas em lides trabalhistas, qual seja, a garantia de não exclusividade.

Os efeitos da reforma trabalhista nas relações de trabalho são, dessa forma, duramente sentidos pelo trabalhador, especialmente no âmbito da pejetização, pois não será assegurado ao prestador de serviço o direito ao 13º salário, ao FGTS, aos direitos previdenciários, às verbas resilitórias, além de outros tantos direitos garantidos em lei, acordo, convenção coletiva ou mesmo em regimentos internos das empresas.

O efeito será sentido, ainda, em questões de limite de jornada diária e semanal, descanso semanal remunerado, férias, criando-se um ambiente propício para a eclosão de doenças ocupacionais e acidentes laborais.

De fato, a infortunistica laboral é também afetada pela ausência de proteção ao trabalhador, pois o excesso de trabalho traz fadiga, estresse, cansaço, atingido a saúde física e mental do trabalhador.⁽⁷⁾

(3) PEREIRA, Leone. *Pejetização: o trabalhador como pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 77.

(4) VIANA, Márcio Túlio. *A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – O direito do trabalho no limiar do Século XXI*. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1145/1078>>. Acesso em: 15 maio 2018.

(5) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 291.

(6) DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 152.

(7) CASSAR, Volia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 653.

Considerando, ainda, que o autônomo não se filia ao INSS na categoria de empregado, nos casos de acidentes laborais, não terá direito à estabilidade de emprego, podendo ser dispensado a qualquer momento.

Afora isso, o prestador de serviço ainda terá que arcar com as despesas provenientes da abertura e manutenção de uma pessoa jurídica, como o contador, o recolhimento de impostos, além de assumir os riscos de um negócio mantido, apenas, para fins de simulação.

Por conta disso, a pejotização é enfrentada pelos Tribunais Pátrios com a pecha de nulidade, a bem da proteção dos direitos trabalhistas, princípios e garantias constitucionais e a dignidade humana do empregado. Esse é o entendimento, inclusive, do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. CONTRATAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ÁREA DE INFORMÁTICA. CONSTITUIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA. NULIDADE. CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. A constituição de pessoa jurídica pelo reclamante não tem o condão de, por si só, afastar a caracterização da relação de emprego, uma vez presentes os pressupostos contidos no art. 3º da CLT. Por essa razão, cabível, em tal hipótese, à luz do princípio da primazia da realidade, a nulidade do contrato de prestação de serviços (art. 9º da CLT) e, por conseguinte, o reconhecimento do vínculo de emprego com o suposto tomador dos serviços. Não configurada violação dos arts. 110, 113 e 114 do Código Civil Brasileiro. Precedentes.⁽⁸⁾

O empregador, portanto, se enriquece ilícitamente do trabalho prestado via pejotização, que fatalmente reduziu seus custos e aumentou sua lucratividade, o que conduz a uma precarização do trabalho⁽⁹⁾.

(8) TST, RR n 650-80.2010.5.03.0004, Primeira Turma, rel. Min. Flávio Portinho Sirangelo, Primeira Turma, julgado em 15.2.2012.

(9) MAGALHÃES, Claudia Pereira Vaz de. *O fenômeno da pejotização no âmbito trabalhista*. Disponível em: <<http://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/102>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

Não pode, de fato, haver um retrocesso para a época em que a relação de trabalho era submetida ao Direito Civil, onde não havia proteção necessária ao trabalhador, devendo o empresário perseguir o lucro mediante observância de bases civilizatórias mínimas⁽¹⁰⁾.

Tudo exposto, resta verificar se a legislação em estudo se coaduna com a ordem jurídica vigente, tendo como balizamento o Direito Constitucional do Trabalho com esteio na Constituição de 1988.

5. Fundamento de inconstitucionalidade da permissão de contratação do autônomo com exclusividade prevista na reforma trabalhista — proteção ao trabalho digno e vedação ao retrocesso social

Pelo exposto acima, viu-se que a reforma trabalhista instaurou uma nova dinâmica nas relações laborais, com reflexos no aumento da ocorrência de casos de pejotização, pois os prestadores de serviços em tais condições perderam o elemento que militava a seu favor na solução de controvérsias suscitadas em lides trabalhistas, qual seja, a garantia de não exclusividade, provisoriamente revigorado com a edição da Medida Provisória n. 808 de 14 de novembro de 2017.

A legislação, dessa forma, retirou do trabalhador o acesso aos direitos estampados no art. 7º da Constituição Federal; degradou o trabalho e interferiu na possibilidade do profissional de comprovar, de forma presumida, o vínculo empregatício pela via da exclusividade, impactando, em resumo, no mais basilar direito dos trabalhadores, qual seja, o do trabalho digno.

No campo jurídico, a legislação representa um retrocesso social e jurídico, notadamente acaso seja conferida interpretação ao texto

(10) PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Brito. *A inconstitucionalidade da liberação generalizada da terceirização*. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/abet/article/view/25701>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

legal no sentido de lhe declarar constitucional, frustrando o propósito, também constitucional, da justiça social. Por conta disso, a flexibilização não pode convergir para uma lógica de precarização das relações de trabalho, desprestigiando os direitos tradicionais e históricos dos trabalhadores⁽¹¹⁾.

Com efeito, a Carta Magna reconhece o direito social ao trabalho como condição da efetividade da existência digna juntamente com a valorização do trabalho.⁽¹²⁾

A proteção jurídica ao trabalho digno encontra suporte também no plano internacional, uma vez que a orientação filosófica e jurídica fundada na dignidade da pessoa humana, enquanto suporte axiológico e normativo para o direito fundamental ao trabalho, é patrocinada pela OIT, desde a sua origem, em 1919.⁽¹³⁾

Para Gabriela Neves Delgado, a Constituição Federal de 1988 assegurou, de maneira inarredável, a dignidade da pessoa humana como suporte axiológico e normativo para o direito fundamental ao trabalho.⁽¹⁴⁾

Por conta disso, a concepção de dignidade da pessoa humana deve ser vista como epicentro de todo o ordenamento jurídico⁽¹⁵⁾, como valor fonte do Direito⁽¹⁶⁾.

No campo judicial, não é diferente, a defesa do referido princípio basilar é matéria sempre

presente nos julgados das Cortes Superiores do País⁽¹⁷⁾.

Nesse contexto, o trabalho digno deve ser visto como direito fundamental do indivíduo, sendo dever do Estado manter um ambiente de trabalho equilibrado, no sentido de assegurar aos indivíduos um trabalho digno, amortecendo-se, especialmente, a incidência de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho⁽¹⁸⁾.

Nesse sentido, a interpretação do disposto nos arts. 6º, 7º, XXII, 196 a 200 e 225, § 1º, V, da Constituição Federal de 1988 deixa evidente que o Direito à Saúde do empregado e ao Meio Ambiente do Trabalho foram igualmente erguidos a direito social de natureza constitucional, devendo se observar que, a afronta do legislador ordinário à proteção constitucional não pode permanecer no ordenamento jurídico, pois esvaziaria de sentido e conteúdo o art. 7º da Constituição Federal e, em um contexto macro, toda a rede principiológica trabalhista gravada na Carta Magna.

Nesse sentido, deve-se observar que há parâmetros constitucionais que não podem ser suprimidos, pena de esvaziamento do sentido protetivo, sendo o caso de se analisar a questão sob o filtro da noção de “desrazoabilidades legislativas”⁽¹⁹⁾, as quais deverão ser submetidas ao juízo de proporcionalidade.

A questão pode ser observada também sob o filtro do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, que garante a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos sociais, em prevalência aos princípios que fundamentam o Estado

(11) NUNES, Cláudio Pedrosa. *Modificações do contrato de trabalho e sua reestruturação dogmática*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 88.

(12) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 212.

(13) DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. *Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 219.

(14) DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 26.

(15) DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013. 4 ed., p. 38.

(16) DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 174.

(17) Conferir, por exemplo: STF, ADI n. 2.696/PR, rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15.12.2016; STJ, REsp n. 1.655.052/RJ, rel. Min. HERMAN BENJAMIM, Segunda Turma, julgado em 5.5.2017 e TST, RR 7216620125040204, rel. Min. MAURICIO GODINHO DELGADO, Terceira Turma, julgado em 23.10.2015.

(18) MORAES, Fernando Franco; OLIVEIRA, Lourival José de. O papel do poder público na contribuição do equilíbrio do meio ambiente laboral no Brasil. *XX Encontro Nacional do CONPEDI*, Brasília/DF, 2016.

(19) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 111.

Democrático de Direito, notadamente o da Dignidade da Pessoa Humana. A Carta Constitucional fica, dessa forma, resguardada dos “casuísmos da política e do absolutismo das maiorias parlamentares”⁽²⁰⁾.

Incabível se pensar, dessa forma, em legislação infraconstitucional que esvazie de conteúdo e sentido o art. 7º da Constituição Federal, sob pena de aniquilação dos direitos lá tutelados, caso em que, fatalmente, o legislador incidiria em inconstitucionalidade.

Por conta disso, ao prever o valor social da livre-iniciativa, a Magna Carta, em seu art. 170, estipula que a liberdade empresarial deve ser conduzida de acordo com os ditames da justiça social, condicionada, ainda, ao atendimento da função social da propriedade, à defesa do meio ambiente — incluindo o meio ambiente laboral — e a busca do pleno emprego.

A Constituição, portanto, não assegura a liberdade de perseguir a lucratividade sob qualquer circunstância, muito menos de obter vantagens econômicas à custa da exploração da mão de obra humana e da ofensa ao meio ambiente de trabalho equilibrado.

Deve-se destacar, ainda, uma alteração no regramento do procedimento de edição de Súmula por parte do Tribunal Superior do Trabalho, que ficará mais limitado, tendo em vista que, por força da multicitada lei, foi acrescentado um parágrafo ao art. 8º da CLT, que reza: “*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*”.

Limitou-se, com tal regramento, a atividade interpretativa protetiva dos Tribunais Trabalhistas, que deverão, em tese, se submeter ao

reconhecimento da possibilidade de exercício de trabalho autônomo com exclusividade. Melhor seria, portanto, que os agentes políticos, democraticamente legitimados, fizessem uso do controle preventivo de constitucionalidade dos atos normativos, no intuito de impedir que lesões sejam perpetradas à carta constitucional⁽²¹⁾.

Nesse contexto, a flexibilização representa um neologismo com função ideológica bem definida, que, com apoio midiático, faz com que os trabalhadores aceitem a redução de direitos. Sabido que, na ausência de proteção social, consagra-se a prevalência do polo mais forte, o que expõe os trabalhadores a riscos e insegurança⁽²²⁾.

Dessa forma, a melhor leitura que se deve fazer à Lei n. 13.467/17 é a que prestigia o direito ao trabalho digno, o direito à saúde e ao trabalho protegido, devendo-se, portanto, declarar a inconstitucionalidade do novo art. 442-B da CLT, pois fomenta um ambiente propício à pejetização, a bem de se manter incólume o sistema protetivo previsto no art. 7º da Constituição Federal.

Com o exposto, pode-se finalizar com a consideração de que uma interpretação diversa da aqui apresentada e que vá de encontro aos princípios acima pressupostos podem esvaziar todo o conteúdo do sistema protetivo constitucional trabalhista e, portanto, inconstitucional.

6. Conclusão

No presente estudo, viu-se que a reforma trabalhista instaurou uma nova dinâmica nas relações laborais, com reflexos no aumento da ocorrência de casos de pejetização, pois os prestadores de serviços em tais condições

(20) SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista AJURIS* 73, n. 9, mar. 2007, Salvador. Disponível em: <<http://www.dereitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

(21) SANTIAGO, Marcus Firmino. Mecanismos de proteção da Constituição de 1988: o controle preventivo de constitucionalidade dos atos normativos. *Revista A Constituição de 1988 e as transformações do estado brasileiro*, Escola de Direito do IDP, Brasília, 1. ed., 2013, p. 125.

(22) TEIXEIRA, Marilane Oliveira. [et al.] *Contribuição crítica à reforma trabalhista*. Campinas/SP, UNICAMP/IE/CESIT, 2017, p. 42.

perderam o elemento que militava a seu favor na solução de controvérsias suscitadas em lides trabalhistas a respeito da caracterização — ou não — da relação empregatícia, qual seja, a garantia de não exclusividade, elemento revigorado por meio da edição da Medida Provisória n. 808 de 14 de novembro de 2017.

A legislação, dessa forma, retirou do trabalhador o acesso aos direitos estampados no art. 7º da Constituição Federal; degradou o trabalho e interferiu na possibilidade do profissional de comprovar, de forma presumida, o vínculo empregatício pela via da exclusividade, impactando, em resumo, no mais basilar direito dos trabalhadores, qual seja, o do trabalho digno.

No campo jurídico, a legislação representa um retrocesso social e jurídico, notadamente acaso seja conferida interpretação ao texto legal no sentido de lhe declarar constitucional, frustrando o propósito constitucional da justiça social.

Dessa forma, seria louvável a iniciativa do Congresso Nacional de manter o dispositivo, constante na Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, que proíbe a inclusão de cláusula de exclusividade nos contratos de autônomo.

Acaso o Congresso Nacional mantenha a exegese da Lei n. 13.467/17, devem os tribunais fazerem exegese que prestigie o direito ao trabalho digno, o direito à saúde e ao trabalho protegido, devendo-se, portanto, declarar a inconstitucionalidade do multicitado art. 442-B da CLT, pois fomenta um ambiente propício à pejotização.

Interpretação contrária esvaziaria todo o conteúdo do sistema constitucional trabalhista e, portanto, inconstitucional, pois diversos direitos trabalhistas seriam preteridos, assim como diversos princípios garantidores, como o da proteção ao trabalhador, da irrenunciabilidade de direitos, da primazia da realidade e, no contexto macro, da proteção ao trabalho digno.

7. Referências bibliográficas

AMATRA 21. *O fenômeno da pejotização à luz dos princípios trabalhistas no atual contexto da flexibilização*. Disponível em: <[http://www.amatra13.org.br/arquivos/revista/REVISTA%20DA%20ESMAT%2013%20ANO%204%20N%204%20OUT%202011\[PARA%20IMPRESS%C3%83O%20COM%20302%20PAGINAS\].pdf](http://www.amatra13.org.br/arquivos/revista/REVISTA%20DA%20ESMAT%2013%20ANO%204%20N%204%20OUT%202011[PARA%20IMPRESS%C3%83O%20COM%20302%20PAGINAS].pdf)>. Acesso em: 8 jun. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 abr. 2017.

_____. *Lei n. 13.467/17, de 13 jul. 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. STF, ADI n. 2696/PR, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 15.12.2016

_____. STJ, REsp n. 1655052/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5.5.2017.

_____. TST, RR n. 7216620125040204, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, Terceira Turma, julgado em 23.10.2015.

_____. RR n. 650-80.2010.5.03.0004, Primeira Turma, rel. Min. Flávio Portinho Sirangelo, Primeira Turma, julgado em 15.2.2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

CASSAR, Volia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

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

_____. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017.

_____. *Tratado jurisprudencial de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MAGALHÃES, Claudia Pereira Vaz de. *O fenômeno da pejetização no âmbito trabalhista*. Disponível em: <<http://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/102>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

MORAES, Fernando Franco; OLIVEIRA, Lourival José de. O papel do poder público na contribuição do equilíbrio do meio ambiente laboral no Brasil. *XX Encontro Nacional do CONPEDI*, Brasília/DF, 2016.

NUNES, Cláudio Pedrosa. *Modificações do contrato de trabalho e sua reestruturação dogmática*. Curitiba: Juruá, 2009.

PEREIRA, Leone. *Pejetização: o trabalhador como pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *A Inconstitucionalidade da liberação generalizada da terceirização*. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/abet/article/view/25701>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Mecanismos de proteção da Constituição de 1988: o controle preventivo de constitucionalidade dos atos normativos. *Revista A Constituição de 1988 e as transformações do estado brasileiro*, Escola de Direito do IDP. Brasília, 1. ed., 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista AJURIS* 73, n. 9, mar. 2007, Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodo-estado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira. [et al.] *Contribuição crítica à reforma trabalhista*. Campinas/SP, UNICAMP/IE/CESIT, 2017.

VIANA, Márcio Túlio. *A proteção social do trabalhador no mundo globalizado — O direito do trabalho no limiar do Século XXI*. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1145/1078>>. Acesso em: 15 maio 2018.

Jurisprudência

**Enunciados Aprovados na 2ª Jornada de
Direito Material e Processual do Trabalho**

Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho — Reforma Trabalhista, realizada em Brasília/DF, nos dias 9 e 10 de outubro de 2017

Aplicação subsidiária do direito comum e do direito processual comum. Princípio da intervenção mínima. Prescrição trabalhista e prescrição intercorrente. Grupo econômico e sucessão de empresas.

1. Controle de convencionalidade da reforma trabalhista, ausência de consulta tripartite e de consulta prévia às organizações sindicais

I. Reforma Trabalhista. Lei n. 13.467/2017. Incompatibilidade vertical com as convenções da OIT. Ausência de consulta tripartite. Ofensa à Convenção n. 144 da OIT. II. Ausência de consulta prévia às organizações de trabalhadores. Ofensa à Convenção n. 154 da OIT, bem como aos Verbetes ns. 1.075, 1.081 e 1.082 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT.

2. Interpretação e aplicação da Lei n. 13.467/2017

Os juízes do Trabalho, à maneira de todos os demais magistrados, em todos os ramos do Judiciário, devem cumprir e fazer cumprir a Constituição e as Leis, o que importa no exercício do controle difuso de constitucionalidade e no controle de convencionalidade das Leis, bem como no uso de todos os métodos

de interpretação/aplicação disponíveis. Nessa medida:

I. Reputa-se autoritária e antirrepublicana toda ação política, midiática, administrativa ou correicional que pretender imputar ao juiz do Trabalho o “dever” de interpretar a Lei n. 13.467/2017 de modo exclusivamente literal/gramatical;

II. A interpretação judicial é atividade que tem por escopo o desvelamento do sentido e do alcance da Lei trabalhista. É função primordial do Poder Judiciário trabalhista julgar as relações de trabalho e dizer o direito no caso concreto, observando o objetivo da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade mais justa e igualitária. Exegese dos arts. 1º, 2º, 3º, 5º, inciso XXXV, 60 e 93, IX e 114 da CRFB;

III. Inconstitucionalidade do § 2º e do § 3º do art. 8º da CLT e do art. 611-A, § 1º, da CLT. Será inconstitucional qualquer norma que colime restringir a função judicial de interpretação da Lei ou imunizar o conteúdo dos acordos e convenções coletivas de Trabalho da apreciação da Justiça do Trabalho, inclusive quanto à sua constitucionalidade, convencionalidade, legalidade e conformidade com a ordem pública social. Não se admite qualquer interpretação que possa elidir a garantia da inafastabilidade da jurisdição, ademais, por

ofensa ao disposto no art. 114, I, da CF/88 e por incompatibilidade com os princípios da separação dos poderes, do acesso à Justiça e da independência funcional.

3. Fontes do direito material e processual do trabalho na Lei n. 13.467/2017

Teoria do diálogo das fontes. A teoria do diálogo das fontes é aplicável à interpretação da nova legislação trabalhista.

4. Fundamentos, princípios e hermenêutica do direito do trabalho. Lei n. 13.467/2017

A Lei n. 13.467/2017, da Reforma Trabalhista, não afetou os fundamentos do Direito do Trabalho positivados na CLT (art. 8º), bem como os princípios da proteção (títulos II a IV), da primazia da realidade (arts. 3º e 442), da irrenunciabilidade (arts. 9º e 468), da norma mais favorável, da imodificabilidade contratual em prejuízo do trabalhador (art. 468), da supremacia do crédito trabalhista (arts. 100 da CF e 186 do CTN) e dos poderes inquisitórios do juiz do Trabalho (art. 765), dentre outros, cuja observância é requisito para a validade da norma jurídica trabalhista.

5. Grupo econômico trabalhista. Distribuição racional do ônus da prova

I. A Lei n. 13.467/2017 reconheceu expressamente a figura do grupo econômico trabalhista por coordenação (art. 2º, § 2º) e estabeleceu requisitos subjetivos (interesse integrado e comum) e objetivos (atuação conjunta) para a caracterização do grupo, a serem verificados no caso concreto pelo juízo (art. 2º, § 3º);

II. Nas hipóteses restritas de aplicação do § 3º do art. 2º da CLT, a mera identidade de sócios entre as empresas integrantes, embora não baste à caracterização do grupo econômico, constitui indício que autoriza a inversão ou redistribuição do ônus da prova, nos termos do art. 818, § 1º, da CLT, com redação dada

pela Lei n. 13.467/2017. Incumbe então ao empregador o ônus de comprovar a ausência de interesses integrados, da comunhão de interesses e/ou da atuação conjunta das empresas. Aplicação dos princípios da aptidão para a prova e da paridade de armas em concreto (isonomia processual).

6. Ilegitimidade da Lei n. 13.467/2017

A Lei n. 13.467/2017 é ilegítima, nos sentidos formal e material.

7. Princípio da intervenção mínima

A autonomia da vontade coletiva impede interferência judicial ou administrativa na eclosão de greve em outros mecanismos de pressão de que dispõem os trabalhadores.

8. Cadeia de fornecimento e responsabilidade civil objetiva do poder economicamente relevante

Cadeia de fornecimento. Responsabilidade civil objetiva do poder economicamente relevante por violações aos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador. Devida diligência para a promoção de trabalho decente. Obrigação de reparar os danos experimentados pelo trabalhador, independentemente de culpa.

9. Responsabilidade solidária das empresas que atuam em cadeia produtiva global ou nacional

Subordinação estrutural. Grupo econômico. Responsabilidade solidária das empresas que atuam em cadeia produtiva nacional ou global, por interpretação dos §§ 2º e 3º do art. 2º da CLT, acrescentados pela Lei n. 13.467/2017.

10. Grupo econômico. Integração. Conceito do direito empresarial. Base societária, obrigacional e pessoal

Não configurado o grupo econômico na forma do novo art. 2º, § 2º, da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017, é possível a integração do direito, na forma do art. 8º da

CLT (especialmente considerando sua nova redação), para abarcar situações não disciplinadas pela nova legislação trabalhista. O grupo econômico pode ter natureza societária, obrigacional ou pessoal, bastando apenas a atuação coordenada, conjunta ou coligada das sociedades empresárias. Assim, como tal concepção destina-se à defesa da ordem econômica e da livre concorrência, com mais razão ainda deve ser aplicada à defesa das verbas trabalhistas.

11. Interrupção da prescrição

Interrupção da prescrição. Integração. Sendo a prescrição regulada pelo Código Civil, aplicam-se ao Direito do Trabalho as hipóteses de interrupção da prescrição previstas no art. 202 do Código Civil, nos termos do art. 8º da CLT. Assim, é possível a interrupção da prescrição fora da hipótese prevista no § 3º do art. 11 da CLT.

12. Prescrição total. Incompatibilidade com o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal

A prescrição total, consubstanciada no art. 11, § 2º, da CLT, é incompatível com o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

13. Sucessão trabalhista

Sucessão trabalhista. A teor do art. 1.146 do Código Civil, aplicável ao Direito do Trabalho (CLT, art. 8º), é cabível a responsabilidade solidária do sucedido e do sucessor pelos créditos trabalhistas constituídos antes do trespasse do estabelecimento, independentemente da caracterização de fraude.

Jornada de trabalho. Banco de horas. Remuneração e parcelas indenizatórias. Danos extrapatrimoniais: tarifação e outros aspectos.

***Jornada de trabalho.
Banco de horas. Remuneração
e parcelas indenizatórias.
Danos extrapatrimoniais:
tarifação e outros aspectos.***

14. Banco de horas

Banco de horas por acordo individual. A compensação de horários requer intervenção

sindical obrigatória, independentemente do seu prazo de duração, conforme art. 7º, XIII, CF, que autoriza a compensação apenas mediante acordo ou convenção coletiva de Trabalho.

15. Jornada 12x36

Jornada 12x36. 1. Tratando-se de regime de compensação de jornada, é essencial para a sua validade a previsão em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, nos termos do art. 7º, XIII, da Constituição Federal, inclusive em relação ao comerciário, em razão de Lei especial (Lei n. 12.790/2013). **2.** Art. 60, parágrafo único, da CLT. Dispensa de licença prévia para a realização de jornada 12x36. Matéria de saúde e segurança do Trabalho. Inconstitucionalidade por infração ao art. 7º, XXII, da Constituição Federal. **3.** Impossibilidade de regime “complessivo” quanto ao pagamento de feriados e prorrogação da jornada noturna, por infração ao art. 7º, IX, da Constituição Federal. **4.** A prestação de horas extras, inclusive pela supressão do intervalo intrajornada (ainda que parcial), descaracteriza o regime de compensação de jornada 12x36, implicando o pagamento como hora extraordinária daquelas laboradas além da 8ª diária, por infração ao art. 7º, XIII e XXVI, da Constituição Federal.

16. Horas de trajeto: hipóteses de cômputo na jornada após a Lei n. 13.467/2017

1. A estrutura normativa matriz do art. 4º da CLT contempla a lógica do tempo à disposição, não eliminada a condição de cômputo quando se verificar concretamente que o transporte era condição e/ou necessidade irrefutável, e não de escolha própria do empregado, para possibilitar o trabalho no horário e local designados pelo empregador, mantendo-se o parâmetro desenvolvido pela Súmula n. 90 do TST, caso em que fará jus o trabalhador à contagem, como tempo de trabalho, do tempo de deslocamento gasto em trecho de difícil acesso ou sem transporte público por meio fornecido pelo empregador, na ida ou retorno

para o trabalho. Inteligência do art. 3º, c, da Convenção n. 155 da OIT. 2. Inaplicabilidade do § 2º do art. 58 da Lei n. 13.467/2017 ao trabalho executado na atividade rural.

17. Parcelas remuneratórias sob a Lei n. 13.467/2017

1. Expressão “ainda que habituais” constante do § 2º do art. 457, da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/17. A interpretação sistemática dos arts. 195, I e 201, *caput* e § 11, da Constituição Federal revela que a contribuição social incide sobre os ganhos habituais, a qualquer título, para se preservar o equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS – Regime Geral da Previdência Social com igual razão, a interpretação do art. 457, § 2º, da CLT, em conformidade com a Constituição, denota que não importa o título atribuído pelo empregador à parcela, porquanto, para ter natureza jurídica salarial, basta que ela seja habitual e decorrente do trabalho prestado por conta alheia, sendo meramente exemplificativo o rol do § 1º e admitindo-se outras parcelas salariais, tais como adicionais, importâncias variáveis e gratificações legais e convencionais. A não integração na remuneração das parcelas relacionadas no art. 457, §§ 2º e 4º, da CLT depende de que efetivamente sirvam a propiciar condições para realização do trabalho ou se retirem a situações excepcionais ao cotidiano da relação de emprego.

2. Prêmios. Necessária vinculação a desempenho profissional diferenciado. A concessão habitual de prêmios, desvinculada do requisito de desempenho profissional superior ao ordinariamente esperado (art. 457, § 4º, da CLT), constitui fraude (art. 9º, CLT), integrando a remuneração do empregado à parcela paga fora dos preceitos legais.

18. Dano extrapatrimonial: exclusividade de critérios

Aplicação exclusiva dos novos dispositivos do título II-a da CLT à reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho: inconstitucionalidade. A esfera

moral das pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do Estado a respectiva tutela na ocorrência de ilicitudes causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais. Devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, V e X, da CF). A interpretação literal do art. 223-A da CLT resultaria em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral, com inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, *caput* e incisos V e X e 7º, *caput*, todas da Constituição Federal.

19. Danos extrapatrimoniais: limites

É de natureza exemplificativa a enumeração dos direitos personalíssimos dos trabalhadores constante do novo art. 223-C da CLT, considerando a plenitude da tutela jurídica à dignidade da pessoa humana, como assegurada pela Constituição Federal (arts. 1º, III; 3º, IV, 5º, *caput*, e § 2º).

20. Dano extrapatrimonial: limites e outros aspectos

Danos extrapatrimoniais. O art. 223-B da CLT, inserido pela Lei n. 13.467, não exclui a reparação de danos sofridos por terceiros (danos em ricochete), bem como a de danos extrapatrimoniais ou morais coletivos, aplicando-se, quanto a estes, as disposições previstas na Lei n. 7.437/1985 e no título III do Código de Defesa do Consumidor.

21. Padrões de vestimenta e de logomarcas impostas pelo empregador: limite

Art. 456-A da CLT. Padrões impositivos de vestimentas e logomarcas. Limites a direitos fundamentais. A prerrogativa do empregador de definir padrão de vestimenta, bem como outras formas de identificação e propaganda, encontra limites nos direitos

fundamentais dos trabalhadores. Assim, a definição de uniformes, logomarcas e outros itens de identificação deve preservar direitos individuais, tais como os relacionados a privacidade, honra e pudor pessoal, e não se exclui a aplicação do art. 20 do Código Civil.

22. Prestação de horas extras: descaracterização do acordo de compensação e banco de horas

Horas extras. Descaracterização do acordo de compensação e banco de horas. A prestação de horas extras habituais ou, ainda que eventuais, em número superior a duas horas diárias, implica descaracterização do acordo de compensação e do acordo de banco de horas, conforme arts. 7º, XIII e XVI, da Constituição Federal, e 59 da CLT.

23. Banco de horas: base de cálculo das horas sobejantes

Banco de horas. Compensação. Pagamento. Art. 59 da CLT. O pagamento das horas extras acumuladas em banco de horas e não compensadas será feito com base no valor do salário-hora mais vantajoso ao trabalhador.

24. Tempo de serviço: exceções à aplicação do art. 4º, § 2º, da CLT

Tempo de serviço. Permanência no estabelecimento. I. Para fins de aplicação da regra constante no art. 4º, § 2º, da CLT, não se considera de escolha própria e/ou exercício de atividades particulares aquelas permanências que decorrerem de riscos inerentes à natureza da atividade do empregador, conforme art. 2º, *caput*, da CLT; II. Se, em função da natureza da atividade, for necessária a realização de higiene pessoal ou a troca da vestimenta no local de trabalho, o período correspondente será computado como tempo de serviço.

25. Equiparação salarial. Restrições relacionadas ao tempo de serviço na função e ao local da prestação do trabalho: violação ao princípio da isonomia

1. Equiparação salarial. Restrições relacionadas ao tempo de serviço na empresa.

Violação ao princípio da isonomia. O art. 461 da CLT, ao vedar a equiparação salarial para empregados com diferença de mais de quatro anos de tempo de serviço na empresa, é contrário ao princípio da isonomia constante dos arts. 5º, *caput*, e 7º, XXX, da Constituição Federal. 2. Entende-se por estabelecimento, para fins do art. 461 da CLT, o “complexo de bens organizado para exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária”, nos termos do art. 1.142 do Código Civil.

26. Remuneração e parcelas indenizatórias: gratificação de função

Gratificação de função. Supressão ou redução. Limites. Lei n. 13.467/2017.

I. Uma vez percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação, tendo em vista os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica, garantidores da estabilidade financeira.

II. Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação.

Prevalência do negociado sobre o legislado. Negociação coletiva (aspectos formais). Saúde e duração do trabalho. Ultratividade das normas coletivas.

27. Adequação setorial negociada

I. Negociação coletiva. Limites. Adequação setorial negociada. As regras autônomas coletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo trabalhista, desde que implementem padrão setorial de direitos superior ao padrão geral heterônomo, ou quando transacionam setorialmente parcelas e direitos trabalhistas de indisponibilidade apenas relativa, respeitadas as normas de indisponibilidade absoluta. **II.** A “adequação setorial negociada”

não autoriza a supressão ou redução de direitos *tout court*, cabendo às partes, nos termos do art. 611-A da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017, justificar a excepcionalidade da adequação e sua transitoriedade, bem como definir as contrapartidas, com razoabilidade e de boa-fé, sendo inconstitucional o disposto no § 2º do art. 611-A da CLT.

28. Negociado sobre legislado: limites

Nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, as convenções e acordos coletivos de trabalho não podem suprimir ou reduzir direitos, quando se sobrepuserem ou conflitarem com as Convenções Internacionais do Trabalho e outras normas de hierarquia constitucional ou supralegal relativas à proteção da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa.

29. Normas coletivas: princípio da norma mais benéfica

I. Normas coletivas. Princípio da norma mais benéfica. Os acordos coletivos firmados não prejudicarão direitos garantidos pelas convenções coletivas de trabalho, em respeito à aplicação do princípio da norma mais favorável (art. 7º, *caput*, CF). Com efeito, a nova redação do art. 620 da CLT, dada pela Lei n. 13.467/2017, não exclui a aplicação do princípio da norma mais favorável, de orientação e aplicação no Direito do Trabalho.

II. Ademais, prevalecem em todo caso, em relação à matéria negociada, os princípios da proteção, e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

III. A auditoria fiscal do trabalho possui o dever de exigir o cumprimento das normas laborais mais favoráveis ao trabalhador, o que inclui a possibilidade de verificação da aplicabilidade ou não de convenções e acordos coletivos de Trabalho sob aquela sistemática.

30. Negociação coletiva: licitude e aspectos formais

Direitos trabalhistas garantidos por normas de ordem pública, relativos a medidas de

higiene, saúde e segurança do trabalho, são infensos à redução ou supressão mediante negociação coletiva, consoante a interpretação conjunta dos incisos XXII e XXVI do art. 7º da Constituição. É, portanto, inconstitucional a previsão do art. 611-A, III e XII, da CLT (com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017).

31. Instrumento coletivo e anulação de cláusula compensatória

I. Contrapartidas em sede de negociação coletiva. Exigência inerente à boa-fé objetiva. Impossibilidade de supressão por Lei. Inconstitucionalidade. Disposição constante do art. 611-A, § 2º, da CLT, não é compatível com os arts. 7º, XXVI e 8º, VI, da Constituição Federal, e tampouco com o art. 5º da Convenção n. 154 da OIT.

II. Negociação coletiva. Convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho. Anulação de cláusula compensatória. Art. 611-A, § 4º da CLT. Havendo dúvida acerca da existência de cláusula compensatória em benefício de outra cláusula principal, aquela deverá permanecer no instrumento coletivo, mesmo na hipótese do art. 611-A, § 4º (1ª parte), em observância ao princípio da proteção ao trabalhador (*in dubio pro operario*).

32. Negociado sobre legislado: graus de insalubridade. Institucionalidades, inconveniências, retrocesso social

As disposições dos incisos XII e XIII do art. 611-A da CLT (possibilidade de enquadramento de trabalhadores em graus de insalubridade e de prorrogação de jornada em ambientes insalubres por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho) perfazem retrocesso social, com prejuízos à vida digna e à saúde do trabalhador, sendo incompatíveis com os arts. 3º, I e IV, 5º, XXIII, 6º, 7º, XXII, 170, III, 196 e 225 da Constituição Federal, com o art. 11, *a*, da Convenção n. 155 da OIT, com o art. 611-B, XVII, da CLT, e, no campo processual/decisório, com os arts. 1º, 8º e 489, § 2º, do CPC.

33. Enquadramento do grau de insalubridade: impossibilidade de redução

Considerando o princípio da primazia da realidade, e sendo a saúde um direito de todos e dever do Estado, e considerando ainda a ilicitude da supressão ou redução dos direitos provenientes de normas de saúde, higiene e segurança no trabalho, prevalecerá o acordado sobre o legislado sempre que se tratar de pagamento de percentual superior àquele determinado na NR-15, não sendo possível a redução do referido adicional.

34. Intervalo intrajornada como norma de segurança e saúde pública

I. Regras sobre o intervalo intrajornada são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho e, por consequência, de ordem pública, apesar do que dispõe o art. 611-B, parágrafo único, da CLT (na redação da Lei n. 13.467/2017).

II. O estabelecimento de intervalos intrajornadas em patamares inferiores a uma hora para jornadas de trabalho superiores a seis horas diárias é incompatível com os arts. 6º, 7º, inciso XXII, e 196 da Constituição.

35. Prevalência do negociado sobre o legislado e controle de jornada de trabalho

I. O registro de jornada de trabalho permanece obrigatório, nos termos do art. 74 da Consolidação das Leis do Trabalho.

II. A mera previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho não basta para a validade do sistema de registro eletrônico de jornada de trabalho. Necessidade de prova da inviolabilidade e veracidade dos registros e possibilidade de extração de dados pela fiscalização do trabalho.

36. Negociado sobre legislado e redução salarial

Negociação coletiva. Contrato individual de trabalho. Objeto ilícito. Salário mínimo

normativo. Art. 611-B, IV, da CLT. As convenções coletivas, os acordos coletivos de trabalho e os acordos individuais de trabalho devem respeitar o salário mínimo normativo em qualquer modalidade de contratação, nos termos do art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal.

37. Saúde e duração do trabalho

É inconstitucional o parágrafo único do art. 611-B da CLT, pois as normas e institutos que regulam a duração do trabalho, bem como seus intervalos, são diretamente ligados às tutelas da saúde, higiene e segurança do trabalho como estabelecidas pelos arts. 7º, XIII, XIV e XXII, 196 e 225 da Constituição Federal, pelos arts. 3º, *b e e*, e 5º da Convenção n. 155 da OIT, pelo art. 7º, II, *b e e*, do PIDESC (ONU), pelo art. 7º, *e, g e h*, do Protocolo de San Salvador (OEA), e pelo próprio art. 58 da CLT, que limita a jornada a oito horas diárias, sendo, assim, insuscetíveis de flexibilização por convenção ou acordo coletivos.

38. Contribuição sindical

I. É lícita a autorização coletiva prévia e expressa para o desconto das contribuições sindical e assistencial, mediante assembleia geral, nos termos do estatuto, se obtida mediante convocação de toda a categoria representada especificamente para esse fim, independentemente de associação e sindicalização.

II. A decisão da assembleia geral será obrigatória para toda a categoria, no caso das convenções coletivas, ou para todos os empregados das empresas signatárias do acordo coletivo de trabalho.

III. O poder de controle do empregador sobre o desconto da contribuição sindical é incompatível com o *caput* do art. 8º da Constituição Federal e com o art. 1º da Convenção n. 98 da OIT, por violar os princípios da liberdade e da autonomia sindical e da coibição aos atos antissindicaís.

39. Ultratividade das normas coletivas

I. A vedação à ultratividade, constante do art. 614, § 3º, da CLT, não é compatível com os

arts. 7º, XXVI, 8º, VI, 114, § 2º da Constituição Federal, com as Convenções 98 e 154 da OIT, com o art. 2º, § 1º do PIDESC (ONU) e com o princípio da boa-fé. II. Se admitida a constitucionalidade e a convencionalidade do art. 614, § 3º da CLT, a ultratividade das normas coletivas, enquanto matéria de conteúdo a prever em instrumento coletivo de trabalho, é objeto lícito, tendo em vista as disposições do art. 7º, XXVI, 8º, VI, da Constituição Federal, bem como do princípio da não-regressividade, insculpido no *caput* do art. 7º da Constituição Federal.

40. Prevalência do negociado sobre o legislado e cláusula restritiva de modalidades de contratação em instrumento coletivo (terceirização, teletrabalho e trabalho intermitente)

É válida cláusula de instrumento coletivo que restringe terceirização, teletrabalho ou trabalho intermitente.

41. Prevalência do negociado sobre o legislado e regime de sobreaviso

Negociação coletiva. Regime de sobreaviso. Escala de plantão. Art. 611-A, V, da CLT. A convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho que dispuser sobre o regime de sobreaviso, nos termos do art. 611-A da CLT, deverá conter cláusula com escala de plantão.

42. Prevalência do negociado sobre o legislado e 13º salário

Negociação coletiva. Objeto ilícito. Décimo terceiro salário. Art. 611-B da CLT. A vedação de suprimir ou reduzir o décimo terceiro salário por meio de instrumento coletivo, conforme dispõe o art. 611-B da CLT, estende-se aos reflexos e às integrações na referida verba remuneratória.

43. Prevalência do negociado sobre o legislado e definição de cargos de confiança

Negociação coletiva. Definição dos cargos de confiança. Presunção relativa. Art. 611-A,

V, da CLT. A cláusula de instrumento coletivo que define os cargos que se enquadram como de confiança possui presunção relativa de veracidade, sendo necessária a análise da real função exercida e não meramente a função prescrita no contrato de trabalho, em razão do princípio da primazia da realidade.

44. Negociado sobre o legislado e patamar civilizatório mínimo

É nula cláusula normativa, por quebra das características fundantes do direito do trabalho como ramo jurídico especializado, quando importar violação ao patamar civilizatório mínimo (arts. 9º, 444, 468 e 611-A da CLT).

45. Inconstitucionalidade na fixação de jornada superior a oito horas em atividades insalubres

A fixação de jornada de trabalho superior a oito horas em atividades insalubres, sem prévia autorização das entidades responsáveis pela higiene e segurança no trabalho, viola os termos do inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal de 1988. Assim, são inconstitucionais o parágrafo único do art. 60 e o inciso XIII, do art. 611-A, introduzidos pela Lei n. 13.467/2017.

46. Negociado sobre legislado e remuneração por produtividade. Implantação de métodos de gestão lesivos ao meio ambiente laboral: impossibilidade

Negociado sobre legislado. Remuneração por produtividade. Implantação de métodos de gestão lesivos ao meio ambiente laboral. Impossibilidade. A inserção da “remuneração por produtividade” no art. 611-A, IX, da CLT, não pode ser compreendida de modo a permitir a implementação de métodos de gestão, de formas de organização do trabalho e de estruturas remuneratórias baseadas em metas e em resultados reconhecidamente relacionados ao aparecimento de doenças.

47. Contribuição sindical: natureza jurídica tributária. Necessidade de lei complementar para sua alteração

A contribuição sindical legal (art. 579 da CLT) possui natureza jurídica tributária, conforme consignado no art. 8º c/c art. 149 do CTN, tratando-se de contribuição para-fiscal. Padece de vício de origem a alteração do art. 579 da CLT por Lei ordinária (Reforma Trabalhista), uma vez que somente Lei complementar poderá ensejar sua alteração.

48. Negociação “in pejus” e inconveniência do art. 611-A da CLT

Negociação “in pejus”. Inconveniência. Efeitos paralisantes. A Comissão de Expertos em Aplicação de Convênios e Recomendações da OIT (CEACR), no contexto de sua observação de 2017 sobre a aplicação, pelo Brasil, da Convenção n. 98 da OIT, reiterou que o objetivo geral das Convenções ns. 98, 151 e 154 é a promoção da negociação coletiva para encontrar acordo sobre termos e condições de trabalho que sejam mais favoráveis que os previstos na legislação. Segundo a CEACR, um dispositivo legal que institui a derogabilidade geral da legislação laboral por meio da negociação coletiva é contrário ao objetivo da promoção da negociação coletiva livre e voluntária prevista em tais convenções. O art. 611-A da CLT “reformada” não é verticalmente compatível com a Convenção n. 98 da OIT e remanesce formalmente inconveniente, circunstância que impede a sua aplicação, em virtude da eficácia paralisante irradiada pelas convenções.

Trabalhadora gestante e trabalhadora lactante. Trabalhador autônomo exclusivo. Hipersuficiente econômico. Arbitragem e cláusula compromissória.

49. Trabalhador hipersuficiente. Art. 444, parágrafo único, da CLT

I. O parágrafo único do art. 444 da CLT, acrescido pela Lei n. 13.467/2017, contraria

os princípios do Direito do Trabalho, afronta a Constituição Federal (arts. 5º, *caput*, e 7º, XXXII, além de outros) e o sistema internacional de proteção ao Trabalho, especialmente a Convenção n. 111 da OIT.

II. A negociação individual somente pode prevalecer sobre o instrumento coletivo se mais favorável ao trabalhador e desde que não contravenha as disposições fundamentais de proteção ao trabalho, sob pena de nulidade e de afronta ao princípio da proteção (art. 9º da CLT c/c o art. 166, VI, do Código Civil).

50. Trabalhadora gestante e lactante. Art. 394-A da CLT

A autorização legal permitindo o trabalho da gestante e lactante em ambiente insalubre é inconstitucional e inconveniente porque violadora da dignidade humana, do direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, da proteção integral ao nascituro e à criança e do direito social à saúde. Ademais, o meio ambiente do trabalho saudável é direito fundamental garantido pela Constituição da República, revestido de indisponibilidade absoluta. Incidência dos arts. 1º, III; 6º; 7º, XXII; 196; 200; 201, II; 203, I; 225; 226 e 227 da Constituição Federal; Convenções ns. 103 e 183 da OIT; arts. 25, I e II da DUDH.

51. Trabalhador autônomo exclusivo e art. 9º da CLT

Trabalhador autônomo exclusivo. Reconhecimento da relação de emprego. A norma do art. 442-B da CLT não impede o reconhecimento da relação de emprego, quando presentes os pressupostos dos arts. 2º e 3º da CLT e configurado o desvirtuamento do trabalho autônomo, com fraude à relação de emprego, à luz do art. 9º da CLT.

52. Trabalhador autônomo exclusivo e primazia da realidade

Primazia da realidade sobre a forma. É a primazia da realidade, e não a formalidade exteriorizada de atos e negócios jurídicos, que

deve ser considerada para o reconhecimento do vínculo de emprego (arts. 2º e 3º da CLT) ou de trabalho autônomo (art. 442-B da CLT).

53. Trabalho autônomo contínuo e exclusivo. Limites e interpretação conforme: inteligência do art. 442-B da CLT à luz da Constituição Federal.

Presume-se o vínculo empregatício diante da prestação de serviços contínua e exclusiva, uma vez que a relação de emprego é direito fundamental (arts. 1º, III e IV, 5º, *caput* e 7º da CF/1988), devendo o art. 442-B da CLT ser interpretado conforme a Constituição Federal para afastar a caracterização do trabalho autônomo sempre que o trabalhador, não organizando a própria atividade, tenha seu labor utilizado na estrutura do empreendimento e integrado à sua dinâmica.

54. Trabalhador autônomo exclusivo e formas jurídicas irreais

O art. 442-B da CLT não permite a contratação de trabalhador constituído sob a forma de pessoa jurídica, de microempreendedor individual (MEI) e de empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), entre outras, quando presentes os pressupostos para o reconhecimento da relação de emprego (arts. 2º e 3º da CLT).

55. Trabalhadora gestante e irrenunciabilidade de direitos do nascituro. Impossibilidade de negociação do enquadramento da insalubridade e prorrogação de jornada em condições insalubres. Interpretação restritiva do art. 444, parágrafo único, da CLT.

Com o intuito de proteger a vida do nascituro, não poderão ser objeto de livre estipulação, no contrato de trabalho, direitos estabelecidos na Constituição Federal que afetem sua integridade, sendo proibida a negociação pela trabalhadora gestante, ainda que “hipersuficiente”, do enquadramento da insalubridade em grau inferior ou da prorrogação de jornada sob condições insalubres.

56. Cláusula compromissória de arbitragem nas relações de trabalho

Cláusula compromissória de arbitragem.

Art. 507-A da CLT. Impossibilidade de ser instituída em se tratando de créditos decorrentes da relação de trabalho, à luz do art. 1º da Lei n. 9.307/96, art. 100 da CF/88, art. 1.707 do CC e art. 844, § 4º, II da CLT. Caráter alimentar do crédito trabalhista. Indisponibilidade e inderrogabilidade dos direitos trabalhistas.

Comissões de representação de empregados. Dispensas individuais e coletivas. Procedimento de quitação anual. Programas de demissão voluntária.

57. Dispensa coletiva: inconstitucionalidade

O art. 477-A da CLT padece de inconstitucionalidade, além de inconveniência, pois viola os arts. 1º, III, IV, 6º, 7º, I, XXVI, 8º, III, VI, 170, *caput*, III e VIII, 193, da Constituição Federal, como também o art. 4º da Convenção n. 98, o art. 5º da Convenção n. 154 e o art. 13 da Convenção n. 158, todas da OIT. Viola, ainda, a vedação de proteção insuficiente e de retrocesso social. As questões relativas à dispensa coletiva deverão observar: a) o direito de informação, transparência e participação da entidade sindical; b) o dever geral de boa-fé objetiva; e c) o dever de busca de meios alternativos às demissões em massa.

58. Termo de quitação anual

I. Os pagamentos efetuados por conta de termo de compromisso arbitral, “quitação anual” de obrigações trabalhistas, extinção do contrato por “mútuo acordo” e plano de demissão voluntária ou incentivada só podem produzir eficácia liberatória limitada aos valores efetivamente adimplidos das parcelas discriminadas. Em respeito à garantia constitucional de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV) e ao art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mantém-se o pleno direito de acesso

ao Judiciário para solucionar situações conflituosas, inclusive para satisfação de diferenças sobre rubricas parcialmente pagas.

II. O termo de quitação deverá estar necessariamente acompanhado de documentos comprobatórios, sob assistência efetiva do sindicato.

III. O termo de quitação deve, pois, ser interpretado restritivamente, com eficácia liberatória de alcance limitado aos valores das parcelas expressamente especificadas no documento, sem implicar renúncia ou extinção da obrigação e nem impedir o exercício do direito fundamental de ação.

IV. O referido termo será nulo de pleno direito se desvirtuar, impedir ou fraudar as disposições de proteção ao trabalho, os contratos coletivos e as decisões das autoridades trabalhistas competentes.

59. Rescisão contratual por mútuo consentimento

Extinção do contrato de trabalho por mútuo consentimento. Observância dos requisitos formais e substanciais de validade. A extinção do contrato de trabalho por mútuo consentimento prevista no art. 484-A da CLT se encontra submetida ao escrutínio quanto à validade formal e substancial do termo de rescisão, à luz dos arts. 138 a 188 do Código Civil c/c o art. 8º, § 1º, da CLT e do art. 9º da CLT.

60. Comissões de representação de empresas

I. Representação dos trabalhadores no local de trabalho. Cabe às entidades sindicais a defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria representada. Decorre dessa prerrogativa constitucional o livre exercício da negociação coletiva. É possível a previsão de participação sindical na representação dos trabalhadores, independentemente da nomenclatura e condições estabelecidas em Lei ordinária.

II. A representação dos trabalhadores de uma categoria profissional e a negociação

coletiva são prerrogativas constitucionais dos sindicatos (art. 8º, incisos III e VI), sendo que as Convenções ns. 135 e 154 da OIT, ratificadas pelo Brasil, são expressas ao impedir que a presença de representantes eleitos venha a ser utilizada para o enfraquecimento da situação dos sindicatos interessados ou de seus representantes (Convenção n. 135) e, ainda, que a existência destes representantes não seja utilizada em detrimento da posição das organizações de trabalhadores interessadas (Convenção n. 154). Nesse sentido deve ser interpretado e aplicado o disposto nos arts. 510-A a 510-D da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017.

61. Membros das comissões de representação

Membros da comissão de representação.

I. Garantias. 1 – Ao lado da garantia constante do art. 510-D, § 3º, da CLT, os membros da comissão de representação são protegidos contra: (a) despedida sem justa causa; (b) transferência para outro estabelecimento; (c) remoção para setor da empresa onde o contato com os demais empregados reste inviabilizado; (d) afastamento por razões pretensamente disciplinares; e (e) constante requisição para a realização de trabalhos externos, dentre outros expedientes francamente atentatórios à literalidade do art. 1º da Convenção n. 135 da OIT.

II. Prerrogativas. Para o exercício adequado de suas atribuições, os membros da comissão de representação possuem, com arrimo no art. 2º da Convenção n. 135 da OIT, os direitos: (a) ao tempo livre para o exercício das atividades representativas; (b) ao ingresso em todas as dependências dos locais de trabalho; (c) ao acesso direto aos dirigentes empresariais; (d) à disponibilização de quadro de avisos com fácil acesso para os trabalhadores; (e) à livre distribuição de publicações junto aos trabalhadores; e (f) à livre distribuição de mensagens por via eletrônica, por intermédio dos canais institucionais da empresa.

62. Cláusula geral da garantia de emprego como efeito da aprovação da Lei n. 13.467/17

Diante dos fundamentos apresentados para a aprovação da Lei n. 13.467/17, inclusive na exposição de motivos, no sentido de que a Lei ampliaria a proteção jurídica dos trabalhadores, conferindo efetividade aos direitos dos trabalhadores constitucionalmente assegurados, e também em razão do disposto no § 3º do art. 510-D e do § 3º do art. 611-A da CLT, decorre uma cláusula geral de garantia de emprego, pela qual resta reforçada a proteção contra a dispensa arbitrária, fixada no inciso I do art. 7º da CF, e se torna impossibilitada, sobretudo, a substituição de postos de emprego com vínculos efetivos, diretos e com plenos direitos por empregados vinculados a contratos precários criados ou reafirmados pela Lei em questão.

63. Comissão de representação: recondução

O § 1º do art. 510-D, que dispõe que o membro que houver exercido a função de representante na comissão não poderá ser candidato nos dois períodos subsequentes, viola o art. 8º, I, da Constituição Federal e as Convenções ns. 98 e 135 da OIT.

64. Rescisão contratual por mútuo consentimento e sem assistência sindical: ônus da prova

Negando o trabalhador que a ruptura contratual ocorreu por mútuo consentimento (art. 484-A), é do empregador o ônus da prova, tendo em vista a revogação do § 1º do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho (assistência/fiscalização sindical obrigatória) e em face dos princípios da continuidade da relação de emprego e da primazia da realidade, assumindo maior relevância a orientação da Súmula n. 212 do Tribunal Superior do Trabalho.

65. Invalidade de negócio jurídico que aniquila direitos pela forma

O desrespeito aos direitos trabalhistas constitui um ato ilícito, que deve ser punido

para a devida preservação da autoridade da ordem jurídica, não se podendo compreender como válidos negócios jurídicos que simplesmente tentam, pela forma, aniquilar direitos.

66. Comissão de representação e coexistência com as representações sindicais na empresa

Comissão de representação dos empregados. Coexistência com as representações sindicais na empresa. I. A instituição de comissão de representantes nas empresas, nos termos do art. 510-A da CLT, não obsta a instalação e a manutenção das representações sindicais organizadas por local de trabalho; II. Nos termos do art. 3º da Convenção n. 135 da OIT, as mesmas garantias estabelecidas para os membros das comissões de representação mencionadas no título IV-A da CLT são asseguradas aos integrantes das representações sindicais nos locais de trabalho.

67. Comissões de representação e participação de sindicatos profissionais

A vedação de interferência do sindicato da categoria na eleição de representante dos empregados, de que trata o § 1º do art. 510-C da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017, somente pode estar dirigida ao sindicato da categoria econômica, uma vez que ao sindicato da categoria profissional cabe participar do processo no sentido de “incentivar a cooperação, relativa a todas as questões pertinentes, entre os representantes eleitos, por uma parte, e os sindicatos interessados e seus representantes, por outra parte” (arts. 3º-B e 5º da Convenção n. 135/OIT).

68. Comissão de representação e previsão em acordo ou convenção coletiva

Comissão de representação dos empregados. Previsão em acordo ou convenção coletiva. A instituição de comissão de representação nas empresas ou de representação sindical no local de trabalho é condicionada

à prévia negociação coletiva com a participação do sindicato representativo da categoria profissional.

69. Comissões de representação: combate a práticas discriminatórias. Rol exemplificativo

Comissões de representação de empregados. Combate a práticas discriminatórias. Rol exemplificativo. As comissões de representação de empregados são destinadas, entre outras atribuições igualmente relevantes, a assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical (CLT, art. 510-B, V), sendo esse um rol meramente exemplificativo de motivações, haja vista o vetor constitucional de combate a qualquer forma de discriminação (arts. 3º, IV e 5º, XLI da CF).

Teletrabalho. Contrato de trabalho intermitente. Contrato de trabalho a tempo parcial. Terceirização.

70. Teletrabalho: custeio de equipamentos

O contrato de trabalho deve dispor sobre a estrutura e sobre a forma de reembolso de despesas do teletrabalho, mas não pode transferir para o empregado seus custos, que devem ser suportados exclusivamente pelo empregador. Interpretação sistemática dos arts. 75-D e 2º da CLT à luz dos arts. 1º, IV, 5º, XIII e 170 da Constituição da República e do art. 21 da Convenção n. 155 da OIT.

71. Teletrabalho: horas extras

São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. Interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República, o art. 7º, e, g e h protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo

de San Salvador), promulgado pelo Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999, e a Recomendação n. 116 da OIT.

72. Teletrabalho: responsabilidade civil do empregador por danos

A mera subscrição, pelo trabalhador, de termo de responsabilidade em que se compromete a seguir as instruções fornecidas pelo empregador, previsto no art. 75-E, parágrafo único, da CLT, não exime o empregador de eventual responsabilidade por danos decorrentes dos riscos ambientais do teletrabalho. Aplicação do art. 7º, XXII da Constituição c/c art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

73. Contrato de trabalho intermitente: inconstitucionalidade

É inconstitucional o regime de trabalho intermitente previsto no art. 443, § 3º, e art. 452-A da CLT, por violação do art. 7º, I e VII da Constituição da República e por afronta ao direito fundamental do trabalhador aos limites de duração do trabalho, ao décimo terceiro salário e às férias remuneradas.

74. Contrato de trabalho intermitente: salário mínimo

A proteção jurídica do salário mínimo, consagrada no art. 7º, VII, da Constituição da República, alcança os trabalhadores em regime de trabalho intermitente, previsto nos arts. 443, § 3º, e 452-A da CLT, aos quais é também assegurado o direito à retribuição mínima mensal, independentemente da quantidade de dias em que forem convocados para trabalhar, respeitado o salário mínimo profissional, o salário normativo, o salário convencional ou o piso regional.

75. Terceirização: abrangência

A Lei n. 13.467/2017, ao alterar a Lei n. 6.019/74, tanto no tema da contratação temporária quanto da terceirização de serviços, não serve como marco regulatório para a administração pública direta ou indireta, em razão do disposto no art. 37, *caput*, e incs. II e IX, da Constituição Federal.

76. Terceirização: isonomia salarial

Os empregados das empresas terceirizadas têm direito de receber o mesmo salário dos empregados das tomadoras de serviços em mesmas atividades, bem como usufruir de iguais serviços de alimentação e atendimento ambulatorial. Viola os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 5º, *caput*, da Constituição da República) o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 4º-C da Lei n. 6.019/74, ao indicarem como mera faculdade o cumprimento, pelo empregador, desses deveres constitucionais. Aplicação dos arts. 1º, III, 3º, I, 5º, *caput*, e 7º, XXXII da Constituição da República.

77. Terceirização: limites de legalidade

A validade do contrato de prestação de serviços previsto no art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974 sujeita-se ao cumprimento dos seguintes requisitos: I. Efetiva transferência da execução de atividades a uma empresa prestadora de serviços, como objeto contratual; II. Execução autônoma da atividade pela empresa prestadora, nos limites do contrato de prestação de serviço; III. Capacidade econômica da empresa prestadora, compatível com a execução do contrato. A ausência de qualquer desses requisitos configura intermediação ilícita de mão de obra (art. 9º da CLT) e acarreta o reconhecimento de vínculo de emprego entre os trabalhadores intermediados e a empresa tomadora do serviço.

78. Terceirização: capacidade econômica

A capacidade econômica da empresa prestadora de serviços, compatível com a execução do contrato, nos termos do art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974, deve ser aferida pela contratante no ato da contratação e no curso do contrato, e não se restringe à observância do capital social mínimo exigido pelo art. 4º-B, inciso III, que é requisito de funcionamento e que deve estar integralizado. Consiste, mais, na situação econômica positiva para cumprir todos os compromissos decorrentes da atividade contratada, pressupondo: (a) pactuação de preço

do serviço compatível com os custos operacionais (comerciais, trabalhistas, previdenciários, tributários etc.); e (b) inexistência de passivo comercial, trabalhista, previdenciário e/ou fiscal, decorrente de outro(s) contrato(s), que constitua risco ao adimplemento contratual.

79. Terceirização: perda da capacidade econômica superveniente

A perda da capacidade econômica da empresa prestadora invalida o contrato de prestação de serviços e caracteriza vínculo de emprego entre os trabalhadores intermediados e a empresa contratante, caso a contratante não adote posturas para preservar o adimplemento contratual.

80. Terceirização: atividade-fim

O *caput* e § 1º do art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974 (que autorizam a transferência de quaisquer atividades empresariais, inclusive a atividade principal da tomadora, para empresa de prestação de serviços), são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro (art. 7º, I, CR e arts. 3º e 9º, CLT), pois implicam violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do Trabalho (arts. 1º, IV; 5º, § 2º; 6º; 170 e 193, todos da CR e constituição da OIT). Presentes os requisitos do art. 3º da CLT, forma-se vínculo de emprego direto com a empresa tomadora de serviços.

81. Terceirização: representação sindical dos terceirizados

Presume-se como sendo da mesma categoria, e representados pelo mesmo sindicato profissional, todos os trabalhadores terceirizados e aqueles diretamente contratados pela tomadora que realizem serviços relacionados à sua atividade principal. Inteligência que se extrai do interesse integrado e da atuação conjunta da empresa contratada e contratante, previstos no § 3º do art. 2º da CLT, combinado com o conceito de categoria profissional decorrente do trabalho em comum em atividades econômicas similares ou conexas do art. 511, § 2º, da CLT, e com a atividade preponderante conceituada no § 2º do art. 581 da CLT.

82. Terceirização: meio ambiente do trabalho

A responsabilidade solidária do contratante quanto à elaboração e implementação do programa de prevenção de riscos ambientais, de acordo com o disposto na Norma Regulamentadora n. 9 (NR-9), independe da qualidade do vínculo de trabalho dos obreiros, decorrendo da simples presença de trabalhadores no local, visto que o meio ambiente e as questões de saúde e segurança no trabalho englobam todos os trabalhadores cujas atividades laborais sejam prestadas em favor do mesmo tomador, de forma isonômica, sem qualquer distinção, independentemente do vínculo laboral.

83. Teletrabalho: controle dos riscos labor-ambientais

O regime de teletrabalho não exime o empregador de adequar o ambiente de trabalho às regras da NR-7 (PCMSO), da NR-9 (PPRA) e do art. 58, § 1º, da Lei n. 8.213/91 (LTCAT), nem de fiscalizar o ambiente de trabalho, inclusive com a realização de treinamentos. exigência dos arts. 16 a 19 da Convenção n. 155 da OIT.

84. Contrato de trabalho intermitente: carga horária

Como o contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito, do instrumento contratual deverão constar os períodos de prestação de serviços ou a estimativa de serviços a executar, a respeito dos quais se obriga o empregador.

85. O contrato de trabalho intermitente no Brasil não corresponde ao zero-hours contract britânico

Nos contratos de trabalho intermitente, é obrigatório indicar a quantidade mínima de horas de efetiva prestação de serviços, pois não se admite contrato de trabalho com objeto indeterminado ou sujeito a condição puramente potestativa, consoante arts. 104, II, 166, II e 122 do Código Civil, aplicáveis subsidiariamente

à matéria, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT.

86. Férias e trabalho intermitente

Férias. Trabalho intermitente. Diante da existência de antinomia jurídica entre o disposto no § 6º do art. 452-A da CLT e o disposto no § 9º do mesmo art. 452-A da CLT, deve-se interpretar o ordenamento jurídico de forma sistemática e utilizar o critério hierárquico para solução do conflito de normas. Assim, tendo em vista o art. 7º, XVII, da CF/88, que dispõe sobre o direito às férias anuais remuneradas, ou seja, pagas no momento do gozo do período de descanso (conforme também disposto no art. 452-A, § 9º, CLT), o pagamento de férias proporcionais após a prestação de serviços (art. 452-A, § 6º, II, CLT) não encontra aplicabilidade. Assim, no trabalho intermitente, as férias devem ser remuneradas quando da sua fruição.

87. Contrato de trabalho intermitente. Salário mínimo e piso profissional. Multa. Inconstitucionalidade

A multa prevista no art. 452-A, § 4º, da CLT, imposta ao trabalhador que descumprir convocação anteriormente atendida, não é compatível com os princípios constitucionais da dignidade humana, do valor social do Trabalho, da isonomia, da proteção do trabalhador e da função social da empresa.

88. Trabalho intermitente e risco para terceiros

O trabalho intermitente não poderá ser exercido em atividades que possam colocar em risco a vida, a saúde e a segurança dos próprios trabalhadores e/ou de terceiros.

89. Contrato de trabalho intermitente. Permanência do trabalhador dentro ou fora do estabelecimento do empregador por conveniência deste último. Cômputo como tempo de serviço

Contrato de trabalho intermitente. Permanência do trabalhador dentro ou

fora do estabelecimento do empregador por conveniência deste último. Cômputo como tempo de serviço. No contrato de trabalho intermitente, a teor do art. 452-A, § 5º, da CLT, os períodos em que o trabalhador permanecer dentro ou fora do estabelecimento do empregador para atender a interesses, conveniências ou no aguardo de instruções deste último serão computados como horas ou frações efetivamente trabalhadas.

90. Contrato de trabalho intermitente e demandas permanentes

1. É ilícita a contratação sob a forma de trabalho intermitente para o atendimento de demanda permanente, contínua ou regular de trabalho, dentro do volume normal de atividade da empresa. 2. É ilegal a substituição de posto de trabalho regular ou permanente pela contratação sob a forma de trabalho intermitente. 3. O empregador não pode optar pelo contrato de trabalho intermitente para, sob esse regime jurídico, adotar a escala móvel e variável da jornada. 4. Presente a necessidade de trabalho intermitente, o empregado contratado na forma do art. 443, § 3º, da CLT tem direito subjetivo à convocação, sendo ilícita sua preterição ou a omissão do empregador.

91. Dia e hora incertos para labor e risco exclusivo do empregador. Tempo à disposição é de efetivo serviço

No contrato de trabalho intermitente, o período sem convocação pelo empregador é de tempo à sua disposição e deve ser remunerado como de efetivo serviço. Ônus das variações de demanda do empreendimento são exclusivos do empregador.

92. Contratação por tempo parcial de trabalhadores no comércio

O art. 58-A e seus parágrafos, da CLT, alterados por força da Lei n. 13.467/2017, não são aplicáveis aos comerciários, em virtude da aplicação obrigatória do art. 3º, § 1º da Lei n. 12.790/2013, em decorrência da especificidade

e da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador.

93. Contrato de prestação de serviços. Requisitos de validade. Efetiva transferência da execução da atividade

A transferência da execução da atividade por meio de contrato de prestação de serviço, na forma do art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974, com redação conferida pela Lei n. 13.467/2017, pressupõe autonomia formal, administrativa, organizacional, finalística e operacional da empresa contratada, à qual cabe exercer com exclusividade o controle do processo de produção da atividade, sem interferência da contratante, mera credora do serviço como resultado útil, pronto e acabado. Configura fraude ao regime de emprego o uso de contrato de prestação de serviço para transferência de vínculos formais de emprego à empresa contratada, sem efetiva transferência da execução da atividade.

94. Contrato de prestação de serviço. Requisito de validade: autonomia na execução da atividade

Contrato de prestação de serviço. Requisito de validade: autonomia na execução da atividade. No contrato de prestação de serviço, de que trata o art. 4º-A, *caput*, da Lei n. 6.019/1974, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017, a execução autônoma da atividade por empresa prestadora de serviço pressupõe: (a) que a empresa prestadora contrate e remunere os empregados necessários à execução da atividade, exercendo com exclusividade a direção de seu trabalho (art. 4º-A, § 1º); e (b) que a empresa contratante se abstenha de utilizar a mão de obra contratada pela prestadora de serviço para finalidade distinta da prevista no contrato (art. 5º-A, § 1º). A presença de subordinação pessoal ou estrutural de trabalhador intermediado em relação à empresa contratante descaracteriza a prestação de serviço, ensejando reconhecimento de vínculo de emprego com o tomador dos serviços (art. 9º da CLT).

95. Empresa individual. Prestação de serviços à tomadora pelo titular. Vínculo empregatício

A prestação de serviços de empresa individual contratada deve ser realizada por seus empregados. Quando seu titular realiza pessoalmente as atividades para a empresa tomadora, forma-se o vínculo empregatício entre titular e tomadora.

96. Terceirização. Inadimplemento de verbas trabalhistas. Reconhecimento direto do vínculo com a contratante

O inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços revela sua incapacidade econômica para a execução dos serviços (art. 4º-A da Lei n. 6.019/74) e autoriza o consequente reconhecimento do vínculo diretamente com a contratante.

97. Terceirização. Capacidade econômica da prestadora de serviços. Requisito de validade do negócio jurídico

O inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços atrai para a empresa tomadora de serviços o ônus da prova da capacidade econômica da primeira. Inteligência do art. 818, § 1º, da CLT.

Acesso à justiça e justiça gratuita. Honorários advocatícios. Honorários periciais. Litigância de má-fé e dano processual.

98. Honorários de sucumbência. Inaplicabilidade aos processos em curso

Em razão da natureza híbrida das normas que regem honorários advocatícios (material e processual), a condenação à verba sucumbencial só poderá ser imposta nos processos iniciados após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, haja vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade, uma vez que a expectativa de custos e riscos é aferida no momento da propositura da ação.

99. Sucumbência recíproca

O juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca (art. 791-A, § 3º, da CLT) apenas em caso de indeferimento total do pedido específico. O acolhimento do pedido, com quantificação inferior ao postulado, não caracteriza sucumbência parcial, pois a verba postulada restou acolhida. Quando o legislador mencionou “sucumbência parcial”, referiu-se ao acolhimento de parte dos pedidos formulados na petição inicial.

100. Honorários e assistência judiciária

É inconstitucional a previsão de utilização dos créditos trabalhistas reconhecidos em juízo para o pagamento de despesas do beneficiário da justiça gratuita com honorários advocatícios ou periciais (arts. 791-A, § 4º, e 790-B, § 4º, da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017), por ferir os direitos fundamentais à assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo Estado, e à proteção do salário (arts. 5º, LXXIV, e 7º, X, da Constituição Federal).

101. Honorários periciais

I. Honorários periciais. Antecipação. Possibilidade. Aplicação da Resolução n. 66/2010 – CSJT. É compatível com a nova sistemática da CLT a antecipação de honorários periciais, nos termos do art. 2º, § 2º, da resolução CSJT 66/2010 ou de norma superveniente, permitindo que o perito seja remunerado com recursos próprios da União, ainda na fase instrutória do processo. Após o trânsito em julgado da decisão, sendo o autor beneficiário da Justiça gratuita, a União pagará o valor remanescente ao perito, devidamente atualizado, nos termos do art. 5º, parágrafo único, da Resolução 66/2010, sendo aplicáveis apenas as normas dos Tribunais Regionais que apresentem condição mais favorável à efetividade do processo.

II. Honorários periciais. Antecipação convencional das partes. Sub-rogação. O pagamento feito pela empresa de honorários periciais, de forma antecipada e convencional,

é compatível com o disposto no art. 790-B, § 3º da CLT, permitindo que o perito seja remunerado com recursos próprios da empresa ainda na fase instrutória do processo. Após o trânsito em julgado da decisão, sendo o autor beneficiário da justiça gratuita, a União fará a restituição integral dos valores antecipados pela empresa, no limite do previsto na Resolução 66/2010 ou em norma superveniente, subrogando-a nos créditos do perito em face da União, sendo aplicáveis apenas as normas dos Tribunais Regionais que apresentem condição mais favorável à efetividade do processo.

102. Sucumbência em ação civil pública e ação civil coletiva: não aplicação

Honorários advocatícios sucumbenciais, honorários periciais e custas processuais, como previstos na Lei n. 13.467/2017, não são aplicáveis às ações regidas por Leis especiais, a saber, Lei da Ação Civil Pública (arts. 17 e 18 da Lei n. 7.347/1985) e Código de Defesa do Consumidor (art. 87 da Lei n. 8.078/1990).

103. Acesso à justiça

Acesso à justiça. Art. 844, § 2º e § 3º, da CLT. Inconstitucionalidade. Viola o princípio de acesso à justiça a exigência de cobrança de custas de processo arquivado como pressuposto de novo ajuizamento. O princípio do acesso à justiça é uma das razões da própria existência da justiça do trabalho, o que impede a aplicação dessas regras, inclusive sob pena de esvaziar o conceito de gratuidade da justiça.

104. O § 5º do art. 844 da CLT não afasta a revelia e a confissão

O § 5º do art. 844 da CLT não afasta a revelia e seus efeitos de confissão, apenas permitindo que o juiz possa conhecer das questões de ordem pública e da matéria não alcançada pela confissão do fato constitutivo alegado pelo autor.

105. Sentença sem exame de mérito. Direito autoral à emenda

CLT, art. 840, § 3º. Sentença sem exame do mérito. Necessidade de oportunizar a

emenda. A exordial que não atende integralmente os requisitos legais deve ensejar oportunidade para emenda e não imediata sentença sem exame do mérito, sob pena de obstar o direito do autor à integral análise do mérito (CPC, arts. 4º, 6º, 317, 319 e 321; TST, Súmula n. 263).

106. Limite temporal para o autor desistir da ação sem o consentimento do réu

CLT, art. 841, § 3º. Desistência da ação. Necessidade de consentimento do réu. Limite temporal. A CLT estabelece que o momento processual próprio para o demandado “oferecer a contestação” é na audiência, depois de proposta a conciliação. Por isso, ainda que a parte demandada envie/protocole a contestação antes da fase processual prevista em Lei, não há razão para a anuência pelo réu de desistência da ação enquanto não atingido tal momento processual.

107. Acesso à justiça. Isonomia. “Jus postulandi”

1. Não sendo representante legal da pessoa jurídica ou empregado do réu, o preposto poderá apenas prestar depoimento pessoal na audiência, sendo-lhe vedada a prática de atos processuais privativos do advogado

2. Não sendo empregado do réu, é vedado ao advogado funcionar como seu preposto.

3. É defeso ao advogado funcionar no mesmo processo, simultaneamente, como patrono e preposto do empregador (Código de Ética e Disciplina da OAB, art. 23).

108. Litisconsorte necessário de entidades sindicais

Ação de anulação de cláusula de instrumento coletivo. Entidades sindicais subscritoras. Litisconsórcio necessário. Ônus processual da lide. Art. 611-A, § 5º da CLT. A exigência legal da participação da entidade sindical como litisconsorte necessário nas ações que tenham como objeto a anulação de cláusulas de instrumento coletivo não obriga as

entidades sindicais subscritoras desses instrumentos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, quando não derem causa ao processo.

Sistema recursal e limitações à edição de súmulas. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Ação de homologação de acordo. Aspectos gerais da execução trabalhista.

109. Processo do trabalho. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica: aplicação limitada

I. No processo do trabalho, o redirecionamento da execução para o sócio não exige o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137 do CPC). II. A dissolução irregular da pessoa jurídica inclui as hipóteses de impossibilidade de satisfação da dívida pelo devedor, o que autoriza o redirecionamento da execução para os sócios, independentemente de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (art. 135 do CTN). III. Admite-se o incidente de desconconsideração da personalidade nas hipóteses de sócio oculto, sócio interposto (de fachada ou “laranja”), associação ilícita de pessoas jurídicas ou físicas ou injuridicidades semelhantes, como constituição de sociedade empresária por fraude, abuso de direito ou seu exercício irregular, com o fim de afastar o direito de credores. IV. Adotado o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, o juiz, no exercício do poder geral de cautela, determinará às instituições bancárias a indisponibilidade de ativos financeiros e decretará a indisponibilidade de outros bens pertencentes aos sócios, pessoas jurídicas ou terceiros responsáveis, sendo desnecessária a ciência prévia do ato.

110. Jurisdição voluntária. Acordo extrajudicial. Recusa à homologação

O juiz pode recusar a homologação do acordo, nos termos propostos, em decisão fundamentada.

111. Súmulas e enunciados de jurisprudência. Edição e alteração. Requisitos. Inconstitucionalidade

São inconstitucionais os requisitos do art. 702, I, “F”, e § 4º, da CLT, introduzidos pela Lei n. 13.467/2017, para a edição ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência, por violação aos arts. 2º, 5º, LIV, 93, 96, I, A, e 113 da CF.

112. Execução provisória. Liberação de depósito em dinheiro: aplicação dos arts. 520 e 521 do CPC

Os arts. 520 e 521 do CPC são aplicáveis ao processo do trabalho, sendo admitida a liberação de depósito em dinheiro, independentemente de caução (CPC, art. 521, II).

113. Execução de ofício e art. 878 da CLT

Em razão das garantias constitucionais da efetividade (CF, art. 5º, XXXV), da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e em face da determinação constitucional da execução de ofício das contribuições previdenciárias, parcelas estas acessórias das obrigações trabalhistas (CF, art. 114, VIII), o art. 878 da CLT deve ser interpretado conforme a Constituição, de modo a permitir a execução de ofício dos créditos trabalhistas, ainda que a parte esteja assistida por advogado.

114. Execução. Impulso oficial. Pesquisa e constrição de bens. Possibilidade

O impulso oficial da execução está autorizado pelo art. 765 da CLT e permite ao juiz a utilização dos mecanismos de pesquisa e de constrição de bens, inclusive por meio do sistema BacenJud, sendo esse mero procedimento para formalização da penhora em dinheiro.

115. Execução de ofício. Inexistência de nulidade

A teor do art. 794 da CLT, não há nulidade processual quando o juízo realiza a execução de ofício, porque inexistente manifesto prejuízo processual.

116. Tutelas de urgência de natureza cautelar no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica

A adoção do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no Processo do Trabalho não exclui a possibilidade de deferimento de tutelas de urgência de natureza cautelar antes da citação do novo executado, inclusive de ofício, dentro do poder geral de cautela do magistrado.

117. Responsabilização dos sócios. Redirecionamento da execução. Recuperação judicial. Aplicação analógica do art. 28, § 5º, do CDC

Por aplicação analógica do art. 28, § 5º, do CDC (Lei n. 8.078/1990), o juiz poderá redirecionar a execução para a responsabilização dos sócios quando decretada a recuperação judicial da empresa.

118. Depósito recursal. Redução, pela metade, em favor das entidades sem fins lucrativos. Aplicação às entidades sindicais

O art. 899, § 9º, da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017, que reduz pela metade o valor do depósito recursal para as entidades sem fins lucrativos, aplica-se às entidades sindicais.

119. Execução. Seguro-garantia judicial. Acréscimo de 30%

A aceitação do seguro-garantia judicial previsto no art. 882 da CLT pressupõe o acréscimo de 30% do débito, por aplicação supletiva do art. 835, § 2º, do CPC.

120. Execução. Medidas executivas indiretas. Prazo para implementação e cancelamento do protesto. Inconstitucionalidade

A exigência do dilatado prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para protesto da sentença, inscrição do executado em órgãos de

proteção ao crédito e/ou no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas e o cancelamento do registro pela simples garantia da execução ferem os princípios constitucionais da razoabilidade, efetividade, razoável duração do processo e da isonomia (CF, art. 5º, *caput*, XXXV e LXXVIII), por promover distinção injustificada entre o credor trabalhista e o credor comum.

121. Transcendência: indicadores

I. A transcendência econômica, nos termos do art. 896-A, § 1º, I, da CLT deverá considerar a repercussão da pretensão no patrimônio das partes.

II. O exercício da técnica do “*distinguishing*”, por parte dos tribunais regionais, a respeito da aplicabilidade da jurisprudência sumulada do STF e do TST aos casos concretos, não configura desrespeito para fins de enquadramento no art. 896-A, § 1º, II, da CLT.

III. A relevância social e jurídica envolve também as questões atinentes à interpretação e à aplicação dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

122. Transcendência. Recurso de revista. Sustentação oral

A fixação de prazo exíguo (cinco minutos) para a sustentação oral do advogado, por ocasião do julgamento do agravo interno perante a turma do Tribunal Superior do Trabalho (art. 896-A, §§ 2º e 3º, da CLT), não se compatibiliza com o princípio do devido processo legal, plasmado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

123. Homologação de acordo extrajudicial

I. A faculdade prevista no capítulo III-A do título X da CLT não alcança as matérias de ordem pública. II. O acordo extrajudicial só será homologado em juízo se estiverem presentes, em concreto, os requisitos previstos

nos arts. 840 a 850 do Código Civil para a transação; III. Não será homologado em juízo o acordo extrajudicial que imponha ao trabalhador condições meramente potestativas, ou que contrarie o dever geral de boa-fé objetiva (arts. 122 e 422 do Código Civil).

124. Homologação de acordo extrajudicial. Recurso. Análise pelo tribunal

No caso de recurso da decisão que não homologar de forma fundamentada o acordo extrajudicial, o tribunal não poderá retornar o processo para que o juiz de primeiro grau o homologue.

125. Processo de jurisdição voluntária. Homologação de acordo extrajudicial. Competência territorial

I. A competência territorial do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial segue a sistemática do art. 651 da CLT.

II. Aplica-se analogicamente o art. 63, § 3º, do CPC, permitindo que o juiz reputa ineficaz de ofício a eleição de foro diferente do estabelecido no art. 651 da CLT, remetendo os autos para o juízo natural e territorialmente competente.

Índice Geral

Doutrina

O fim da universalidade e da compulsoriedade da contribuição sindical como oportunidade de renascimento dos sindicatos. 1. Introdução. 2. Breve história do movimento obreiro e do direito do trabalho. 3. Formas de financiamento da atividade sindical. 4. Contribuição sindical no direito comparado — Breves notas. 5. Representatividade sindical e contribuição sindical. 6. Considerações finais. Sindicatos: de volta ao começo. 7. Referências bibliográficas.....

17

La “Reforma Macron” del Código del Trabajo Francés. Introducción. 1. El proceso de la reforma. 1.1. El recurso a las Ordenanzas. 1.2. La realización de la operación. 2. El contenido de la reforma. 2.1. El “reforzamiento de la negociación colectiva”. 2.1.1. La nueva potencia del acuerdo de empresa respecto al convenio sectorial. 2.1.1.1. Tres modalidades de relaciones. 2.1.1.2. ¿Una competencia por las normas convencionales de empresa?. 2.1.2. Innovaciones en las condiciones de validez de los acuerdos colectivos. 2.1.2.1. El acuerdo de empresa, acuerdo mayoritario. 2.1.2.2. La diversificación de las vías de obtención de un acuerdo colectivo. 2.1.3. El acuerdo colectivo frente al contrato de trabajo. 2.2. La recomposición de la representación del personal. 2.2.1. Una instancia única. 2.2.1.1. Constitución. 2.2.1.2. Composición y elección. 2.2.2. Atribuciones y medios de la nueva institución. 2.2.2.1. Atribuciones del comité social y económico. 2.2.2.1.1. En las empresas de al menos 50 trabajadores. 2.2.2.1.2. En las empresas de menos de 50 trabajadores. 2.2.2.2. Atribuciones del consejo de empresa. 2.3. La reducción parcial de las “rigideces” para el empleador en la relación de trabajo. 2.3.1. Observaciones generales. 2.3.2. Rupturas en el Derecho común del despido. 2.3.2.1. Una reducción

del formalismo procesal. 2.3.2.2. La imposición de un baremo de indemnizaciones del despido improcedente. 2.3.3. Cambios en el régimen del despido por motivo económico. 2.3.3.1. El ámbito de apreciación del motivo. 2.3.3.2. La ruptura por mutuo acuerdo en el marco de un acuerdo colectivo. 3. A modo de conclusión. Adenda.....

25

Reforma trabalhista de 2017 no âmbito da audiência de julgamento. Representação das partes em audiência e os efeitos da ausência de qualquer dos litigantes. 1. Introdução. 2. Da audiência de julgamento. 2.1. Aspectos gerais. 2.2. A representação das partes em juízo. 3. Da ausência das partes à audiência — efeitos. 3.1. Ausência do reclamante à audiência. 3.2. Ausência do reclamado à audiência. 4. Processo judicial eletrônico. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas

57

O desequilíbrio processual decorrente da inexigibilidade da qualidade de empregado do preposto do reclamado. 1. Introdução. 2. Do direito à prova e da igualdade de oportunidades de produzi-la. 3. Do depoimento pessoal como meio de prova no processo do trabalho. 4. O desequilíbrio processual legitimado pelo § 3º do art. 843, da CLT. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.....

77

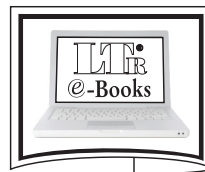
A prescrição intercorrente no processo do trabalho à luz da Lei n. 13.467/2017 (Reforma trabalhista). 1. Introdução 2. Noções sobre a prescrição intercorrente. 3. A prescrição intercorrente e o processo do trabalho. 4. Principais controvérsias acerca da aplicação do art. 11-A da CLT. 4.1. Créditos sujeitos à prescrição intercorrente. 4.2. Prazo para reconhecimento da prescrição intercorrente. 4.3. Início da contagem do prazo da prescrição intercorrente. 4.4. Reconhecimento de ofício da prescrição

intercorrente. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas	85
A Justiça do Trabalho na rede nacional de proteção à saúde do trabalhador.	
1. Introdução. 2. Afirmação da saúde e do trabalho como direitos humanos fundamentais. 3. Uma proteção torta. 4. Afirmação legal da proteção à saúde. 5. Direito Sanitário. Direito Sanitário do Trabalho. 6. O trabalho como determinante da saúde. 7. Clínica médica, higiene e saúde do trabalhador. 8. Ambiente de trabalho. 9. A contribuição da escola franco-belga da Ergonomia da Atividade. 9.1. Trabalho prescrito e trabalho real. 9.2. Quem descumpra as prescrições. 10. A Análise Ergonômica do Trabalho adormecida na lei brasileira. 11. Formação da instrução nas lides sobre saúde do trabalhador. 12. Vigilância em saúde do trabalhador. 13. O papel da Justiça do Trabalho. 14. Conclusões. 15. Referências bibliográficas.....	95
A Reforma Trabalhista e o Direito Intertemporal: questões de direito processual.	
1. Nota introdutória. 2. Vigência da Lei n. 13.467/2017. 3. Direito intertemporal e o direito processual do trabalho. 3.1. Contagem de prazos em dias úteis. 3.2. Concessão de justiça gratuita. 3.3. Honorários periciais. 3.4. Honorários de sucumbência. 3.5. Exceção de incompetência territorial. 3.6. Atribuição do ônus da prova. 3.7. Novos requisitos da petição inicial. 3.8. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. 3.9. Homologação de acordo extrajudicial. 3.10. Mitigação do princípio inquisitivo. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas	113
O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador do direito humano fundamental ao trabalho: a sua aplicação no âmbito da reforma trabalhista. 1. Introdução. 2. O trabalho como	
um direito humano fundamental. 3. O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador dos direitos humanos fundamentais. 4. As convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho como parâmetro de controle de convencionalidade no âmbito do direito do trabalho. 5. A reforma trabalhista e sua possível adequação às convenções da Organização Internacional do Trabalho. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas	131
Honorários de sucumbência trabalhista: em busca de uma interpretação conforme a Constituição. 1. Introdução. 2. Relato histórico dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. 3. O princípio da proteção (no processo) e o acesso à Justiça. 4. Os honorários de sucumbência trabalhista na Lei n. 13.467/2017 e sua interpretação. 4.1. O <i>jus postulandi</i> e os honorários de sucumbência. 4.2. Os honorários de sucumbência para os pedidos condenatórios procedentes. 4.3. Honorários sobre as causas sem valor econômico ou de valor inestimável. 4.4. Honorários no caso de pedidos improcedentes — total ou parcialmente. 4.5. Em caso de acordo, as partes devem tratar dos honorários de modo expresso. 4.6. O momento próprio para se decidir pela suspensão da execução dos honorários. 4.7. Aplicação da lei no tempo. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.....	155
Capitalismo monopolístico e ruptura com o Estado de Direito Social: análise da atual crise do Estado de Direito Social no Brasil, por meio do resgate da crítica de Neumann e Kirchhmeier ao capitalismo monopolístico. 1. Introdução. 2. O compromisso político nas Constituições dos Estados de Direito Social. 3. Trabalho e ordem econômica nas Constituições	

de Direito Social. 4. Capitalismo monopolístico operado por fundos de investimento. 5. Capitalismo monopolístico e Emenda à Constituição da República Federativa do Brasil de n. 95, de 15 de dezembro de 2016. 6. Capitalismo monopolístico e instituições garantes dos Direitos Sociais. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.....	173
A reforma trabalhista e a liberdade contratual: o direito ao trabalho construído sob a perspectiva puramente econômica. 1. Introdução. 2. A concepção de trabalho e a reforma trabalhista. 3. A reestruturação produtiva e a ausência de proteção ao trabalho humano. 4. Liberdade contratual e o mito da autonomia da vontade do empregado na reforma trabalhista. 5. A consequência da reforma trabalhista e a violação da ordem constitucional. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas	193
A mitigação de direitos fundamentais decorrente da prevalência do negociado sobre o legislado, confirmada pela teoria de Robert Alexy. 1. Introdução. 2. A negociação coletiva de trabalho e a situação dos sindicatos profissionais brasileiros. 3. Os limites da negociação coletiva e as determinações gerais dos arts. 611-A, 611-B e 620 da CLT. 4. Aspectos da teoria de Alexy que apontam a mitigação de direitos fundamentais pela prevalência do negociado sobre o legislado. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.....	211
Os acordos extrajudiciais na Justiça do Trabalho e a Lei n. 13.467/2017: jurisdição voluntária? Validade formal ou material? Competência? 1. Introdução. 2. A jurisdição voluntária no processo do trabalho. 3. Os efeitos da decisão jurídica que homologar acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho. 4. A competência para decidir quanto à homologação do acordo extrajudicial. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas	237
A uniformização da jurisprudência trabalhista diante da reforma: uma crítica aos discursos da modernização e da segurança jurídica. 1. Introdução. 2. O cientificismo e a visão positivista do direito. 3. As contemporâneas tentativas de superação do dogma positivista e o lugar de destaque do intérprete. 4. A limitação do poder interpretativo do aplicador e o retorno ao dogma positivista. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas	255
Estudo da permissão de contratação do autônomo com exclusividade prevista na Lei n. 13.467/17 e seus reflexos no fenômeno da pejotização. 1. Introdução. 2. Algumas controvérsias suscitadas com o advento da Lei n. 13.467/17. 3. Análise das modificações ocorridas com a Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017. 4. A possibilidade de aumento dos casos de pejotização sob a bandeira da exclusividade. 5. Fundamento de inconstitucionalidade da permissão de contratação do autônomo com exclusividade prevista na reforma trabalhista — proteção ao trabalho digno e vedação ao retrocesso social. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas	271
Jurisprudência	
Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho — Reforma Trabalhista, realizada em Brasília/DF, nos dias 9 e 10 de outubro de 2017.....	283



LOJA VIRTUAL
www.ltr.com.br



E-BOOKS
www.ltr.com.br

