

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: Meta Brasil

© 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 6186.0

Abril, 2019

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. DR. FABIO PETRUCCI

Professor da Università Sapienza em Roma/Itália. Doutor em Direito do Trabalho, Sindical e da Previdência Social. Especialização em Direito do Trabalho pela Università Sapienza em Roma/Itália. Dirigente da Caixa de Previdência das Empresas Agrícolas Italianas (ENPAIA). Advogado.

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 – UNIVALI. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e Dogmática Jurídica pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Professor do Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Professor de Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Professor Convitado-Permanente da Escola Superior da Advocacia da OAB-SC. Membro da Comissão Científica da Escola Judicial do TRT da 12ª Região (SC). Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Tubarão (SC).

RUBENS FERNANDO CLAMER DOS SANTOS JÚNIOR

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

SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA

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

VITOR SALINO DE MOURA EÇA

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

Sumário

<i>Abreviaturas e siglas usadas</i>	9
<i>Editorial</i>	11
<i>Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças</i>	13
Doutrina	
O teletrabalho e o direito à desconexão: uma análise sob a perspectiva do cabimento de dano extrapatrimonial do trabalhador à luz da Lei n. 13.467 de 2017 <i>Bibiane Machado da Silva</i>	17
A flexibilização autônoma na reforma trabalhista perante a Constituição Federal <i>Cristiane Moraes Almeida Pereira</i>	39
Reforma trabalhista: novos rumos do sistema de custeio sindical brasileiro <i>Emerson Ferreira Domingues</i>	47
A terceirização e a reforma trabalhista no Brasil: uma análise crítica da possibilidade de terceirização das atividades-fim <i>Évellyn Barbosa Rêgo</i>	68
A (in)aplicabilidade do novo art. 840, § 1º, da CLT, nas ações coletivas <i>Fausto Nestor Garcia</i>	83
As comissões de empresa como instrumento de clivagem do sindicalismo clássico da função de representação da classe trabalhadora <i>Marco Aurélio Serau Junior e Gabriela Varela de Oliveira</i>	94
Gripe espanhola no longo inverno brasileiro: lições das reformas de um mercado de trabalho ultraflexível (o triunfo da análise puramente econômica no direito do trabalho) <i>Renato Bignami</i>	103
Ameaça à liberdade sindical sob a perspectiva da reforma trabalhista: uma análise do fim da contribuição sindical obrigatória <i>Rosilene dos Santos</i>	121

Contribuição sindical compulsória e o princípio da liberdade sindical individual: uma análise da Lei n. 13.467/17 <i>Sebastião Lopes Galvão Neto</i>	131
O Poder Judiciário e o desmanche do movimento sindical: elementos para a resistência <i>Valdete Souto Severo</i>	144
A dispensa coletiva na dogmática trabalhista brasileira pós-reforma e na OIT <i>André Luiz Barreto Azevedo e Juliana Teixeira Esteves</i>	155

Jurisprudência

Acórdão

Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região	175
Enunciados aprovados no XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — Conamat (2018)	195
Índice Geral	215

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,

Mais uma Revista de Direito Material e Processual do Trabalho, organizada pela ANAMATRA em parceria com a LTr Editora, é apresentada. E, como não poderia deixar de ser diferente, aspectos trazidos pela “Reforma Trabalhista” continuam sendo o ponto central deste trabalho.

Temas como a dispensa coletiva, o teletrabalho e o direito à desconexão, a flexibilização dos direitos do trabalhador e a terceirização são especialmente explorados nesta edição.

Ganham relevo, também, temas diretamente afetos ao Direito Sindical, tais como as ameaças à liberdade sindical, as comissões das empresas e os seus efeitos na representação sindical dos trabalhadores, os novos rumos do custeio dos sindicatos e, até mesmo, decisões do Poder Judiciário que diretamente afetam o movimento sindical.

Pretendemos, desta forma, apresentar as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais consideradas essenciais para a análise desse direito sindical que surge após o advento da Reforma Trabalhista, bem como os seus impactos de toda órbita que afetam não só as entidades sindicais, mas direta e principalmente os trabalhadores.

Afinal de contas, é objetivo constitucional dos sindicatos a busca constante de melhorias para a classe trabalhadora. E, não há dúvidas que o cumprimento desta missão constitucional foi diretamente afetada com as disposições advindas da Lei n. 13.467/2017.

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

Março de 2019.

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 teletrabalho e o direito à desconexão: uma análise sob a perspectiva do cabimento de dano extrapatrimonial do trabalhador à luz da Lei n. 13.467 de 2017

Bibiane Machado da Silva^(*)

Resumo:

- No contexto atual, em que as relações de trabalho cada vez mais são permeadas pela utilização de novas tecnologias informacionais, e, o teletrabalho tornou-se uma realidade, a emergência na solução de situações relacionadas ao trabalho pode prejudicar o tempo que o trabalhador deveria ter para si. A partir do momento que a jornada de trabalho extrapola o limite constitucional, adentrando na vida pessoal do trabalhador, poderá esse, ser tolhido em seu direito à desconexão. Assim, o presente estudo abordará o problema sob o viés da (im)possibilidade de configuração de dano existencial pelo desrespeito ao direito à desconexão do teletrabalhador. Para tanto, foi selecionado o método de abordagem dedutivo. Já com relação ao método de procedimento foi utilizado o comparativo. Por fim, quanto à técnica de pesquisa a bibliográfica. No primeiro momento foi analisado o teor doutrinário que circunda o tema. Na sequência foram abordados os dispositivos da Lei n. 13.467, de 2017 (Reforma Trabalhista), os quais já estão impactando nas relações de teletrabalho. Por fim, realizou-se uma explanação sob a possibilidade de futuro enquadramento como dano extrapatrimonial em face da inovação trazida pela Reforma Trabalhista. Assim, a pesquisa vislumbra um caminho árduo e pedregoso, todavia, desafiador aos operadores do direito.

Palavras-chave:

- Dano existencial — Dano extrapatrimonial — Desconexão — Reforma trabalhista — Teletrabalho.

Abstract:

- In the current context, where labor relations are increasingly permeated by the use of new information technologies, and teleworking has become a reality, the emergence in

(*) Bacharel em Direito (2017) e em Ciências Contábeis (2009) pela Universidade Federal de Santa Maria/RS.

the solution of work-related situations can be detrimental to the time the worker should have for you. From the moment that the working day goes beyond the constitutional limit, entering into the personal life of the worker, this can be blocked in his right to disconnect. Thus, the present study will address the problem under the (im) bias of existential damage configuration due to disrespect to the right to disconnect the teleworker. For that, the method of deductive approach was selected. Regarding the procedure method, the comparative was used. Finally, as for the bibliographic research technique. In the first moment the doctrinal content that surrounds the theme was analyzed. In the sequence, the provisions of Law n. 13.467 of 2017 (Labor Reform) were discussed, which are already impacting on telework relationships. Finally, an explanation was made under the possibility of future framing as extra-financial damage in the face of the innovation brought about by the Labor Reform. Thus, the research envisages a hard and rocky road, however, challenging the operators of law.

Key-words:

- Existential damage — Off-balance damage — Disconnection — Labor reform — Teleworking.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Teletrabalho e o direito à desconexão: limites e desafios para a configuração do dano existencial
 - 2.1. O teletrabalho e o direito a desconexão: antecedentes à Lei n. 13.467, de 2017
 - 2.2. A possibilidade de ocorrência do dano existencial ao trabalhador pela violação ao direito à desconexão
 - 2.2.1. O ônus probatório acerca do dano existencial
- 3. A (não) caracterização do dano existencial pela violação do direito à desconexão e perspectiva de enfrentamento
 - 3.1. Alterações introduzidas pela Lei n. 13.467, de 2017
 - 3.2. ► Análise sobre o tema após a entrada em vigor da Lei n. 13.467, de 2017, sob o ângulo de enquadramento como dano extrapatrimonial
- 4. Considerações finais
- 5. Referências

1. Introdução

O cenário atual do mercado de trabalho está cada vez mais se distanciando do paradigma da Revolução Industrial. Atualmente, há o crescimento do labor no sistema *home office*, no qual o empregador, embora distante, utiliza-se dos meios telemáticos para controlar as atividades do subordinado. Tal monitoramento, se

desarrazoado, poderá demonstrar, a submissão a jornadas extenuantes, quicá análogas à condição de escravo, ferindo assim o direito do trabalhador a desconectar-se do trabalho.

Há ainda um agravante quanto a esse contexto, o qual foi modificado com a promulgação da Lei n. 13.467 de 2017. Até então, por não existir diferença entre o trabalho realizado na

sede da empresa e o desempenhado no âmbito residencial do empregado⁽¹⁾, era aplicado ao teletrabalhador a jornada de trabalho constitucionalmente delimitada. Após a nova lei, entretanto, por inexistir obrigatoriedade de respeito à jornada, poderá o teletrabalhador ser submetido à jornada exaustiva.

Inicialmente, o problema que ensejou o presente estudo está relacionado à possibilidade ou não de configuração do dano na esfera existencial quando o empregador extrapola o controle sobre o teletrabalhador, ferindo assim o seu direito à desconexão. Nesse contexto, importante salientar que o trabalho foi atualizado até a data de 1º de maio de 2018, poucos dias após o término da vigência da MP n. 808/2017.

Como objetivo principal, o trabalho pretende identificar se no teletrabalho, exercido pelo empregado regido pela CLT, o desrespeito ao direito à desconexão, quando ocorre, pode ensejar o dano na esfera existencial do trabalhador. Nesse sentido, a pesquisa objetiva especificamente, a verificação se, quando o direito à desconexão é ferido no teletrabalho, quais os indícios que poderiam identificar o dano existencial sobre a vida do trabalhador.

Além disso, agrega-se ao escopo da pesquisa, a necessidade de identificar no dano existencial, quais as condutas devem ser evitadas tanto pelo empregador quanto pelo empregado para que a lesão não ocorra, ou ainda, os limites para que cesse sua ocorrência.

E, finalmente, discutir, se efetivamente incidir a conduta lesiva sobre o trabalhador, a possibilidade indenizatória antes e depois da promulgação da Lei n. 13.467. Neste último caso, parametrizada pelo capítulo do dano extrapatrimonial, bem como, discorrer sobre o caráter compensatório e pedagógico da medida.

Foi empregado na presente pesquisa o método de abordagem dedutivo, bem como

o método de procedimento comparativo. O qual justifica-se pelo fato de ter o legislador inovado com a inserção da Lei n. 13.467 de 2017 (Reforma Trabalhista), trazendo quanto ao tema, significativas mudanças.

Quanto à técnica de pesquisa, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, a qual se justifica pelo fato de o tema ser relativamente recente, devido às mudanças tecnológicas constantes, e, ainda, por não ser algo pacífico na doutrina e jurisprudência. Dessa forma, pretende-se dar ao estudo um enfoque em que situe o leitor, ainda que leigo, de como a doutrina vem tratando a temática.

Finalmente, quanto à estrutura, o presente estudo aborda o tema por meio de dois capítulos. No primeiro é feita uma explanação acerca dos conceitos de teletrabalho e direito à desconexão anteriormente à Lei n. 13.467, de 2017. Em seguida é realizada uma abordagem doutrinária tanto da possibilidade de configuração de dano existencial se desrespeitado o direito à desconexão, quanto a quem cabe o ônus probatório.

Já o segundo capítulo trata sobre o dano existencial em si, enfatizando os impactos advindos da promulgação da Lei n. 13.467, de 2017, e, por fim, busca debater sobre a perspectiva de futuro enquadramento do dano existencial como dano extrapatrimonial, inovação trazida pela Reforma Trabalhista.

2. Teletrabalho e o direito à desconexão: limites e desafios para a configuração do dano existencial

Inicialmente, no primeiro subtítulo será apresentado o conceito de teletrabalho. Em seguida sua posição no campo do direito do trabalho, este último sob a perspectiva de direito fundamental e no âmbito internacional, e, por fim, será demonstrado o conceito de direito à desconexão.

Já no segundo subtítulo será apresentado o conceito de dano existencial desde a origem do

(1) Referência ao art. 6º da CLT antes da reforma.

termo, passando pela exposição dos requisitos para sua ocorrência, e, finalmente o enfoque do ônus da prova pela perspectiva de sua distribuição dinâmica.

2.1. O teletrabalho e o direito a desconexão: antecedentes à Lei n. 13.467, de 2017

O Brasil, acompanhando tendência mundial, impulsionada pela globalização, vem, principalmente nas últimas duas décadas, vivenciando uma expansão exponencial no número de teletrabalhadores.

Em março de 2017, o Presidente da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades — SOBRATT — se manifestou quanto ao tema, disponibilizando os seguintes dados auferidos por pesquisa realizada pela instituição: “70% das empresas privadas no Brasil já adotam teletrabalho” e “São 15 milhões de teletrabalhadores no País”⁽²⁾.

Nesse contexto, para uma compreensão sistêmica da temática almejada no presente estudo é importante que se estabeleça um conceito inicial sobre teletrabalho.

Assim, conforme Amauri Mascaro Nascimento⁽³⁾ teletrabalho é:

A expressão é usada para designar o trabalho que não é realizado no estabelecimento do empregador, e sim fora dele, portanto, com a utilização dos meios de comunicação que o avanço das técnicas modernas põe à disposição do processo produtivo, em especial de serviços.

Como se pode depreender desse conceito, é amplo o campo de abrangência do teletrabalho. A partir de uma primeira leitura, poderia ser gerada a dúvida: não sendo o trabalho realizado nas dependências da empresa, onde poderia ocorrer tal labor?

O próprio autor, na obra, exemplifica como o sendo realizado na residência do prestador, contudo, salienta não ser essa a única hipótese possível.

De outra frente, Denise Fincato⁽⁴⁾ aduz que teletrabalho é:

O teletrabalho é a modalidade de trabalho com características próprias e pode ser melhor detectado se conjugados, numa mesma relação fática, os três elementos a seguir:

Geográfico: o local de trabalho é separado fisicamente do local onde situada a empresa (não importa a distância, mas sim a separação física em si);

Tecnológico: há o emprego obrigatório de tecnologias de informação e comunicação para medição da distância e envio/recebimento de tarefas/trabalho;

Organizativo: o empregador deve organizar seu ciclo produtivo considerando os trabalhadores remotos. Absorvendo-os em sua estrutura e fluxos.

Em cotejamento dos dois conceitos, o segundo, parece elucidar de maneira mais eficiente o tema sob a perspectiva que se pretende abordar no presente ensaio.

No estudo, o teletrabalho se enquadra exatamente nesse âmbito, qual seja, da residência do empregado teletrabalhador, o qual se utiliza de meios telemáticos para: prestar seu serviço e ter sua jornada de trabalho controlada por seu empregador. Justifica-se tal delimitação por acreditar, ser esse, o que mais gera impacto na violação ao direito à desconexão.

Importante salientar também, não há uma atividade específica passível de ser desempenhada pelo empregado teletrabalhador. Cami-

(2) PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. *O Brasil tem 15 milhões de teletrabalhadores*. Brasil. 2017

(3) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 441

(4) FINCATO, Denise. A regulamentação do teletrabalho no Brasil: indicações para uma contratação minimamente segura. In: SILVA, Rosane; OLIVEIRA, Rafael Santos de (Orgs.). *Direitos e novas tecnologias: desafios à proteção de direitos na sociedade em rede*. Curitiba: Ithala, 2017. p. 24.

nha lado a lado dessa ideia, o posicionamento encampado por Alice Monteiro de Barros⁽⁵⁾ quando sustenta que:

O teletrabalho distingue-se do trabalho a domicílio tradicional não só por implicar, em geral, a realização de tarefas mais complexas do que as manuais, mas também porque abrange setores diversos tratamento, transmissão e acumulação de informação; atividade de investigação; secretariado, assistência técnica e auditoria; gestão de recursos, vendas e operações mercantis em geral; desenho, [...], digitação, redação, edição, contabilidade, tradução, além da utilização de novas tecnologias, informática e telecomunicações, afetas ao setor terciário.

A autora ao trazer os exemplos epígrafados, desconstrói o mito de que o teletrabalho é tarefa exclusiva para pessoas com elevado grau de escolaridade. E, ainda que, as atividades desempenhadas no teletrabalho sejam mais complexas que as atividades operacionais de produção.

Quanto ao enquadramento jurídico do teletrabalho, no que tange ao seu contrato de emprego, Alice Monteiro de Barros⁽⁶⁾ apresenta um importante conceito no sentido de que o primeiro não neutraliza o segundo. Complementa ainda seu raciocínio com base na existência de controle do credor do trabalho, restando evidente a subordinação sob a égide da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Dessa forma, não há que se direcionar ao teletrabalhador, tratamento distinto daquele devido aos empregados que laboram na sede da empresa. Tal entendimento clarifica o disposto no art. 6º da CLT abaixo:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a

distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio⁽⁷⁾.

Tal artigo foi tímido no estabelecimento do teletrabalho. Outro aspecto relevante a ser tratado é o controle da jornada laboral do teletrabalhador. Quanto ao tema, respaldado pela perspectiva de direito social fundamental, Sarlet⁽⁸⁾ refere que:

Os direitos sociais (tanto na sua condição de direitos humanos, quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados) já pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial [...]

O autor⁽⁹⁾ complementa seu raciocínio, expondo que direitos sociais foram incorporados ao direito internacional, sob o viés de direitos humanos, exatamente para garantir o amparo à pessoa humana individualmente considerada.

Dessa forma, ao cotejar a perspectiva de direito humano com a titularidade de direitos fundamentais, e, tomando por base, o aspecto de limitação da jornada de trabalho encampado no art. 7º, inciso XIII da Constituição Federal de 1988, era possível, ao teletrabalhador, propor ação na Justiça Laboral quando desrespeitada tal prerrogativa. Isso, evidentemente, até a reforma instituída pela Lei n. 13.467 de 2017, a qual será estudada na sequência neste trabalho. Posteriormente a este marco normativo, contudo, não há obrigatoriedade do controle da jornada do teletrabalhador.

(7) BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

(8) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 215.

(9) *Idem*.

(5) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed., atual. por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017. p. 214.

(6) *Ibidem*, p. 216.

Importante referir ainda o posicionamento do Ministro Mauricio Godinho⁽¹⁰⁾ ao referir, no âmbito internacional a perspectiva do Direito do Trabalho como Direito Humano:

No plano do Direito Individual do Trabalho, a Declaração Universal dos Direitos do Homem ressalta o direito de todo homem, sem qualquer distinção, a igual remuneração por igual trabalho; o direito a uma remuneração justa e satisfatória; o direito a repouso e lazer, inclusive com a limitação razoável das horas de trabalho [...].

Conjuntamente, não se pode dissociar os conceitos de direito fundamental e direito humano, os quais são intrinsecamente relacionado ao conceito de dignidade, sendo este último nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento⁽¹¹⁾

A dignidade é um valor subjacente a numerosas regras de direito. A proibição de toda ofensa à dignidade da pessoa é uma questão de respeito ao ser humano, o que leva o direito positivo a protegê-la, a garanti-la e a vedar atos que podem de algum modo levar à sua violação, inclusive na esfera dos direitos sociais [...].

Alinhando-se ao entendimento de que o respeito à dignidade não depende, necessariamente, de que exista uma norma que a conduza, também se reflete quando o assunto é a saúde mental do trabalhador. Nesse sentido, refere Baruki⁽¹²⁾ “[...] cabe discutir então até que ponto a regulamentação aparece como fator-chave quando se pensa em um regime jurídico de prevenção dos riscos psicossociais no trabalho [...]”.

A preocupação da autora tem respaldo, visto que, muitos trabalhadores atualmente,

são acometidos de doenças psicossomáticas, as quais, já alcançam a terceira colocação em números de afastamentos concedidos pelo Instituto Nacional de Seguro Social⁽¹³⁾. Tal crescimento, possivelmente ocorre, por não existir em nosso país, uma cultura de prevenção que transcende a coerção característica das normas positivadas.

De outra frente, concernente ao tema direito à desconexão, o qual está intrinsecamente relacionado com o teletrabalho, há que se referir acerca da necessidade do teletrabalhador ter garantido o direito a não estar conectado no período destinado ao seu descanso, garantia essa inserida no campo de saúde do trabalhador.

Corroborando o entendimento, nas palavras de Karan⁽¹⁴⁾:

Se o trabalhador está em casa, longe dos tradicionais modelos fordistas industriais, como irá o empregador, ou algum órgão de fiscalização, verificar se o empregado está sofrendo de alguma doença? Como o trabalhador irá “faltar” ou não se conectar ao trabalho algum dia? Poderá estar trabalhando em horário noturno, doente, em ambiente insalubre, em jornadas dilatadas, e não se poderá verificar essas condições, simplesmente por não saber onde esse trabalhador está.

Da fala do autor, pode-se perceber outros problemas relacionados com o teletrabalho, como a temporalidade do trabalho relacionado às pausas e o perfil do teletrabalhador com relação a sua vulnerabilidade à depressão. Pertinente, ainda, mencionar a importância acerca do debate quanto à desconexão, o qual será abordado em dois momentos distintos. Neste capítulo, será dado o enfoque anterior à reforma trabalhista. Até então, existiam em

(10) DELGADO. Mauricio Godinho; DELGADO. Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 68.

(11) *Ibidem*, p. 393.

(12) BARUKI, Luciana Veloso. *Riscos psicossociais e saúde mental do trabalhador: por um regime jurídico preventivo*. São Paulo: LTr, 2015. p.125.

(13) TRANSTORNOS mentais são a terceira maior causa de afastamento do trabalho. 2017.

(14) KARAN, Rafael Mastrogiacono. *Do direito à desconexão ao dano existencial no teletrabalho: o excesso de horas extras destinadas ao trabalho*. 2013.

âmbito judicial, discussões acerca da lesão ao limite constitucional de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais aplicável ao teletrabalhador.

Convém referir, com relação ao Direito à desconexão, Almeida⁽¹⁵⁾ aduz que:

O trabalhador que, por opção do empregador, tem sua força de trabalho explorada dentro de sua própria casa, “longe dos olhos” de quem dela se beneficia, acaba por ver negado, também, o controle de sua jornada. Além disso, acaba por “contaminar” seu ambiente doméstico com questões ligadas ao trabalho, perdendo, muitas vezes de forma definitiva, a possibilidade de desconexão. [...]

Tal conceito demonstra a preocupação do autor em dissociar o tempo dedicado ao labor, do tempo o qual deveria ser destinado ao seu descanso. Essa preocupação procede, principalmente sob o prisma de manutenção da higidez mental do trabalhador.

Nesse sentido Souto Maior⁽¹⁶⁾ aduz que:

[...] quando se fala em direito a se desconectar do trabalho, que pode ser traduzido como direito de não trabalhar, não se está tratando de uma questão meramente filosófica [...] Não se fala, igualmente, em direito em seu sentido leigo, mas sim numa perspectiva técnico-jurídica, para fins de identificar a existência de um bem da vida, o não trabalho, cuja preservação possa se dar, em concreto, por uma pretensão que se deduza em juízo.

Complementa ainda o autor “um direito, aliás, cujo titular não é só quem trabalha, mas, igualmente, a própria sociedade, aquele que não consegue trabalho, porque outro trabalha excessivamente [...]”

(15) ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016. p.50.

(16) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Do direito à desconexão do trabalho*.

Tais fundamentos geram por consequência a reflexão acerca da necessidade de se delimitar tempo de trabalho e de não trabalho, para além, inclusive, do próprio lazer.

Na sequência, em capítulo próprio, como já repisado, também será realizada uma análise acerca dos impactos inseridos na Lei n. 13.467, de 2017, no que tange à expressa exclusão do controle de jornada do teletrabalhador.

Todavia, alguns autores aparentemente já anteviam que essa tendência de regressão chegaria ao solo brasileiro. Em que pese o princípio da vedação ao retrocesso, as atualizações legislativas desacompanhadas do prévio e amplo debate democrático distanciam a realidade das normas positivadas. Almeida⁽¹⁷⁾, nesse sentido, aduz que:

A relação de trabalho reflete, como não poderia deixar de ser, a sociedade em que ela se estabelece. Essa urgência da vida contemporânea invade o ambiente de trabalho para determinar a necessidade de especialização contínua, de controle contínuo, de conexão contínua. Isso, porém, tem consequências graves, que afetam diretamente a vida privada e social do empregado.

Tal emergência vivenciada pela sociedade atualmente, é demonstrada nas mais diversas formas de relações humanas, de forma que a necessidade de respostas imediatas ultrapassa o âmbito do labor e chega às relações familiares, sociais e nos estudos. Nessa senda, as pessoas respondem *e-mails* e mensagens eletrônicas a qualquer hora e em qualquer lugar.

Na mesma linha, com relação à conexão contínua, disseminada nas relações de trabalho em decorrência do poder diretivo do empregador, alguns autores, na década de 1990, início da popularização da internet no meio corporativo, no Brasil, já previam este cenário,

(17) *Ibidem*, p. 40.

dentre eles pode-se citar José Luis Bolzan de Moraes⁽¹⁸⁾:

A introdução de uma “coerção interna” para o trabalhador regular parece ser imprescindível para a consecução dos resultados de adaptação do trabalhador tradicional às novas relações de produção, onde ele perde o controle sobre sua vida diária.

Exemplificando os conceitos epigrafados, pode-se citar a situação cotidiana do empregado obrigado a permanecer *on-line* em função do trabalho após o expediente, prejudicando o convívio familiar. Consequentemente, esse empregado irá delegar a educação dos filhos à escola ou, o que é mais contraditório, às “babás eletrônicas” (*tablets*, celulares, *smartphones* etc.), perpetuando assim o ciclo vicioso.

Todavia, tal cenário, nada animador, dá sinais de reação. Uma delas é a lei que passou a vigorar em janeiro de 2017 na França, a qual permite aos trabalhadores o “direito de desconectar” dos *e-mails* corporativos, *smartphones* e outros equipamentos eletrônicos utilizados para o labor após o expediente. Tal iniciativa, segundo o Ministério do Trabalho Francês, em comunicado, decorre de: “Estas medidas foram designadas para garantir o respeito ao período de descanso e o equilíbrio entre trabalho, família e vida pessoal”⁽¹⁹⁾.

Por fim, o direito à desconexão no presente trabalho, tem o condão de fundamentar a ocorrência (ou não) do dano existencial, assunto esse que será abordado no próximo capítulo.

2.2. A possibilidade de ocorrência do dano existencial ao trabalhador pela violação ao direito à desconexão

Acerca do dano existencial, o qual também é foco de estudo do presente trabalho, mister,

(18) MORAIS, José Luis Bolzan de. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 40.

(19) LEI que permite o “Direito de Desconectar” entra em vigor na França. *Valor Econômico*, 2017.

inicialmente, referir a origem do instituto, o qual segundo Rampazzo⁽²⁰⁾ “é a tradução da expressão *danno esistenziale*, cunhada do direito italiano.” Referido conceito de dano, segundo a autora, parte do art. 2059 do Código Civil Italiano, dispositivo esse muito utilizado como fundamento para se pleitear indenização por danos extrapatrimoniais perante a Justiça daquele país. Tais danos são assim denominados, vez que, a veracidade da lesão a ser comprovada, ocorre na esfera imaterial do autor da demanda.

O conceito italiano, em cotejamento com as normas brasileiras, pode ser exemplificado segundo Almeida e Colnago⁽²¹⁾ da seguinte forma: “O dano existencial é uma subespécie de lesão aos bens imateriais do indivíduo que está intimamente relacionado à jornada de trabalho praticada e à sua elasticidade, em violação às normas trabalhistas”.

Há que se observar que as autoras aduzem relação entre o dano existencial e a prorrogação da jornada laboral. De fato, na expressiva maioria dos casos, tal aspecto é negligenciado, visto que, o estar “sempre conectado” para atender as metas impostas pelo empregador, gera no trabalhador o sentimento de estar perdendo sua individualidade.

De outra frente, Rampazzo⁽²²⁾ ao complementar a visão original italiana, refere:

O dano existencial é entendido como uma alteração prejudicial, juridicamente relevante e involuntária, total ou parcial, permanente ou temporária, em uma ou em mais atividades componentes da rotina da vítima, que contribua à sua realização pessoal [...]. É uma renúncia

(20) *Ibidem*, p. 118.

(21) ALMEIDA, Daniela F. Vaz de; COLNAGO, Lorena. O teletrabalho, o direito à desconexão, do ambiente de trabalho e os possíveis de inibição da prática. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 169, ano 42, p. 113-126, São Paulo: RT, 2016. p. 121.

(22) SOARES, Flavia Rampazzo (Coord.). *Danos extrapatrimoniais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2017. p. 119.

involuntária a uma ou mais atividades necessárias (por um período que realmente atrapalhe a vida da vítima) [...]

Os conceitos epigrafados de dano existencial foram trazidos ao presente estudo, exatamente para demonstrar o enfoque amplo verificado no segundo conceito, e o enfoque restrito, demonstrado no primeiro. Assim, corroborando a tese de intrínseca relação entre o desrespeito à jornada de trabalho e a possível configuração do dano existencial.

Outra face importante do dano existencial refere-se ao aspecto de enquadramento jurídico. Nesse sentido, Almeida e Colnago⁽²³⁾ aduz:

[...] O dano existencial distingue-se do dano moral na medida em que atinge um aspecto público do indivíduo, ou seja, sua relação com outros seres, com o mundo social, enquanto o dano moral consiste na lesão ao patrimônio imaterial interno da pessoa.

Em que pese o fator social certificado por Almeida e Colnago, não é possível sua completa dissociação do aspecto pessoal do teletrabalhador. Além disso, há que se referir o impacto sobre o projeto de vida do teletrabalhador. Nessa circunstância, aduz Bebbber⁽²⁴⁾ que:

Por projeto de vida entenda-se o destino escolhido pela pessoa, o que decidiu fazer com sua vida. [...] O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.

O projeto de vida citado pelo magistrado, não é único prejuízo ao empregado, o qual percebe que sua vida parou no tempo. Além disso, há consequências diretas sobre a saúde do trabalhador. Alice Monteiro de Barros⁽²⁵⁾

faz alusão a possíveis riscos para a saúde do trabalhador decorrente do labor excessivo afirmando que:

[...] o ritmo de trabalho poderá induzir o trabalhador a não distinguir tempo de trabalho e tempo livre, transformando-o em um workaholic. Todos esses fatores geram depressão, falta de concentração, irritabilidade, insônia, que, no somatório, são altamente estressantes.

O estresse gerado pela jornada excessiva pode demorar a ser percebido, variando de trabalhador para trabalhador. Corrobora tal tese, a defesa quanto aos riscos psicossociais referidos por Baruki⁽²⁶⁾ ao aduzir que:

O tempo para que a exposição a riscos psicossociais gere resultados sobre a saúde dos trabalhadores também é absolutamente variável, sendo pouco produtivo voltar a análise para o trabalhador, quando a origem dos problemas se encontra no trabalho [...]. Do mesmo modo, as doenças mentais não se manifestam de forma rápida [...]

Não há, portanto, um tempo determinado para que as consequências comecem a se manifestar. Irá depender conforme discorre Zimerman⁽²⁷⁾ acerca do dano existencial, ao aduzir que “[...] a necessidade de a pessoa sentir que está existindo, vivendo, e não, unicamente sobrevivendo.”

Em outras palavras, o dano existencial no Direito do Trabalho, segundo Rafael Karan⁽²⁸⁾:

[...] decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas,

(23) *Ibidem*, p. 122.

(24) BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações. Revista LTr: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 73 n. 1, 2009, p. 29.

(25) *Ibidem*, p. 219.

(26) BARUKI, Luciana Veloso. *Riscos psicossociais e saúde mental do trabalhador: por um regime jurídico preventivo*. São Paulo: LTr, 2015. p. 10.

(27) ZIMERMAN, David. *Vocabulário contemporâneo de psicandlise*. Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 135.

(28) KARAN, Rafael Mastrogiacomo. *Do direito à desconexão ao dano existencial no teletrabalho: o excesso de horas extras destinadas ao trabalho*. 2013

espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.

Outra possibilidade a ser aventada, embora relacionada com o aspecto subjetivo do trabalhador, é com relação à relevância dada por ele ao convívio social e familiar. Nesse sentido, não há uma regra de incidência maior em determinada faixa etária. Um empregado mais jovem, por exemplo, está mais propenso a destinar importância ao convívio social. Em contrapartida, um trabalhador mais idoso sentirá maior prejuízo se tolhido seu convívio familiar.

Nesse sentido, afirma Baruki⁽²⁹⁾:

Dessa forma, falar de riscos psicossociais no trabalho pressupõe, inevitavelmente, falar de adoecimentos e da reação individual ao estresse vivenciada por cada trabalhador. [...], diversos autores explicam que a abordagem dos fatores psicossociais de risco sob o ponto de vista individual revela-se absolutamente infrutífera, pois se sabe que as reações individuais são as mais diversas, sem que exista uma correlação exata de proporcionalidade em relação ao grau e tempo de exposição do trabalhador aos riscos psicossociais no ambiente de trabalho.

Em qualquer hipótese, porém, o trabalhador se sentirá desmotivado e, conseqüentemente, infeliz com relação ao seu labor. Dallegrave⁽³⁰⁾, nessa toada, discorre sobre direito à felicidade, o qual, segundo ele, ainda não está regulamentado juridicamente, todavia, o autor, refere,

(29) *Ibidem*, p. 11.

(30) DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 176

a título exemplificativo, decisão do Supremo Tribunal Federal exarada no ano de 2002, na qual, o Ministro Relator Carlos Velloso reverte decisão que suprimia adicional de 20% (vinte por cento) após vinte anos de concessão, invocando, exatamente, o direito à felicidade.

Por sua relevância social, o direito à felicidade, sob a perspectiva de dignidade, se respeitado, gera resultados positivos na sociedade como um todo, pois, indivíduos felizes são por natureza, mais empáticos, e por consequência mais preocupados com o desenvolvimento do coletivo.

Por fim, Almeida e Colnago⁽³¹⁾ salientam o caráter sancionatório do dano existencial, o qual é proposto por este trabalho a ser impresso quando o direito à desconexão é desrespeitado. Senão vejamos:

Assim, essa nova categoria de dano vem agregar-se às demais para imprimir um caráter pedagógico à conduta lesiva ao patrimônio imaterial e interpessoal do indivíduo, na tentativa de restabelecer o equilíbrio do ser social, em atenção ao novel aspecto do direito à saúde e à participação equilibrada do homem junto ao meio ambiente, a sustentabilidade humana.

Em face do exposto, a proposta do presente trabalho, em demonstrar que a lesão ao direito à desconexão do teletrabalhador como hipótese de dano existencial parece ser plenamente possível. Até por que, muitos tribunais já vêm entendendo dessa forma, embora, exista carência de um entendimento consolidado.

Entretanto, pode se observar certa resistência, mesmo dos trabalhadores, em demandar nesse sentido, face de, na atual conjectura, muitos estão preocupados com a manutenção de seus empregos e, dificilmente o farão na vigência do pacto laboral. Todavia há necessidade de ser combatida essa configuração que está sendo imposta de dedicação “sobrehumana” ao trabalho.

(31) *Ibidem*, p. 123.

No tocante ao aspecto prático relacionado à divergência jurisprudencial, relevante referir o acórdão abaixo oriundo do TRT 4. É necessária sua citação para demonstrar a ausência de pacificação quanto ao tema:

EMENTA: DANO EXISTENCIAL. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Tendo em vista o entendimento majoritário deste Colegiado, o trabalho em extensas jornadas é suficiente a ensejar a indenização por dano existencial. Vencido o relator. (0000714-13.2015.5.04.0352 RO, TRT 4, 6ª turma, julgamento em 20.7.2016)

Voto DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL (RELATOR):

“1. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. Discorda o autor da sentença que condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00, em face do reconhecimento de danos existenciais decorrentes de jornada excessiva. [...]”

A título de subsídio, invoco a Tese Jurídica Prevalente n. 02, aprovada pelo Pleno deste Tribunal em 20.5.2016: JORNADAS DE TRABALHO EXCESSIVAS. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. Não configura dano existencial, passível de indenização, por si só, a prática de jornadas de trabalho excessivas. Nesse contexto, entendo não estar configurado o pretensão abalo moral, porquanto não houve ofensa aos direitos subjetivos do autor em razão da conduta da empregadora.[...]

Nego provimento ao recurso do reclamante e dou provimento ao recurso da reclamada para absolvê-la da condenação ao pagamento de indenização por danos morais.”

Voto do desembargador convidado RAUL ZORATTO SANVICENTE:

“Peço vênha para divergir no tocante ao dano existencial por jornadas excessivas, pois entendo que a prova dos autos aponta para uma situação grave, em que o trabalhador era submetido a trabalho em longas jornadas, praticamente sem folgas e sem intervalos para alimentação. [...] a situação concreta não é representada pelo entendimento vertido na Tese Jurídica Prevalente n. 02 deste Regional [...]. Voto, pois, pela manutenção da sentença, inclusive por seus próprios fundamentos e também quanto ao montante fixado, já que ele corresponde à gravidade da conduta danosa.”

Voto da Desembargadora convidada MARIA CRISTINA SCHAAN FERREIRA:

Como se vê, a prática de jornada de trabalho excessiva, por si só, não caracteriza dano existencial. Todavia, quando a jornada excessiva restringe o convívio familiar e social, é flagrante o dano existencial. É o que ocorre no caso dos autos, em que o reclamante, além de submetido a jornadas excessivas, poucas vezes usufruía dos descansos semanais [...]. Nesse contexto, o prejuízo é evidente, face à natureza do dano, sendo a responsabilidade decorrente do simples fato da violação, ou seja, o dano moral é *in re ipsa*, evidenciando-se pela simples verificação da ofensa ao bem jurídico do empregado. Logo, cabível a indenização por danos morais deferida na sentença. Nego provimento ao recurso da reclamada [...].

Diante do exposto, pode-se perceber a necessidade do debate acerca do tema, uma vez que, no caso em comento, ainda que existisse uma tese prevalente, sua aplicação não foi possível devido à discrepância entre os membros da turma recursal.

Além disso, outra preocupação que permeia o presente estudo é com relação a quem caberia o ônus probatório concernente à comprovação do efetivo enquadramento. Para tentar responder a essa dúvida, o próximo subtítulo se incumbirá de tal função.

2.2.1. O ônus probatório acerca do dano existencial

Inicialmente há que se referir acerca do ônus da prova no processo civil, visto que, em face de sua aplicação ser subsidiária, muitas de suas regras acabam por também incidir no processo do trabalho.

O texto processual civilista fala sobre o tema das provas em seu capítulo XII, do art. 369 ao art. 484. Todavia, não é objetivo do presente estudo discorrer sobre todos os dispositivos.

O presente trabalho, portanto, abordará o ônus da prova pela perspectiva de sua distribuição dinâmica, a qual toma por base exatamente a possibilidade de produzir a prova.

Nesse sentido, Manhabusco⁽³²⁾ disserta:

A denominada Teoria Dinâmica do Ônus da Prova tem como precursor o jurista argentino Jorge W. Peyrano. A ideia central desta teoria é a aptidão para a produção da prova, ou seja, deve suportar o encargo probatório quem tiver melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto.

Tal teoria não vai de encontro às normas que disciplinam o ônus da prova. Apenas otimiza as regras tradicionais no que tange a situações que fogem da vontade das partes, moldando-se ao caso concreto. Ainda segundo o autor⁽³³⁾ para sua efetiva aplicação deve-se levar em consideração:

[...] o princípio da igualdade das partes, assim a desigualdade de forças existentes entre as partes será compensada com a desigualdade dos encargos probatórios; a obrigação das partes de agirem em juízo com o objetivo de buscar a verdade e, por fim, o objetivo maior de todo o processo: a aplicação da justiça, de modo que seja concedida a sentença favorável a quem de fato tem o direito.

De fato, é necessário que a justiça referida pelo autor seja o objetivo maior a pautar todo o processamento da lide.

A distribuição dinâmica do ônus da prova encontra suporte ainda no art. 139, I, do Novo CPC: “I – assegurar às partes igualdade de tratamento”. Para tanto, deverá observar o princípio da razoabilidade, evitando assim violações às garantias constitucionais e processuais. Dessa forma, só redistribuirá o ônus se a parte responsabilizada puder suportar a incumbência.

A redistribuição ainda tem outra consequência, qual seja, a parte incumbida passará a ser responsável pela efetivação das normas relacionadas à carga probatória. Há que referir ainda, ser a distribuição dinâmica da prova devidamente fundamentada considerada,

segundo Manhabusco⁽³⁴⁾, “a posição que os litigantes ocupam na relação do direito material que envolve o caso concreto”.

Em resumo do que fora exposto, e, entendendo ser plenamente aplicável a distribuição dinâmica do ônus da prova às reclamatórias trabalhistas nas quais há pedido de reparação por dano existencial em razão do desrespeito ao direito à desconexão, será proposta uma sequência a ser seguida:

Em primeiro lugar, o magistrado verificará se é possível a aplicação direta, ao caso concreto, do art. 373 do CPC combinado com o art. 818 da CLT, os quais incumbem a cada parte o ônus de provar o que alega.

Não sendo possível, verificará a possibilidade de inversão do ônus da prova, como já repisado, na fase instrutória, para dirimir os fatos controversos.

Após, averiguada a inefetividade da inversão, poderá, se devidamente fundamentada, decidir o magistrado pela distribuição dinâmica do ônus probatório. Para tanto, levará em consideração a possibilidade das partes em trazer as provas necessárias para o deslinde.

Em que pese tal sequência, apresentada neste estudo, com o único objetivo de tornar mais didática essa análise. Não há que se falar em regra estanque. Visto que, poderá o magistrado, entendendo ser mais efetivo e célere, passar da fase da parte provar os fatos que alega diretamente para a distribuição dinâmica. Tudo irá depender do caso concreto.

3. A (não) caracterização do dano existencial pela violação do direito à desconexão e perspectiva de enfrentamento

3.1. Alterações introduzidas pela Lei n. 13.467, de 2017

A reforma trabalhista instituída em 13 de julho de 2017, pela Lei n. 13.467⁽³⁵⁾ traz consigo

(32) *Ibidem*, p.141.

(33) *Ibidem*, p. 142.

(34) *Ibidem*, p. 143.

(35) Lei n. 13.467, de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm> Acesso em: 9 out. 2017.

uma série de alterações à CLT. Algumas delas interferem de maneira relevante no escopo do presente estudo. Até então, toda análise das relações de emprego, via teletrabalho, partia da premissa disposta no art. 6º da CLT, o qual apenas tinha a função de equiparar o teletrabalhador aos demais empregados.

O cenário antes caracterizado pelo escasso número de normas quanto ao tema, passa a ser identificado, em normatização instituída em evidente prejuízo ao teletrabalhador.

Ao se manifestar em recente obra, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Mauricio Godinho Delgado⁽³⁶⁾ refere o interesse por traz da reformulação do texto celetista:

A reforma trabalhista prevista na Lei n. 13.476/2017 reforça vertente ideológica impulsionada na década de 1990, no Brasil, de desregulamentação dos direitos sociais e de flexibilização acentuada das relações de trabalho, ao prever, em diversos de seus dispositivos, mecanismos de supressão ou de redução do patamar de proteção social e de acentuada desarticulação dos direitos e garantias fundamentais trabalhistas.

De fato, tal corrente ideológica encampada por setores de alto poder de barganha política, demorou quase três décadas para se articular e atingir seu intento, todavia, ao consegui-lo, o resultado foi de imenso retrocesso.

Inicialmente, quanto às modificações pertinentes ao objeto do presente estudo, foi inserido o capítulo II-A ao texto Celetista, o qual dispõe nos arts. 75-A a 75-E acerca do teletrabalho. O art. 75-A tem a finalidade exclusiva de delimitar o campo de aplicação do capítulo: “A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo”.

Concernente ao art. 75-B, seu *caput* conceitua o teletrabalho em si: “Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente

fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”.

Na esteira de análise do dispositivo, há que se atentar para duas situações. A primeira delas decorre do fato de enquadramento de teletrabalho apenas o labor à distância, fazendo uso de meios telemáticos. A segunda decorre da sua diferenciação ao trabalho externo, qual seja, aquele que é exercido fora da empresa.

O parágrafo único aduz a desnecessidade de ser o labor desempenhado integralmente à distância, deixando às partes da relação de trabalho liberdade para acordarem quanto ao quantitativo de deslocamentos à sede da empresa no decorrer do mês ou quinzena ou ainda semana: “O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.” Por óbvio, tal “acordo”, dificilmente decorrerá da efetiva participação do empregado na escolha, assim, na prática, será aquele imposto pelo empregador.

Com a devida vênia, nenhuma novidade, visto que já era esse o entendimento doutrinário e jurisprudencial. Portanto, o legislador apenas positivou a cognição já alicerçada.

Na sequência, o art. 75-C, em seu *caput*, enfatiza a obrigatoriedade de que a condição de teletrabalho necessita estar clausulado taxativamente em sede do contrato individual de trabalho. Nesse sentido: “A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado”.

Tal dispositivo demonstra ainda, conflito entre seus parágrafos. Explico. O parágrafo primeiro atesta a necessidade de acordo entre as partes para modificar o regime de trabalho entre presencial e à distância: “§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo

(36) *Ibidem*, p. 73.

acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual”.

Já o § 2º dá, apenas ao empregador, a prerrogativa de tal mudança: “§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual”.

Há, portanto, evidente contradição no texto. Isso enfatiza a percepção de que a norma foi promulgada de maneira tão apressada que sequer houve revisão do trecho.

Na sequência, da análise da reforma, a tese de que nada é tão ruim que não possa ficar pior, ganha força quando o foco de exame é o art. 75-D⁽³⁷⁾:

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no *caput* deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Ora, o legislador, ao trazer ao texto Celetista, o qual foi histórico e juridicamente concebido para proteger o trabalhador, a possibilidade de que a despesa com infraestrutura venha a ser a cargo do empregado, destrói por completo sua condição de hipossuficiência na relação laboral.

Nesse sentido ainda, manifesta-se Francisco Marques Lima⁽³⁸⁾: “[...] sempre imputando responsabilidades ao empregado, que deveriam ser do empregador [...], transferindo para o trabalhador, portanto, os ônus do empreendimento”.

Por fim, para finalizar o famigerado capítulo, visivelmente concebido com o interesse

do legislador em onerar o elo mais fraco da relação, o texto do art. 75-E aduz:

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Do exame mais minucioso do dispositivo, é preocupante retirar a responsabilidade do empregador pelo simples fato de ter um documento assinado pelo empregado. Outrossim, cotejando com a ideia do que já ocorre em muitos acidentes de trabalho, nos quais, o empregador até tem os recibos de entrega de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) assinados, mas não fiscaliza o uso pelo trabalhador.

Outro dispositivo bastante polêmico e que incidirá na vida do teletrabalhador é a inserção do inciso III ao art. 62. Tal dispositivo, em sua integralidade, tem por escopo identificar os trabalhadores os quais são excluídos da jornada de trabalho constitucionalmente delimitada, a qual é repisada no texto do art. 58 da CLT. Passo à análise.

Inicialmente há que se referir o texto celetista de delimitação: “Art. 58 – A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”.

Na sequência, como já repisado, o art. 62 traz as categorias excluídas do controle da jornada laboral, o qual, a partir de 11 de novembro de 2017, passará a vigor do seguinte modo:

Art. 62 – Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam,

(37) BRASIL. *Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017.*

(38) LIMA, Francisco Meton Marques de, LIMA; Francisco Péricles Rodrigues Marques de. *Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto*. São Paulo: LTr, 2017. p. 47.

para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

III – os empregados em regime de teletrabalho. (Introduzido pela Lei n. 13.467, de 2017) (grifo nosso)

Parágrafo único – O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).⁽³⁹⁾

Tal inovação tem consequência direta sobre o direito à desconexão do teletrabalhador, pois não há barreiras que impeçam ao empregador de contratar o empregado a qualquer horário. Isso, também dificultará o reconhecimento do dano existencial.

Importante frisar ainda que, não há, ao teletrabalhador, qualquer compensação financeira pela ausência de controle de sua jornada, uma vez que o parágrafo único do artigo só abre essa possibilidade ao empregado que desempenha função de confiança.

Nesse sentido, Lima⁽⁴⁰⁾ (2017, p. 48) enfatiza as possíveis consequências prejudiciais ao teletrabalhador:

O empregado pode trabalhar quantas horas diárias lhe forem exigidas, estar conectado o dia inteiro, sem que isso gere o pagamento de jornada extraordinária. Não se pode concordar, no entanto, com esse pensamento precarizante, que obriga o empregado a trabalhar em longas jornadas, sem a respectiva contrapartida pecuniária.

Diante de todo o exposto, o texto da Reforma Trabalhista concernente ao teletrabalho convalida o retrocesso que há muito tempo certos setores da sociedade vem buscando, qual seja, a retirada de direitos do trabalhador.

Outra inovação trazida pela Lei n. 13.467, de 2017, é a inserção do Título II – A – Do Dano Extrapatrimonial ao texto celetista.

(39) BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017.

(40) *Ibidem*, p. 48.

Esse capítulo, em uma primeira observação, não tem relação com o teletrabalho e com o direito à desconexão. Contudo, após uma leitura minuciosa, é inquietante o desamparo do teletrabalhador desde a entrada em vigor da famigerada lei. Salutar no trecho, uma análise pormenorizada.

O capítulo do texto celetista inicia referindo a exclusividade de sua aplicação quando há pedido de dano de natureza extrapatrimonial: “Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”.

Já o art. 223-B conceitua as situações que causam o dano extrapatrimonial: “Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”. Tal dispositivo traz a novidade de incluir na CLT a possibilidade de reparação por dano na esfera existencial do trabalhador.

No dispositivo seguinte, tal positivação, é exemplificada pelo legislador, ao referir os direitos protegidos da pessoa física, quais sejam: “Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”. O destaque se justifica em face dos termos “autoestima” e “lazer” que constam do presente dispositivo.

Tais vocábulos estão intrinsecamente relacionados ao escopo do presente estudo, senão vejamos:

A autoestima na relação de trabalho, nada mais é do que a representatividade pela qual o trabalhador percebe que sua dignidade é respeitada. E, como consequência disso, o seu projeto de vida não é prejudicado.

Ora, no decorrer do presente estudo, pode-se perceber que a configuração do dano existencial por desrespeito ao direito à desconexão tem influência direta sobre a autoestima do

trabalhador. A frustração, nesse caso, incide exatamente no fato de quem sofreu a lesão se sentir impotente para mudar tal cenário e, por consequência, essa impotência gerará baixa autoestima.

De outra frente, lazer denota o direito do trabalhador em ter suas horas de descanso respeitadas, sejam elas dedicadas à atividade recreativa, convívio familiar ou mesmo ao ócio.

Nessa circunstância, o dano existencial tem relação com o lazer, na medida em que, quando há lesão, o direito de se fazer o que aprecia nas horas vagas ou, mesmo, de simplesmente não se fazer nada também é afrontado. E tal possibilidade de escolha também compõe o projeto de vida do trabalhador.

Importante ainda referir a proposta de correção da Medida Provisória n. 808/2017, publicada no Diário Oficial da União⁽⁴¹⁾ em 14 de novembro de 2017, ao texto do art. 223-F:

A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

Nesse ponto, na hipótese de configuração do dano existencial como dano extrapatrimonial haveria a especificação das verbas em separado. Tal divisão é necessária, visto que o trabalhador que tiver tal direito deferido precisa saber monetariamente, quanto é pertinente a cada lesão.

Por fim, o último dispositivo e o mais polêmico do capítulo é o art. 223 G:

(41) BRASIL. *Diário Oficial da União*. Medida Provisória 808 de 2017. Texto encaminhado para votação no Congresso Nacional.

Art. 223-G Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

I – a natureza do bem jurídico tutelado;

II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

III – a possibilidade de superação física ou psicológica;

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

V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

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

VII – o grau de dolo ou culpa;

VIII – a ocorrência de retratação espontânea;

IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa;

X – o perdão, tácito ou expresso;

XI – a situação social e econômica das partes envolvidas;

XII – o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; [...]

A polêmica deve-se ao fato de o legislador dar ao dano extrapatrimonial parâmetro monetário, o qual levará em consideração, exclusivamente, o último salário do trabalhador. Assim, há benefício para quem recebe mais.

Por exemplo, um trabalhador que recebe um salário de R\$ 10.000,00 terá um dano extrapatrimonial, se configurado, nos três parâmetros mais baixos, quais sejam, R\$ 30.000,00, R\$ 50.000,00 e R\$ 200.000,00, a depender do grau da lesão. Já um empregado que receba um salário mínimo (R\$ 954,00), se configurado o dano extrapatrimonial terá seu *quantum* indenizatório nos seguintes patamares: R\$ 2.862,00, R\$ 4.770,00 e R\$ 19.080,00.

Quanto a essa tarifação a Anamatra (2017) já se posicionou:

[...] inconstitucional a tarifação do dano extrapatrimonial pelo salário do trabalhador. Ao revés, devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, ao caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Partindo-se ainda do pressuposto que o Judiciário Trabalhista, segundo Valdete Severo⁽⁴²⁾, há muito tempo está tendo a função de “Departamento Pessoal das empresas” mister refletir sobre o efetivo caráter pedagógico da medida. Será mais fácil inclusive contingenciar verba específica na contabilidade, pois a indenização quando deferida nas centenas de casos possíveis, será tão irrisória que não terá impacto algum no faturamento da empresa.

Também importante referir a tentativa de engessar o magistrado para analisar o caso concreto. Uma vez que, em tese, não poderia analisar outras variáveis como o tempo de exposição ao dano, ou mesmo as consequências no âmbito psicológico, familiar e social do trabalhador.

Todavia, na tentativa de minimizar a polêmica, o Chefe do Executivo Federal em sede da já citada Medida Provisória n. 808 de 2017, sugeriu a seguinte modificação ao texto celetista em vigor a partir de 11 de novembro:

Art. 223-G. [...] § 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I – para ofensa de natureza leve – até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

II – para ofensa de natureza média – até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

III – para ofensa de natureza grave – até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou [...]

Aparentemente o novo parâmetro seria mais justo, se tivesse sido aprovado pelo Congresso

Nacional. Para tanto, levando-se em consideração que o valor máximo dos benefícios da previdência social⁽⁴³⁾ é atualmente de R\$ 5.645,80. Logo, se tivesse sido aprovada, seria aplicados para todos, independentemente do salário percebido: R\$ 16.937,40, R\$ 28.229,00; R\$ 112.916,00 respectivamente.

Contudo, como já repisado, tais mudanças sequer foram levadas a plenário, até por que iriam de encontro ao interesse do “empresariado brasileiro”. Agregado ainda ao fato de 2018 ser ano eleitoral, eventual convalidação poderia colocar em risco o financiamento de expressiva parcela da Campanha Eleitoral dos Congressistas. Os quais pretendem permanecer nessa condição nos próximos quatro anos, justificando assim a perda do prazo para votação da MP.

3.2. Análise sobre o tema após a entrada em vigor da Lei n. 13.467, de 2017, sob o ângulo de enquadramento como dano extrapatrimonial

Na mesma esteira do que fora abordado no capítulo anterior, e, objetivando entender o porquê do enquadramento do dano existencial como dano extrapatrimonial expresso no art. 223-B do novo texto celetista. Inicialmente, há que se referir a inovação do art. 62, inciso III, qual seja, a ausência de obrigatoriedade de controle da jornada do teletrabalhador.

Ora, não existindo necessidade de observância da jornada laboral constitucionalmente garantida. Agregado ao fato de que não haverá, para tanto, nenhuma compensação financeira como ocorre para os cargos em confiança. Tal perspectiva é motivo de preocupação, levando-se em consideração como os empregadores poderão fazer uso de tal permissibilidade.

Nesse sentido, também em sede de revisão do que já foi abordado anteriormente, mister repisar que o dano existencial decorre de aferição objetiva, não havendo que se falar

(42) SEVERO. Valdete Souto. Painel Trabalho e Novas Tecnologias: Direito à Desconexão In: *VI Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho de Santa Maria*, 2016, Santa Maria/RS, 2016.

(43) BRASIL. Instituto Nacional de Seguridade Social. Tabela de contribuição mensal.

em incidência prejudicial à esfera íntima do trabalhador.

Corroborar a tese epigrafada o discorrido por Júlio César Bebber⁽⁴⁴⁾:

O dano existencial [...] não diz respeito à esfera íntima (dor e sofrimento, características do dano moral). Dele decorre a frustração de uma projeção que impede a realização pessoal (com perda da qualidade de vida e, por conseguinte, modificação *in pejus* da personalidade) [...] É, portanto, passível de constatação objetiva.

Segundo ainda o autor, de maneira prática, analisa-se, para aferição do dano existencial⁽⁴⁵⁾:

- a) a injustiça do dano. Somente dano injusto poderá ser considerado ilícito;
- b) a situação presente, os atos realizados (passado) rumo à consecução do projeto de vida e a situação futura com a qual deverá resignar-se a pessoa;
- c) a razoabilidade do projeto de vida. Somente a frustração injusta de projetos razoáveis (dentro de uma lógica do presente e perspectiva de futuro) caracteriza dano existencial.
- d) o alcance do dano. É indispensável que o dano injusto tenha frustrado (comprometido) a realização do projeto de vida (importando em renúncias diárias) que, agora, tem de ser reprogramado com as limitações que o dano impôs.

O fato de a aferição ser objetiva, e, consequentemente, passível de prova, deverá estar presente, para a configuração do dano evidente prejuízo ao projeto de vida do trabalhador.

Entretanto, quanto ao ponto, novamente o texto celetista reformado silenciou quanto ao ônus probatório, persistindo, portanto, a

(44) BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 03.

(45) *Ibidem*, p. 03-04.

insegurança jurídica. Nessa trilha, levantam-se os questionamentos: caberia exclusivamente ao empregado, ou haveria óbice para o magistrado determinar a inversão ou mesmo a distribuição dinâmica do ônus da prova?

Por fim, Bebber⁽⁴⁶⁾ simplifica o entendimento acerca da diferenciação entre o dano moral e os demais danos que incidem na esfera extrapatrimonial do trabalhador: “o dano moral tem repercussão íntima (padecimento da alma, dor, angústia, mágoa, sofrimento etc.). Sua dimensão, portanto, é subjetiva e, por isso, não exige prova”. De outra frente:

[...] os danos estético (alteração no aspecto físico exterior com a qual a pessoa terá de conviver nas relações sociais), biológico (impede ou reduz à vida de relação da pessoa) e existencial (renúncia a uma atividade concreta) tem repercussão externa. Suas dimensões, portanto, são objetivas e podem ser objeto de prova.

Em face ao exposto, a repercussão externa e concreta tem intrínseca relação com um projeto de vida plenamente viável, e, por isso, passível de ser comprovado pelo teletrabalhador. Não há que se falar, portanto, em anseios distantes de serem realizados. Nada impede também de compor o projeto de vida do trabalhador um convívio sadio em seu ambiente familiar ou social.

Nesse sentido, pode-se citar como exemplos da objetividade que permeia o instituto do dano extrapatrimonial, e, que fundamenta a inserção ao seu arcabouço, do dano existencial decorrente do desrespeito ao direito à desconexão: a participação efetiva em um projeto social ou na criação dos filhos, ou ainda a conclusão de um curso superior em andamento.

Assim, o teletrabalhador quando submetido a jornada exaustiva derivada da desconsideração do direito à desconexão, poderá, conforme concatenação em epígrafe, ter seu pleito configurado como dano extrapatrimonial. Por

(46) *Ibidem*, p. 04.

consequência, poderá ser indenizado em três, cinco ou vinte vezes o valor de seu salário.

Contudo, em reação às mudanças da Reforma, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA)⁽⁴⁷⁾ elaborou uma série de enunciados, dentre eles, alguns diretamente relacionados com o escopo do presente estudo, quais sejam: Enunciados ns. 18, 19 e 20 (Dano Extrapatrimonial), Enunciados ns. 71, 72 e 83 (Teletrabalho).

Assim, do exposto pode-se antever que o embate será intenso, pois, de um lado o Poder Judiciário mune-se de fundamentos para garantir a permanência de direitos. E, de outro, os membros do parlamento, pressionados por seus financiadores de campanha, convalidaram o texto reformador.

4. Considerações finais

Em face de todo o exposto, a contemporaneidade do tema proposto pelo presente estudo requer dos operadores do direito uma análise primordialmente cautelosa. Uma vez que ainda nebulosos alguns aspectos que permeiam o assunto.

Concernente aos objetivos da presente pesquisa acerca do tema pode-se vislumbrar que o objetivo geral foi atingido. Assim, resumidamente, quando ocorre o desrespeito ao direito à desconexão, poderá por consequência ser configurado o dano existencial. Por ser de aferição objetiva, o dano existencial só ocorrerá quando comprovado o dano, o que foge de qualquer análise subjetiva acerca do assunto.

Nesse sentido ainda, o estudo verificou que, quando o direito à desconexão é ferido no teletrabalho, os indícios que identificam o dano existencial sobre a vida do teletrabalhador são todos aqueles que impedem a execução de seu projeto de vida. Tais indicadores, como já repisado, são de aferição objetiva e podem ser relacionados, por exemplo, com o impedimento a conclusão de um curso, ou a

impossibilidade de convívio familiar, social, comunitário etc.

Já quanto às condutas do empregador para se evitar ou cessar o dano, como pode-se perceber, decorrem, essencialmente, do simples cumprimento da jornada de trabalho constitucionalmente permitida. Ainda que a Reforma Trabalhista tenha excluído tal parâmetro para o teletrabalhador, há uma razão de ser para a existência do limite de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, qual seja, permitir o exercício de atividades relacionadas a suas pretensões para o futuro, além de, é claro, o restabelecimento das forças físicas e mentais do empregado.

Com relação ao *quantum* indenizatório e seu caráter pedagógico, pode-se perceber que, após a entrada em vigor da Lei n. 13.467, e considerando a perda da validade do texto proposto pela MP n. 808/2017 que majorou os limites conforme a gravidade da conduta do empregador, a indenização parametrizada pelo salário do trabalhador, na maioria dos casos não atenderá a função pedagógica a qual deveria ser pretendida com o deferimento.

Uma das possíveis soluções para a configuração efetiva e justa do dano existencial ocasionado pelo desrespeito ao direito à desconexão está intrinsecamente ligada à prova. Na mesma linha de entendimento, não se pode manter o ônus apenas sobre o trabalhador. Há que se haver um protagonismo maior dos juízes, visto que, há casos em que o trabalhador é submetido por anos a fio a jornadas exaustivas, sem ter acesso ao menos ao seu próprio controle de jornada.

Ainda quanto à prova, o fato de ser, na maioria dos casos, ônus do trabalhador, há que se debater a viabilidade de outras formas de produção dessa prova, como visto no estudo acerca da possibilidade da distribuição dinâmica.

Além disso, em função da peculiaridade, o teletrabalhador, na maioria dos casos, quando

(47) ANAMATRA. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Enunciados aprovados na 2ª Jornada.

sofre qualquer afronta a direitos, tem dificultada a produção de prova principalmente a testemunhal, uma vez que a sobrejornada é desempenhada fora do campo de visão das pessoas que poderiam ser arroladas para testificar a lesão.

Após a análise pormenorizada do assunto antes e depois da reforma, percebe-se a ausência de proteção do teletrabalhador, quando submetido a jornadas exaustivas, tendo seu direito à desconexão desrespeitado.

A situação é agravada, pela emergência de solução dos problemas corporativos, que está cada vez mais evidente na sociedade. Tal emergência está, em muitos casos, ultrapassando a jornada laboral. Não é normal responder mensagens de trabalho de madrugada, ou aos finais de semana. Também não é correto ser submetido a “metas inatingíveis” e que demandam grandes períodos de dedicação na tentativa de serem alcançadas.

Todavia, não parece ser essa a ideia que muitos detentores dos meios de produção querem inculcar nos trabalhadores. Basta observar o aplicativo de mensagem “whatsapp”, muito utilizado pelas empresas. Em tal ferramenta, os trabalhadores estão conectados vinte e quatro horas por dia, sete dias na semana, e, não se dão por conta que isso é prejudicial a suas vidas. Além de estar gerando lucro ininterrupto aos seus empregadores. Todavia, a justificativa é manutenção de empregos, aliás, de poucos empregos que são sobrecarregados.

Além disso, com a permissão referendada pelo legislativo relativa à desnecessidade de controle de jornada de trabalho do teletrabalhador, haverá, em escala exponencial, evidente aumento da conduta lesiva. Essa só será objeto de análise em poucos casos trazidos ao judiciário trabalhista, após anos de submissão.

Diante de todo o exposto, é preocupante o cenário futuro, mas ainda há esperança. Nesse sentido, já se percebe teses de enfrentamento do texto reformado. Exemplos disso são: os enunciados da ANAMATRA, a importância de órgãos como o Ministério Público do Trabalho e

Ministério do Trabalho e Emprego e a atuação de advogados militantes.

Assim, vislumbra-se um caminho árduo e pedregoso, todavia, desafiador aos operadores do direito.

5. Referências

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2016.

ALMEIDA, Daniela F. Vaz de; COLNAGO, Lorena. O teletrabalho, o direito à desconexão, do ambiente de trabalho e os possíveis de inibição da prática. *Revista de Direito do Trabalho* v. 169, ano 42, p. 113-126, São Paulo: RT, 2016. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/2016_almeida_daniela_teletrabalho_direito.pdf>. Acesso em: 1º maio 2018.

ANAMATRA. *Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho*. Reforma trabalhista: Anamatra divulga íntegra dos enunciados aprovados na 2ª Jornada. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/25797-reforma-trabalhista-anamatra-divulga-integra-dos-enunciados-aprovados-na-2-jornada>>. Acesso em: 1º maio 2018.

ANAMATRA. *Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho*. Enunciados aprovados na 2ª Jornada. Disponível em: <<http://www.jornada-nacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 1º maio 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed., atual. por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017.

BARUKI, Luciana Veloso. *Riscos psicossociais e saúde mental do trabalhador*: por um regime jurídico preventivo. São Paulo: LTr, 2015.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) — breves considerações. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 73 n. 1, g. 26-29, jan. 2009.

BRASIL. Código de Processo Civil. *Lei n. 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 1º maio 2018.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 1º maio 2018.

_____. *Diário Oficial da União*. Medida Provisória 808 de 2017. Texto encaminhado para votação no Congresso Nacional. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=521&pagina=1&data=14/11/2017>>. Acesso em: 1º maio 2018.

_____. *Instituto Nacional de Seguridade Social*. Tabela de contribuição mensal. Disponível em: <<https://portal.inss.gov.br/servicos-do-inss/calculo-da-guia-da-previdencia-social-gps/tabela-de-contribuicao-mensal/>>. Acesso em: 1º maio 2018.

_____. *Lei n. 13.467, de 13 de jul de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 1º maio 2018.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho*, RO n. 0000714-13.2015.5.04.0352 da 6ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 20 de julho de 2016. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:rptZuPg9P1IJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcppsp.baixar%3Fc%3D56685236++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2016-07-14..2017-07-14++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp_ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 1º maio 2018.

_____. O Brasil tem 15 milhões de teletrabalhadores. *Portal da Câmara dos Deputados*, Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/524331.html>> Acesso em: 1º maio 2018.

_____. *Portal da Anamatra*, O teletrabalho na Nova CLT, Brasília DF, 28 de julho de 2017. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>>. Acesso em: 1º maio 2018.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Súmula 225, Brasília DF, 1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=225.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 1º maio 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves, *A reforma trabalhista no Brasil*: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

FINCATO, Denise. A regulamentação do teletrabalho no Brasil: indicações para uma contratação minimamente segura. In: SILVA, Rosane Leal; OLIVEIRA, Rafael Santos de (Orgs.). *Direitos e novas tecnologias*: desafios à proteção de direitos na sociedade em rede. Curitiba: Íthala, 2017, p. 17-40.

KARAN, Rafael Mastrogiacono. *Do direito à desconexão ao dano existencial no teletrabalho*: o excesso de horas extras destinadas ao trabalho. 10. nov. 2013. Disponível em: <<http://rafaelkaran.blogspot.com.br/2013/11/do-direito-desconexao-ao-dano.html>>. Acesso em: 1º maio 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Técnicas de pesquisa*: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 7. ed. 5. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.

LEI que permite o “Direito de Desconectar” entra em vigor na França. *Valor Econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/internacional/4824288/lei-que-permite-o-direito-de-desconectar-entra-em-vigor-na-franca>>. Acesso em: 1º maio 2018.

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

MANHABUSCO, José Carlos. MANHABUSCO, Amanda Camargo. *(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho*: teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. rev. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: LTr, 2017.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *A subjetividade do tempo*: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Antônio R. de Oliveira. *Flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol*. São Paulo: LTr, 2013.

SOARES, Flavia Rampazzo (Coord.). *Danos extrapatrimoniais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

SEVERO, Valdete Souto. Painel Trabalho e Novas Tecnologias: Direito à Desconexão In: *VI Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho de Santa Maria*, 2016, Santa Maria/RS, 2016.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Do direito à desconexão do trabalho*. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaiormaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho.pdf>. Acesso em: 1º maio 2018.

TRANSTORNOS mentais são a terceira maior causa de afastamento do trabalho. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-04/transtornos-mentais-sao-terceira-maior-causa-de-afastamento-do-trabalho>>. Acesso em: 1 maio 2018.

ZIMERMAN, David. *Vocabulário contemporâneo de psicanálise*. Porto Alegre: Artmed, 2008.

A flexibilização autônoma na reforma trabalhista perante a Constituição Federal

Cristiane Moraes Almeida Pereira^(*)

Resumo:

- ▶ O presente trabalho tem por objetivo analisar os limites que o Acordo Coletivo de Trabalho e a Convenção Coletiva de Trabalho possuem diante do que preceitua a Constituição Federal quando se fala em flexibilização dos direitos dos trabalhadores, após a publicação da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. A preocupação referente ao atual contexto de aprovação da reforma trabalhista é justificada pela necessidade de alguns questionamentos, principalmente quando se leva em conta que a Carta Magna estabelece uma série de proteções que visam a condições de trabalho mais justas e que asseguram a dignidade do trabalhador, apresentando natureza de ordem pública às normas passíveis de serem aplicadas aos obreiros. Ademais a reforma propõe que o negociado prevaleça sobre o legislado, ou seja, mesmo sem atingir um nível melhor aos trabalhadores, o que for convenicionado nas novas leis trabalhistas prevalecerá sobre as normas já existentes. Nesse sentido, mediante pesquisa bibliográfica, este estudo buscará esclarecer se a mudança na realidade econômica e social é capaz de fazer mitigar a proteção trabalhista ao ponto de contrariar as normas constitucionais.

Palavras-chave:

- ▶ Fontes — Direito do Trabalho — Reforma trabalhista — Constituição Federal — Flexibilização.

Abstract:

- ▶ The present study aims to analyze the limits that the Collective Labor Agreement and the Collective Labor Convention have against the Federal Constitution when it comes to flexibilization of workers' rights, after the publication of Law n. 13.467 of July 13. The current context of recent approval of the labor reform justifies clarifying such questions, especially when one takes into account that the Constitution establishes a series of protections that aim at fairer working conditions and ensure the dignity of the worker,

(*) Aluna do curso de Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho pela UNIVEL. Servidora do Ministério Público do Trabalho.

presenting a nature the rules that can be applied to the workers, and also that the reform proposes that the negotiated one prevails over the legislated, that is, that, even without reaching a better level to the workers what is agreed to prevail over the norms already existing. In this sense, through a bibliographical research, this study will seek to clarify if the change in economic and social reality is capable of mitigating labor protection to the point of contradicting constitutional norms.

Key-words:

► Sources — Labor Law — Labor reform — Federal Constitution — Relaxation.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Fontes formais autônomas
 - 2.1. Convenção Coletiva de trabalho
 - 2.2. Acordo Coletivo de trabalho
 - 2.3. Acordo Individual de Trabalho
- 3. Flexibilização Trabalhista
- 4. Proteção Constitucional e flexibilização autônoma na Lei n. 13.467/2017
- 5. Considerações finais
- 6. Referências

1. Introdução

A reforma trabalhista, em vigor desde novembro de 2017, apresenta novidades bastante significativas para a relação laboral, tornando-se, assim, relevante do ponto de vista social, haja vista a sua interferência direta na vida do trabalhador.

Diante da realidade de crise financeira no país, questiona-se se a flexibilização dos direitos dos trabalhadores, com a consequente diminuição da intervenção estatal nessas relações, seria, de fato, a solução que levaria ao aumento da economia do país e garantiria novos postos de trabalho.

Nesse sentido, surge a dúvida a respeito de até que ponto as negociações autônomas poderiam avançar, considerando que a Constituição Federal garante ao trabalhador uma proteção que observa os direitos mínimos a ele assegurados, e, ainda, se seria possível avanço na economia de uma nação se, por

exemplo, a dignidade do trabalhador não fosse preservada.

Desse modo, o presente estudo, por meio de revisão bibliográfica, apresentará a Convenção Coletiva de Trabalho e o Acordo Coletivo de Trabalho — fontes formais autônomas do direito trabalhista — como meios utilizados para a flexibilização da relação laboral, bem como os seus limites perante a Constituição Federal, a partir da reforma aqui discutida.

2. Fontes formais autônomas

São consideradas como fontes formais autônomas aquelas cuja formação se caracteriza pela imediata participação dos destinatários e cujas regras são produzidas sem intervenção de um terceiro. Assim, estão incluídos nesse rol a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho.⁽¹⁾ As fontes autônomas deveriam

(1) SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho*. 15 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 24.

ser os mecanismos que tornariam mais efetiva a proteção ao trabalhador e ao mercado de trabalho, pois, dessa forma, os próprios interessados na sua normatização adaptariam as regras jurídicas. Porém, por vezes, esses instrumentos são usados com o fim de reduzir direitos trabalhistas indisponíveis.⁽²⁾

2.1. Convenção coletiva de trabalho

Convenção coletiva de trabalho é definida pela CLT como sendo um acordo normativo entre dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais, no qual se estipulam as condições de trabalho que serão aplicáveis no âmbito dessas representações. Seu nascimento se deu como uma necessidade de os trabalhadores obterem condições de trabalho que não lhes eram asseguradas pelo Estado, estando, assim, tanto o empregado quanto o empregador assistidos por seus sindicatos, sendo os acordos realizados.⁽³⁾

Dessa forma, a convenção coletiva firma-se em nível de categoria de trabalhadores, alcançando, os seus efeitos, a todos os membros da categoria, independentemente de serem associados ou não aos respectivos sindicatos que estão situados na base territorial dos negociadores.⁽⁴⁾

2.2. Acordo coletivo de trabalho

Segundo a CLT, o acordo coletivo de trabalho é a celebração facultativa de condições de trabalho entre os sindicatos das categorias profissionais e uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica. Ou seja, para a realização da pactuação, as partes legitimadas são a empresa e o sindicato dos trabalhadores⁽⁵⁾, possuindo, assim, âmbito mais limitado que as convenções coletivas, já que seus efeitos são somente aplicáveis a empresa

ou empresas e aos trabalhadores envolvidos, dando origem a dispositivos contratuais em razão da especificidade dos sujeitos pactuantes e da abrangência.

2.3. Acordo individual de trabalho

O acordo individual no campo trabalhista não é reconhecido como fonte formal autônoma, mas regula a relação de emprego de forma bastante particular e, na reforma trabalhista, ganhou um destaque relevante, já que foram abertas possibilidades de negociação que antes só eram permitidas de serem realizadas por meio de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho.

3. Flexibilização trabalhista

O conceito de flexibilização apresenta o sentido de tornar algo menos rígido, algo que possa ser amoldado e, no caso do Direito do Trabalho, esse enfrentamento ocorre diante de normas assentadas em bases positivistas que possuem como amparo, principalmente, a Constituição.⁽⁶⁾

A necessidade de se reformular a legislação trabalhista era um fato inquestionável, pois, sendo o direito dinâmico, este era um caminho muito provável pelo qual a conduta social o conduziria (neste caso, especialmente o direito do trabalho). Porém, os parâmetros para uma flexibilização trabalhista devem ser estabelecidos cuidadosamente, de forma a não ultrapassar os limites constitucionais, que possuem toda uma razão de existência.⁽⁷⁾

Tal flexibilização pode ser caracterizada como uma reivindicação empresarial cuja finalidade primordial é a de reduzir custos sociais. Assim, refere-se à flexibilização interna quando se propõe maior liberdade em relação à mobilidade funcional e à alteração substancial das condições de trabalho, e à externa, quando

(2) CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do trabalho: curso e discurso*. São Paulo: LTr, 2016. p. 49.

(3) *Idem*.

(4) FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 500.

(5) *Idem*.

(6) CUNICO, D. S.; OLIVEIRA, L. J. de. Os limites da flexibilização no direito do trabalho sob uma perspectiva constitucional. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*, Umuarama. v. 14, n. 1, p. 23-44, jan./jun. 2011.

(7) *Idem*.

faz menção às modalidades de contratação e às formas de ingresso do trabalhador na empresa, por exemplo.⁽⁸⁾

Nesse sentido, quando ocorre a substituição de garantias legais pelas convencionais, apresenta-se o conceito de flexibilização autônoma, a qual prioriza a negociação para regulamentar as relações de trabalho, de forma a adaptá-las às modificações ocorridas ao longo do tempo.⁽⁹⁾

Vale ressaltar a importância da atuação sindical nesse cenário de prevalência da negociação sobre a legislação, e vale também mencionar que a representação sindical apresenta, atualmente, certo fracionamento, o que pode fragilizar a defesa dos direitos trabalhistas pela crise de legitimidade refletida nas lides intersindicais em que prevalece a especialização sobre a agregação sindical.⁽¹⁰⁾

Ademais, a flexibilidade deve ocorrer de forma que os dois lados da relação trabalhista se beneficiem dela. Se, de um lado, haverá atendimento às maiores necessidades da empresa, do outro, deve ser assegurada, de certa forma, mobilidade em atender aos chamados do empregador, impondo, assim, um direito de liberdade.⁽¹¹⁾

4. Proteção constitucional e flexibilização autônoma na Lei n. 13.467/2017

A Constituição Federal de 1988 possui reflexos bastante significativos, advindos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Assim sendo, especificamente, no que se refere aos direitos individuais trabalhistas, podem ser apontados nela a proteção referente às condições justas e favoráveis de trabalho, assim como o direito a repouso e a lazer,

considerando-se, neste último caso, a limitação razoável de horas de trabalho e seus efetivos descansos — intrajornada e interjornada.

Assim, a Constituição Federal fica estabelecida como um marco da institucionalização dos direitos humanos fundamentais, já que ela assegura direitos sociais e individuais de liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade, dentre outros, consolidando, dessa forma, um Estado Democrático de Direito.⁽¹²⁾

Com o advento da Lei n. 13.467/2017, as negociações, de modo geral, sejam elas coletivas ou individuais, ganharam destaque importante, já que vários artigos permitem a flexibilização das normas trabalhistas por meio desses instrumentos.

A flexibilização autônoma, negociação entre as partes, pressupõe menor intervenção estatal nas relações trabalhistas, de forma que a atuação do Estado passe a ser subsidiária na questão social do trabalho. Isso vem de encontro aos preceitos constitucionais referentes ao direito do trabalho, os quais apresentam critérios próprios que, por sua vez, formam princípios peculiares, como o da proteção e o da irrenunciabilidade, assegurando, assim, condições mínimas de trabalho.⁽¹³⁾

Nesse sentido, o § 6º do art. 59 da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017, passou a flexibilizar a compensação de jornada, para permitir que esta possa ser feita por meio de acordo individual e, além disso, de forma tácita, o que fragiliza o trabalhador já que, na prática, ele não receberá mais o adicional das horas extras, mesmo que estas ocorram.⁽¹⁴⁾

(8) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTR, 2016. p. 65.

(9) *Idem*.

(10) BRAGHINI, Marcelo. *Reforma trabalhista: flexibilização das normas sociais do trabalho*. São Paulo: LTR, 2017. p. 118.

(11) MENEZES, Cláudio Armando Couce de. *Direito e trabalho: análise das reformas trabalhistas*. São Paulo: LTR, 2017. p. 160.

(12) SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Negociação coletiva de trabalho nos setores público e privado*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2016. p. 66.

(13) SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. Flexibilização do Direito do Trabalho: avanço ou retrocesso? In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12742>. Acesso em: maio 2018.

(14) LIMA, Francisco Meton Marques de. *Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto*. São Paulo: LTR, 2017. p. 35.

Outra novidade trazida pela lei é em relação ao regime de 12x36 horas que, com o advento da nova legislação, pode ser firmado mediante acordo individual escrito, o que não era permitido pela Súmula n. 444 do TST, a qual somente autorizava a realização desse regime em caráter excepcional, por meio de acordo coletivo de trabalho ou por meio de convenção coletiva de trabalho.⁽¹⁵⁾

Em relação a esse ponto, é importante observar que a Constituição Federal prevê, em seu art. 7º, inciso XIII, que a duração do trabalho normal não será superior a 8 horas diárias.

A limitação diária ocorre para a preservação de direitos fundamentais, como o direito ao lazer, compreendendo, nesse caso, o direito de estar com a família e participar de relações sociais, considerando que a Carta Maior reconhece o trabalhador como um ser social, contando, inclusive, com o já referido art. 7º, previsto no Capítulo II – Dos direitos sociais.

O art. 59-A da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017, prevê que as partes possuem a faculdade de estabelecerem horário de trabalho na escala de 12 x 36, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, retirando, dessa forma, a excepcionalidade desse regime. Tal artigo estabelece ainda que os intervalos para repouso e alimentação poderão ser concedidos ou indenizados, ou seja, permite a supressão de intervalos, substituindo-os por pecúnia⁽¹⁶⁾.

Ademais esse artigo (último referido) aponta uma falha do ponto de vista Constitucional por tratar o trabalhador como máquina ou coisa, não o reconhecendo como pessoa humana possuidora de necessidades fisiológicas, como

a de se alimentar e descansar após determinado período de trabalho.

Ainda sob a lógica da Lei n. 13.467/2017, no sentido de retirar a proteção constitucional, no que se refere à saúde e segurança do trabalhador, ao art. 60 da CLT (segundo o qual em atividades insalubres, quando houver prorrogação, há necessidade de expedição de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho), foi acrescentado um parágrafo único, o qual exonera, da licença prévia, as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso, *in verbis*:

Art. 60, Parágrafo único. Excetua-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.

Nesse contexto, pode-se perceber que, por mais que, aparentemente, as normas da saúde e da segurança do trabalhador não possam ser negociadas, segundo o art. 60 da CLT, em específico, acontece o contrário.

Por ter sido flexibilizada a realização da jornada 12x36 — para que a jornada elástica possa ser firmada, por acordo individual e não ser mais necessária a licença prévia da autoridade que fiscalizaria as condições insalubres —, acaba que a proteção à saúde e à segurança do trabalhador também passa a ser objeto de negociação.

Nesse contexto, há uma observação interessante a ser feita: o que, a princípio, beneficia o empregador, pode ser a assunção de uma responsabilidade que acarretará o pagamento de indenização, já que, se o trabalhador adoecer em decorrência da extensão da jornada de trabalho, caracterizada estará a culpa do empregador, por adoção de conduta temerosa e por assumir os riscos da atividade insalubre.

Além disso, o impacto na previdência social pelo aumento das doenças adquiridas no trabalho e que são equiparadas a acidente de trabalho, poderá aumentar significativamente.⁽¹⁷⁾

(15) LIMA, Francisco Meton Marques de. *Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto*. São Paulo: LTr, 2017. p. 37.

(16) BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho* [Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943]: aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 2 maio 2018.

(17) LIMA, Francisco Meton Marques de. *Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto*. São Paulo: LTr, 2017. p. 38.

Quanto à realização do teletrabalho, a reforma trabalhista trouxe ainda outra forma de negociação. Nesse tipo de regime de trabalho, tanto a prestação de serviço quanto à alteração da modalidade *home office* para a presencial, e vice-versa, podem ser acordadas entre as partes, conforme preceitua o art. 75-C e parágrafos da CLT, incluídos pela Lei n. 13.467/2017, *in verbis*:

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Assim, como sendo uma modalidade de serviço para o qual não cabe pagamento de horas extras, como preceitua o art. 62 da CLT, além de ser mais difícil o controle da jornada desses empregados, fica aberta uma margem muito grande para que sejam exigidas jornadas além da prevista no art 7º, XIII, da Constituição Federal, fator que, eventualmente, fere princípios como o da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, verdadeiros escudos protetivos⁽¹⁸⁾ da prática de atividades ilícitas.

Ainda em relação às novidades trazidas pela reforma, podemos citar o parágrafo único do art. 444, segundo o qual é permitido ao portador de diploma superior — com remuneração igual ou superior a duas vezes o valor do maior benefício previdenciário (atualmente R\$ 5.645,80) — negociar, sem intervenção sindical, as matérias nas quais prevalece o negociado sobre o legislado, o que é previsto no art 611-A

da CLT, e é também acrescido pela reforma trabalhista, conforme segue:

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

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

II – banco de horas anual;

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

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

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

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

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

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

X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – troca do dia de feriado;

XII – enquadramento do grau de insalubridade;

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

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

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.

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

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

(18) MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.”

Pois bem, o fato de o trabalhador possuir diploma de curso superior e boa remuneração não o faz menos hipossuficiente na relação laboral em relação aos demais, que não tenham os mesmos “privilégios”. A “hipersuficiência”, trazida pela reforma trabalhista, inexistente em uma relação laboral real. O trabalhador, independentemente do valor de sua remuneração ou de seu conhecimento acadêmico, sempre estará em posição de dependência em relação ao empregador.

Porém, nas matérias em que a Constituição determina que haja negociação coletiva — a exemplo da redução temporária de salário e jornada, da jornada de trabalho e turno ininterrupto de revezamento —, continua a vedação para a negociação de caráter individual, quando se tratar de redução de direitos.⁽¹⁹⁾

5. Considerações finais

A proteção apresentada pela legislação trabalhista foi mitigada pela Lei n. 13.467/2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”, o que pode gerar, a depender dos limites que a flexibilização possa atingir, uma verdadeira privatização/precarização de direitos sociais.

As principais armas (tanto para o bem, quanto para o mal) que a reforma trabalhista

dispõe, a partir do que pode ser flexibilizado, são a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, sendo necessário que, tais instrumentos coletivos sejam utilizados como meio de defesa e proteção ao trabalhador, com o intuito de vigorarem os princípios constitucionais na relação laboral.

Ademais, não se pode, a qualquer custo, transformar a vida de uma pessoa — contando nisso o seu conhecimento, sua criatividade e personalidade — em mero capital humano, em apenas objeto de consumo, a fim de se beneficiar apenas um dos lados da relação laboral.

Além disso, empreende-se que, não obstante tenha havido grandes modificações desde a promulgação da CLT até os dias atuais, no que diz respeito a novas ferramentas de trabalho e ao acesso à informação por parte do empregado, a Constituição Federal apresenta os direitos trabalhistas como fundamentais, sendo o trabalhador, portanto, assegurado de uma maior proteção, devendo, assim, ter seus limites mínimos preservados, abaixo dos quais não haveria trabalho digno.

Por fim, as negociações autônomas não podem ir de encontro à lógica protetiva do Direito do Trabalho. Ainda sob essa ótica, a afirmação de que a proteção ao trabalhador é óbice ao crescimento econômico não é suficiente para justificar que interesses tutelados pela Constituição sejam superados de forma vã.

Vale ressaltar que a Carta Maior — no que se refere aos direitos que devem ser aplicados ou garantidos aos trabalhadores, em seu art. 7º, *caput* — amplia o rol previsto no dispositivo para outros direitos, desde que visem à condição de sua melhoria social, sendo essa a base que eventuais normas devem utilizar como ponto de partida, quando se fala em alteração dos direitos trabalhistas.

6. Referências

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

(19) LIMA, Francisco Meton Marques de. *Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto*. São Paulo: LTr, 2017. p. 59.

BRAGHINI, Marcelo. *Reforma trabalhista: flexibilização das normas sociais do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho* [Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943]: aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: maio 2018.

CUNICO, D. S.; OLIVEIRA, L. J. de. Os limites da flexibilização no direito do trabalho sob uma perspectiva constitucional. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*, Umuarama. v. 14, n. 1, jan./jun. 2011.

CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do trabalho: curso e discurso*. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo : LTr, 2018.

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

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. *Direito e trabalho: análise das reformas trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Negociação coletiva de trabalho nos setores público e privado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. Flexibilização do Direito do Trabalho: avanço ou retrocesso?. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12742>. Acesso em: maio 2018.

SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 15 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

Reforma trabalhista: novos rumos do sistema de custeio sindical brasileiro

Emerson Ferreira Domingues^(*)

Resumo:

- Diante do contexto da Lei n. 13.467/2017 e a alteração dos arts. 545 a 602 e arts. 611-A e 611-B da CLT, apontam-se respostas à alteração legislativa produzida pela “reforma” trabalhista, para estabelecer um sistema contributivo não só opcional ao trabalhador, mas como obrigação de expressa autorização, o que poderá acabar por inverter as relações entre sindicatos e trabalhadores e os reflexos no sistema de custeio sindical. Ainda que o atual modelo de organização sindical se ancore na atuação de resultados ou revolucionária, fato é que o sindicato se agarra ao sistema de custeio contributivo obrigatório, confederativo (criado no contexto da Constituição Federal de 1988) ou decorrente da negociação coletiva, como meio de garantia de custeio à sua finalidade. A negociação coletiva, cada vez mais garantidora e ampliadora de direitos, tornou-se importantíssima fonte do Direito do Trabalho, trazendo aos contratos de trabalho relevantes contribuições para melhoria das condições sociais e de trabalho, sendo que a fixação de contribuição em norma coletiva (acordo ou convenção coletiva de trabalho) que venha a abranger os integrantes da categoria em geral, conforme tomada de decisão em assembleia geral de seus membros, não se contrapõe ao princípio da liberdade de associação sindical consagrado pela Constituição Federal de 1988, muito menos ao entendimento internacional firmado na Convenção n. 87 da OIT e a alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.467/2017, introduzindo os arts. 611-A e 611-B ao texto da CLT. Com isso, a atenção à sindicalização e mobilização do trabalhador será fundamental ao futuro do movimento sindical, que deverá ater-se à questões de conscientização de seus dirigentes à evolução da democratização de sua administração; adoção de políticas de estímulo à sindicalização e efetiva participação do trabalhador na vida sindical e efetividade na resolução dos problemas e dificuldades da categoria; busca do sentimento de classe; enfim, questões que atormentam as relações coletivas de trabalho e que, merecem, sim, dos próprios sindicatos, maior e plena atenção.

(*) Advogado trabalhista militante na área trabalhista e sindical desde 1998 em São Carlos/SP. Formado pelo Centro Universitário de Araraquara – UNIARA (1994-1997); Pós-Graduado *latu sensu* em Direito Empresarial pelo Centro Universitário de Araraquara – UNIARA (2002-2004); especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Superior de Advocacia – OAB São Carlos/SP (2002); Pós-Graduado *latu sensu* em Gestão

Pública Sociedade pela Unicamp – Escola de Economia e Universidade Federal do Tocantins (2011-2012) e atualmente Pós-Graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP Campus Ribeirão Preto. Membro Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital – Faculdade de Direito de São Paulo – USP Largo São Francisco.

Palavras-chave:

- Liberdade sindical — Contribuição sindical — Reforma trabalhista — Lei n. 13.467/2017.

Abstract:

- In view of the context of Law n. 13.467/2017 and the amendment of articles 545 to 602 and articles 611-A and 611-B of the CLT, there are answers to the legislative amendment produced by the labor “reform” to establish a non-contributory system optional to the worker, but as an obligation of express authorization, which may end up by inverting the relations between unions and workers and the reflexes in the system of union costs. Although the current model of union organization is anchor in the performance of results or revolutionary, it is a fact that the union clings to the compulsory contributory costing system, created in the context of the Federal Constitution of 1988 or as a result of collective bargaining guarantee for its purpose. Collective bargaining, which is increasingly guaranteeing and expanding rights, has become a very important source of Labor Law, bringing to the relevant labor contracts contributions to improve social and working conditions, and the determination of contribution in a collective norm (agreement or collective bargaining agreement) that covers members of the category in general, according to the decision of the general assembly of its members, does not contradict the principle of freedom of association established by the Federal Constitution of 1988, let alone the international understanding signed in ILO Convention n. 87 and the legislative amendment promoted by Law n. 13.467/17, introducing Articles 611-A and 611-B to the text of the CLT. With this, attention to unionization and mobilization of the worker will be fundamental to the future of the trade union movement, which should focus on issues of awareness of its leaders to the evolution of democratization of its administration; adoption of policies to encourage unionization and effective participation of the worker in union life and effectiveness in solving the problems and difficulties of the category; seeking the feeling of class; in other words, issues that plague collective labor relations, and that, deserving of the trade unions themselves, greater and full attention.

Key-words:

- Labor law — Freedom of association — Union contribution — Labor reform — Law n. 13.467/2017.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Formação da organização sindical brasileira
- 3. Sistema sindical brasileiro: estrutura legal e custeio
- 4. Alteração dos arts. 545 a 602 da CLT pela Lei n. 13.467/2017
- 5. Da autonomia da vontade coletiva e fixação de contribuição pela categoria
- 6. Análise final
- 7. Referências

1. Introdução

O contexto da Lei n. 13.467/2017 e a alteração dos arts. 545 a 602 e arts. 611-A e 611-B da CLT, sob a ênfase dedutiva ao relatório apresentado pelo Deputado Federal Rogério Marinho no PLC n. 6.787/2016 aprovado na Câmara Federal, nos serve como fonte direta do atual pensamento do Congresso Nacional sobre as relações de trabalho e, principalmente, da organização sindical brasileira.

Com efeito, o relator do PLC n. 6.787/2016, Dep. Federal Rogério Marinho, assim inicia suas justificativas para proposta de alteração ao art. 545 da CLT:

É fato que o modelo sindical adotado no País ainda é praticamente o mesmo da época de sua criação, no período conhecido como Estado Novo, em que vivíamos a ditadura do governo Vargas. Criada em uma época em que as garantias constitucionais estavam suspensas, a contribuição sindical tem inspiração claramente fascista, uma vez que tinha como principal objetivo subsidiar financeiramente os sindicatos para que dessem sustentação ao governo. Os fundamentos da época em que a contribuição sindical foi criada não mais subsistem e o seu caráter obrigatório é um verdadeiro contrassenso com o princípio da liberdade sindical, consagrado em nossa Constituição⁽¹⁾.

(1) BRASIL. PLC n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que “altera o Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 — Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”; substitutivo ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016 (da comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016, do poder executivo, que “altera o Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 — Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”). Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 26 abr. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsession

Inicialmente, vale destacar que o relator se confunde entre conceitos e contextualização histórica, não se podendo afirmar precisamente, se propositadamente ou não, mas fato é que garante sua estrutura ao discurso.

Isto porque, ao sustentar que o modelo de estrutura e articulação sindical atual é “[...] praticamente o mesmo da época de sua criação [...]”, atribuindo ao período ditatorial do Governo Vargas, argumenta que “[...] a contribuição sindical tem inspiração claramente fascista [...]”, arrematando que assim se entende porque possui a finalidade de financiar os sindicatos para sustentar o governo⁽²⁾.

Noutro giro, o estudo buscará descrever o sistema sindical brasileiro e as dificuldades legais encontradas para seu custeio e o resguardo da liberdade sindical estabelecida pela Constituição Federal de 1988, bem como os reflexos da alteração legislativa proposta no âmbito da contribuição sindical.

Primeiramente, necessário compreender a evolução da estrutura sindical no Brasil, cuja característica da formação de trabalhadores oriundos da escravidão e, posteriormente, do processo de imigração, somados à qualidade predominante de uma economia agrícola, sempre levou o país a uma fraca mobilização de classes.

Ao retratar o sindicalismo brasileiro, Süsskind⁽³⁾ destaca que:

Mas o fato real é que o sindicalismo no Brasil nunca chegou a ter uma real expressão. Pela inexistência de indústrias e, conseqüentemente, de massa operária e de luta de classes, o sindicalismo que surgiu depois da Revolução Liberal, de 1930, deu-se sob o influxo e o patrocínio do

id=6BA17E80F11E47F6647BBF5AAF412A11.proposicoesWebExterno?codteor=1550215&filename=Parecer-PL678716-26-04-2017>. Acesso em: 28 maio 2017. p. 59/60.

(2) *Ibidem*, p. 60.

(3) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. Arnaldo Süssekind, João de Lima Teixeira Filho. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 1.045.

Ministério do Trabalho e assim permaneceu durante o chamado “Estado Novo”. Mesmo depois do retorno ao regime constitucional os sindicatos continuaram sem expressão, salvo raríssimas exceções; mas, na década de 1980, houve notável incremento da sindicalização, a partir das greves do ABC paulista, especialmente no setor da metalurgia. Os sindicatos mais expressivos, nas grandes cidades, conquistaram sua autonomia, antes de proclamada pela Constituição de 1988.

Por outro lado, Jorge Luiz Souto Maior descontrói com fatos históricos e pormenorizado estudo da época, a falsa argumentação de uma legislação fascista e com finalidade de perdurar a “Era Vargas”, retratando o convite de Getúlio Vargas a Joaquim Pimenta e Evaristo de Moraes a promoverem a elaboração da legislação trabalhista necessária ao fortalecimento da classe operária brasileira.

Segundo Souto Maior,

Na linha de defesa do personagem Getúlio, José Augusto Ribeiro adverte para o fato de que já em setembro de 1929, antes mesmo de chegar ao poder, Getúlio Vargas encomendou a Joaquim Pimenta, professor da Faculdade de Direito do Recife e ativista da causa operária, membro do Partido Democrático Nacional, também jornalista e socialista, um projeto de legislação trabalhista. Com o advento da Revolução de 30, menos de um mês depois, Getúlio chamaria novamente Joaquim Pimenta, mas não para que elaborasse projetos e sim as leis propriamente ditas.⁽⁴⁾

E contesta o autor: “Assim, rebatendo o argumento de que a legislação trabalhista no Brasil teria inspiração fascista, indaga José Augusto Ribeiro: ‘Como seriam fascistas leis

elaboradas por Joaquim Pimenta e Evaristo de Moraes?’”.⁽⁵⁾

Ainda que o marco da organização sindical se estabeleça no Governo Vargas, com a criação do sindicato institucional, a motivação de Vargas era justamente afastar do movimento sindical a influência de estrangeiros, sobretudo anarquistas, comunistas, os chamados anarcossindicalistas.

Assim, ao contrário da afirmação do Deputado Federal Rogério Marinho, a organização sindical no Brasil surge no movimento nacionalista do Governo Vargas, embora de forma não democrática, o que de fato, neste ponto, merece crítica.

Entretanto, a evolução histórica da legislação constitucional brasileira desembocou, sobretudo, com a Constituição de 1988, em um forte viés dos direitos sociais e da liberdade sindical e sua autonomia organizacional, ainda que mantida a unicidade.

Por força da unicidade sindical estabelecida pela Constituição Federal de 1988, cabe ao Ministério do Trabalho seu controle, conforme entendimento firmado pelo STF na Súmula n. 677, que estabelece que “Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade”⁽⁶⁾.

Por outro lado, a autonomia e a liberdade de organização do sindicato, garantida pela Constituição da República, confere regramento próprio para que cada entidade estabeleça, entre seus membros, os meios de seu custeio.

Já a contribuição sindical, prevista na CLT, foi recepcionada pelo texto constitucional,

(5) *Idem*.

(6) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 677*. Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade. Data de publicação do enunciado: DJ de 13.10.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2316>>. Acesso em: 29 maio 2018.

(4) MAIOR, Jorge Luiz Souto. *História do direito do trabalho no Brasil*: curso de direito do trabalho. Vol. I, Parte II. São Paulo: LTr, 2017. p. 175.

sobretudo pelo art. 8º, que além do mais, garante à categoria a criação de outros meios contributivos para salvaguardar a manutenção do sistema confederativo.

Com efeito, o modelo contributivo atual, onde a legislação estabelece de forma obrigatória uma contribuição anual e a categoria outros meios que garantam a manutenção do sistema confederativo, acabam correspondendo ao princípio da liberdade sindical, frente ao valor maior da necessária garantia da organização sindical pelos trabalhadores.

Notadamente, defender uma contribuição obrigatória em um momento econômico de fragilização das relações de trabalho e das próprias instituições públicas, corresponde a defesa da própria organização sindical.

A alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.467/2017⁽⁷⁾ para estabelecer um sistema contributivo não só opcional ao trabalhador, mas como obrigação de expressa autorização, acabará por inverter as relações entre sindicatos e trabalhadores.

Sob o argumento de um necessário desestímulo à criação de entidades que não atendam sua finalidade precípua de representatividade, a lógica de afetar diretamente o custeio sindical mediante a contraposição do trabalhador, transferiu ao próprio cidadão o combate ao sindicato ilegítimo.

Neste aspecto, busca-se eximir a incompetência do próprio Estado em garantir ao trabalhador a criação de entidades representativas de fato, haja vista o dever do Estado estabelecido pela Carta Constitucional.

A análise pormenorizada da alteração dos arts. 545 a 602 da CLT demonstra que a mesma tem a finalidade de alterar o sistema de custeio sindical, que não mais seria por contribuição

sindical obrigatória, mas sim, mediante contribuição espontânea do trabalhador.

Com a medida, o desconto da contribuição sindical, seja ao sindicato de trabalhadores, de profissionais liberais ou mesmo patronal, somente será devido caso autorizado prévia e expressamente.

A OIT desenvolve um processo crescente de discussão do sistema de custeio sindical, com a participação do Governo brasileiro, Ministério Público do Trabalho, ANAMATRA e sindicatos, com o fim de repensar o sistema contributivo compulsório. O avanço, até aqui, foi o estabelecimento de regra de oposição do trabalhador, garantindo sua manifestação de interesse ou não em contribuir com o sindicato de sua categoria.

Já com o intuito de apresentar uma Reforma Trabalhista e Sindical, em 2003, o Governo Federal instituiu através do Decreto n. 4.796, de 29 de julho de 2003, o Fórum Nacional do Trabalho, onde discutiu-se, também, propostas ao fim da contribuição sindical obrigatória, prevalecendo, no relatório final, a prevalência da contribuição aprovada pela assembleia de trabalhadores⁽⁸⁾.

A “reforma” trabalhista, da forma que foi proposta, atropelou todo processo que vinha sendo construído conjuntamente entre os setores da sociedade, apresentando sistema antagônico ao atual, o que poderá representar, ainda que momentaneamente, uma grande derrocada ao sistema sindical brasileiro.

2. Formação da organização sindical brasileira

Importante, primeiramente, contextualizar o sistema sindical brasileiro, a estrutura

(7) BRASIL. Lei n. 13.467/2017, de 13 de julho de 2017. Presidência da República. Brasília, DF, 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 31 maio 2018.

(8) OSTROWSKI, Antonio; MENEGUIN, Fernando Boarato; ASSIS, Roberta Maria Corrêa de. *Reforma Sindical: reflexões sobre o relatório final do Fórum Nacional do Trabalho*. Senado Federal. Consultoria Legislativa do Senado Federal – Coordenação de Estudos. Brasília, agosto / 2004. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-10-reforma-sindical-reflexoes-sobre-o-relatorio-final-do-forum-nacional-do-trabalho>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

jurídica que o sustenta e seu desenvolvimento histórico.

No Brasil a formação da força de trabalho pela escravidão traz em si aspectos históricos que acabam por determinar a organização do trabalho e a ausência de conscientização política do trabalhador.

Oliveira Viana⁽⁹⁾ cultiva em sua obra a importância de se formar na sociedade um sentimento de “solidariedade social”, onde o povo encontre o sentimento de união pelo bem comum, se organizando com a finalidade de promoção de bem-estar e evolução social.

No Brasil pós-abolicionista, ainda marcado pelo trabalho escravo, não havia no trabalhador a consciência de que outros direitos lhe deviam ser garantidos além do salário. Somado a isso, a força dos senhores da terra, que oprimiam os que questionavam a exploração do trabalho, acabavam por reduzir a intelectualidade do trabalho e a disseminação do sentimento de solidariedade.

Como destaca Oliveira Viana, a sociedade brasileira não traz em sua história as tradições festivas que representavam em outros povos a “cooperação social”, como as tradicionais festas aos finais das colheitas; onde vizinhos se organizavam em “bailados típicos, folguedos, tradições rústicas” e disseminavam entre si, o espírito da solidariedade e da busca do bem comum, prevalecendo a infelicidade do trabalhador brasileiro, que vivia isolado nos latifúndios ou em seus círculos familiares, como destacou em sua obra, elencando que os trabalhadores brasileiros encontravam-se submetidos às seguintes características sociais da época:⁽¹⁰⁾

I – Pela ação simplificadora dos grandes domínios, as classes rurais se desarticulam

(9) VIANA, Francisco José Oliveira. *Populações meridionais do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicação, 2005. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1108>>. Acesso em: 4 jun. 2017, p. 185.

(10) *Ibidem*, p. 232.

e se dissolvem, e os seus elementos vão agregar-se à classe fazendeira.

II – Essa agregação se faz sob a forma de ‘clãs patriarcais’. Esses clãs revelam um sensível ‘espírito de corpo’.

III – Tendo embora conseguido, com esse ‘espírito de corpo’, realizar uma poderosa solidariedade *interna* e uma consciência social correspondente, esses clãs não chegam, entretanto — dada a carência de agentes de integração política — a realizar uma igual solidariedade *externa*. Isto é, não conseguem formar e fixar a consciência de uma solidariedade mais vasta.

IV – No ponto de vista da sua psicologia social, ficam, por isso, em plena fase patriarcal — a fase da solidariedade parental e gentílica. Toda a sua atuação em nossa história social e política se faz tendo por base essa mentalidade elementar⁽¹¹⁾.

Por outro lado, Clovis Moura, argumenta que os movimentos de resistência marcantes neste período vieram dos negros, que influenciaram diretamente no comportamento político-social do final do século XIX no Brasil.

Podemos ver que a posição do quilombola influenciou o comportamento de toda a sociedade da época. Na classe senhorial e no estado monárquico que a representava, criou a necessidade de mecanismos de defesa quer psicológicos quer institucionais. [...]

Nas camadas médias formou-se, especialmente nas camadas letradas, uma consciência antiescravista. Além dos letrados, elementos da burguesia comercial incipiente, artesãos (artesãos e escravos participavam juntos da Inconfidência Baiana) e elementos empobrecidos da sociedade também sentiam, não apenas pela literatura da época mas,

(11) *Ibidem*, p. 241-242.

também, pela ação dos quilombolas, a instabilidade do escravismo⁽¹²⁾.

Contudo, a referência histórica do surgimento do sindicalismo brasileiro, por muitos autores, a princípio, se deu pela formação de corporações de ofício, posteriormente marcadas por raras organizações operárias (que não guardavam propriamente dito, o ideal de movimento de resistência).

Registra-se a formação, no início do século XX, de algumas associações como a “[...] Sociedade União dos Fogueiros (1903), União dos Operários Estivadores (1903), Associação de Resistência dos Cocheiros, Carroceiros e Classes Anexas (1906), União dos Operários em Fábricas de Tecidos (1917) [...]”⁽¹³⁾. Registra-se, como pioneiro, “[...] o Sindicato dos Trabalhadores em Mármore, Pedra e Granito (1906) [...]” como citado por Nascimento⁽¹⁴⁾.

Destarte, a história do sindicalismo brasileiro além de recente, é marcada por um enorme diferencial de sociedade que refletiu em sua formação, destoando, sobretudo, aos movimentos de organização classista europeu; que além de trazerem uma marca histórica de evolução de séculos, eclodiram com a Revolução Industrial que remontam aos séculos XVIII e XIX.

Considera-se, ainda, como marco de suma importância a impulsionar a formação da organização sindical brasileira, a chegada dos imigrantes, especialmente italianos anarquistas, que trouxeram consigo os ideários de luta e resistência, formando, inclusive, entidades de caráter revolucionário.

Muitos autores, como Amauri Mascaro Nascimento, destacam como ponto central ao desenvolvimento da organização sindical brasileira os chamados *anarcossindicalistas* ou

anarcossindicalismo, que surgiram por volta de 1920 e tinham como base de pensamento: “a ideia do combate ao capitalismo, a evanescência do Estado, a desnecessidade da existência de leis jurídicas para governar a sociedade, o combate ao governo e a autoridade, a ação direta como meio de luta, enfim, uma radical crítica a tudo quanto exista na ordem jurídica, política e social”⁽¹⁵⁾.

Nos anos 1930, por sua vez, o Governo de Getúlio Vargas entende a necessidade de regulamentar as relações de trabalho em conjunto à política de incentivo à industrialização; inicialmente seguindo a tendência europeia do período pós-guerra, mas, sobretudo, ao perceber que passou a despertar o apoio proletariado ao governo, o que impulsionou seu programa neste sentido, promovendo, então, a retomada dos pensamentos e discussões já travadas no Congresso Nacional e reprimidas pela política oligárquica que o antecedeu.

Como destacou o jurista e professor Jorge Luiz Souto Maior:

Em termos econômicos, o governo getulista enfrentou o desafio de promover o capitalismo industrial no Brasil, impulsionado pelo positivismo, que pode ser resumido como a necessidade de integração da classe proletária à sociedade e um Estado forte que adote o compromisso de tal ação. Em 1930, vale lembrar, a economia brasileira estava em colapso provocado pela queda, em 1929, da Bolsa de Nova Iorque. Com a queda da bolsa, os Estados Unidos reduziram drasticamente as importações do café. O Brasil detinha 3/5 da produção mundial de café. Com a redução das importações, o acúmulo de estoque fez com que o preço do café caísse no mercado externo. Como a economia do Brasil dependia em mais de 70% do café, este fenômeno gerou, como dito, a ruína da economia

(12) MOURA, Clovis. *Rebeliões da Senzala*. 3. ed. São Paulo: Lech Livraria Editora Ciências Humanas, 1981, p. 251-252.

(13) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. Arnaldo Süssekind, João de Lima Teixeira Filho. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 1.045.

(14) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 100.

(15) *Ibidem*, p. 102.

brasileira. A política de industrialização do governo Vargas explica-se, portanto, pela necessidade de diversificação da economia nacional.

O incentivo à industrialização, que promoveu a burguesia industrial à condição de classe dominante, se deu com o paralelo da integração da classe operária urbana ao contexto social, atendendo, também, ao propósito de ampliar o mercado consumidor interno. Mas, como se está demonstrado, as regulamentações então propostas às relações de trabalho não foram frutos da mente criativa de Vargas, embora seu pioneirismo neste setor tenha sido fortemente difundido pelo apoio midiático que o acompanhava⁽¹⁶⁾.

Pressionado de um lado, pelos industriários e pelos oligárquicos (estes ainda marcados pela cultura escravagista), Vargas promoveu um grande movimento de positividade de normas de regulação do trabalho, mas de maneira a conciliar os interesses do capital.

Tanto o é, que inicialmente criticado pelos industriais à época, quando do anúncio da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, o tom já era outro, de apoio à legislação que se apresentava como modernização das relações de trabalho (até mesmo porque, a CLT proporciona pontos de proteção à relação de emprego em contrapartida ao cumprimento de obrigações pelo trabalhador, dotado pelo modelo contratual).

Outro aspecto primordial marcante no contexto celetista, como elucida Jorge Luiz Souto Maior, é o de institucionalização de sindicatos oficiais, que dependiam da aprovação do governo para sua fundação, como meio de se estabelecer um modelo de impulsionamento da industrialização sem a propagação de uma organização de resistência⁽¹⁷⁾.

(16) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *História do direito do trabalho no Brasil: curso de direito do trabalho*. Vol. I, Parte II. São Paulo: LTr, 2017. p. 175.

(17) *Ibidem*, p. 231.

Atrelado à “oficialização” dos sindicatos, vinham o condicionamento de direitos aos sindicalizados e a obrigatoriedade da contribuição sindical como meio de garantia da existência da organização não legítima das entidades institucionalizadas e que, sobretudo, passaram a ser dirigidas por simpatizantes aos pensamentos governistas em resposta ao movimento comunista que se espalhava no país naquele momento da história.

A evolução constitucional e legislativa pós Vargas, mantém os sindicatos em postura limitada à sua organização, principalmente no período do regime militar, como descreveu Ronaldo de Lima dos Santos,

Durante o regime militar, o Estado procurou impor aos sindicatos uma postura assistencialista em detrimento da reivindicatória. Essa característica é facilmente notada no Decreto n. 67.227/70, que previu uma série de posturas assistenciais aos sindicatos para a promoção social do trabalhado — assistência médico-hospitalar, odontológica, creches, cooperativas de consumo, colônias de férias etc., com a respectiva participação dos sindicatos em órgãos públicos e privados para cumprimento desses desideratos⁽¹⁸⁾.

Em paralelo ao movimento de reabertura política no Brasil, os movimentos sindicais demonstraram grande poder de mobilização, principalmente no ABC paulista, marcado pelas fortes greves nos anos 80.

Com isso, registra-se a emancipação de muitos sindicatos antes mesmo da Constituição de 1988, marcada pela unicidade sindical e não interferência do Estado na organização sindical, mantendo-se, ainda, a contribuição prevista em lei.

(18) SANTOS, Ronaldo de Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 50.

Podemos notar pela contextualização do movimento legislativo trabalhista e de organização do trabalhador, que os governos brasileiros ainda que vislumbrando a necessidade de pacificação das relações capital $\times$ trabalho, buscaram manter o controle direto desta relação, estabelecendo condições e metodologias de organizações que não garantiam a emancipação do sistema sindical.

Com isso, ainda que se note de suma importância os novos pensamentos que surgiram nos anos 1980 no movimento sindical, como já dito, impulsionados pela abertura política e o movimento “Diretas Já”, permanecia enraizado no movimento sindical brasileiro a cultura do sindicato institucionalizado e assistencialista. Tanto o é que, para Ronaldo Lima dos Santos, se destacam neste período, novas frentes de filosofia de política sindical: o sindicato de resultado e o sindicato reivindicativo-revolucionário.

Desenvolveram-se dois grandes tipos de sindicalismo: o reivindicativo-revolucionário, originário na região do ABC paulista, altamente industrializada, que se aliou à atividade política com a criação do Partido dos Trabalhadores e o sindicalismo reformista, de resultados, voltado para a melhoria das condições materiais dos trabalhadores; representado, principalmente, pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo⁽¹⁹⁾.

A atuação sindical desde então é marcada por princípios considerados como de função de representação, regulamentadora, assistencial, parafiscal ou arrecadadora e política⁽²⁰⁾.

Ainda que de atuação de resultados ou revolucionária, fato é que o sindicato se agarra ao sistema de custeio contributivo obrigatório,

(19) SANTOS, Ronaldo de Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 51.

(20) *Ibidem*, p. 57.

confederativo (criado no contexto da Constituição Federal de 1988) ou decorrente da negociação coletiva, como meio de garantia de custeio à sua finalidade.

3. Sistema sindical brasileiro: estrutura legal e custeio

Seguindo em frente à estruturação de um raciocínio como meio de buscar entender o sistema sindical brasileiro e a origem de seus fundamentos, acreditamos importante o estudo do atual arcabouço legislativo quanto à forma de custeio do sistema sindical.

Como ponto de partida, a análise constitucional se faz obrigatória, em especial ao art. 8º⁽²¹⁾, já que com o enfoque aos direitos sociais, a associação sindical une-se ao rol destas garantias ao cidadão.

Diante do texto constitucional, temos a organização sindical marcada pela ausência de interferência do Estado, mas mediante registro em órgão competente e com unicidade em sua base territorial. Ressalva, ainda, a definição da representatividade pelos próprios trabalhadores ou empregadores, bem como a fixação de contribuição para custeio do sistema, mediante aprovação em assembleia “[...] 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.” (trecho extraído do inciso IV do art. 8º da CF/1988).

(21) 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;

[...]

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;

[...]

Com isso, a organização sindical reflete alguns aspectos importantes no âmbito principiológico, haja vista que, em especial, seu sistema de custeio pauta-se por contribuição prevista em lei e contribuições estabelecidas em assembleia.

Pretendemos apontar, especificamente, a contribuição sindical prevista no atual contexto legislativo brasileiro, haja vista que a temática de abordagem pretendida no presente estudo tem a finalidade de proporcionar a análise da proposta de alteração legislativa promovida pela “reforma” trabalhista através da Lei n. 13.467/2017.

Neste sentido, temos como recepcionado pelo atual contexto constitucional de 1988, os artigos celetistas que norteiam o sistema de custeio sindical mediante contribuição sindical obrigatória.

Cumpre-nos, destacar, primeiramente, que a contribuição destinada pelos trabalhadores e empresários aos sindicatos assume importância ímpar, até por conta de que constitui, por si só, o patrimônio da entidade, o que lhe confere ponto central de sua estruturação⁽²²⁾.

Com isso, não podemos trata-la apenas como taxa ou mensalidade devida pelo trabalhador ou empresário à uma determinada associação de classe, mas sim, como base central de sua personificação fática.

Até mesmo porque, a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, determina no art. 592⁽²³⁾,

(22) Art. 548 – Constituem o patrimônio das associações sindicais:

a) as contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades, sob a denominação de imposto sindical, pagas e arrecadadas na forma do Capítulo III deste Título;

b) as contribuições dos associados, na forma estabelecida nos estatutos ou pelas Assembleias Gerais;

[...]

(23) Art. 592 – A contribuição sindical, além das despesas vinculadas à sua arrecadação, recolhimento e controle, será aplicada pelos sindicatos, na conformidade dos respectivos estatutos, usando aos seguintes objetivos:

[...]

os fins a que poderão ser aplicados os valores arrecadados pela contribuição sindical legal, destacando-se pelo caráter de fomento à melhoria das condições de vida do trabalhador, seja por serviços, quanto para sua formação pessoal ou de sua família. Outrossim, a destinação da contribuição sindical para custeio administrativo não poderá ultrapassar 20% do valor arrecadado, conforme estabelece o § 2º do art. 592 da CLT.

Ainda analisando o contexto celetista, agora quanto a aplicação dos valores arrecadados pela contribuição sindical prevista em lei, verificamos mais uma vez o caráter patrimonial de estruturação do sindicato e destinação à programas de fomento à melhoria da qualidade de vida da categoria representada, inclusive no âmbito da representação patronal ou de trabalhadores autônomos.

II – Sindicatos de empregados:

- a) assistência jurídica;
- b) assistência médica, dentária, hospitalar e farmacêutica;
- c) assistência à maternidade;
- d) agências de colocação;
- e) cooperativas;
- f) bibliotecas;
- g) creches;
- h) congressos e conferências;
- i) auxílio-funeral;
- j) colônias de férias e centros de recreação;
- l) prevenção de acidentes do trabalho;
- m) finalidades desportivas e sociais;
- n) educação e formação profissional.
- o) bolsas de estudo.

[...]

§ 1º A aplicação prevista neste artigo ficará a critério de cada entidade, que, para tal fim, obedecerá, sempre, às peculiaridades do respectivo grupo ou categoria, facultado ao Ministro do Trabalho permitir a inclusão de novos programas, desde que assegurados os serviços assistenciais fundamentais da entidade.

§ 2º Os sindicatos poderão destacar, em seus orçamentos anuais, até 20% (vinco por cento) dos recursos da contribuição sindical para o custeio das suas atividades administrativas, independentemente de autorização ministerial.

§ 3º O uso da contribuição sindical prevista no § 2º não poderá exceder do valor total das mensalidades sociais consignadas nos orçamentos dos sindicatos, salvo autorização expressa do Ministro do Trabalho.

Ao passo que, a limitação do sistema contributivo, sua extinção ou mudança legislativa que reduza a capacidade contributiva das entidades, ensejará a redução patrimonial dos próprios sindicatos, retirando-lhes importante parcela para execução de seus fins.

Outro aspecto que nos parece importante destacar, é o de que a contribuição sindical prevista em lei independe de autorização da categoria, tornando-a obrigatória⁽²⁴⁾.

A primeiro turno, temos a determinação inserida no *caput* do art. 545 da CLT de que a contribuição sindical prevista em lei independe de outras formalidades, à exceção daquelas previstas em lei.

Já o art. 582 celetista, estabelece a obrigatoriedade da contribuição sindical, assumindo o caráter de imposto sindical, conforme antecedentemente intitula a própria consolidação no art. 578⁽²⁵⁾.

E não só aos empregados a contribuição sindical ganha força de imposto, mas, também, aos empregadores e trabalhadores autônomos e avulsos, cujo pagamento se faz obrigatório levando-se em conta o capital social (empresas) ou valor de referência fixado pelo Governo, no caso dos agentes ou trabalhadores autônomos e para os profissionais liberais⁽²⁶⁾.

(24) Art. 545 – Os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao Sindicato, quando por este notificados, salvo quanto à contribuição sindical, cujo desconto independe dessas formalidades.

[...]

Art. 582. Os empregadores são obrigados a descontar, da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano, a contribuição sindical por estes devida aos respectivos sindicatos.

(25) Art. 578 – As contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação do “imposto sindical”, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo.

(26) Art. 579 – A contribuição sindical é devida por todos aqueles que participem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria

Ademais, o Supremo Tribunal Federal considerou recepcionada pela ordem constitucional a contribuição sindical fixada pela antiga redação do art. 578 da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT.

Apontamento que merece ser destacado, referente à natureza tributária da contribuição sindical. Isto porque, fixada em lei, a contribuição sindical é de prerrogativa do sindicato, como lhe garante a alínea “e” do art. 513 da CLT⁽²⁷⁾.

E mais, o art. 18 da Lei n. 4.589, de 11 de dezembro de 1964⁽²⁸⁾, sacramenta a contribuição

ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591.

Art. 580. A contribuição sindical será recolhida, de uma só vez, anualmente, e consistirá:

I – Na importância correspondente à remuneração de um dia de trabalho, para os empregados, qualquer que seja a forma da referida remuneração;

II – para os agentes ou trabalhadores autônomos e para os profissionais liberais, numa importância correspondente a 30% (trinta por cento) do maior valor de referência fixado pelo Poder Executivo, vigente à época em que é devida a contribuição sindical, arredondada para Cr\$ 1,00 (um cruzeiro) a fração porventura existente;

III – para os empregadores, numa importância proporcional ao capital social da firma ou empresa, registrado nas respectivas Juntas Comerciais ou órgãos equivalentes, mediante a aplicação de alíquotas, conforme a seguinte tabela progressiva:

Classe de Capital x Alíquota

1. até 150 vezes o maior valor de referência, 0,8%

2. acima de 150 até 1.500 vezes o maior valor de referência, 0,2%

3. acima de 1.500 até 150.000 vezes o maior valor de referência, 0,1%

4. acima de 150.000 até 800.000 vezes o maior valor de referência, 0,02%.

(27) Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos:

e) impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas.

(28) Art. 18. Os vinte por cento do Imposto Sindical, que formam o “Fundo Social Sindical”, passarão a constituir uma conta especial denominada “Emprego e Salário” que será utilizada, no exercício de 1965, exclusivamente nas despesas de instalação e funcionamento dos órgãos criados ou transformados pela presente Lei, no pagamento do pessoal transferido dos seus cargos em comissão e funções gratificadas.

sindical como “imposto sindical”, destinando diretamente a arrecadação à Conta Emprego e Salário para custeio dos órgãos do Ministério do Trabalho.

Diante deste contexto legislativo, a doutrina e jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, firmaram entendimento de que a contribuição sindical possui natureza jurídica tributária e, como tal, regida não só pela CLT, mas como também, pelos Princípios Constitucionais Tributários, como destacamos no julgamento do Recurso Especial n. 180.745, relatado pelo catedrático Ministro Sepúlveda Pertence.

A recepção pela ordem constitucional vigente da contribuição sindical compulsória, prevista no art. 578, CLT, e exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato, resulta do art. 8º, IV, *in fine*, da Constituição; não obsta à recepção a proclamação, no *caput* do art. 8º, do princípio da liberdade sindical, que há de ser compreendido a partir dos termos em que a Lei Fundamental a positivou, nos quais a unicidade (art. 8º, II) e a própria contribuição sindical de natureza tributária (art. 8º, IV) – marcas características do modelo corporativista resistente –, dão a medida da sua relatividade (cf. MI 144, Pertence, RTJ 147/868, 874); nem impede a recepção questionada a falta da lei complementar prevista no art. 146, III, CF, à qual alude o art. 149, à vista do disposto no art. 34, § 3º e § 4º, das Disposições Transitórias (cf. RE n. 146.733, Moreira Alves, RTJ 146/684, 694).⁽²⁹⁾

Posto tais dados, podemos identificar o sistema contributivo sindical como principal meio de formação patrimonial, sendo, por sua abrangência, ponto central para manutenção de suas finalidades.

Parágrafo único. A partir do exercício financeiro de 1966 e enquanto vigorar o atual sistema concernente ao Imposto Sindical, o Banco do Brasil transferirá ao Tesouro Nacional, os vinte por cento da conta especial “Emprego e Salário”, para serem acrescidos ao orçamento do Ministério do Trabalho e Previdência Social, como reforço de suas verbas ordinárias..

(29) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial 180.745*, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24 mar. 1998, 1ª T., DJ de 8 maio 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=225529>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

4. Alteração dos arts. 545 a 602 da CLT pela Lei n. 13.467/2017

A Lei n. 13.467/2017 traz significativa alteração da redação dos arts. 545 a 602 da CLT, como meio de estabelecer a contribuição sindical com caráter facultativo e mediante expressa e prévia autorização do trabalhador.

A sistemática proposta pela “reforma” trabalhista é a de manutenção da contribuição sindical prevista em lei, mas agora a denominando de “contribuição sindical”.

O relator do Projeto de Lei PLC n. 6.787/2016 na Câmara dos Deputados, Deputado Federal Rogério Marinho, destacou em seu voto que:

Não se pode admitir que a contribuição sindical seja imposta a todos os integrantes das categorias econômicas e profissionais e, ao mesmo tempo, que a Carta Magna determine que ninguém é obrigado a se filiar ou se manter filiado a entidade sindical. Nesse contexto, estamos propondo que a contribuição sindical deixe de ser obrigatória, assumindo um caráter optativo, ou seja, a partir da sanção desta lei, caso ela venha a ser aprovada, a contribuição somente será devida mediante prévia adesão do trabalhador ou do empregador. As entidades sindicais terão que se mostrar efetivas em suas atuações, atendendo os anseios de seus representados, para que eles decidam livremente pelo suporte financeiro das atividades. Não há justificção para se exigir a cobrança de uma contribuição de alguém que não é filiado e que, muitas vezes, discorda frontalmente da atuação de seu sindicato. [...] Temos uma firme convicção de que o fortalecimento da estrutura sindical brasileira passa pelo fim da contribuição sindical impositiva, que acaba por estimular a criação de sindicatos sem qualquer representatividade, apenas com a finalidade de arrecadar esse “tributo”⁽³⁰⁾.

(30) BRASIL. PLC n. 6.787, DE 2016, do Poder Executivo, que “altera o Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 — Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”; substitutivo ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016 (da comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de Lei n. 6.787, de 2016, do poder executivo, que “altera o Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 — Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes

Justifica o relator a proposta como meio de garantir ao trabalhador e ao empresário o direito à sua liberdade em manter-se ou não associado ao sistema de organização sindical que o representa.

Através da manifestação de vontade proposta, acredita o legislador tornar opcional a contribuição e, assim, a possibilidade de estímulo à sindicalização e desestímulo à criação de entidades que visam apenas fins arrecadatórios.

O relator deixa evidente, ainda, o estímulo ao sindicalismo de resultado, dito reformista nos anos 1980, como destaca Ronaldo de Lima dos Santos, que vislumbra praticar uma atuação com o fim de trazer “[...] melhorias materiais ao trabalhador.”⁽³¹⁾

Contudo, a proposta apresentada afasta-se de discussões e estudos técnicos em andamento no cenário nacional e internacional, para que fosse implantado no país a reforma trabalhista e sindical.

Neste último contexto, o Governo Federal, em 2003, cria o Fórum Nacional do Trabalho com a finalidade de discussão e proposta de texto a ser levado ao Congresso Nacional.

A reforma sindical e trabalhista é uma das prioridades do atual governo. Para implementá-la, foi criado o Fórum Nacional do Trabalho (FNT), coordenado pela Secretaria de Relações do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego.

O FNT conta com a participação de 600 representantes de trabalhadores, governo e empregadores. (...)

dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”). Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 26 abr. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6BA17E80F11E47F6647BBF5AAAF412A11.proposicoesWebExterno1?codteor=1550215&file=parecer-PL678716-26-04-2017>. Acessado em: 28 maio 2017, p. 60.

(31) SANTOS, Ronaldo de Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 51.

OFNT tem por objetivo, promover a democratização das relações de trabalho por meio da adoção de um modelo de organização sindical baseado em liberdade e autonomia. Atualizar a legislação do trabalho e torná-la mais compatível com as novas exigências do desenvolvimento nacional, de maneira a criar um ambiente propício à geração de emprego e renda.

O FNT pretende, ainda, modernizar as instituições de regulação do trabalho, especialmente a Justiça do Trabalho e o Ministério do Trabalho e Emprego; estimular o diálogo e o tripartismo e assegurar a justiça social no âmbito das leis trabalhistas, da solução de conflitos e das garantias sindicais⁽³²⁾.

Segundo, Antonio Ostrowski, Fernando Boarato Meneguim e Roberta Maria Corrêa de Assis, em obra que apresentam reflexões sobre uma necessária reforma sindical, durante as discussões do FNT chegou-se ao consenso da necessária mudança do sistema sindical brasileiro e, ainda neste contexto, da fixação de um novo modelo de contribuição sindical, resultando a proposta apresentada no Relatório Final:

Deverá determinar que a assembleia geral fixará as contribuições para o custeio do sistema de representação sindical, como a contribuição associativa e a contribuição de negociação coletiva, mantendo, por três anos, a contribuição sindical prevista em lei⁽³³⁾.

Aspecto primordial na proposta apresentada pelo FNT é a adoção de uma política de transição para o fim da contribuição sindical obrigatória, bem como a adoção de um modelo de fixação de custeio pelas assembleias de trabalhadores.

Entretanto, o modelo adotado no texto da “reforma” trabalhista afasta-se completamente

(32) Ministério do Trabalho e do Emprego *apud* OSTROWSKI, Antonio; MENEGUIM, Fernando Boarato; ASSIS, Roberta Maria Corrêa de. *Reforma Sindical*: reflexões sobre o relatório final do Fórum Nacional do Trabalho. Senado Federal. Consultoria Legislativa do Senado Federal – Coordenação de Estudos. Brasília, agosto / 2004. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-10-reforma-sindical-reflexoes-sobre-o-relatorio-final-do-forum-nacional-do-trabalho>>. Acessado em: 18 jun. 2017, p. 7-8.

(33) *Ibidem*, p. 15.

do consenso encontrado no Fórum Nacional do Trabalho, à margem da ampla discussão do setor.

A nova redação trazida pela Lei n. 13.467/2017 aos arts. 545 da CLT⁽³⁴⁾, e seguintes, não afasta a institucionalização da contribuição sindical obrigatória, ainda que sob a máscara de contribuição facultativa e opcional ao trabalhador.

Percebe-se a preocupação excessiva do legislador em estabelecer que a contribuição sindical prevista em lei será obrigatória desde que haja expressa autorização prévia pelo trabalhador.

De forma que, não se trata de mera faculdade, mas sim, expressa manifestação de vontade em promover a contribuição ao custeio da entidade sindical representativa da categoria.

Igualmente, quando trata da contribuição patronal, estabelecendo manifestação do empregado, da mesma forma, previamente⁽³⁵⁾.

O diferencial da contribuição patronal ao do empregado, é a de que ao empregado não se estabeleceu momento para a manifestação de vontade, muito menos hipótese de revogação de sua declaração. Já ao empregado, a “reforma” trabalhista fixou obrigatoriedade anual, estabelecendo a precariedade da declaração de intenção ao sistema contributivo.

A alegação de que a alteração legal proposta estimulará a atuação sindical é meramente presunção do relator, haja vista não se notar no texto proposto qualquer regra de fomento a sindicalização, que se resume exclusivamente à manifestação de vontade em promover, ou não, a contribuição ao custeio sindical.

(34) Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados.

(35) Art. 587. Os empregadores que optarem pelo recolhimento da contribuição sindical deverão fazê-lo no mês de janeiro de cada ano, ou, para os que venham a se estabelecer após o referido mês, na ocasião em que requeiram às repartições o registro ou a licença para o exercício da respectiva atividade. (NR)

De mais a mais, o desdobramento da análise formal da alteração proposta resulta quanto à constitucionalidade da pretensão legislativa, uma vez que a alteração não se coaduna à formalidade imposta pela própria Constituição Federal de 1988.

Isto porque, atribuindo à contribuição sindical a natureza de imposto, vinculando sua destinação aos cofres públicos, qualquer alteração em seu regimento deverá observar as regras de alteração da legislação tributária.

Assim, o condicionamento estabelecido pela Lei n. 13.467/2017 a prévia autorização do trabalhador a permitir o desconto da contribuição sindical em folha de pagamento contrapõe a característica de compulsoriedade do tributo, conforme regra do art. 3º do Código Tributário Nacional⁽³⁶⁾.

Enquanto imposto, a contribuição sindical é obrigatória, já que integra o ordenamento jurídico regulado pelo CTN, em especial, à condição estabelecida conceitualmente em seu art. 3º.

Assim, a previsão de que a contribuição sindical passa a ser de caráter voluntário não condiz com a natureza jurídica de sua tipicidade, nem tampouco, atende à determinação constitucional de que, isenções ou imunidades deverão ser estabelecidas por lei complementar, o que não é o caso.

O art. 146 da Constituição Federal determina que caberá à lei complementar “estabelecer regras gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação,

(36) CTN – Lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios: Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;⁽³⁷⁾.

Com isso, promovendo alteração de regra de incidência e mais, de tratamento específico para a incidência do tributo, a lei ordinária que promoveu a “reforma” trabalhista é meio constitucional inadequado, o que a torna inconstitucional.

De mais a mais, a alteração promoveu desequilíbrio fiscal e desigualdade entre aqueles que contribuirão ao sistema e aos que não o farão, atingindo frontalmente a ordem constitucional de isonomia fiscal prevista no inciso II do art. 150 da Constituição da República.

Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal, em 29 de junho de 2018, decidiu, ao julgar a ADIn n. 5.794, por maioria de 6 votos, contra 3, pela constitucionalidade da alteração promovida pela Lei n. 13.467/2017 ao tornar a contribuição sindical condicionada à manifestação prévia e expressa do trabalhador⁽³⁸⁾.

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, julgou improcedentes os pedidos formulados nas ações diretas de inconstitucionalidade e procedente o pedido formulado na ação declaratória de constitucionalidade. Vencidos os Ministros Edson Fachin (relator), Rosa Weber e Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux. Presidiu o julgamento a Min^a. Cármen Lúcia. Plenário, 29.6.2018.⁽³⁹⁾

(37) Art. 146. Cabe à lei complementar:

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

(38) Art. 579. 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.

(39) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI n. 5.794*. Origem: DF –

Com isso, o Supremo Tribunal Federal, ainda que trazendo nova visão sob a natureza jurídica da contribuição sindical e as consequências da alteração legislativa promovida pela “reforma” trabalhista, declarou a constitucionalidade do condicionamento da contribuição sindical à manifestação prévia e expressa do trabalhador.

5. Da autonomia da vontade coletiva e fixação de contribuição pela categoria

Com efeito, temos então que a Constituição da República proclamou como prerrogativa da organização sindical a fixação de contribuição para o custeio do sistema confederativo através da assembleia, independentemente da contribuição já prevista em lei⁽⁴⁰⁾.

De acordo com o inciso IV do art. 8º da Constituição da República, a fixação de contribuição ao sindicato decorrerá da decisão tomada na assembleia dos trabalhadores, inclusive, mediante desconto em folha de pagamento.

Entretanto, a discussão da amplitude e do alcance da contribuição aprovada em assembleia merece novo prisma, enquanto importante mecanismo de manutenção do sistema sindical e de garantia de sua plena atuação.

O Supremo Tribunal Federal em se tratando de contribuição destinada ao sindicato pelos trabalhadores, fixou a Súmula Vinculante n. 40, cuja redação é a de que “A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da

DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. Edson Fachin, Repte.(s) Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos – CONTTMAF e outros, DJ de 6 ago. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

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

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;

Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”⁽⁴¹⁾.

Ao adentrarmos no precedente jurisprudencial que levou a convicção da Suprema Corte brasileira à formação da Súmula Vinculante n. 40, verificamos que o ponto central do debate acerca da contribuição confederativa decorre da liberdade associativa, diante de outros preceitos constitucionais, como as garantias de não obrigatoriedade de filiação e a plenitude a liberdade de associação para fins lícitos, destacando-se o texto extraído da proposta do Supremo Tribunal Federal para aprovação da Súmula Vinculante n. 95, que indicou que:

Esse entendimento jurisprudencial, que se apoia em sucessivas decisões proferidas por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal (RE n. 178.927/AC, rel. Min. Ilmar Galvão – RE n. 179.290/SP, rel. Min. Sydney Sanches – RE n. 194.788/SP, rel. Min. Néri da Silveira – RE n. 198.092/SP, rel. Min. Carlos Velloso, v. g.), enfatiza — com fundamento no postulado constitucional que garante a liberdade de associação — que a contribuição confederativa, fixada por deliberação da assembleia geral das organizações sindicais, não se reveste de caráter tributário e somente se mostra exigível àqueles que se achem formalmente filiados ao sindicato⁽⁴²⁾.

Diante da leitura proposta pela Súmula Vinculante n. 40 do STF, poderíamos estender o entendimento de inexigibilidade de contribuições aos trabalhadores, mesmo que aprovadas em assembleia.

Mas não é isso o que acreditamos.

Com efeito, o sistema sindical brasileiro evoluiu no período pós-Constituição Federal de 1988, sendo cada vez mais importante o resultado das deliberações em assembleia geral

da categoria e o fruto das negociações coletivas de trabalho.

A negociação coletiva, cada vez mais garantidora e ampliadora de direitos, tornou-se importantíssima fonte do Direito do Trabalho, trazendo aos contratos de trabalho relevantes contribuições para melhoria das condições sociais e de trabalho.

A tomada de decisão em assembleia, pela categoria, tornou-se característica ainda mais relevante para os trabalhadores, mas não só aos membros associados dos sindicatos, e sim, a todos aqueles que serão diretamente beneficiados pelo resultado final da negociação coletiva.

Temos que surgem, neste contexto, novos direitos e obrigações estabelecidos e aprovados pela própria categoria como meio de reger o destino da representatividade sindical nas próximas negociações coletivas.

Estabelecendo direitos, ou ampliando os já garantidos em lei, as normas coletivas aprovadas em assembleia geral trazem, ainda, obrigações, cuja finalidade é a de estreitar as relações entre sindicato e trabalhador, visando não só o sistema de custeio, mas também, questões como acesso às informações, atuação do dirigente sindical nos locais de trabalho, formação de comissão de representação dos trabalhadores na empresa, comissão de acompanhamento de programa de participação nos lucros, dentre outros.

Nota-se que mencionados institutos trazidos com a negociação coletiva não são atributos apenas dos sócios, cabendo aos trabalhadores em geral, a efetiva participação no contexto das relações coletivas de trabalho.

Frisa-se, aqui, que nem por isso a efetiva participação dos trabalhadores nas comissões de empresa, por exemplo, ainda que não sócio do sindicato, venha a caracterizar abuso ao direito de liberdade de filiação sindical.

Isto porque, não se trata aqui de adesão ao regime estatutário da entidade propriamente dita, que decorrerá apenas àquele que possui

(41) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 40*, DJe de 20 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2204>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

(42) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Proposta de Súmula Vinculante n. 95*. Distrito Federal, Brasília, DF, 11 mar. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_40_PSV_95.pdf>. Acessado em: 29 maio 2018, p. 3.

intenção de participar não só das tomadas de decisões de sua categoria, mas, também, da ordem administrativa interna da entidade sindical representativa.

Com efeito, Marcos Scalécio acrescenta que a Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (art. 2º), ainda que não ratificada pelo Brasil, consagra a liberdade sindical como direito aos trabalhadores de se filiarem às organizações “sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas”⁽⁴³⁾.

O entendimento internacional firmado, e cuja natureza se assemelha aos princípios consagrados pela Assembleia Constituinte de 1987, é o de livre filiação do trabalhador.

Contudo, a imposição de contribuição ao trabalhador por seus pares de categoria através da decisão tomada em assembleia, cuja finalidade é o de garantia de fixação de norma coletiva que trará direitos e obrigações a todos, não representa imposição de filiação sindical.

Isto porque, da mesma forma devemos distinguir o trabalhador filiado, como já dito, ao trabalhador enquanto integrante de uma categoria profissional, nos exatos termos do § 2º do art. 511 da CLT⁽⁴⁴⁾.

Como ensina DELGADO:

Esse tipo de associação é chamado de sindicato vertical. Efetivamente, ele se estende no mercado de trabalho abrangendo, regra geral, a ampla maioria dos

empregados das várias empresas, na respectiva base territorial da entidade, que tenham similitude de atividades econômicas. Portanto, ele atinge, verticalmente, as empresas economicamente afins (empresas bancárias, comerciais, metalúrgicas etc.)⁽⁴⁵⁾.

Desta feita, enquanto integrantes de determinada categoria profissional, os trabalhadores estão unidos pelo vínculo do trabalho em empresas de atividade economicamente afins e não pelo associativismo sindical.

A vinculação do trabalhador ao sindicato por categoria, conforme modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, estabelece um duplo elo à organização sindical: associativo e como membro de uma categoria profissional.

Assim, como modelo adotado constitucionalmente pelo Brasil, a tomada de decisão por assembleia geral dos trabalhadores poderá abranger, não só aqueles que se vinculam ao sindicato enquanto sócios mas, principalmente, aos que se vinculam por força da categoria profissional.

Aliás, recentemente, na II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela ANAMATRA e realizada nos dias 9 e 10 de outubro de 2017 em Brasília (DF), foi aprovado enunciado sobre o tema:

ENUNCIADO N. 38. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

I – É LÍCITA A AUTORIZAÇÃO COLETIVA PRÉVIA E EXPRESSA PARA O DESCONTO DAS CONTRIBUIÇÕES SINDICAL E ASSISTENCIAL, MEDIANTE ASSEMBLEIA GERAL, NOSTERMOS 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

(43) SCALÉRCIO, Marcos. *Normas da OIT organizadas por temas*. Marcos Scalécio, Tulio Martinez Minto. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 273.

(44) Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

(45) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.305.

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 ANTSSINDICAIS⁽⁴⁶⁾.

Da mesma forma, o 19º Congresso Nacional da Magistratura do Trabalho — CONAMAT, realizado em Belo Horizonte nos dias 2 a 5 de maio de 2018, foi aprovado o seguinte Enunciado:

A FIXAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO EM ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO, CONFORME TOMADA DE DECISÃO EM ASSEMBLEIA GERAL DOS MEMBROS DA CATEGORIA, NÃO SE CONTRAPÕE AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO SINDICAL CONSAGRADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988⁽⁴⁷⁾.

A tomada de decisões em assembleia, no âmbito de fixação de obrigações e direitos à categoria em geral, deve garantir a plenitude da autonomia da decisão coletiva, em respeito à autonomia sindical e da coibição aos atos antissindicais.

As alterações promovidas pela Lei n. 13.467/17 aos arts. 611-A e 611-B⁽⁴⁸⁾ não retiram da tomada de decisão da categoria este mister, muito pelo contrário, atribuem ainda mais legitimidade à assembleia geral da categoria, neste aspecto.

(46) ANAMATRA. *Enunciados aprovados na 2ª Jornada*. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Brasília, DF. 9 e 10 out. 2017.

(47) ANAMATRA. *Enunciados aprovados na 19ª CONAMAT*. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/images/conamat/plenaria/comissao_3-tese_plenaria_final.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018. Belo Horizonte, 2 a 5 maio 2018 – Enunciado 18 da Comissão 3, Autor Carlos Eduardo de Oliveira Dias e Emerson Ferreira Domingues.

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

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

Ao mesmo passo que estabelece que as normas coletivas (convenções ou acordos coletivos de trabalho) terão prevalência à lei, a “reforma” fixou que será legítima a fixação de contribuição pela categoria, desde que prévia e expressamente aprovada pelo trabalhador.

E não se pode negar que o momento de efetiva participação e manifestação de vontade do trabalhador perante seu sindicato, inclusive por atribuição estatutária (já que a assembleia geral é órgão deliberativo das entidades associativas)⁽⁴⁹⁾, é o da assembleia devidamente convocada.

Desta forma, a fixação de contribuição em norma coletiva (acordo ou convenção coletiva de trabalho) que venha a abranger os integrantes da categoria em geral, conforme tomada de decisão em assembleia geral de seus membros, não se contrapõe ao princípio da liberdade de associação sindical consagrado pela Constituição Federal de 1988, muito menos ao entendimento internacional firmado na Convenção da OIT n. 87 e a alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.467/2017, introduzindo os arts. 611-A e 611-B ao texto da CLT.

5. Análise final

A recente história do sindicalismo brasileiro traz consigo, ainda, a ausência de políticas de estímulo à sindicalização marcantes, sejam através de políticas governamentais, quanto de iniciativas pontuais dos próprios sindicatos.

Percebe-se, ainda, que os sindicatos após a Constituição Federal de 1988 com a regra de não interferência estatal à sua organização, deixaram a questão em segundo plano, demonstrando uma atuação corporativista.

Atuando cada um em seu modelo que ainda insiste em estabelecer políticas de resistência ou de resultado, temos dois grandes núcleos ideológicos no movimento sindical brasileiro,

(49) Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá:

V – o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos;

mas ambos, percebe-se, com fraca atuação no movimento de sindicalização.

Promover alteração legislativa de forma precipitada e de inversão ao sistema contributivo atualmente estabelecido pela legislação, poderá atingir diretamente a estruturação dos sindicatos, haja vista, inclusive, a animosidade do trabalhador em manifestar maior interesse em participar das relações coletivas de trabalho.

A mobilização do trabalhador, nos dias atuais, merece ainda maior atenção, tanto do legislador, quanto dos próprios sindicatos, não nos parecendo crível atribuir à contribuição obrigatória a responsabilidade pelo desestímulo à sindicalização.

De mais a mais, os demais temas propostos pela “reforma” trabalhista, como estímulo à negociação individual, inclusive aferindo plenitude desta negociação para fins de fixação de jornada, trabalho intermitente, comissão de representantes, regras do negociado sobre o legislado, e a retirada da obrigatoriedade da homologação das verbas rescisórias pelo sindicato de classe, acabam por afastar, ainda mais, o trabalhador da vida sindical.

Estes pontos ainda garantiam, mesmo aos sindicatos mais encolhidos e anacrônicos que ainda insistem em assim se manter, o convívio com o trabalhador, possibilitando, ainda, a este último, conhecer as qualidades da estrutura sindical que o representa para, então, questionar sua representatividade e dele buscar efetiva participação.

Ainda que se vislumbre uma necessária mudança nas políticas sindicais brasileira, atingir o sistema de custeio não tornará eficaz a pretensão de empoderamento dos sindicatos e estímulo à sindicalização.

Preocupação maior devem ater as próprias entidades quanto à conscientização de seus dirigentes à evolução da democratização de sua administração; adoção de políticas de estímulo à sindicalização e efetiva participação do trabalhador na vida sindical e efetividade na

resolução dos problemas e dificuldades da categoria; busca do sentimento de classe; enfim, questões que atormentam as relações coletivas de trabalho e que, merecem, sim, dos próprios sindicatos, maior e plena atenção, sob pena de tornar ineficaz qualquer política pública ou reforma legislativa que se proponha.

6. Referências

ANAMATRA. *Enunciados aprovados na 2ª Jornada*. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Brasília, DF, 9 e 10 out 2017.

_____. *Enunciados aprovados na 19ª CONAMAT*. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/images/conamat/plenaria/comissao_3-tese_plenaria_final.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018. Belo Horizonte, 2 a 5 maio 2018.

BARISON, Thiago. *A estrutura sindical de Estado no Brasil e o controle do judiciário após a Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Celso Ribeiro Bastos, Ives Granda Martins. São Paulo: Saraiva, 1989.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORTOLOTTO, Rudimar Roberto. *Os aspectos da representatividade no atual direito sindical brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Presidência da República, Rio de Janeiro, 1º maio 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017. 1943.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 15 jun. 2017.

_____. *Lei n. 13.467/2017, de 13 de Julho de 2017*. Presidência da República. Brasília, DF, 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 31 maio 2018.

_____. *PLC n. 6.787, de 2016*, do Poder Executivo, que “altera o Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 — Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”; substitutivo ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016 (da comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016, do poder executivo, que “altera o Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 — Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”). Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 26 abr. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6BA17E80F11E47F6647BBF5AAAF412A11.proposicoesWebExterno1?codteor=1550215&filename=Parecer-PL678716-26-04-2017>. Acesso em: 28 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Proposta de Súmula Vinculante n. 95*. Distrito Federal, Brasília, DF, 11 mar. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_40__PSV_95.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 677*. Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade. Data de publicação do enunciado: DJ de 13.10.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2316>>. Acesso em: 29 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 40*, DJe de 20 mar 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2204>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADIN. 5.794*. Origem: DF – Distrito Federal. Relator: Min. Edson Fachin, Repte.(s) Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos – CONTTMAF e outros, DJ de 6 ago. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf>

jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>. Acesso em: 17 nov. 2018.

CASTAN, Vitor Manoel. *Abuso do direito sindical*. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

HINZ, Henrique Macedo. *Direito coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Clovis. *Rebeliões da Senzala*. 3 ed. São Paulo: Lech Livraria Editora Ciências Humanas, 1981.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual de direito individual e coletivo do trabalho*: doutrina, jurisprudência, direito sumular e direito comparado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OSTROWSKI, Antonio; MENEGUIN, Fernando Boarato; ASSIS, Roberta Maria Corrêa de. *Reforma sindical: reflexões sobre o relatório final do Fórum Nacional do Trabalho*. Senado Federal. Consultoria Legislativa do Senado Federal – Coordenação de Estudos. Brasília, agosto/2004. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-10-reforma-sindical-reflexoes-sobre-o-relatorio-final-do-forum-nacional-do-trabalho>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

PÁDUA, Elisabete Matallo Marchesini de. *Metodologia da pesquisa: abordagem teórico-prática*. 18. ed. Campinas/SP: Papirus, 2016.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Constituição e liberdade sindical*. São Paulo: LTr, 2007.

SANTOS, Ronaldo de Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

SCALÉRCIO, Marcos. *Normas da OIT organizadas por temas*. Marcos Scalércio, Tulio Martinez Minto. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz Souto. *História do direito do trabalho no Brasil: curso de direito do trabalho*. Vol. I, Parte II. São Paulo: LTr, 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. Arnaldo Süssekind, João de Lima Teixeira Filho. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996.

VIANA, Francisco José Oliveira. *Populações meridionais do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Secretaria

Especial de Editoração e Publicação, 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1108>>. Acesso em: 4 jun. 2017.

A terceirização e a reforma trabalhista no Brasil: uma análise crítica da possibilidade de terceirização das atividades-fim

Évellyn Barbosa Rêgo^(*)

Resumo:

- ▶ Este estudo científico tem como principal objetivo discutir as consequências das inovações legislativas acerca da Terceirização Trabalhista no Brasil. Assumindo uma postura crítica, serão analisadas as últimas mudanças e os efeitos que podem trazer para a sociedade e, principalmente, para o trabalhador brasileiro, concluindo que tais inovações se encontram em desacordo com a legislação trabalhista e princípios constitucionais, além de compromissos assumidos pelo Brasil a nível internacional, se revelando em um verdadeiro retrocesso social.

Palavras-chave:

- ▶ Trabalho — Terceirização — Reforma — Retrocesso.

Abstract:

- ▶ The main purpose of this study is to discuss the consequences of legislative innovations about Outsourcing in Brazil. Taking a critical stance, it will be analyzed the latest changes the effects that can bring to society and, especially, the Brazilian worker, concluding that such innovations are in disagreement with labor legislation, constitutional principles and to commitments assumed by Brazil at the international level, proving to be a real social setback.

Key-words:

- ▶ Job — Outsourcing — Reform — Setback.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A terceirização em seu conceito tradicional

(*) Assessora Jurídica no Gabinete do Desembargador Rogério Fialho Moreira – Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Pós-graduada especialista em Direito e Processo do Trabalho. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

- 3. A terceirização e a reforma trabalhista
- 4. A discussão acerca da possibilidade de terceirização das atividades-fim
- 5. Retrocesso social, mecanismos jurídico-retificadores e trabalho decente
- 6. Considerações finais
- 7. Referências

1. Introdução

O sistema capitalista impôs, ao longo dos tempos, determinados modelos produtivos, os quais se adequassem às exigências da conjuntura social e econômica de cada época. A partir da década de 1990, através de influências europeias, o Brasil incorporou a ideologia neoliberal, ampliando-a e aprofundando-a, “dando origem a um conflito sem precedentes no sistema trabalhista predominante”⁽¹⁾.

A terceirização é uma das estratégias de gestão empresarial e de contratação de mão de obra que mais ganhou prestígio em meados do século XX. No Brasil, o instituto ganhou força principalmente no setor privado, apesar de também estender seus efeitos para a área pública.

Todavia, a legislação existente no país acerca desse fenômeno sempre se mostrou insuficiente para regular uma matéria tão complexa. Dessa forma, a terceirização ocorria “às margens da normatividade heterônoma”⁽²⁾, o que abriu a oportunidade para se utilizar o instituto de qualquer maneira, ainda que contrariando preceitos constitucionais e princípios trabalhistas historicamente consolidados.

Será objeto deste esforço acadêmico, portanto, o fenômeno da terceirização trabalhista no Brasil, realizando uma análise crítica dos impactos que a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) gerou ao instituto.

O objetivo dessa análise será demonstrar por quais motivos tais atualizações apresentam

certa resistência de estudiosos do Direito, sendo vistas, inclusive como uma espécie de ataque aos direitos trabalhistas.

A questão está acima da negação da existência do fenômeno, ou da tentativa de retirá-lo do cenário atual. É inquestionável que a regulamentação da terceirização no Brasil era de caráter emergencial, de modo que, com as atualizações legislativas e a Reforma Trabalhista, um importante passo foi dado no ordenamento jurídico, no que se refere ao instituto. A normatização, com efeito, se fazia necessária, pois se trata de um fenômeno global e de implantação contínua na atual fase do capitalismo brasileiro.

Contudo, da forma como está sendo proposto, o fenômeno cada vez mais será utilizado como prática arriscada aos trabalhadores, representando um retrocesso jurídico na Justiça do Trabalho, pois a terceirização passará a funcionar como uma “cortina de fumaça” a proteger a empresa tomadora das reivindicações dos trabalhadores.

A regulamentação deve ser fundada nos princípios e na finalidade teleológica do ramo justrabalista, que é tutelar o trabalhador.

O estudo a ser feito, portanto, evidenciará que é possível que a regulamentação seja realizada de modo a não agravar ainda mais o desrespeito aos direitos trabalhistas, mas sim utilizar o instituto como mecanismo democrático, de inserção socioeconômica do trabalhador no sistema capitalista, possibilitando a cidadania e dignidade plenas.

2. A terceirização em seu conceito tradicional

Tradicionalmente, o fenômeno da terceirização sempre foi visto como instituto que

(1) MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 11.

(2) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 433.

permite a transferência de atividades genéricas e secundárias, acessórias ou de suporte, “de forma a permitir que a empresa envide esforços e concentre atenção naquelas atividades centrais ou principais vertidas em seu objeto social”⁽³⁾.

Conforme dispõe Mauricio Godinho Delgado, para o Direito o Trabalho, a terceirização consiste no “fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”⁽⁴⁾. Isto é, através da terceirização, o sentido jurídico do instituto deixa de estar vinculado aos direitos e princípios trabalhistas os quais formam uma relação trabalhista *strito sensu*. “Por tal fenômeno, insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma atividade interveniente”⁽⁵⁾.

Assim, é possível afirmar que a terceirização, em seu conceito original, proporcionava uma flexibilização da relação de emprego, na medida em que possibilita às empresas a contratação de terceiros para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa.

Vale ressaltar que quando da constituição da Organização Internacional do Trabalho — OIT, pela Convenção da Filadélfia de 1944, ficou instituído que “o trabalho humano não é uma mercadoria”. Dessa forma, visando proteger a dignidade humana, não se admite, à luz dos princípios que regem o Direito do Trabalho, a coisificação do trabalhador, o aluguel de sua força de trabalho por outrem.

É certo que surgem efeitos de todos os lados. Utilizando-se da terceirização, as empresas economizam encargos trabalhistas e tornam-se mais competitivas e enxutas. Por outro lado, há uma mitigação dos direitos trabalhistas, em afronta a princípios do Direito do Trabalho e

do próprio Direito Constitucional, como os famosos princípios da proteção ao trabalhador, em todos os seus desdobramentos, da dignidade humana e valorização do trabalho.

Embora tenha havido uma mudança conceitual, como se verá adiante, o instituto em questão continua a ser uma representação clara do capitalismo efervescente e da necessidade de lucro máximo, mediante exploração do trabalho humano em larga escala, sem recompensa alguma que valorize o empregado, profissional ou pessoalmente. É um fenômeno atual e praticado cotidianamente nas empresas, o qual estimula o desenvolvimento de uma empresa enxuta e leva à descentralização de atividades da empresa, como forma de, ao mesmo tempo, reduzir custos e aumentar a produtividade, em curtos intervalos de tempo.

Nesse sentido, Luiz Carlos Amorim Robortella propõe que:

(...) um dos aspectos mais atraentes da terceirização vem da possibilidade de transformar custos fixos em variáveis, eliminar boa parte das operações não essenciais e liberar o capital para a aplicação na melhoria do processo produtivo, em novas tecnologias e em novos produtos⁽⁶⁾.

Além disso, há ainda a ideia de um aumento da qualidade das tarefas realizadas, em virtude da especialização das empresas prestadoras dos serviços e também quem defenda a terceirização como uma possível solução para as crises de desemprego que se alastraram pelo mundo, pois mesmo que precariamente, cria postos de emprego, possibilitando o desenvolvimento socioeconômico dos países que a implementam.

Esse raciocínio é patrocinado por Rubens Ferreira de Castro, quando afirma que:

(...) a aplicação desta técnica de administração gera o crescimento do número de

(3) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 452.

(4) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 430.

(5) *Idem*.

(6) ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. Terceirização — aspectos jurídicos — responsabilidades — direito comparado. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 58, n. 08, p. 938, 1994.

empresas dentro da economia nacional, sendo que essas aumentam o número de postos de trabalho, com vantagens refletidas na área social. (...) Essa importância é mais intensa no campo econômico e social, pois um dos principais objetivos do Direito do Trabalho é o pleno emprego, a garantia de trabalho para todos⁽⁷⁾.

Num primeiro momento, a terceirização apresenta-se vantajosa. Todavia, ao desmascará-la, percebe-se que a condição atual do trabalhador terceirizado é sinônimo de segregação, além do desrespeito aos direitos sociais do empregado. O terceirizado é visto como inferior, passando a existir paralelamente aos empregados efetivos, muitas vezes acalentando o sonho de ser contratado pela empresa tomadora, o que vai de encontro a princípios constitucionais como a não discriminação, dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho. Ou seja, “embora se integre por alguns meses à empresa tomadora, o trabalhador não se insere na coletividade que a compõe”⁽⁸⁾.

Na prática, a terceirização não é capaz de proporcionar lucros exorbitantes, pois tende a ampliar o emprego precário, e reduz, simultaneamente, o mercado consumidor, gerando queda nas vendas e, conseqüentemente, nos rendimentos da empresa. Na medida em que o empresário opta pela via da terceirização, quebra uma relação tradicional de trabalho, estável e dependente, criando uma demanda por trabalho desvinculada. A especialização dá lugar à generalização e o desemprego, na realidade, tende a aumentar, pois o número de empregados efetivos torna-se menor e dá lugar ao obreiro terceirizado, com renda inferior e menor capacidade econômica e consumerista.

Outro mito criado pelo instituto se refere à redução dos custos teoricamente propagada.

De fato, não há como existir diminuição efetiva de gastos para a empresa, se esta terá custos com contratação, treinamento de pessoal, dentre outros. Todos os valores investidos serão repassados à beneficiária, não havendo redução real de custos.

Embora existam argumentos defensores dos efeitos positivos possivelmente trazidos pela terceirização, como o desenvolvimento econômico e a competitividade do mercado em virtude da globalização, o fenômeno em tela, mascarado de benefícios, esconde em seu bojo a precarização das relações laborais e, essa sim efetiva, a fragmentação, a fragilização dos direitos laborais do empregado.

Por fim, registre-se que a Súmula n. 331 do TST era o principal instrumento de regulação da terceirização de serviços no Brasil, até a entrada da Lei n. 13.429/2017, que, alterando dispositivos da Lei n. 6.019/1974, e inserindo novos, dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros, bem como da Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, que, do mesmo modo, trouxe modificações à Lei que dispõe sobre o trabalho temporário (6.019/1974).

3. A terceirização e a reforma trabalhista

A aprovação da Lei n. 13.467/2017, a Reforma Trabalhista, gerou impactos ao trabalho terceirizado. Isto porque, ao dar nova redação a dispositivos inseridos à Lei n. 6.019/1974, pela Lei n. 13.429/2017, admitiu um conceito muito mais abrangente ao instituto, na verdade, o modificou sobremaneira, de modo que superou, para fins de terceirização, a distinção entre atividades-fim e meio, conforme anteriormente era adotado pela jurisprudência, que apenas permitia terceirizar as atividades que não constituíssem o objeto principal da tomadora.

Assim, o *caput* do art. 4º-A, da Lei n. 6.019/74, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017, passou a vigorar da seguinte maneira:

(7) CASTRO, Rubens Ferreira de. *A terceirização no direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 80.

(8) VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves. (Coords.). *Terceirização no direito do trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 356.

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017)

Nesse contexto, permite-se de forma expressa a terceirização de quaisquer das atividades da contratante, de forma ampla, inclusive da sua atividade principal, desde que a execução dos serviços ocorra por empresa especializada, que possua capacidade econômica compatível com a referida execução.

A previsão de que a contratante pode terceirizar quaisquer de suas atividades, inclusive a principal, é reiterada no *caput* do art. 5º-A, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017, o que, de fato, faz perder a relevância da diferenciação entre atividades-fim e meio. Confira-se:

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal. (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017)

Registre-se, todavia, que tal permissão não é uma carta branca para qualquer tipo de contratação. A terceirização deve envolver a prestação de serviços e não o fornecimento de trabalhadores por empresa interposta. Isto é, a intermediação de mão de obra, por constituir fraude à relação de emprego e violação ao valor social do trabalho, que não pode ser tratado como mercadoria, continua a ser proibida. Essa forma de contrato é excepcionalmente admitida apenas nas relações de trabalho temporário. Por tais razões, entende-se que os serviços terceirizados devem ser especializados.

O legislador trouxe duas outras importantes inovações que, caso não sejam observadas, acarretarão em nulidade dos contratos terceirizados firmados após a vigência da Reforma Trabalhista. Tais novidades estão dispostas nos arts. 5º-C e 5º-D:

Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica

cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

A primeira regra se refere à proibição de que sejam recontratados os trabalhadores (titulares ou sócios da pessoa jurídica) que tenham prestado serviços à contratante, nos últimos dezoito meses, na qualidade de empregados ou autônomos, exceto se os referidos titulares ou sócios estejam aposentados.

Pode-se afirmar que tal dispositivo buscou reprimir a chamada “pejotização” de trabalhadores que, para prestar serviços à tomadora, tenham sido obrigados a constituir pessoas jurídicas, ou que tenham sido dispensados e recontratados na forma de pessoa jurídica. Ou seja, objetiva-se evitar a contratação de empregados sob a forma de pessoa jurídica. Entretanto, embora este tenha parecido ser o escopo da nova regra, não há impedimento a que, após a dilação do prazo, a pejotização acabe acontecendo, gerando fraude ao vínculo de emprego, vedada pelo art. 9º, da CLT⁽⁹⁾.

A segunda regra prevê que se o empregado for demitido, não poderá trabalhar na mesma empresa, na qualidade de empregado da prestadora de serviços, antes do transcurso de dezoito meses, contados da sua demissão.

Nesse caso, do mesmo modo, embora o intuito do legislador pareça ser a atenção ao fenômeno da mercantilização ou comercialização do trabalho humano, o que é muito comum, a substituição de empregados diretos por terceirizados pode acabar ocorrendo na

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

empresa, que deixa de ser empregadora e passa a ser apenas tomadora de serviços.

4. A discussão acerca da possibilidade de terceirização das atividades-fim

O atual regramento, com as mudanças introduzidas pela Reforma trabalhista, aprova e permite aquela que deve ser considerada como a principal alteração no ramo da terceirização trabalhista no Brasil: a possibilidade de terceirizar qualquer atividade da empresa, meio ou fim.

Sempre houve uma falta de consenso doutrinário sobre a distinção entre atividade-fim e atividade-meio. O art. 581, § 2º⁽¹⁰⁾, da CLT conceitua o que se entende por atividade-fim como aquela que caracteriza o objetivo final da empresa, para cuja obtenção todas as demais atividades convergem.

Mesmo diante dessa disposição legal, não há uma definição detalhada, ou taxativa do conceito de cada uma das atividades, e nisso reside a dificuldade de distinção. Na tentativa de elidi-la, em geral, a verificação é feita por meio da análise do contrato social da empresa.

Remetendo à lição de Sergio Pinto Martins:

A atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objeto central. É uma atividade de apoio ou complementar. São exemplos da terceirização na atividade-meio: a limpeza,

a vigilância etc. Já a atividade-fim é a atividade em que a empresa concentra seu mister, isto é, na qual é especializada. À primeira vista, uma empresa que tem por atividade a limpeza não poderia terceirizar, os próprios serviços de limpeza. Certas atividades-fim da empresa podem ser terceirizadas, principalmente, se compreendem a produção, como ocorre na indústria automobilística, ou na compensação de cheques, em que a compensação pode ser conferida a terceiros, por abranger operações interbancárias.⁽¹¹⁾

A Súmula n. 331 do TST, cujos parâmetros eram utilizados, anteriormente, para aplicação do instituto, apenas permitia a terceirização da atividade-meio da contratante. Qualquer hipótese, sem amparo legal, seria considerada ilícita. Atualmente, porém, a tradição histórica, definida após décadas de debate nos Tribunais do Trabalho, foi abandonada, e a terceirização passou a ser irrestrita, tendo se tornado lícito terceirizar atividades inerentes, acessórias ou complementares da empresa tomadora.

A generalização constante no texto é perigosa, pois a partir do momento em que se legaliza a terceirização da atividade-fim da empresa, o mercado de trabalho pode passar a ser desastroso e difícil para o trabalhador, já que é previsível que haja uma migração do trabalho realizado por um empregado direto da empresa tomadora de serviços para a mão de obra terceirizada.

Dessa forma, a terceirização, em seu novo conceito, pode promover a redução ou mesmo a extinção do quadro direto de empregados da tomadora de serviços, porque há permissão para tanto. A empresa, em havendo interesse, pode chegar a trabalhar sem um único empregado direto e efetivo, o que, para o Direito do Trabalho, que visa proteger os trabalhadores, representa um retrocesso.

(10) Art. 581. Para os fins do item III do artigo anterior, as empresas atribuirão parte do respectivo capital às suas sucursais, filiais ou agências, desde que localizadas fora da base territorial da entidade sindical representativa da atividade econômica do estabelecimento principal, na proporção das correspondentes operações econômicas, fazendo a devida comunicação às Delegacias Regionais do Trabalho, conforme localidade da sede da empresa, sucursais, filiais ou agências. (...) §2º Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades concurram, exclusivamente em regime de conexão funcional.

(11) MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 9 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 133.

Além disso, certamente haverá um congelamento ou redução dos pisos salariais, com um risco ainda maior de mitigação de direitos e garantias trabalhistas duramente conquistadas, já que, dentre outras razões, o regramento atual em nada garante a isonomia salarial, apenas assegura alguns direitos, e desde que a prestação do serviço ocorra dentro de determinadas condições.

Salários, benefícios e condições de trabalho inferiores aos recebidos pelos empregados diretamente contratados pela tomadora de serviços. É muito comum se ver dentro de uma empresa dois trabalhadores trabalhando lado a lado, um contratado direto e um terceirizado, sendo que este recebe um salário muito inferior ao daquele e não tem os mesmos benefícios que ele.⁽¹²⁾

Segundo os dados do Departamento Inter-sindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese), o salário dos trabalhadores terceirizados é, em média, 24% menor que o dos empregados formais. Ou seja, nas atividades terceirizadas, há maior concentração de vínculos com baixa remuneração média.

Essa discrepância salarial fere os preceitos da Constituição Federal de 1988, referentes à relação trabalhista compreendida de maneira orgânica e interligada, em especial o art. 7º, XXX da CF/88⁽¹³⁾, referente à equiparação salarial, sem contar que, na maioria das vezes, trabalham em média três horas a mais por semana do que contratados diretamente.

Em Nota Técnica emitida em março de 2017, o Dieese informou que em 2014, embora

o percentual de vínculos contratantes fosse maior do que o de terceirizados, quando se observa a relação entre vínculos ativos e rompidos, percebe-se que, nos setores tipicamente terceirizados, a quantidade de vínculos rompidos era muito superior, o que indica que as atividades terceirizadas têm alta rotatividade. E quanto maior a taxa de rotatividade, menor a estabilidade e, portanto, menor a qualidade do posto de trabalho.

A elevada rotatividade da mão de obra é um dos indicadores mais preocupantes do mercado de trabalho. Para os empregadores, representa um custo de seleção e treinamento que acaba sendo repassado ao preço final, atingindo todos os consumidores. Para os trabalhadores, representa a incerteza de encontrar um novo emprego num curto espaço de tempo e o risco de ter que aceitar menores salários e benefícios, além de ter impactos no cálculo da aposentadoria. Para o Estado, as despesas com seguro-desemprego tendem a aumentar com a alta rotatividade, ocasionando descapitalização do FGTS.⁽¹⁴⁾

O regramento atual, portanto, ao autorizar a terceirização de qualquer tipo de atividade, comete um equívoco, pois foge do objetivo para o qual o instituto, originalmente, foi criado, qual seja, permitir que empresas especializadas realizem sua competência, para que a contratante possa se preocupar com sua finalidade principal.

Anteriormente, se o empregado comprovasse judicialmente a existência de pessoalidade na prestação de serviços, ou subordinação à empresa tomadora, a terceirização era considerada irregular e o vínculo empregatício era formado diretamente com a empresa tomadora.

Agora, todavia, o inadimplemento das verbas trabalhistas pelas empresas prestadoras de serviços passa a ser uma preocupante possibilidade futura. O atual regramento gera um distanciamento entre o funcionário e a

(12) MELO, Raimundo Simão de. Lei da terceirização retira garantias e precariza relações de trabalho. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-21/reflexoes-trabalhistas-lei-terceirizacao-retira-garantias-preciza-relacoes-trabalho>>. Acesso em: 24 maio 2018.

(13) Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

(14) BRASIL. DIEESE. *Nota Técnica n. 172 de março de 2017*. Apresenta as condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br>>. Acesso em: 24 maio 2018.

empresa tomadora de serviços, dificultando a responsabilização.

Sobre o tema, destaque-se que o Supremo Tribunal Federal — STF reúne ações de inconstitucionalidade, ajuizadas por confederações e partidos de oposição, contra a Lei da Terceirização (Lei n. 13.429/2017), a exemplo da ADI n. 5.685, ajuizada pela Rede Sustentabilidade; ADI n. 5.686, de autoria da Confederação Nacional das Profissões Liberais — CNPL; ADI n. 5.687, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Comunista do Brasil; e ADI n. 5.695, de autoria da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria Química — CNTQ e da Confederação Nacional dos Trabalhadores das Indústrias Têxtil, Vestuário, Couro e Calçados — Conaccovest, todas de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

No geral, tais ações sustentam a inconstitucionalidade da norma que permite a terceirização ampla e irrestrita, o que ofende fundamentos da República Federativa do Brasil previstos na Constituição Federal, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, a consagração dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, a busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além de isonomia, proteção ao trabalhador, livre associação sindical, proteção da função social da propriedade, dentre outros.

Não se defende a ausência de regulamentação. Todavia, argumenta-se que, na forma como se apresenta, o novo conceito de terceirização, longe de proteger os empregados que se submetem a tais condições, representa sim um retrocesso nas relações de trabalho, tornando lícito o que antes era considerado ilícito. Ademais, enfatiza-se que, além de tudo, a terceirização irrestrita poderá provocar um efeito reverso na economia do país, diminuindo drasticamente a capacidade de arrecadação do Estado.

Com efeito, conforme se sustenta nas ações, a prática da terceirização da atividade principal da empresa, conforme já colocado, pode viabilizar a figura da empresa sem empregados, que

o faz para se eximir de muitas responsabilidades, trabalhistas, previdenciárias e tributárias, esvaziando a dimensão social da empresa.

As referidas ADIs encontram-se em tramitação, conclusas ao Relator. Além delas, há ainda a ADI n. 5.735, ajuizada pelo ex-procurador-geral da República, Rodrigo Janot, também contra a Lei n. 13.429/2017 e, por prevenção, distribuída ao Ministro Gilmar Mendes. Nela, apontam-se vícios na tramitação do processo legislativo que resultou na lei, além de atacar a falta de razoabilidade na ampliação da mão de obra temporária e nos empregos terceirizados em atividades finalísticas das empresas, o que esvazia a eficácia dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, além de declarações internacionais assinadas pelo Brasil.

De outro lado, é de essencial destaque a recente decisão proferida pelo STF, no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 324 e do Recurso Extraordinário – RE n. 958.252, oportunidade em que a Corte Suprema, por maioria de votos, firmou entendimento no sentido da licitude da terceirização em todas as etapas do processo produtivo, ultrapassando mais uma etapa na consolidação de uma tendência em crescente constante.

Nas citadas demandas judiciais, argumentou-se que seria necessário estabelecer critérios claros e objetivos, que permitissem a adoção da terceirização com segurança, bem como que o sistema trabalhista como um todo deveria se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade. Ademais, frisou-se que a terceirização irrestrita tem amparo em princípios constitucionais como os da livre concorrência e iniciativa e, por si só, não tem o condão de gerar a precarização das condições do trabalho.

Nesse contexto, a fim de evitar o uso abusivo das novas diretrizes acerca da terceirização, fundamentou-se que seria preciso compatibilizá-las com as normas constitucionais de tutela

ao trabalhador, competindo à parte contratante: a) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e b) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias.

Apesar de terem sido apontados fatores tidos como positivos na implantação da terceirização nas empresas, como geração de empregos, aprimoramento e especialização de tarefas, estímulo à competitividade empresarial, dentre outros, é fundamental que haja uma aproximação às normas que tutelam o trabalhador, bem como aos princípios constitucionais de proteção aos direitos trabalhistas, e não uma mitigação deles. O terceirizado não deve ser posto em situação de vulnerabilidade e exposição a formas abusivas de exploração do trabalho, nem pode se submeter a condições laborativas inferiores aos efetivos.

Nesse contexto, destaquem-se trechos do voto do Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RE n. 958.252 e da ADPF n. 324, oportunidade em que assentou a compatibilidade do Verbete n. 331 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho com a Constituição Federal, mostrando-se favorável à restrição, em controvérsias subjetivas, da terceirização de toda e qualquer atividade. Confira-se:

“O Direito não deve fechar os olhos diante da realidade globalizada do mercado de trabalho do início do século XXI, altamente especializado e em constante mutação. Considerando o estatuto jurídico-constitucional trabalhista, porém, a tradicional restrição jurisprudencial à liberação absoluta da terceirização mostra-se decorrência do próprio princípio da proteção, matriz do Direito do Trabalho, a subsidiar todo o ordenamento jurídico-trabalhista brasileiro. (...) A dispensa de tratamento inferior aos terceirizados – a qual, à míngua de evidências em sentido contrário, surge como regra geral no caso brasileiro – mostra-se incompatível com a garantia da isonomia remuneratória em sentido amplo prevista no inciso XXX do art. 8º da Constituição Federal, reforçada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da Organização das Nações Unidas – ONU, cujo art. 23, § 2º, possui

a seguinte redação: ‘Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho’. (...) O terceirizado, observem, não integra a categoria profissional vinculada à atividade econômica da empresa tomadora, mas sim aquela exercida pela prestadora de serviço, constituindo grupo heterogêneo de representação, destituído, via de regra, de poder de reivindicação. (...) Há mais: a par de debilitar as demandas e reivindicações voltadas à obtenção de melhorias das condições de trabalho, a exclusão do trabalhador da categoria econômica ligada à atividade do beneficiário final da mão de obra – a empresa tomadora – produz outro efeito danoso nada desprezível: a desintegração da identidade coletiva dos trabalhadores mediante o enfraquecimento dos laços de pertencimento. (...) Muito já se caminhou no sentido da melhoria das condições gerais do trabalho e da fixação da remuneração mínima, mas ainda é patente a desigualdade econômica em comparação com o empregador, agravada pelo excesso de mão de obra e escassez de emprego. Tendo em vista a temática afeta à terceirização de serviços, não pode o julgador afastar-se do que é mais próprio ao Direito do Trabalho, ou seja, a disparidade jurídica na qual se encontram as partes contratantes, ante as particularidades de cada situação e o momento vivido. (...) No momento oportuno, haverá o Supremo de enfrentar a matéria com a verticalidade imposta pela função de guarda da Constituição, levando em conta, de um lado, a realidade do atual mercado de trabalho e, de outro, o objetivo maior de justiça social, observados os princípios da proteção, da irrenunciabilidade dos direitos, da continuidade e da boa-fé.”⁽¹⁵⁾

Assim, é certo que a Súmula n. 331 do TST, conforme já comentada em tópicos anteriores, é fruto de uma grande e importante construção histórica e jurisprudencial. Ela foi utilizada como fundamento bloqueador de diversos tipos de abusos em face do trabalhador terceirizado, justamente em observância a todo o aparato constitucional e legislativo de proteção existente para o trabalhador.

Com efeito, levando em consideração as tendências globais e mudanças legislativas e

(15) Íntegra do voto, está disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF324eRE958.252VotodoMMA.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

jurisprudenciais acerca do tema, é preciso buscar soluções para superar o regime próprio da terceirização, de empregos rarefeitos. Ou seja, o enquadramento do trabalhador terceirizado na atividade preponderante da empresa, caso persista tal entendimento, deve trazer consigo a garantia dos mesmos direitos e benefícios do empregado efetivo, inclusive no que tange ao salário e à responsabilidade solidária do tomador de serviços. Com isso, a terceirização, excepcionalmente, seria utilizada por necessidade do empresário e não por questões de diminuição de custos, em detrimento das condições de trabalho oferecidas.

5. Retrocesso social, mecanismos jurídico-retificadores e trabalho decente

Em que pesem os argumentos defendidos por todos aqueles que apoiam o atual regramento, não há como negar que este representa a perda de conquistas trabalhistas históricas, podendo se configurar como um dos maiores retrocessos experimentados pela sociedade brasileira nas últimas décadas. Não está em jogo apenas o próprio Direito do Trabalho, mas todo um projeto social instituído em 1988, com a Constituição Federal.

É claro que, para convencer o público e, principalmente, os trabalhadores, o governo e a mídia utilizam artifícios, mascarados “benefícios”, supostamente trazidos pela nova legislação e, em geral, pelas mudanças recentemente ocorridas no cenário político e jurídico, especialmente nas áreas trabalhista, fiscal e previdenciária.

Dessa forma, afirmam que a aprovação da lei que regulamenta a terceirização é importante por proporcionar aos trabalhadores mais garantias e segurança, podendo gerar mais vagas de emprego e necessidade de especialização do serviço, com disponibilidade de treinamentos e cursos de capacitação.

Restam evidentes as manobras utilizadas pelos apoiadores das novidades e mudanças no regramento do instituto, na tentativa de iludir

o trabalhador a acreditar em uma realidade que, possivelmente, não existirá.

Na verdade, a nova legislação caracteriza uma inversão de tutelas e não protege, de maneira pormenorizada, o trabalhador terceirizado, deixando-o vulnerável às imposições econômicas que repercutem no cenário jurídico, como insistente pressão para reduzir os direitos dos trabalhadores.

Isso decorre de uma resposta positiva aos anseios do empresariado, enquanto amplia as margens de atuação da empresa para com o empregado terceirizado, alastrando os efeitos de um instituto que, na sua forma atual, pode trazer ainda mais prejuízos ao trabalhador, precarizando a relação de emprego, com séria mácula aos princípios e direitos esculpidos na legislação trabalhista e nos preceitos garantidos constitucionalmente.

A Carta Magna de 1988, fruto de sucessivas conquistas históricas de um Estado Democrático de Direito, reconheceu a essencialidade do trabalho como um dos mais essenciais instrumentos de afirmação da dignidade do trabalhador, no âmbito humano e social. A nova lei representa, diante de todo o exposto, a precariedade das relações de trabalho.

Não há foco na especialização dos trabalhadores, muito menos capacitação. O novo regramento, apesar de apresentar algumas disposições genéricas acerca das garantias trabalhistas, regulamentará, na verdade, a ilicitude das contratações, por sucessivas terceirizações, que trazem consigo a diminuição de direitos, salários e, no fim, reduzem o mercado consumidor, podendo, inclusive, ao invés de gerar desenvolvimento econômico, causar prejuízos ao país. É flagrante o objetivo do legislador de, num cenário de crise empresarial, desvirtuar a aplicação dos preceitos trabalhistas, em benefício, justamente, da classe empresária.

Apesar das inovações necessárias, é impossível realizar a leitura da lei sem a preocupação decorrente das incertezas por ela trazidas, não

só as decorrentes do desconforto natural provocado pelo novo, mas também pelo radical rompimento com a doutrina trabalhista e a negligência a todo o esforço histórico e de construção jurisprudencial, que impôs limites da terceirização. Desta vez, o trabalhador foi praticamente esquecido.

Ademais, a lei, embora regulamente um instituto para o qual não havia regras, não traz soluções palpáveis para os problemas já enfrentados pelos trabalhadores terceirizados. Pelo contrário, com a possibilidade de terceirização irrestrita, demonstra um agravamento da situação, como já foi dito, gerando implicações sociais negativas.

É certo que o legislador não poderia ficar, para sempre, inerte diante da situação preocupante demonstrada pela terceirização, afinal o fenômeno, há muitos anos, já é prática cotidiana, e necessitava de um regramento. Porém, não é através dessa lei e do atual conceito por ela atribuído, que legitima condições precárias de trabalho e a supressão de direitos trabalhistas, tratando-os de maneira genérica e defasada, que se irá conseguir retificar as falhas e compatibilizar o instituto com as normas de proteção ao trabalhador. Dar voz ao retrocesso não é a solução.

Na lição de Jorge Luiz Souto Maior:

Ainda que motivos de ordem econômica reclamem redução do custo do trabalho, este não pode ser atingido passando-se por cima da ordem jurídica. Como se disse, direito e economia podem exercer influência um sobre o outro, mas um não determina o raciocínio do outro.⁽¹⁶⁾

Dar voz ao retrocesso certamente não é a solução. Sobre o tema, afirma Livia Mendes Moreia Miraglia:

Sendo assim, é essencial para o trabalhador terceirizado a efetiva aplicação dos mecanismos jurídico-retificadores

de isonomia salarial, responsabilidade da empresa tomadora quanto às verbas trabalhistas, enquadramento sindical e, principalmente, o tratamento igualitário (com relação ao empregado efetivo) nas questões concernentes à saúde e à segurança do trabalho⁽¹⁷⁾.

Tais mecanismos poderiam viabilizar a prática da terceirização trabalhista nas empresas, já que socialmente ela não pode mais ser extinta, não para sobrepor o trabalhador terceirizado ao empregador ou qualquer outro, mas para assegurar os princípios constitucionais da não discriminação, dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho. A mitigação dos direitos dos trabalhadores terceirizados deve ser coibida e não ampliada.

Assim, propõe-se a isonomia salarial entre o terceirizado e o empregado da empresa tomadora, inseridos numa mesma categoria profissional e com a mesma jornada de trabalho. O não cumprimento desse preceito é uma afronta ao princípio da não discriminação, além da proteção ao trabalhador.

A isonomia é a palavra-chave do tratamento jurídico que deve ser dado ao trabalhador terceirizado, em relação ao empregado permanente da empresa tomadora dos serviços. Tanto em relação aos salários, como quanto a todas as condições referentes ao ambiente de trabalho, o que, repita-se, a lei faz apenas de maneira genérica e sem tratar detalhadamente dos benefícios e das garantias.

A não extensão do direito de isonomia salarial aos trabalhadores terceirizados fere não só importantes pilares do Direito do Trabalho, como também o preceito constitucional da não discriminação.

O mesmo deve ser aplicado para os benefícios fornecidos ao trabalhador, normas de saúde e segurança do meio ambiente de trabalho e tudo isso deve ser assegurado — não

(16) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2001. p. 327.

(17) MIRAGLIA, Livia Mendes Moreia. *A terceirização trabalhista no Brasil*, Op. cit., p. 209.

somente proposto — solidariamente pelas empresas envolvidas na relação terceirizante, e não apenas nas dependências da empresa tomadora de serviços, mas em qualquer local de trabalho do terceirizado. Tudo isso representa um mínimo de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Na prática, sabe-se que há certa precariedade na situação dos terceirizados, o que fere não apenas princípios constitucionais que vedam a não discriminação e asseguram condições dignas de trabalho, como também as leis da razão e da moral. As condições de trabalho oferecidas atualmente aos terceirizados, são insuficientes para assegurar a sua saúde e segurança mínimas, ainda mais agora, que o trabalhador terceirizado passa a integrar a composição organizacional da empresa tomadora, com a permissão da terceirização irrestrita das atividades.

Não se pode negar aos terceirizados direitos tão essenciais quanto esses, que norteiam a proteção no meio ambiente de trabalho, nem se pode permitir que o trabalhador terceirizado seja utilizado apenas como meio de lucro para o empresário que explora sua mão de obra em condições inferiores e precárias, até mesmo sob pena de mercantilizar o trabalho humano.

Quanto à responsabilidade, ao se aceitar a absurda possibilidade de terceirização das atividades-fim, deve-se aplicar a solidariedade da tomadora. Esse mecanismo visa à proteção e valorização do trabalhador, já que, agora, praticamente todo tipo de terceirização é permitida, com exceção da intermediação de mão de obra, embora a legislação ainda tenha deixado algumas dúvidas sobre a questão. Essa é a única maneira de eliminar práticas terceirizantes ilícitas. Afinal, considerando que a terceirização de toda e qualquer atividade da empresa provoca um distanciamento do trabalhador, apto a facilitar fraudes e práticas ilícitas, assegurar a responsabilidade meramente subsidiária pode assegurar tratamento promocional e favorável às empresas.

E, por fim, quanto à filiação sindical, deve haver uma conscientização de classe, pois é através dela que se formará uma representatividade com força suficiente para lutar pelos direitos inerentes aos obreiros. O enquadramento sindical deve existir para os terceirizados e efetivos da empresa.

Ao permitir o enquadramento do trabalhador terceirizado no sindicato das empresas contratantes, tem-se a melhor realização do princípio da aplicação da norma mais favorável ao obreiro, além do cumprimento da finalidade do Direito do Trabalho, de melhorar as condições e qualidade de vida dos trabalhadores, conferindo eficácia social e efetividade à representação.

De acordo com a doutrina da OIT, o trabalho decente é uma condição fundamental para a superação da pobreza, redução das desigualdades sociais, garantia de governabilidade democrática e desenvolvimento econômico sustentável.

Esse conceito era uma proposta antiga da OIT, como revelam os documentos por ela escritos, como a Declaração da Filadélfia e Declaração Universal dos Direitos Humanos. No entanto, em 1999, a OIT asseverou ter chegado a hora de formalizar tal conceito, declarando que se tratava de uma síntese de sua missão histórica no sentido de promover oportunidades de trabalho produtivo e de qualidade para homens e mulheres, proporcionando a todos liberdade, equidade, segurança e dignidade humana.

Ressalte-se que esse organismo tem como um de seus objetivos gerais promover os princípios e direitos fundamentais consagrados na sua Constituição e na Declaração de Filadélfia. E o conceito de trabalho decente engloba os quatro objetivos estratégicos da OIT: o respeito aos direitos do trabalho, a promoção do emprego, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social.

O Brasil, adotando a doutrina da OIT, comprometeu-se em tornar realidade o trabalho

decente, o que torna ainda maior a perplexidade e inquietação em relação às inovações legislativas apresentadas. Trata-se da aprovação de uma norma que, além de desestruturar o contrato de trabalho, é traduzida em uma afronta aos princípios basilares do Direito do Trabalho e, como se pode perceber, há compromissos internacionais assumidos pelo país. De fato, há uma violência aos objetivos da OIT para a efetivação do trabalho decente.

Vale ressaltar que o governo brasileiro lançou, em 2006, a Agenda Nacional do Trabalho Decente — ANTD, a qual se sustenta em três objetivos fundamentais: a) gerar maior número de empregos, de melhor qualidade, baseando-se na igualdade de oportunidades e de tratamento; b) erradicar o trabalho escravo e infantil, sendo que, em relação a esse último, deveria haver o combate a suas piores formas; c) fortalecimento do diálogo social, a fim de permitir uma expressão democrática de governo.

Claramente, o atual regramento não é condizente com alguns dos propósitos traçados e que o Brasil tem o dever de efetivar. Agride o objetivo de gerar maior número de empregos de melhor qualidade e baseando-se na igualdade, bem como não permite o fortalecimento do diálogo social entre empregados e empregadores; este, ao contrário, é enfraquecido.

É essencial ao trabalhador terceirizado a efetiva aplicação de mecanismos que garantam isonomia, tratamento igualitário, enquadramento sindical e a responsabilização da empresa tomadora de serviços. O terceirizado deve e merece ser tratado com respeito e dignidade, não havendo razão para distinções, mesmo porque, com o novo regramento, o número de empregados em regime de terceirização aumentará gradativamente.

O trabalho digno e decente é o único capaz de realizar, efetivamente, a justiça social e a democracia. Para isso, a fiscalização deve ser constante. Não basta que o legislador venha a criar uma lei regulamentadora baseada em

princípios trabalhistas, se não houver sua correta aplicação. Com base nisso, é preciso que o legislador corrija as falhas presentes na legislação e efetive a devida proteção ao trabalhador terceirizado.

6. Considerações finais

O mundo está em mutação constante e a sociedade precisa adequar-se aos novos parâmetros da contemporaneidade. Afinal, em cada período da história, predominou um modelo social e de produção e, com o avançar da marcha histórica e o advento do modelo econômico neoliberal, a terceirização emergiu como um fenômeno dos tempos atuais.

Nos dias de hoje, é a forma de flexibilização dos direitos trabalhistas mais utilizada pelas empresas, objetivando a redução de custos e aumento da produção através da descentralização das atividades do empreendimento.

A legislação acerca da terceirização se mostrava esparsa e insuficiente para regular a matéria, o que possibilitava às empresas se aproveitarem da situação de falta de parâmetros, para contratar trabalhadores em condições, por vezes, subumanas de labor. Isto porque a terceirização provoca a redução dos salários com aumento de jornada de trabalho e péssimas condições de trabalho, o que se traduz em uma afronta aos direitos trabalhistas conquistados historicamente e garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Não se poderia exigir que a Súmula n. 331 do TST cumprisse o papel normativo delegado às leis, sendo premente que o legislador se insurgisse de sua posição inerte e criasse uma lei que normatizasse a terceirização trabalhista no Brasil.

Após tanto tempo de omissão legislativa, surge o atual regramento, com as inserções realizadas na Lei n. 6.019/1974, pela Lei n. 13.429/2017, e modificações decorrentes da reforma trabalhista (Lei n. 13.426/2017). As inovações revelam o objetivo de proteção aos empregados contra as reclamações trabalhistas

que hoje abarrotam a Justiça do Trabalho, além de não se preocupar em tutelar o trabalhador, quem verdadeiramente está na posição de hipossuficiente.

Dentre absurdos e considerações genéricas, a legislação autoriza a contratação de pessoal, mediante empresas prestadoras de serviço, para a execução de trabalhos em atividades essenciais ou acessórias da empresa tomadora, ou seja, atividades-fim ou meio, qualquer tipo de atividade.

É a temida permissão da terceirização sem limites, direcionada a tornar os direitos trabalhistas vulneráveis e flexíveis aos interesses da empresa, generalizando os efeitos do fenômeno de forma desarrazoada. Mais uma vez fica clara a tentativa de fazer com que o econômico supere o político e social, independente das consequências negativas as quais podem sofrer os trabalhadores.

Ademais, as novas disposições maculam os objetivos e fundamentos da República Federativa, entre os quais sobressaem a dignidade humana, a valorização do trabalho e a solidariedade, além de desrespeitarem os princípios de proteção ao trabalhador estampados na CLT e, ademais, compromissos internacionais assumidos pelo governo brasileiro, como a Agenda Nacional do Trabalho decente, violando, portanto, preceitos da OIT para a efetivação do trabalho que confira produtividade e qualidade, com segurança, liberdade, equidade e dignidade para os trabalhadores.

Resta claro que o legislador deve buscar soluções que compatibilizem o instituto com os direitos trabalhistas e o trabalho decente, o que, certamente, não comporta a terceirização das atividades-fim da empresa, mesmo porque é inovação eivada de inconstitucionalidade. Não se nega que a terceirização é um fenômeno mundialmente consolidado, característico das relações de trabalho contemporâneas, mas deve ser submetido a regras as quais tenham por finalidade assegurar a proteção ao trabalhador.

As regras regulamentadoras do instituto devem ser pautadas na isonomia salarial, responsabilidade solidária da empresa tomadora quanto às verbas trabalhistas, enquadramento sindical e tratamento igualitário nas questões concernentes à saúde e segurança do trabalho.

Dar voz ao retrocesso é um erro. A valorização do trabalho é o mínimo que se pode esperar de um Estado Democrático de Direito, em que o ordenamento jurídico se funda em princípios democráticos e de justiça social.

7. Referências

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

_____. Decreto-lei n. 5.453, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: maio 2018.

_____. DIEESE. *Nota Técnica n. 172 de março de 2017*. Apresenta as condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br>>. Acesso em: 24 maio 2018.

_____. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. *Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1953, 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://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: maio 2018.

CASTRO, Rubens Ferreira de. *A terceirização no direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 9 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

MELO, Raimundo Simão de. *Lei da terceirização retira garantias e precariza relações de trabalho*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://>

www.conjur.com.br/2017-abr-21/reflexoes-trabalhistas-lei-terceirizacao-retira-garantias-precariza-relacoes-trabalho>. Acesso em: 24 maio 2018.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Terceirização — aspectos jurídicos — responsabilidades — direito comparado. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 58, n. 08, 1994.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2001.

STF. *ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: APF N. 324 DF*. Relator Min. Roberto Barroso, julgado em 9.8.2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 13.8.2018 PUBLIC 14.8.2018.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves. (Coords.). *Terceirização no direito do trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

A (in)aplicabilidade do novo art. 840, § 1º, da CLT, nas ações coletivas

Fausto Nestor Garcia^(*)

Resumo:

- ▶ O objetivo do presente trabalho foi o de analisar a alteração promovida no texto legal que veio para acrescentar a exigência do pedido certo, determinado e com indicação do valor correspondente desde logo nas petições iniciais, e suas implicações na seara coletiva, especificamente mediante o uso da ferramenta da substituição processual. Serviram de base para referido estudo várias doutrinas encontradas em livros e revistas especializadas, sítios eletrônicos, além do próprio texto de lei. Concluiu-se que, especificamente no caso de atuação dos atores coletivos por intermédio da substituição processual deve ser afastada a exigência da indicação do valor dos pedidos.

Palavras-chave:

- ▶ Petição inicial — Requisitos — Ação coletiva — Inaplicabilidade.

Abstract:

- ▶ The purpose of the present work was to analyze the amendment promoted in the legal text that came to add the requirement of the right request, determined and with indication of the corresponding value right away in the Initial Petitions, and its implications in the collective domain, specifically through the use of tool of procedural substitution. Various doctrines found in books and specialized magazines, electronic sites, and the law itself served as the basis for this study. It was concluded that, specifically in the case of collective actors acting through procedural substitution, the requirement to indicate the value of the requests should be rejected.

Key-words:

- ▶ Initial petition — Requirements — Collective action — Inapplicability.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Ações coletivas: as figuras atuantes e a substituição processual

(*) Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga/MG – FADIPA. Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado militante.

- ▶ 3. A apressada reforma trabalhista e suas consequências
- ▶ 4. A reforma trabalhista e seus impactos nas ações coletivas
- ▶ 5. Certeza, determinação e valor dos pedidos: nem sempre é possível
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências

1. Introdução

Na presente obra se fará uma sucinta análise sob a ótica das ações coletivas de como deve se dar a aplicação do novo comando processual insculpido no § 1º do art. 840 do Texto Consolidado, que trouxe do processo civil a regra da liquidez, certeza e determinação dos pedidos, o que até então na Especializada somente era exigido nas ações de rito sumaríssimo.

Após as alterações promovidas pela Lei n. 13.467/17, assim ficou o novo § 1º do art. 840 da CLT:

Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.

A princípio, parece que não cumprir tal determinação é ferir de morte o pedido formulado (e não o processo) nos exatos termos do § 3º do mesmo artigo, razão pela qual se torna necessária uma maior discussão do tema, não só para as ações individuais, mas, e principalmente, sob o viés das ações coletivas, que quase nunca conseguem demonstrar, *ab initio*, o valor dos pedidos, conseqüentemente, o valor da causa.

2. Ações coletivas: as figuras atuantes e a substituição processual

Vigora no direito brasileiro a regra que estabelece que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio”, consoante se infere do *caput* do art. 18 do CPC. Tal determinação é a mola mestra que impulsiona as condições da ação perante o Judiciário, estabelecidas logo antes, no art. 17 do mesmo diploma legal.

Mas, como a ciência do Direito sempre possui suas peculiaridades, existem exceções a esta regra geral, como no caso da legitimação extraordinária, que é exercida por algumas figuras autorizadas pela lei para tanto.

Cita-se como exemplo as autorizações legais conferidas pela Lei n. 7.347/85, legitimando extraordinariamente em seu art. 5º, o Ministério Público, além de outros órgãos e entidades, a intervirem por meio da Ação Civil Pública, sobretudo quando se tratar de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Outro exemplo, talvez o de maior notoriedade acerca da legitimação extraordinária, é o da Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que trouxe mais robustez à matéria, legitimando em seu art. 82, além do Ministério Público, demais interessados ali elencados a proporem ação pela via coletiva.

Por outro lado, sob a ótica justralhista, importantíssimo se atentar à regra contida no inciso III, do art. 8º da CFRB/88, que veio trazendo aos sindicatos a nobre missão de defender os “direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

É bem verdade que, no ramo da Especializada do Trabalho as grandes e atuantes figuras que agem coletivamente são o Ministério Público do Trabalho e os sindicatos que atuam em substituição processual.

Calha registrar, por oportuno, a definição de substituição processual trazida por Carlos Henrique da Silva Zangrando, citado por Vitor Salino de Moura Eça, informando que “substituição processual é, então, o fenômeno

jurídico-processual que ocorre quando, por expressa autorização legal, alguém pleiteia em juízo, ou defende, em nome próprio, direito alheio”.

Ou seja, a substituição processual é exceção à regra geral expressa no *caput* do art. 18 do CPC, já citado.

Por relevante, é importante apontar ainda que, apesar da legitimação conferida para os casos de substituição processual, não é tudo que pode ser questionado ou defendido por esta via processual, sendo inadequada, por exemplo, para defender interesses ou direitos heterogêneos, aqueles que acabam por esbarrar na individualidade, nas matérias fáticas intrínsecas ao personagem do trabalhador em si.

É que, a atuação coletiva visa defender os direitos transindividuais⁽¹⁾, que segundo leciona Eduardo de Oliveira Cerdeira⁽²⁾ são:

[...] aqueles que transcendem os interesses individuais, pertencendo, distintamente consoante a sua espécie, a cada um dos indivíduos integrantes do segmento, grupo, classe, ou categoria, e que em virtude de sua relevância social possuem uma tutela diferenciada.

Feitas as breves considerações, cabe pontuar ainda que, mesmo existindo essa possibilidade de substituir a parte processualmente, por vezes os sindicatos foram impedidos de atuar amplamente nesta condição em razão da restrição imposta pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho, que através da Súmula n. 310, atualmente cancelada, previa o seguinte:

Súmula n. 310 do TST.

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO (cancelamento mantido) – Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 e republicada DJ 25.11.2003

I – O art. 8º, inciso III, da Constituição da República, não assegura a substituição processual pelo sindicato.

(1) Gênero do qual decorrem os direitos difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

(2) CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. *Ações coletivas e a substituição processual pelos sindicatos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 89.

II – A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis ns. 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 3.7.1989, data em que entrou em vigor a Lei n. 7.788/1989.

III – A Lei n. 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria.

IV – A substituição processual autorizada pela Lei n. 8.073, de 30.7.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial.

V – Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade.

VI – É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto.

VII – Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento.

VIII – Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.

Tal injustificada restrição somente veio a cair por terra quando a matéria começou a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que reiteradamente passou a decidir que os sindicatos não somente detinham legitimidade para figurarem como substituto processual da categoria, como também tal legitimidade era ampla e irrestrita.

Ante às diversas decisões antagônicas proferidas pelo STF, a única alternativa restante ao TST foi a de cancelar sua Súmula n. 310 e adotar o posicionamento permissivo, revidendo a matéria. É o que faz nos dias atuais,

onde possui sólida jurisprudência em sentido completamente contrário ao da referida súmula e permite a atuação dos sindicatos para agirem livremente na condição de substituto processual, desde que não se trate de direitos ou interesses heterogêneos.

Grande avanço!

3. A apressada reforma trabalhista e suas consequências

O conhecimento popular há anos já prega: “a pressa é inimiga da perfeição”.

É impossível estudar minimamente a Lei n. 13.467/17, dita reforma trabalhista, sem se atentar ao detalhe do lapso temporal com que a mesma cumpriu todo o processo legislativo. Senão, vejamos.

Com origem no Poder Executivo Federal, o Projeto de Lei n. 6.787/16 foi apresentado à Câmara dos Deputados em 23.12.2016 sob o regime de urgência de tramitação, tendo sido transformado em Lei Ordinária no dia 13.7.2017⁽³⁾.

Ora, considerando que a reforma trabalhista veio trazendo mudanças impactantes no direito material, processual, e coletivo/sindical, não é crível que em apenas alguns meses todas as matérias tenham sido contempladas com os estudos e discussões aprofundadas, técnicas e sérias que se faziam necessárias.

Por outro lado, o Novo Código de Processo Civil de 2015 levou alguns anos no Congresso Nacional para ser aprovado, tendo sido alvo de debates e estudos pontuais promovidos por alguns dos grandes juristas do ramo à disposição dos parlamentares.

Pode se ver que o Novo CPC nasceu do Projeto de Lei do Senado de n. 166/10, que posteriormente foi remetido à Câmara dos Deputados e por lá tramitou como o PL n. 8.046/10

até os idos de 2015, quando foi levado à sanção presidencial, reformando o anterior Caderno Processual de 1973.

Não diferente com o Código Civil de 2002, que para revogar o *codex* de 1916, levou algo em torno de 27 anos de tramitação no legislativo, eis que fora apresentado pelo Poder Executivo em 11.6.1975, com o regime de tramitação ordinária, e apenas foi transformado na Lei n. 10.406 no dia 10.1.2002.

Agora, se por um lado já é confuso compreender a razão da tramitação urgente de um Projeto de Lei que alterou disposições que vinham vigendo desde 1943, por outro, não menos importante é se atentar ao período de *vacatio legis*⁽⁴⁾ das três normas tomadas como exemplo supra apontadas.

O CPC de 2015 teve uma vacância de 1 ano, assim como o Código Civil de 2002, ao passo que a Lei n. 13.467/17, repita-se, que veio alterando as bases do direito material, processual e coletivo/sindical, foi sancionada com uma vacância de 120 dias.

Levando para o mundo prático, a tramitação completa da reforma trabalhista superou inclusive o tempo médio de tramitação de uma simples reclamatória trabalhista em primeiro grau de jurisdição, considerando que a apresentação do projeto inicial da reforma se deu em 23.12.2016, e a entrada em vigor da Lei Ordinária n. 13.467/17 foi em 11.11.2017, e considerando ainda que somente em fase de conhecimento as reclamatórias trabalhistas podem durar mais de 2 anos.

Portanto, o período de 10 meses e 19 dias se demonstra insuficiente para se discutir uma lei de tamanha magnitude e impacto social, e a prova se faz pelas lacunas deixadas que terão de ser supridas pelos Tribunais Trabalhistas, que

(3) A tramitação das leis federais pode ser conferida no sítio virtual da Câmara dos Deputados, que fora utilizada no caso. Informação disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

(4) *Vacatio legis* é um termo do latim que significa vacância da Lei. Em outras palavras, é o tempo que se conta da data de sua publicação até a data de entrada em vigor, que é quando de fato começa a produzir efeitos no mundo jurídico.

não passam pelos seus dias mais fáceis. O novo e intimidador § 2º do art. 8º da CLT que o diga.

Seguindo essa linha de raciocínio, em razão de ter sido a reforma trabalhista aprovada às pressas, é inevitável que não se tenham vazios na lei, dentre os quais aquele que serve de base para o presente trabalho, ou seja, a liquidação dos pedidos em ação coletiva e a relativização do art. 840, § 1º da CLT nesses casos.

Outro breve apontamento que pode ser feito como ilustração do buraco legal deixado é da lavra do professor Bruno Ferraz Hazan⁽⁵⁾, quando aduz que:

[...] A norma não mencionou a possibilidade de emenda à inicial, conforme dispõe o art. 321 do CPC — que pode ser aplicado subsidiariamente ao Direito Processual do Trabalho. De fato, a atitude legal (omissão) parece compreensível quando se tratar de processos sob o rito sumaríssimo, porém, não parece se justificar no procedimento ordinário.

De se notar que as brechas ou lacunas na lei causam extrema insegurança jurídica e devem ser rechaçadas sempre que possível, o que parece que foi ignorado completamente pelos congressistas reformadores ante a urgentíssima necessidade de aprovação do PL n. 6.787/16.

4. A reforma trabalhista e seus impactos nas ações coletivas

É verdade que inserir algumas regras pontuais alterando parcialmente o processo do trabalho era necessário, muito disso em razão da atuação irresponsável e leviana de uma minoria que se valiam da completa informalidade e até mesmo da falta de técnica processual para elaborar pedidos infundados com a ciência do indeferimento certo destes desde o início da lide.

(5) HAZAN, Bruno Ferraz. A “reforma” trabalhista esquematizada: uma análise objetiva e comparada das mudanças e repercussões jurídicas decorrentes da Lei n. 13.467 de 2017 e da Medida Provisória n. 808 de 2017. Belo Horizonte: RTM, 2018. p. 242.

No entanto, do modo em que foi feito, o comando legal impõe injustificadas restrições que impedem o acesso à justiça sem ao menos utilizar critérios lógicos e compreensíveis.

Cita-se como exemplo o art. 790, § 3º, da CLT, que dispõe que fazem jus ao benefício da justiça gratuita apenas aqueles trabalhadores que recebem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, sem explicar minimamente a lógica de tal regra.

Nem mesmo o Código de Processo Civil é tão restritivo ao dispor sobre o tema em seus arts. 98 e 99, que em linhas gerais garantem que a pessoa natural ou jurídica, inclusive, com insuficiência de recursos tem direito à gratuidade de justiça.

Arelado a isto, necessário ainda se observar o contexto sob o viés das ações coletivas à medida em que os sindicatos, por serem pessoa jurídica, raramente conseguem o benefício da gratuidade de justiça, o que compromete e obstaculiza a demanda por essa via, eis que em sua maioria se tratam de ações de grande valor pecuniário que a partir de então deverá ser liquidado desde logo seguindo a regra do §1º, do art. 840, da CLT.

Aliás, se por um lado o empregado restou prejudicado com mudanças impactantes nas normas de direito material e processual, por outro, as entidades sindicais também foram diretamente atingidas com as novas regras impostas pela Lei n. 13.467/17, cita-se como exemplo o fim da contribuição sindical obrigatória.

De nada adianta inserir uma norma jurídica estabelecendo a prevalência do negociado sobre o legislado se a mesma norma faz com que os sindicatos percam significativas fontes de receita.

Acerca do custeio e das regras das receitas sindicais, o ilustre professor Mauricio Godinho Delgado⁽⁶⁾ nos ensina que:

(6) DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 137.

A ordem justralhista brasileira faz menção a quatro tipos de contribuições dos trabalhadores para sua respectiva entidade sindical. Trata-se da contribuição sindical obrigatória, da contribuição confederativa, da chamada contribuição assistencial e das mensalidades dos associados do sindicato.

Merece cautela a análise das alterações promovidas nas bases da arrecadação sindical, eis que podem influenciar diretamente no resultado final de acordos e convenções coletivas de trabalho vindouros, sendo que a partir de agora sentarão à mesa empregadores (ou sindicatos respectivos) oponíveis por sindicatos de empregados que perderão receita e o mínimo de estabilidade financeira. Em bom português, perderão parte da força de negociação.

Justamente a contribuição sindical obrigatória, antes denominada imposto sindical, caiu por terra ante a expressa alteração promovida no novo art. 578 da CLT, que agora prevê apenas quando prévia e expressamente autorizada pelo trabalhador.

Tecendo a teia de raciocínios, com as novas regras estabelecidas no campo do direito processual, atreladas às novas normas e diretrizes da contribuição sindical, agora optativa, ao que se parece, inseriu-se demasiada dificuldade na propositura das ações coletivas interpostas pelos ainda sérios, combativos e atuantes sindicatos de classe que restam.

É que, toda ação judicial implica necessariamente um risco para ambas as partes, cita-se o caso dos adicionais de insalubridade/periculosidade que se tratando de direitos individuais homogêneos podem ser pleiteados pela via da substituição processual, mas dependem inarredavelmente de prova pericial.

Assim, com os inerentes riscos processuais que cercam esse tipo de demanda, atrelados ao fato de que as petições iniciais já deverão trazer o valor dos pedidos e da causa para fins de cálculo de eventuais custas e sucumbências, há um certo desestímulo a esse tipo de intervenção

processual, o que deve ser visto com pesar, uma vez que a substituição do trabalhador em juízo, conforme lição do ilustre professor Vitor Salino de Moura Eça⁽⁷⁾:

[...] livra o trabalhador de perseguições, e ainda torna os direitos trabalhistas mais efetivos. Além disso, desafoga o Poder Judiciário das inúmeras decisões individuais, desgastantes, caras e de baixo preço, porquanto atingem apenas um destinatário. Nas demandas coletivas, num só feito judicial, toda a categoria obtém os proveitos da ação do ente que atua em nome próprio o interesse comum.

De mais a mais, outro benefício a ser lembrado pela substituição processual é que a Justiça do Trabalho já não possuía mais condições de continuar atendendo ao excessivo crescimento das demandas individuais que abarrotavam a Especializada, afetando inclusive seu próprio objetivo de ser uma Justiça célere e eficaz. Assim é que, pela via coletiva pode-se discutir matérias que abrangem uma universalidade de trabalhadores de uma só vez, desafogando em parte o Judiciário Trabalhista.

Em suma, as ações coletivas podem ser uma arma eficaz na Justiça do Trabalho que se abarrotava diuturnamente com inúmeros processos individuais discutindo as mesmas questões, mas para isso acontecer, a aplicação literal e inflexível do §1º do art. 840 da CLT deve ser afastada nesses casos.

5. Certeza, determinação e valor dos pedidos: nem sempre é possível

Se por um lado o legislador reformador manteve a reclamação verbal, não fazendo questão de acabar com o tão debatido e cansativo *jus postulandi*⁽⁸⁾, que na prática quase sempre

(7) EÇA, Vitor Salino de Moura. *Substituição processual sindical no processo do trabalho*. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Vitor_Eca.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018.

(8) Em linhas gerais, é a capacidade postulatória conferida a qualquer pessoa que deseja ingressar com uma reclamação trabalhista, fazendo com que a presença do advogado seja meramente opcional.

se transforma em ‘tragédia’ nas audiências respectivas, por outro, a reclamatória escrita deverá desde logo indicar o valor do pedido, que será obrigatoriamente, também certo e determinado.

É bem verdade que tudo que cerca tal tema ainda é muito novo para saber como se dará a aplicação dessa regra na prática forense, de como ela será exercida pelos advogados e acatada pelos juízes, desembargadores e ministros da Especializada.

Bom, se considerarmos o teor do art. 83 do CDC, que prevê que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”, tudo parece estar resolvido! Basta mudar o *nomen iuris*⁽⁹⁾ da peça processual e não fazê-la como reclamatória trabalhista (em substituição processual).

No entanto, pela relevância, a matéria merece um maior aprofundamento.

Partindo da velha máxima dos hermenêutas de que a lei não contém palavras inúteis, convém abordar o conceito técnico de cada um dos elementos que constroem o pedido na petição inicial.

Em linhas gerais, o pedido certo é aquele expresso, e o pedido determinado é sua quantificação.

Sobre a certeza e determinação do pedido, ensinam Jorge Amaury Maia Nunes e Guilherme Pupe da Nóbrega⁽¹⁰⁾ que:

Pedido certo é o pedido formulado de forma expressa, sem a utilização de formas vagas, genéricas e destituídas de sentido exato. E o pedido deve ser

expresso justamente porque não se admitem pedidos implícitos, ressalvadas as exceções indicadas no próprio Código de Processo Civil (Juros legais, correção monetária e verbas de sucumbência, incluídos os honorários advocatícios). De outra banda, formular pedido determinado significa fazê-lo de modo a não deixar margem a dúvida quanto ao que se pretende, seja em termos de qualidade, seja em termos de extensão, seja em termos de quantidade.

Pode-se entender então que, a indicação do valor do pedido é mero corolário da sua determinação, leia-se, sua quantificação, uma vez que está atrelada ao pedido mediato⁽¹¹⁾ em si.

Curioso ainda se observar que, apesar de no processo do trabalho existir um capítulo específico versando sobre a petição inicial e seus requisitos, caso dos arts. 840 e seguintes da CLT, o que existe também no processo civil, conforme arts. 319 e seguintes do CPC, não há no Texto Celetista um capítulo à parte versando sobre o valor da causa, como o faz o Código de Processo Civil em seus arts. 291 e seguintes.

Da leitura do CPC se depreende que o valor da causa é uma matéria processual a parte constituindo um dos requisitos da petição inicial conforme leitura do item V, do art. 319 do CPC, ao passo que, no processo do trabalho ela é tratada em linhas superficiais e sempre tida como mera base de cálculo para o recolhimento das custas e emolumentos, pagamento de multas processuais e requisito de admissibilidade de recurso de revista consoante se infere do novo inciso I, do § 1º do art. 896-A da CLT.

Feitas tais observações, convém analisar de modo mais minucioso o texto legal celetista

(9) É a denominação jurídica que se dá à peça processual.

(10) NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Peculiaridades sobre o pedido no processo civil de 2015 e no processo trabalhista. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI242941,101048-Peculiaridades+sobre+o+pedido+no+processo+civil+de+2015+e+no+processo>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

(11) O pedido pode ser dividido em imediato e mediato. Imediato é a resposta jurisdicional em si que se busca com o pedido formulado, ou seja, é a sentença em seus diversos efeitos (condenatória, constitutiva, declaratória, executiva, etc.). Mediato é aquilo que se pretende ao final, o pagamento de valores, entrega de coisa etc.

em conjunto com outras normas processuais, na medida do possível, seguindo a regra do art. 769 da CLT.

O ilustre doutrinador professor Mauro Schiavi⁽¹²⁾ já defendia de antes da reforma trabalhista que no processo do trabalho o pedido deveria ser certo e determinado. Vejamos:

O pedido deve ser certo e determinado, somente se admitindo pedido genérico quando houver autorização legal. De outro lado, a inicial que não apresenta pedido não está apta a ser conhecida, pois falta um pressuposto processual de existência da relação jurídica processual.

Entretanto, convém analisar os textos legais que podem ser aplicados ao caso, afastando a literalidade do art. 840, §1º, da CLT, começando pelo art. 324 do CPC, que nos informa:

Art. 324. O pedido deve ser determinado.

§ 1º É lícito, porém, formular pedido genérico:

I – nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados;

II – quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato;

III – quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se à reconvenção.

Brevemente, por pedido genérico deve se entender aquele que, apesar de ser certo, não pré-determina sua quantidade. Noutras palavras, que não vem indicado por cifras previamente estabelecidas.

Convém registrar ainda que o art. 91 do Código Civil estabelece que “Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.

Nesse sentido, por se tratar de ação universal que tutela a complexidade de relações jurídicas havidas entre empregador e seus

empregados, dotadas de valor econômico, demandando acerca de interesses individuais homogêneos⁽¹³⁾, continuará sendo lícito formular pedido genérico, nos exatos termos do art. 324, § 1º, I, do CPC c/c art. 91 do CCB.

Aliás, para esse tipo de ação (substituição processual), torna-se perfeitamente possível a formulação de pedido genérico ainda em razão da regra contida no inciso III, do § 1º do art. 324 do CPC.

É que, a apresentação do completo e certo rol de substituídos, seus cargos, salários e demais documentos úteis ao processo, é prova que recai sobre a reclamada conforme o princípio da aptidão para a prova. Apenas com tais informações seria possível liquidar de modo aproximado o pedido da inicial.

Próximo passo, importante analisar ainda o que está inserto nos arts. 95 e 97, ambos do CDC. É que, no art. 95 se lê que “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”. Logo a seguir, o art. 97 preconiza que “A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”.

Facilmente se depreende da leitura dos dispositivos supratranscritos que a sentença proferida nas ações que versam sobre direitos individuais homogêneos apenas reconhece a responsabilidade do réu através de uma decisão genérica, tão genérica que necessariamente deverá ser submetida à fase de liquidação antes de se iniciar a execução propriamente dita.

O professor Carlos Eduardo Oliveira Dias⁽¹⁴⁾ entende que a liquidação de sentença é “um procedimento complementar à sentença, que ajusta seu comando à um valor pecuniário”.

(13) A regra para a sentença condenatória nas ações que tutelam interesses coletivos *stricto sensu*, além de difusos, é pela dispensa da fase de liquidação, uma vez que nestas há tutela específica, nos termos do art. 84 do CDC.

(14) DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *Teoria e prática da sentença trabalhista*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 145.

(12) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 538.

Pois bem. Importante se observar ainda que a reforma trabalhista nada alterou no art. 879 da CLT que manteve a possibilidade de se proferir sentença ilíquida, devendo esta ser liquidada por cálculos, por arbitramento, ou por artigos.

De mais a mais, um dos maiores nomes do processo do trabalho na atualidade, o ilustre professor Carlos Henrique Bezerra Leite⁽¹⁵⁾ defende que no caso das ações em substituição processual para a tutela de interesses individuais homogêneos, o pedido não somente poderá, como também o deverá ser genérico, vejamos:

Em se tratando de ações que tenham por objeto a tutela de interesses individuais homogêneos ou coletivos, é obrigatória a formulação de pedido genérico, que desaguará em prolação de sentença genérica com a apuração do *quantum debeatur* em liquidação por artigos (CDC, arts. 95 e 98).

Nessa toada, em regra a liquidação de sentença nas ações coletivas que culminarem em decisão genérica será feita por artigos nos termos do art. 879 da CLT.

Ao abordar sobre a liquidação de sentença genérica, o ensinamento do professor Ronaldo Lima Santos⁽¹⁶⁾ é no seguinte sentido:

Nestes não mais se indaga a respeito do *an debeatur*, em relação às sentenças das ações coletivas, no entanto, nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover, ‘cada liquidante, no processo de liquidação, deverá provar, em contraditório pleno e com cognição exauriente, a existência do seu dano pessoal e o nexo etiológico com o dano globalmente causado (ou seja o *an*), além de quantifica-lo (ou seja, o *quantum*)’. Na liquidação, diante da

necessidade de prova de fatos novos, processar-se-á por artigos, ao liquidante caberá provar a existência do dano individual, seu montante e o nexo de causalidade com o dano genérico reconhecido pela sentença”.

Feitas tais considerações, impossível deixar de tratar da implicação direta da nova redação do art. 840, § 1º, da CLT no valor da causa, e, por valor da causa pode se entender como sendo “a expressão econômica dos pedidos formulados pelo reclamante no processo”⁽¹⁷⁾.

O valor da causa no processo do trabalho até então servia apenas para calcular as custas processuais, além de ditar o rito sob o qual tramitaria a reclamação, contudo, pela nova sistemática imposta pela reforma processual, ao que se parece, os advogados dos demandados terão interesse direto em seu correto, senão próximo, apontamento ante a inclusão dos honorários sucumbenciais nessa esfera até então esquecida.

Porém, ao que tudo indica, ao caso se aplicará o art. 291 do CPC, pois apesar de inserir o pedido certo, determinado e com indicação de seu valor no Texto Celetista, a Lei n. 13.467/17 não tratou de regular especificamente o valor da causa nos processos do trabalho, servindo o apontamento valorativo como mera indicação do rito processual.

E, diga-se de passagem, o valor da causa para esse tipo de ação especificamente não chega a ter um rigoroso filtro, muito pelo contrário, no Egrégio TRT da 3ª Região (Minas Gerais) há previsão de mudança de rito processual se o valor da causa for abaixo de quarenta salários mínimos, convertendo-o em ordinário, flexibilizando a matéria nas lides envolvendo a representação sindical e a cobrança da contribuição sindical, que comumente são aplicadas também às substituições processuais na prática forense.

(15) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 432.

(16) SANTOS, Ronaldo Lima. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2003. p. 424.

(17) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 541.

Tudo isto pode ser visto na Instrução Normativa n. 02⁽¹⁸⁾, de 18 de outubro de 2008, da lavra do TRT Mineiro. Vejamos o texto:

INSTRUÇÃO NORMATIVA GP/CR N. 2, DE 18 DE OUTUBRO DE 2008

Dispõe sobre o rito das ações envolvendo Sindicatos x sindicatos e Sindicatos x Empresas, que versarem acerca de questões relacionadas à representação sindical e à cobrança de contribuição sindical.

CONSIDERANDO que a Emenda Constitucional n. 45/2004 acresceu o inciso III ao art. 114, da Carta Magna, atribuindo à Justiça do Trabalho a competência para dirimir conflitos em relação à representação sindical e à cobrança de contribuição sindical;

CONSIDERANDO a dúvida dos Juízos das Varas do Trabalho da 3ª Região concernente ao enquadramento do rito a ser adotado nas causas envolvendo Sindicatos e que discutem questões relacionadas à representação sindical e à cobrança de contribuição sindical, como se infere do PP-00706-2008-000-03-00-0;

CONSIDERANDO que o art. 606, da CLT, perdeu sua eficácia e aplicabilidade em face do disposto no art. 8º, I, da CR, e do entendimento consolidado pelo Ministério do Trabalho, segundo o qual o enquadramento sindical oficial desapareceu com a Constituição da República de 1988, não expedindo o órgão ministerial qualquer certidão de dívida ativa para as entidades sindicais;

CONSIDERANDO que todo arcabouço jurídico desenvolvido no capítulo da CLT destinado aos dissídios individuais, nos arts. 837 e seguintes, em especial no art. 839, leva a inferir que o legislador teve por objetivo privilegiar com o rito sumaríssimo as demandas envolvendo trabalhadores e empregadores;

CONSIDERANDO que o Sindicato não é parte presumidamente mais fraca na relação jurídica para receber as condições favoráveis que o rito sumaríssimo oferece, mormente se considerarmos a grande demanda para os horários no rito sumaríssimo;

CONSIDERANDO a possibilidade de regulação da matéria através de norma interna, por se tratar de regra procedimental; e

(18) Após a finalização do presente artigo o TRT-3 revisou a matéria e revogou a IN n. 02/2008, através da IN n. 40, de 20 de março de 2018.

O PRESIDENTE e o CORREGEDOR do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no uso de suas atribuições legais e regimentais,

RESOLVEM:

Art. 1º No âmbito da Justiça do Trabalho da 3ª Região, as ações envolvendo Sindicatos x Sindicatos e Sindicatos x Empresas, que versarem acerca de questões relacionadas à representação sindical e à cobrança de contribuição sindical, serão distribuídas e cadastradas no rito ordinário, independentemente do valor dado à causa.

Art. 2º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário.

Portanto, nada de muito substancial mudou nesse sentido para as ações coletivas na esfera trabalhista, uma vez que os pedidos formulados nas ações que versarem sobre direitos individuais homogêneos e os coletivos (como exceção à regra da liquidez), poderão ser feitos genericamente, não se aplicando o art. 840, §1º, da CLT, mas sim o art. 324 do CPC.

6. Conclusão

É natural a apreensão que paira nos corretores forenses da nobre Justiça do Trabalho atualmente, contudo, o Direito do Trabalho há de resistir e passar dessa fase obscura e de incertezas que não afligem somente os advogados, mas de um modo geral os serventuários, juízes, desembargadores e ministros da Especializada, que a cada dia vem sofrendo ataques mais incisivos e árduos.

Ao nosso ver, apesar de se tratar de uma fase de readaptação da prática trabalhista, não será necessário abarrotar a Justiça do Trabalho de ações cautelares de exibição de documentos, de produção de prova antecipada, de ações declaratórias sem fins pecuniários, basta uma leitura crítica, atenta e em conjunto de todas as normas que regem o direito pátrio que tudo se resolverá civilizadamente.

Especificamente quanto ao tema objeto de discussão no presente trabalho, entendemos que apesar de ser necessário o cumprimento de alguns importantes requisitos contidos

no novo § 1º do art. 840 da CLT, como por exemplo, o correto endereçamento da petição inicial, a qualificação das partes envolvidas, a causa de pedir, a assinatura do reclamante ou de seu advogado regularmente constituído, além do pedido, que deverá ser certo, este poderá ser genérico sem indicação de seu valor, pelas razões oportunamente apontadas, aplicando-se o art. 324 do CPC.

Portanto, para as ações coletivas, não cumprir no todo a regra contida no novo art. 840, § 1º, da CLT não é causa de aplicação do § 3º do mesmo artigo, tampouco deverá ensejar a aplicação do art. 485, § 3º, do CPC.

De outra sorte, há que se ressaltar que é permitido proferir decisão genérica na Justiça do Trabalho nos exatos termos do art. 879 da CLT, não havendo se falar em incidência do art. 492 do CPC, principalmente quando não se consegue mensurar desde logo o *quantum debeat* nas petições iniciais das ações coletivas.

7. Referências

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. *Ações coletivas e a substituição processual pelos sindicatos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *Teoria e prática da sentença trabalhista*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2016.

EÇA, Vitor Salino de Moura. Substituição processual sindical no processo do trabalho. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Vitor_Eca.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018.

HAZAN, Bruno Ferraz. A “reforma” trabalhista esquematizada: uma análise objetiva e comparada das mudanças e repercussões jurídicas decorrentes da Lei n. 13.467 de 2017 e da Medida Provisória n. 808 de 2017. Belo Horizonte: RTM, 2018.

MINAS GERAIS. 2008. Tribunal Regional do Trabalho. Instrução Normativa n. 2. *Diário de Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 22 jan. 2009. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/759/IN%20TRT3_GP_CR%202_2008%20ORIG.html?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 30 jan. 2018.

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Peculiaridades sobre o pedido no processo civil de 2015 e no processo trabalhista. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI242941,101048-Peculiaridades+sobre+o+pedido+no+processo+civil+de+2015+e+no+processo>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

SANTOS, Ronaldo Lima. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2003.

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

As comissões de empresa como instrumento de clivagem do sindicalismo clássico da função de representação da classe trabalhadora

Marco Aurélio Serau Junior^(*) e Gabriela Varella de Oliveira^(**)

Resumo:

- O presente artigo visa analisar a inovação trazida pela Reforma Trabalhista (Lei Federal n. 13.467, de 13.7.2017) consubstanciada nas chamadas “Comissões de Empresa” (arts. 510-A e seguintes da CLT — Consolidação das Leis do Trabalho). Examina-se sua regulamentação jurídica e seu caráter político, sobretudo se frustram o mandamento do art. 11, da Constituição Federal, e se transformam em um mecanismo de afastamento do movimento sindical clássico da função de representação da classe trabalhadora.

Palavras-chave:

- Direito do Trabalho — Conflitos — Resolução — Comissões de Empresa — Movimento sindical — Representação da classe trabalhadora.

Abstract:

- This article aims at analyzing the innovation of the Labor Reform (Federal Law n. 13.467, dated July 13, 2010), embodied in the so-called “Company Commissions” (articles 510-A et seq. Of the CLT — Consolidation of Labor Laws) its formal regulation when it comes to its political character. The intention is to examine to what extent the regulation brought about by the aforementioned reform is no longer characterized as an implementation of the mandate of Article 11 of the Federal Constitution to be used as an instrument to remove the trade union movement from the worker’s demands.

Key-words:

- Labor Law — Conflict — Resolution — Company Commissions — Trade union movement — Representation of the working class.

(*) Professor da UFPR – Universidade Federal do Paraná, nas áreas de Direito do Trabalho e Previdenciário. Doutor e Mestre em Direitos Humanos (USP). Diretor Científico do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário.

(**) Pós-Graduada pela Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná – EMATRA PR. Advogada sindical no Paraná.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Comissão de empresa x sindicatos: posturas distintas na defesa dos direitos da classe trabalhadora
- ▶ 3. Amplitude e cabimento das comissões de empresa
- ▶ 4. Candidatura à comissão de representantes e processo eleitoral
- ▶ 5. Prerrogativas dos integrantes da comissão de representantes
- ▶ 6. Atribuições da comissão de representantes
- ▶ 7. Conclusões
- ▶ 8. Referências

1. Introdução

O presente artigo visa analisar a inovação trazida pela Reforma Trabalhista (Lei Federal n. 13.467, de 13.7.2017) no que diz respeito às chamadas “Comissões de Empresa”, prevista nos arts. 510-A e seguintes da CLT — Consolidação das Leis do Trabalho.

O trabalho procura examinar, sem esgotar o tema, a forma como se deu a regulamentação das *Comissões de Empresa*, instituto que já se encontrava instituído pelo art. 11, da Constituição Federal de 1988. Procura-se, da mesma forma, analisar o viés político desse novo elemento do Direito do Trabalho, sublinhando-se que tem por objetivo extrajurídico o enfraquecimento do movimento sindical.

Inicialmente, no primeiro tópico, mostra-se um panorama a respeito das diferentes posturas que podem ser adotadas para as agendas de defesa e avanço dos direitos da classe trabalhadora pelos sindicatos e, comparativamente, pelas Comissões de Empresa, conforme suas distintas naturezas.

Em seguida, no segundo tópico, dedica-se à caracterização jurídica das comissões de empresa e de suas perspectivas de atuação a partir da análise das novas disposições normativas trazidas pela Lei n. 13.467/2017, demonstrando o que parece ser o real objetivo pelo qual se deu sua regulamentação, qual seja, o enfraquecimento do movimento sindical.

2. Comissão de empresa x sindicatos: posturas distintas na defesa dos direitos da classe trabalhadora

A resolução de conflitos no Direito do Trabalho ocorre por três distintos caminhos: autodefesa, heterocomposição e autocomposição⁽¹⁾.

A *autodefesa* é a situação em que as próprias partes defendem seus interesses, como a greve ou o *lockout*. A *heterocomposição* ocorre quando a solução do conflito é realizada por terceiro, independentemente de aceitação das partes inseridas na controvérsia (como a arbitragem e decisão judicial).

A terceira modalidade de resolução de conflitos no âmbito do trabalho é a *autocomposição*, isto é, a solução do conflito pelas próprias partes, sem intervenção de terceiros, podendo ser *unilateral*, quando se verifica a renúncia de uma das partes à sua pretensão, ou *bilateral*, quando ocorrem concessões recíprocas, com natureza de transação.

É neste terceiro segmento que se deve estudar a negociação trabalhista levada a cabo pelas diversas formas associativas de trabalhadores⁽²⁾.

(1) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 1.255.

(2) É preciso fazer o registro que as formas associativas de trabalhadores, em sindicatos ou outros formatos, foi inicialmente proibida em toda Europa, a exemplo do que dispôs a conhecida Lei Chapelier, na França, em 1791.

Nesse sentido, conforme José Cairo Jr.:

“a luta dos trabalhadores por melhores condições de trabalho pode ser efetivada em dois níveis distintos. No plano sindical, por meio da atuação das diversas organizações sindicais, ou dentro da própria empresa ou estabelecimento, por meio dos representantes dos trabalhadores.”⁽³⁾

Os sindicatos são organizações de representação dos interesses da classe trabalhadora, criados para compensar o poder dos empregadores na relação contratual hipossuficiente e reconhecidamente conflituosa entre capital e trabalho⁽⁴⁾, através de uma atuação coletiva.

Assim, para que os trabalhadores — como parte estruturalmente hipossuficiente na relação capital-trabalho — tenham maior representatividade nos processos negociais, suas entidades representativas precisam dispor de recursos-políticos e financeiros — para se contraporem ao poder dos empregadores⁽⁵⁾.

De acordo com Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, não há dúvida existente no ordenamento jurídico de que a função representativa essencial dos trabalhadores no mundo do trabalho é de competência do sindicato da categoria profissional de trabalhadores⁽⁶⁾.

Por outro lado, o respaldo jurídico para a criação da representação de empregados dentro das

empresas — independentemente de representação sindical — efetivamente existe, encontrando-se no art. 11, da Constituição Federal:

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

Esse dispositivo da Constituição Federal nunca foi regulamentado, circunscrevendo-se, apenas, a algumas poucas experiências concretas de representações de trabalhadores em determinadas empresas isoladas, como as montadoras de automóveis Volkswagen e Scania, desde os anos 1980⁽⁷⁾, as quais obtiveram reconhecimento jurídico no Precedente Normativo n. 86, do Tribunal Superior do Trabalho, que remetia à aplicação do art. 543 da CLT.

Do ponto de vista do Direito Internacional, a Convenção n. 98 da OIT — Organização Internacional do Trabalho estabelece, em conjunto com a Convenção n. 135, a possibilidade de organização direta dos trabalhadores no ambiente da empresa, desde que não se interfira nas atividades de prerrogativa exclusiva dos sindicatos.

Dispõe o art. 5º da Convenção n. 135 da OIT:

Art. 5º Quando uma empresa contar ao mesmo tempo com representantes sindicais e representantes eleitos, medidas adequadas deverão ser tomadas, cada vez que for necessário, para garantir que a presença de representantes eleitos não venha a ser utilizada para o enfraquecimento da situação dos sindicatos interessados ou de seus representantes e para incentivar a cooperação, relativa a todas as questões pertinentes, entre

Apenas paulatinamente é que o Direito, de modo geral, vai admitindo o exercício de greve e a liberdade sindical ou associativa, hoje plena. EDELMAN, Bernard. A legalização da classe operária. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 413.

(3) CAIRO JR., José. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 1.199-1.200.

(4) Nota Técnica: A importância da organização sindical dos trabalhadores. N. 151. Nov. 2015. Departamento Intersindical de estatística e estudos socioeconômicos – DIEESE. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2015/notaTec151ImportanciaSindicatos/index.html?page=2>>. Acesso em: 23 maio 2018. p. 02.

(5) *Ibidem*, p. 06.

(6) DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil — com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 230.

(7) NICOLADELLI, Sandro Lunard; PASSOS, André Franco de Oliveira. A reforma trabalhista no Brasil a partir de uma perspectiva comparada das reformas na União Europeia. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coords.). *Reforma trabalhista ponto a ponto*. São Paulo: LTr, 2018. p. 199-200; TAVEIRA, Roselene Aparecida. A comissão de representação de empregados na Lei n. 13.467/2017. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto (Coords.). *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 417-418.

os representantes eleitos, por uma Parte, e os sindicatos interessados e seus representantes, por outra Parte.

Pode-se depreender que, no cotejo do art. 11, da Constituição Federal, com o conteúdo da Convenção n. 135, da OIT, a presença das Comissões de Empresa é viável, mas não pode resultar em empecilho para a atuação sindical. Assim, é possível afirmar que a instituição e manutenção das Comissões de empresa deve se condicionar ao fortalecimento do movimento sindical, e não à sua redução:

(...) a pertinência da comissão de representação dos trabalhadores no ordenamento jurídico pátrio é condicionada não apenas à garantia de que sua existência não seja utilizada para o enfraquecimento dos sindicatos interessados, mas também ao incentivo à cooperação em todas as questões pertinentes, entre a comissão e os sindicatos das categorias interessadas e seus representantes⁽⁸⁾.

Contudo, cabe ressaltar que a distribuição de atribuições de cada uma das entidades, todavia, não é isenta de zonas cinzentas sobre as competências de um e outro órgão representativo dos trabalhadores⁽⁹⁾.

Em âmbito nacional, embora já existente o mandamento constitucional desde 1988, coube à Reforma Trabalhista inserir o Título IV-A na CLT, contendo diversos artigos específicos que pormenorizam esse pré-citado dispositivo constitucional, até então não regulamentado.

(8) BRASILEIRO, Ana Clara Matias. Neutralidade e desmobilização coletiva: apontamentos sobre a comissão de representantes dos empregados. *IV Congresso Internacional de Estudos Jurídicos e I Seminário Internacional de Pesquisa em Direito: Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações –TTMMs “Desafios contemporâneos e expansão dos direitos humanos na ordem democrática global”*. 2018. No prelo. p. 5.

(9) NICOLADELLI, Sandro Lunard; PASSOS, André Franco de Oliveira. A reforma trabalhista no Brasil a partir de uma perspectiva comparada das reformas na União Europeia. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coords.). *Reforma trabalhista ponto a ponto*. São Paulo: LTr, 2018. p. 199-200.

A medida não é em essência nova, podendo ser encontrados precedentes similares na comissão de PLR — Participação nos Lucros e Resultados (Lei n. 10.101/2000), bem como na possibilidade de acordo coletivo direto entre empregador e grupo de empregados, nos termos do art. 617, § 1º, da CLT, além do próprio histórico relativo aos “comitês de fábrica” e “organizações operárias nos locais de trabalho”, de matriz socialista⁽¹⁰⁾.

Contudo, o que ocorre é que da forma como se deu a regulamentação e a possibilidade de instituição das Comissões de Empresa, por obra da Lei n. 13.467/2017, estas aparentam ter a finalidade de afastar o movimento sindical das negociações a serem feitas dentro das empresas, bem como de viabilizar o controle da representação dos trabalhadores, em uma clara perspectiva de *negação de luta de classes*.

Nesse sentido, Giovanni Alves já defendia que a crise na estrutura sindical brasileira iria advir de uma nova ofensiva do capital na produção, constituindo um novo e precário mundo do trabalho, que tende a impor limites estruturais para a prática sindical de enfrentamento à lógica do capital no campo da produção⁽¹¹⁾.

Cabe ressaltar que as Comissões de Empresa, da forma como se deu a sua regulamentação, não se colocam como representativas da classe trabalhadora em momentos de enfrentamento e negociação, pois serão constituídas dentro da empresa e com supervisão por parte desta.

Nesse sentido, aponta Ana Clara Brasileiro que a criação das Comissões de Empresa, da forma como fora regulamentada pela Reforma Trabalhista de 2017, parece ser de utilidade para os empregadores:

A criação de uma entidade representativa paralela cuja possibilidade de ação seja minorada e intrinsecamente desafeta

(10) *Ibidem*, p. 199.

(11) ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho. Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, Coleção Mundo do Trabalho, 2000. p. 302.

a conflitos e que, por ser desvinculada ao sindicato da categoria, não possa, sequer, convocar greves ou articular movimentos de resistência dos obreiros, parece ser de grande interesse para as empresas⁽¹²⁾.

Por outro lado, os sindicatos, como entidades de representação dos trabalhadores por excelência, são organizados de forma externa, sem qualquer ingerência da empresa e com autonomia para assumir a necessária posição de enfrentamento na defesa dos direitos da classe trabalhadora, em uma perspectiva de luta de classes.

Ademais, existindo sindicato representativo da classe, questiona-se qual seria a relevância de tais instituições, além de se colocar como maus um instrumento de fragmentação e enfraquecimento dos sindicatos.

Portanto, não se mostra razoável que as Comissões de Empresa façam as vezes do sindicato em qualquer hipótese de negociação trabalhista ou resolução de conflitos entre trabalhadores e empregadores.

Nos próximos tópicos, especialmente a partir da abordagem pontual da natureza e das possibilidades de atuação das Comissões de Empresa, será reforçada essa demonstração de seu caráter de negativa neutralidade na defesa dos interesses dos trabalhadores, em detrimento da representatividade sindical, inerentemente mais combativa.

3. Amplitude e cabimento das comissões de empresa

O art. 510-A, da CLT reformada, indica que é possível estabelecer-se a denominada *comissão de empresa* naquelas que possuam mais de 200 empregados, considerados neste cálculo

todos os diretores empregados, as pessoas com contrato de tempo parcial, aprendizes, trabalhadores intermitentes, com contrato suspenso e etc., ressalvados os trabalhadores terceirizados⁽¹³⁾.

Nos casos de grupo econômico, como as empresas integrantes possuem personalidade jurídica distinta (art. 2º, § 2º, da CLT), cada uma deve ser verificada de forma autônoma quanto à regra da comissão de empresa⁽¹⁴⁾.

Nos termos do art. 510-A, a comissão de empresa terá 3 representantes no caso das empresas com 200 a 3.000 empregados (inciso I); 5 membros no caso das empresas com mais de 3.000 a 5.000 empregados (inciso II); e 7 membros naquelas empresas com mais de 5.000 empregados (inciso III).

Trata-se de um número irrisório de representantes dentro de um universo de empregados muito grande, em que pese esse número de representantes possa ser majorado por negociação coletiva, especialmente com base no art. 611-A, inciso VII, da CLT, e art. 6º, da Convenção n. 135 da OIT⁽¹⁵⁾.

Entende-se que, uma vez alcançado o número exigido para a formação da comissão, sua posterior oscilação não interfere no exercício do respectivo mandato⁽¹⁶⁾.

Da mesma forma, entende-se ser possível a eleição de representantes dos trabalhadores no local de trabalho mesmo em empresas com menos de 200 empregados, em virtude da aplicação de norma coletiva mais benéfica, conforme art. 7º, inciso XXVI, da Constituição e Convenção n. 135 da OIT⁽¹⁷⁾.

Caso a empresa possua empregados em âmbito nacional, assegura-se a eleição de uma

(12) BRASILEIRO, Ana Clara Matias. Neutralidade e desmobilização coletiva: apontamentos sobre a comissão de representantes dos empregados. *IV Congresso Internacional de Estudos Jurídicos e I Seminário Internacional de Pesquisa em Direito: Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações –TTMMs “Desafios contemporâneos e expansão dos direitos humanos na ordem democrática global”*. 2018. No prelo. p. 13.

(13) CAIRO JR., José. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 1200.

(14) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 212.

(15) *Idem*.

(16) *Idem*.

(17) *Ibidem*, p. 213.

comissão de representantes dos empregados em cada Estado ou no Distrito Federal (art. 510-A, § 2º).

É interessante mencionar que a CLT estipula as regras para criação e estabelecimento das comissões de empresa, mas não estabelece sanções para o descumprimento desta regra pelas empresas. De sorte que essa situação possivelmente será levada à Justiça do Trabalho, através de ações inibitórias, inclusive com a fixação de *astreintes*, com fundamento nos arts. 497 e 536 do Código de Processo Civil brasileiro⁽¹⁸⁾.

4. Candidatura à comissão de representantes e processo eleitoral

Qualquer empregado por ser candidato à comissão de representantes, exceto aqueles: a) contratados por prazo indeterminado; b) com contrato suspenso; c) que estejam em período de aviso-prévio, trabalhado ou indenizado (art. 510-D, da CLT).

Essas restrições só se aplicam aos candidatos, e não aos empregados eleitores⁽¹⁹⁾, devendo ser interpretadas restritivamente.

De acordo com Mauricio Godinho Delgado a possibilidade de candidatura se estende também aos trabalhadores terceirizados, nos seguintes termos:

(...) nas empresas em que houver terceirização trabalhista permanente (ao invés de apenas terceirização por contrato de trabalho provisório – Lei n. 6.019/74), com trabalhadores terceirizados ocupando postos de trabalho no estabelecimento ou na empresa de maneira contínua, os parâmetros do art. 510-A devem observar o conjunto de trabalhadores da empresa e do estabelecimento, sob

pena de restar configurada manifesta discriminação dos trabalhadores terceirizados, em desarmonia ao disposto no art. 32, *caput* e incisos I, II, III e IV, da Constituição da República⁽²⁰⁾.

Há o impedimento à reeleição, e o membro que houver exercido a função de representante dos empregados na comissão de empresa não poderá ser candidato nos dois períodos subsequentes (art. 510-D, § 1º, da CLT).

Cogita-se da inconstitucionalidade desse dispositivo, vez que limita direitos políticos do representante⁽²¹⁾, o que ganhou reconhecimento no Enunciado n. 63 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Ademais, tal restrição institui a possibilidade de afastamento da representatividade dos membros da Comissão que já tiverem formado vínculos políticos com os demais empregados, enfraquecendo a organização da classe.

O processo eleitoral para eleição da comissão de empresa encontra-se regulado no art. 510-C, da CLT.

A condução do processo eleitoral será efetuada por meio de uma comissão eleitoral formada por 5 empregados que não sejam os candidatos, sem qualquer interferência da empresa ou do sindicato da categoria (art. 510-C, da CLT).

Exige-se uma convocação com antecedência mínima de 30 dias, contados da data do término do mandato anterior, mediante publicação de edital a ser fixado na empresa, em ampla publicidade, para inscrição das candidaturas (art. 510-C, *caput*, da CLT).

(18) BITENCOURT, Elcimar Rodrigues Reis. Da representação dos empregados. In: ZIMMERMANN, Cirlene Luiza (Coord.). *Reforma trabalhista interpretada — Lei n. 13.367/2017*. Caxias do Sul: Plenum, 2017. p. 186.

(19) CAIRO JR., José. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p.1.201.

(20) DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil — com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 229

(21) NICOLADELLI, Sandro Lunard; PASSOS, André Franco de Oliveira. A reforma trabalhista no Brasil a partir de uma perspectiva comparada das reformas na União Europeia. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coords.). *Reforma trabalhista ponto a ponto*. São Paulo: LTr, 2018. p. 204; DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil — com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 235.

Estranha-se a proibição de participação dos sindicatos, vez que detêm prerrogativa constitucional de tutela dos direitos dos empregados, conforme art. 8º, inciso III, da Constituição Federal⁽²²⁾.

A vedação à interferência da empresa nesse processo eleitoral é compreensível, nos termos do art. 8º, inciso I, da Constituição Federal, que permite a autogestão dos empregados, sem interferências empresariais ou do Estado.

Entretanto, da análise deste dispositivo pode-se depreender que a empresa não se afasta de forma absoluta do processo eleitoral, da forma como se pretende que o sindicato o faça. Primeiro porque em razão da conformação ao poder diretivo os 5 empregados integrantes da comissão eleitoral poderão representar os interesses empresariais, o que não ocorreria em eleições externas, como é o caso das eleições sindicais. Segundo, porque o próprio edital de convocação deverá ser fixado na empresa, relevando o caráter de ligação à empresa que se pretende dar às Comissões de Empresa.

Mais uma demonstração do caráter de negação de luta de classes e aproximação da empresa, refutando a tese de que a atuação das Comissões de Empresa se daria no sentido de defesa dos direitos da classe trabalhadora.

5. Prerrogativas dos integrantes da comissão de representantes

A duração do mandato dos integrantes da comissão de empresa é de um ano, sendo vedada sua nova candidatura nos dois pleitos subsequentes, conforme disposição do art. 510-D, § 1º, da CLT.

Durante esse lapso temporal, o contrato de trabalho não fica suspenso ou interrompido, ou seja, há necessidade da prestação da atividade laboral. Entretanto, o empregado não poderá

ser despedido arbitrariamente, por motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Essa proteção contra despedida arbitrária vigora a partir do registro da candidatura e permanece até após um ano do término do respectivo mandato.

Comparando-se à estabilidade sindical, tal estabilidade estabelecida para os integrantes da Comissão de Empresa não se faz tão efetiva. Demonstrando-se, mais uma vez a negação da luta de classes através da suposta ausência de necessidade de estabilidade.

Questiona-se como poderão os integrantes da comissão de empresa adotarem posturas combativas na defesa dos interesses de sua classe se nem sequer estabilidade possuem. Assim, resta afetada a atuação independente da comissão, uma vez que a pressão econômica poderá ser exercida sobre seus membros⁽²³⁾.

6. Atribuições da comissão de representantes

As comissões de empresa não detêm prerrogativas sindicais como a deflagração de greve, celebração de acordo ou convenção coletiva de trabalho, percepção da contribuição sindical, homologação de termo de quitação anual, substituição processual dos empregados da empresa ou ajuizamento de dissídio coletivo⁽²⁴⁾.

Suas atribuições encontram-se bem delimitadas nos arts. 510-B e 510-E, da CLT reformada, *in verbis*:

Art. 510-B. A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições:

I – representar os empregados perante a administração da empresa;

(23) BRASILEIRO, Ana Clara Matias. Neutralidade e desmobilização coletiva: apontamentos sobre a comissão de representantes dos empregados. *IV Congresso Internacional de Estudos Jurídicos e I Seminário Internacional de Pesquisa em Direito: Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações –TTMMs “Desafios contemporâneos e expansão dos direitos humanos na ordem democrática global”*. 2018. No prelo. p. 10.

(24) CAIRO JR., José. *Curso de direito do trabalho*, 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 1202.

(22) NICOLADELLI, Sandro Lunard; PASSOS, André Franco de Oliveira. A reforma trabalhista no Brasil a partir de uma perspectiva comparada das reformas na União Europeia. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coords.). *Reforma trabalhista ponto a ponto*. São Paulo: LTr, 2018. p. 202

II – aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo;

III – promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos;

IV – buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais;

V – assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical;

VI – encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação;

VII – acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho.

(...)

Trata-se, como se vê, da tentativa de buscar, em diversos aspectos, o entendimento direto dos empregados com o empregador.

Contudo, ao possibilitar que as comissões de representação interna encontrem respostas para os conflitos derivados da relação de trabalho, encaminhando reivindicações dos empregados e representando-os perante o empregador, o texto reformador está, em verdade, sugerindo que tais comissões celebrem com a administração da empresa pacto não muito distinto de um acordo coletivo de trabalho⁽²⁵⁾, atuação que é sabidamente de atribuição exclusiva dos sindicatos, conforme mandato constitucional.

As atribuições delegadas às Comissões de Empresa pelo art. 510-B da CLT, portanto, não deixam de substituir a atuação sindical, entretanto, com uma postura muito menos

combativa e mais ligada à empresa, descon siderando o conflito existente entre capital e trabalho.

7. Conclusões

De acordo com todo o exposto, pode-se concluir que embora inegável o caráter de efetivação do mandamento constitucional das *comissões de empresa*, recém-adotadas no Brasil (art. 510-A e seguintes da CLT, por obra da Reforma Trabalhista), não se pode descon siderar que sua implementação parece ter se dado com o fim de privilegiar os interesses dos empregadores, afastando o movimento sindical da efetiva representação dos trabalhadores.

Ainda que o discurso adotado seja o de que as Comissões de Empresa devem ser constituídas e administradas de forma apartada dos interesses empresariais ou sindicais, verifica-se que, na prática, sua regulamentação favorece a aproximação dos representantes eleitos da empresa e seu distanciamento dos sindicatos, entidades que, por excelência, defendem os interesses da classe trabalhadora de forma combativa.

Portanto, a instituição, pela Reforma Trabalhista de 2017, das Comissões de Empresa, aparenta se caracterizar como um desvio da resolução de conflitos via sindicato, negando o caráter de interesses ambíguos inerente à relação de trabalho como forma de velar a luta de classes e favorecer os interesses empresariais.

8. Referências

BITENCOURT, Elcimar Rodrigues Reis. Da representação dos empregados. In: ZIMMERMANN, Cirlene Luiza (Coord.). *Reforma trabalhista interpretada — Lei n. 13.367/2017*. Caxias do Sul: Plenum, 2017.

BRASILEIRO, Ana Clara Matias. Neutralidade e desmobilização coletiva: apontamentos sobre a comissão de representantes dos empregados. *IV Congresso Internacional de Estudos Jurídicos e I Seminário Internacional de Pesquisa em Direito: Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações — TTMMs* “Desafios contemporâneos e expansão dos direitos humanos na ordem democrática global”. 2018. No prelo. p. 8.

(25) BRASILEIRO, Ana Clara Matias. Neutralidade e desmobilização coletiva: apontamentos sobre a comissão de representantes dos empregados. *IV Congresso Internacional de Estudos Jurídicos e I Seminário Internacional de Pesquisa em Direito: Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações — TTMMs*. “Desafios contemporâneos e expansão dos direitos humanos na ordem democrática global”. 2018. No prelo. p. 8.

dos direitos humanos na ordem democrática global". 2018. No prelo.

CAIRO JR., José. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil — com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. São Paulo: Boitempo, 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Reforma trabalhista — análise crítica da Lei n. 13.467/2017*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

MACHADO, Sidnei. A reforma trabalhista no Brasil a partir de uma perspectiva comparada das reformas na União Europeia. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coords.). *Reforma trabalhista ponto a ponto*. São Paulo: LTr, 2018.

MATEUS DA SILVA, Homero Batista. *Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei n. 13.467/2017 — artigo por artigo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NICOLADELLI, Sandro Lunard; PASSOS, André Franco de Oliveira. A reforma trabalhista no Brasil a partir de uma perspectiva comparada das reformas na União Europeia. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coords.). *Reforma trabalhista ponto a ponto*. São Paulo: LTr, 2018.

NOTA TÉCNICA: *A importância da organização sindical dos trabalhadores*. N. 151. Nov. 2015. Departamento Intersindical de estatística e estudos socioeconômicos – DIEESE. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2015/notaTecnica151ImportanciaSindicatos/index.html?page=2>>. Acesso em: 23 maio 2018.

TAVEIRA, Roselene Aparecida. A comissão de representação de empregados na Lei n. 13.467/2017. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto (Coords.). *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

Gripe espanhola no longo inverno brasileiro: lições das reformas de um mercado de trabalho ultraflexível (o triunfo da análise puramente econômica no direito do trabalho)

Renato Bignami^(*)

Resumo:

- ▶ As reformas do mercado de trabalho espanhol, realizadas no ambiente posterior à crise mundial ocorrida em 2008, vêm sendo citadas como uma das grandes fontes de inspiração para a denominada “modernização da lei trabalhista brasileira”, realizada em 2017. Nesse sentido, diversos institutos recentemente introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro teriam sido inspirados nos dispositivos legais espanhóis. No entanto, no âmbito do campo da promoção de trabalho decente e do desenvolvimento sustentável, as lições que vêm do país ibérico são ainda mais contundentes e não recomendariam a utilização de nenhum atalho, que dirá uma “ponte para o futuro”, nas palavras utilizadas pelo governo para impulsionar as reformas. Na Espanha, muitas das reformas introduzidas assinalaram para um aumento da precariedade no ambiente de trabalho. Tais são os ensinamentos que vêm sendo igualmente erigidos a partir da edição da Lei n. 13.429, de 31.3.2017, que abriu as portas para a terceirização ampla, irrestrita e irresponsável, e da Lei n. 13.467, de 13.7.2017, que terminou por reformar profundamente a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT. Assim, observa-se que nem todas as influências vindas de além-mar são benéficas para o mercado de trabalho nacional, devendo ser, de plano, rejeitadas, sob pena de o marcarmos de forma negativa e permanente.

Palavras-chave:

- ▶ Reformas do mercado de trabalho espanhol — Ultraflexibilização — Modernização trabalhista — Precariedade laboral.

(*) Bacharel e Mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Doutor em Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social pela Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Auditor-fiscal do trabalho, da Superintendência Regional do Trabalho em São Paulo, onde fundou e coordenou o Programa Estadual de Erradicação do Trabalho Escravo.

Autor de inúmeros artigos e obras sobre o direito do trabalho, vem se dedicando a temas relacionados com os direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, a reestruturação produtiva e seus impactos no direito do trabalho, a inspeção do trabalho, a administração pública do trabalho e a promoção de trabalho decente nas cadeias de valor.

Abstract:

- ▶ The Spanish labor market reforms carried out in the aftermath of the global crisis in 2008 have been cited as one of the greatest sources of inspiration for the so-called “modernization of the Brazilian labor law”, held in 2017. In this sense, several institutes recently introduced in the Brazilian legislation would have been inspired by the Spanish legal provisions. However, in the field of the promotion of decent work and sustainable development, the lessons that come from the Iberian country are even sharper and would not recommend the use of any shortcut, which will be a ‘bridge to the future’, in the words used by the government to foster the new legislation. In Spain, many of the reforms introduced point to an increase in precariousness in the work environment. Those are the lessons that have been taught since the edition of Law n. 13,429, from 31 March 2017, which opened the doors for the large, unrestricted and irresponsible outsourcing, and Law n. 13,467, from 13 July 2010, which ended by profoundly reforming the Brazilian Consolidation of Labor Laws – CLT. Thus, it is observed that not all influences coming from overseas are beneficial to the national labor market, and should be rejected on the whole, otherwise they will be marked negatively and permanently.

Key-words:

- ▶ Spanish labor market reforms — Ultra-flexibilization — Labor modernization — Labor precariousness.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Redemocratização, Pactos de Moncloa e adesão à União Europeia: as origens do novo modelo ultraflexível de relações de trabalho espanhol
- ▶ 3. Crise econômica de 2008 e a nova configuração do sistema de relações de trabalho espanhol: lições das reformas de um mercado de trabalho ultraflexível
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências

“O trabalho incessante, enorme, irrita e exagera o desejo das riquezas; aferventa o cérebro, sobreexcita a sensibilidade, a população cresce, a concorrência é áspera, as necessidades descomedidas, infinitas as complicações econômicas, e aí está sempre entre riscos a vida social. Entre riscos, porque vem a luta dos interesses, a guerra das classes, o assalto das propriedades e por fim as revoluções políticas.”

Eça de Queirós, Prosas bárgaras, 1912.

“A única função das previsões econômicas é fazer com que a astrologia pareça respeitável.”

Ezra Solomon, economista da Universidade de Stanford, 1985.

“É a economia, estúpido.”

Bordão cunhado pelo estrategista de Bill Clinton, James Carville, que o teria auxiliado em sua corrida vitoriosa para a Casa Branca, na campanha de 1992.

1. Introdução

A Espanha é um dos países mais fascinantes que existem. Em um espaço relativamente pequeno, quando comparado com o Brasil, diferentes geografias, culturas e costumes convivem em tênue equilíbrio, determinando a organização de uma sociedade tão rica em história quanto em experiências para compartilhar. Desde o Tratado de Tordesilhas, ratificado em 1494 por Portugal e pela Coroa de Castela a

fim de dividir as terras “descobertas e por descobrir”⁽¹⁾ no além-mar, somos influenciados pelos fatos que ocorrem na Península Ibérica.

Além disso, atribui-se à proximidade cultural entre o Brasil e a Espanha uma parcela substancial das características do acervo jurídico nacional. A partir da contribuição de normas, tais como as ordenações filipinas, espinha dorsal do sistema jurídico castelhano até o século XIX, foi-se moldando, pouco a pouco, o ordenamento brasileiro.

No entanto, apesar das notáveis influências culturais, jurídicas, políticas e sociais deixadas pela Espanha, majoritariamente positivas para a construção da nossa identidade nacional, há também aspectos nocivos derivados dessa proximidade. A gripe espanhola surgiu exatamente há 100 anos, no começo de 1918, e, rapidamente, se irradiou por diversas partes do mundo, Brasil inclusive, tornando-se a mais letal pandemia do século XX. Em que pese o fato de sua origem geográfica ser desconhecida, atribuiu-se à Península Ibérica a origem das cepas virais que se difundiram pelo Brasil, onde chegaram no final do mesmo ano. Apenas em solo nacional, estimam-se cerca de 35.000 óbitos atribuídos à doença.

No âmbito da promoção de trabalho decente e do desenvolvimento sustentável, as lições que vêm do país ibérico são ainda mais contundentes e não recomendariam a utilização de nenhum atalho, que dirá uma “ponte para o futuro”⁽²⁾. Tal como a que foi erigida a

partir da edição da Lei n. 13.429, de 31.3.2017, que abriu as portas para a terceirização ampla, irrestrita e irresponsável, e da Lei n. 13.467, de 13.7.2017, que terminou por reformar profundamente a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT. A principal inspiração para esses ventos reformistas teria recaído sobre as mais recentes reformas do mercado de trabalho espanhol, segundo nota da Presidência da República acerca do ajuste efetivado⁽³⁾. Daí a necessidade de compreendermos qual o alcance, o objeto e os principais aportes das mais recentes reformas do mercado de trabalho espanhol e seu fundamento teleológico, em contraste com as mudanças introduzidas no ordenamento brasileiro.

2. Redemocratização, Pactos de Moncloa e adesão à União Europeia: as origens do novo modelo ultraflexível de relações de trabalho espanhol

O regime franquista, que governou a Espanha entre 1939 e 1975, erigiu as bases do sistema de relações de trabalho que vigorou naquele país durante a maior parte do século XX. A fase autoritária da política contemporânea espanhola atingiu o seu fim com a promulgação da Constituição de 1978, fato que também trouxe profundos reflexos para o direito do trabalho.

Até a completa redemocratização, a Espanha experimentou um único tipo de contrato de trabalho assalariado: o contrato por prazo indeterminado, baseado no princípio da estabilidade no posto de trabalho realizado durante uma jornada fixa de 40 horas semanais e dotado de altos custos para a demissão do trabalhador, o que, na prática, inviabilizava a

(1) A citação às terras “descobertas e por descobrir”, entretanto, consta de outro documento histórico elaborado no contexto dos descobrimentos ibero-americanos do século XV, o Tratado de Alcáçovas, de 1479, firmado entre os Reinos de Portugal, de um lado, e Castela e Aragón, do outro, com o objetivo de colocar um fim na guerra de sucessão à coroa castelhana, assim como regulamentar a posse das terras a leste e a oeste do Oceano Atlântico.

(2) “Uma ponte para o futuro” foi a denominação do programa do governo de transição coordenado pelo Presidente Michel Temer e o PMDB, no qual constam as bases das reformas trabalhistas que viriam a ser

implantadas. Disponível em: <http://pmdb.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELEASE-TEMER_A4-28.10.15-Online.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2017.

(3) Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/04/presidente-ressalta-semelhancas-nas-reformas-fiscais-de-brasil-e-espanha>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

sua ocorrência⁽⁴⁾. Com o fim do franquismo e o início da era democrática, deu-se início à efetivação de uma série de reformas trabalhistas. Sob um contexto econômico deteriorado em virtude de fatos marcantes, como a crise do petróleo da década de 1970 e a falência do modelo franquista, urgia alterar completamente o sistema econômico e jurídico que lastreava o regime político anterior.

A partir da democratização, as mudanças políticas advindas e a crise econômica da segunda metade dos anos 1970, provocada pela alta dos preços do petróleo, passam a modificar as bases do sistema de relações de trabalho espanhol⁽⁵⁾. A contraposição entre um posto de trabalho estável, permanente, baseado na contratação por prazo indeterminado, e outro, instável, precário, efêmero e lastreado nos contratos temporários e outras formas atípicas de arranjo contratual, faz parte do mesmo antagonismo representado pelo uso das palavras rigidez e flexibilidade que marcaram a passagem do sistema franquista para a democracia.

O período histórico de transição, desde a morte de Franco até a promulgação da Constituição de 1978, é, sem dúvida, de uma riqueza incontestável sob uma perspectiva social. O surgimento do Estatuto dos Trabalhadores, em 1980, apareceu como o capítulo final dessa

fase de transição jurídica, ou, dependendo do ponto de vista, inicial, para um novo modelo de relações de trabalho que, a essa altura, ainda não se mostrava acabado.

Deve-se notar que os conhecidos Pactos de Moncloa⁽⁶⁾ são o gatilho da flexibilidade do mercado de trabalho espanhol, por estimularem o avanço e a disseminação desenfreada da contratação temporária como principal estímulo da empregabilidade⁽⁷⁾. À época, os pactos haviam sido ratificados sob uma atmosfera de crise extrema e, por essa razão, a contratação temporária acausal⁽⁸⁾ foi desde logo definida como a principal política de emprego ativa capaz de enfrentar a desocupação galopante daqueles tempos, surgindo em um cenário de completa lacuna legislativa existente entre a edição da Lei de Relações do Trabalho, de 1976, que não permitia a contratação temporária acausal, e do texto original do Estatuto dos Trabalhadores, de 1980, já adaptado a esse novo mecanismo.

Desde a edição do Estatuto dos Trabalhadores, publicado antes da entrada da Espanha na União Europeia, em 1985, uma série de reformas do mercado de trabalho foi realizada. Buscou-se sempre a consolidação de uma maior flexibilidade laboral, a ser alcançada por meio da facilitação da contratação temporária sem causa como a principal medida de impulso à geração de emprego. A adesão à União Europeia pressupôs novas pressões sobre o mercado de trabalho espanhol, agora integrado e inteiramente sujeito à livre circulação de pessoas, bens, serviços e

(4) A preferência pelo contrato de duração indeterminada é típica do período pós-guerra na Espanha e coincide com uma maior industrialização e estabilidade econômica promovida nos anos 50 e 60 e também pode ser explicada pela centralização política. O Código do Trabalho, de 1926, apresentava preferência pelos contratos temporários, uma vez que rejeitava a presunção de indefinibilidade do termo contratual, tão característica das horrendas servidões feudais que urgiam ser extintas, e tanto na Lei do Contrato de Trabalho, de 1931, quanto na de 1944, a determinação do prazo do contrato de trabalho era matéria para a autonomia da vontade das partes. Nesse sentido, v.: MARTINEZ EMPERADOR, Rafael. *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*. Madrid: Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1983. p. 20.

(5) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Poder normativo del Estado y sistema de relaciones laborales: menos derechos pero más derecho y desigual. In: *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Las Rozas (Madrid): La Ley-Actualidad n. 17, p. 2, set. 2000.

(6) Disponível em: <<http://www.vespito.net/historia/transi/pactos.html>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

(7) LÓPEZ CUMBRE, Lourdes. El principio de la estabilidad en el empleo. In: DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Dir.). *Los principios del derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003. p. 296-297.

(8) Era aquela que se realizava independentemente de uma causa ou motivo determinante, bastando, para a contratação temporária ou por prazo determinado, que o trabalhador estivesse simplesmente desempregado para, automaticamente, ser alocado em um posto de trabalho temporário.

capitais prevalente naquela comunidade, e o consequente aumento da concorrência entre as empresas. A partir da integração à estrutura criada e desenvolvida desde a edição do Tratado de Roma⁽⁹⁾ os influxos jurídicos no ordenamento espanhol passaram a dispor de um novo componente a exercer pressão e influência cotidiana: o direito social comunitário que, de forma um tanto errante, ora determinava a ampliação da flexibilidade do mercado de trabalho e ora a restrição, em sua tarefa harmonizadora dos ordenamentos comunitários.

Contudo, ainda que os esforços flexibilizadores fossem notáveis, a destruição do emprego e do tecido produtivo espanhol foram marcantes no curso dos anos 1980 e 1990. A noção de que, a partir da democratização, o ordenamento estatal em vigor já não protegia todos os trabalhadores de modo efetivo, revelou um modelo precário de flexibilidade fortemente marcado pelo conhecido encadeamento de contratos temporários no tempo e no espaço⁽¹⁰⁾, e também pela intensa dualidade do mercado de trabalho espanhol⁽¹¹⁾.

Tristemente, no final da década de 1990, o acúmulo de erros registrados pelo legislador espanhol, nas duas décadas anteriores, já dava sinais claros do equívoco que havia sido confiar na contratação temporária acausal como política

reduzora do desemprego. Mesmo assim, no Brasil de 1998 entendeu-se que a Espanha poderia novamente ser uma fonte de inspiração para a redução dos alarmantes níveis de desemprego experimentados em solo nacional. A publicação da Lei n. 9.601, de 21.1.1998, que dispôs sobre o contrato de trabalho por prazo determinado acausal para reduzir o desemprego no Brasil, obedeceu a essa lógica. À época, a edição dessa norma foi igualmente anunciada como uma grande oportunidade de geração de postos de trabalho, mas acabou decepcionando profundamente em sua capacidade de cumprir com esse papel, assim como já havia ocorrido na Espanha.

3. Crise econômica de 2008 e a nova configuração do sistema de relações de trabalho espanhol: lições das reformas de um mercado de trabalho ultraflexível

As reformas trabalhistas realizadas entre 2010 e 2012 na Espanha consolidaram uma visão estritamente econômica do Direito do Trabalho, segundo a qual o direito do trabalho serve apenas e tão somente para garantir alguns direitos mínimos e, substancialmente, facilitar os negócios das empresas. Consequentemente, segundo essa corrente de pensamento, a própria empregabilidade do trabalhador estaria garantida, independentemente da qualidade do posto de trabalho que está sendo gerado. Certamente, a crise econômica global que começou em 2008 contribuiu de maneira contundente para a introdução de mecanismos controversos no ordenamento espanhol. As medidas efetivadas não apenas reduziram o valor do trabalho, mas também ampliaram ainda mais as margens de flexibilidade do contrato de trabalho e potencializaram a segmentação existente no mercado de trabalho, contribuindo substancialmente para uma deterioração crescente das relações de trabalho naquele país.

A crise econômica de 2008 agravou a situação geral do mercado de trabalho europeu, aprofundando a dualidade e as diferenças

(9) Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:xy0023>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

(10) Efeito presente no sistema de relações de trabalho espanhol; está relacionado com o excesso de contratação temporária naquele país; assim, no decorrer de determinado decurso de tempo, vários contratos de trabalho por prazo determinado vão-se sucedendo no mesmo posto de trabalho e com o mesmo trabalhador, tornando a relação de trabalho insegura, instável e pouco atrativa, além de não estimular investimentos de qualquer espécie na formação do trabalhador e limitar suas possibilidades de acesso a créditos de diversas naturezas no mercado financeiro.

(11) Fenômeno intensificado a partir da consolidação da contratação temporária como principal política ativa de emprego, no qual há uma polarização entre dois tipos de posto de trabalho, um adequado, protegido, baseado na contratação por prazo indeterminado, em contraste com outro precário, insuficientemente protegido e baseado na contratação temporária.

existentes entre *insiders* e *outsiders*⁽¹²⁾, bem como pressionou os governos dos países comunitários por mais ajustes nas políticas macro e microeconômicas. Na Espanha, o resultado imediato foi uma greve geral que contou com a participação de mais de cinco milhões de trabalhadores, além de mais pressões para outra reforma do mercado de trabalho. As principais reformas realizadas, nessa época, foram introduzidas pela Lei n. 35/2010, pelo Real Decreto-lei n. 7/2011 e pela Lei n. 3/2012.

Sob o ponto de vista puramente formal, as normas que entraram no sistema jurídico espanhol a partir da edição da Lei n. 35/2010 representaram algumas novidades intrigantes e polêmicas. Ao final do furor reformista, esses diplomas legais baratearam e facilitaram a rescisão contratual, modificaram os termos referentes à formação profissional, flexibilizaram ainda mais as contratações temporárias e a tempo parcial, eliminaram novamente o princípio da causalidade, que fora reintroduzido no direito espanhol nos anos 1990 em vista de sua patente disfuncionalidade jurídica, a fim de novamente estimular a contratação temporária dos mais jovens. Ademais, facilitaram a mobilidade funcional e geográfica, a dispensa coletiva e extinguíram a ultratividade das convenções e acordos coletivos. Sendo assim, as reformas tiveram apenas um único propósito: ampliar a capacidade de flexibilidade da gestão da mão de obra com a pretensão de que as medidas seriam suficientes para estimular a escassa oferta de emprego e reduzir a intensa dualidade do mercado de trabalho, causada, principalmente, por uma série de políticas ativas de emprego

(12) A teoria *insider-outsider* foi elaborada na década de 80 pelos economistas Assar Lindbeck, da Universidade de Estocolmo, e Dennis Snower, do Instituto Kiel para a Economia Mundial, e baseia-se na noção de que, no mercado de trabalho, há postos de trabalho devidamente protegidos, os *insiders*, que gozam de suficientes direitos sociais, enquanto existem outros, os *outsiders*, precários e sem direitos, possibilitando o surgimento de um fenômeno responsável por gerar dualidade no mercado de trabalho, com graves prejuízos à coesão social esperada da regulação de natureza trabalhista e previdenciária. Disponível em: <<http://ftp.iza.org/dp534.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2017.

equivocadas e efetivadas no curso das duas décadas anteriores⁽¹³⁾. Por fim, ao optar por novamente privilegiar o trabalho temporário como a solução central para o grave problema do desemprego estrutural vigente, o legislador espanhol estimulou a fraude ao contrato de trabalho como a única possibilidade tanto de política de emprego ativa quanto de flexibilidade laboral, assim como o faz agora a legislação brasileira, após as reformas trabalhistas efetivadas.

Apesar da flagrante e declarada inspiração no reformismo espanhol, as reformas brasileiras, entretanto, dispuseram de mecanismos substancialmente diversos daqueles postos em prática na Espanha. A terceirização ampla e irrestrita regulada pelas reformas brasileiras, sem mecanismos de salvaguarda, não encontra paralelo no ordenamento espanhol, que pressupõe a solidariedade jurídica entre tomador e prestador de serviços como eixo fundamental da externalização produtiva. O trabalhador autônomo economicamente dependente, por sua vez, conta com a proteção da lei na Espanha, diferentemente do que veio a prevalecer no ordenamento brasileiro. Da mesma forma, não existe no ordenamento espanhol a figura do hipersuficiente, completamente descoberto da proteção da lei, nem a do trabalho intermitente, da forma como foi efetivada no Brasil. O contrato de trabalho intermitente introduzido no ordenamento brasileiro é substancialmente diverso de seu congêneres espanhol, denominado contrato de trabalho fixo descontínuo, já que este pressupõe negociação coletiva para ter validade e contém uma série de mecanismos que impedem a depreciação salarial ultraflexível presente na modalidade brasileira, assemelhada aos polêmicos e precarizantes contratos “zero hora” britânicos. Não obstante, a opção legislativa imposta faz com que efeitos semelhantes venham sendo também observados

(13) BAYLOS GRAU, Antonio. El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario. In: *Revista de derecho social*, Albacete, Editorial Bomarzo, n. 57, p. 9-18, 2012.

no mercado de trabalho espanhol, a partir das inúmeras facilidades para a contratação por prazo determinado, o que vem gerando, no país ibérico, uma redução substancial da quantidade de horas que são efetivamente trabalhadas e o consequente rebaixamento salarial genérico de uma parcela considerável dos trabalhadores⁽¹⁴⁾. Os efeitos deletérios dos contratos “zero hora” na educação e no mercado de trabalho britânico já são conhecidos, indicando forte tendência à deterioração geral da saúde dos jovens com menos de 25 anos sujeitos a esse tipo de contratação⁽¹⁵⁾.

Igualmente, no âmbito das instituições da União Europeia, em julho de 2017, adotou-se o texto da Resolução do Parlamento Europeu 2016/2221(INI), sobre as condições de trabalho e o emprego precário⁽¹⁶⁾. O referido texto reapresenta diversos e relevantes aspectos sobre o trabalho precário, os principais fatores que levam a ele, além da tipologia contratual em que há uma ampliação do risco de se estabelecer uma contratação precária. Os aspectos seriam os seguintes:

- pouca ou nenhuma segurança laboral, devido ao caráter não permanente do emprego, como acontece em contratos de trabalho a tempo parcial involuntários e muitas vezes marginais e, em alguns Estados-Membros, o estabelecimento de horários de trabalho pouco claros e funções que mudam de acordo com as necessidades patronais;
- proteção rudimentar contra a dispensa e falta de proteção social suficiente em caso de sua ocorrência;

(14) V. a esse respeito estudo elaborado pelo *think tank* Fedea, que destaca essa tendência negativa no mercado de trabalho espanhol, disponível em: <<http://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2017-25.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

(15) Disponível em: <<https://nextstepsstudy.org.uk/being-on-a-zero-hours-contract-is-bad-for-your-health-new-study-reveals/>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

(16) Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0290+0+DOC+XML+V0//PT>>. Acesso em: 21 jan. 2018

- remuneração insuficiente para que o trabalhador possa disfrutar de uma vida digna;
- poucos ou nenhum direitos ou prestações de proteção social;
- nenhuma ou pouca proteção contra a discriminação;
- nenhuma ou poucas perspectivas de progressão no mercado de trabalho ou de desenvolvimento na carreira ou de oportunidades de formação profissional;
- baixo nível de direitos coletivos e poucos direitos à representação coletiva;
- um ambiente de trabalho que não reúne as normas mínimas de saúde e de segurança.

Além disso, a Resolução recorda que a Agenda do Trabalho Decente da OIT indica que o mercado de trabalho europeu deve, em especial, proporcionar:

- um salário de subsistência, que garanta igualmente o direito de liberdade de associação;
- contratos coletivos em conformidade com as práticas dos Estados-Membros;
- a participação dos trabalhadores nos assuntos da empresa, em conformidade com as práticas dos Estados-Membros;
- o respeito à negociação coletiva;
- a igualdade de tratamento dos trabalhadores no mesmo local de trabalho;
- a saúde e segurança no trabalho;
- a proteção social para os trabalhadores e as pessoas a seu cargo;
- normas relativas à jornada de trabalho e de repouso;
- proteção contra a dispensa;
- acesso à formação e à aprendizagem ao longo da vida;
- apoio ao equilíbrio entre vida profissional e familiar para todos os trabalhadores, salientando que respeitar esses direitos também é essencial para melhorar a aplicação da legislação laboral e social.

Por fim, o expediente comunitário fixa os indicadores de uma verdadeira relação de emprego, segundo a OIT, a serem reconhecidos pelos ordenamentos nacionais, assinalando os seguintes critérios:

- o trabalho é exercido de acordo com instruções e sob a supervisão de outra parte;
- a atividade envolve a integração do trabalhador na organização da empresa;
- a ocupação é desempenhada, exclusiva ou essencialmente, em benefício de outrem;
- as tarefas têm de ser realizadas pessoalmente pelo trabalhador;
- os afazeres são realizados dentro de um horário específico ou num local de trabalho especificado ou acordado com a parte que solicita o trabalho;
- as funções possuem uma duração concreta e uma continuidade determinada;
- as atividades requerem a disponibilidade do trabalhador ou implicam o fornecimento de ferramentas, materiais e maquinário pela parte que solicita o trabalho;
- o trabalhador auferir uma remuneração periódica, que constitui a sua única ou principal fonte de rendimento, e pode ser efetuado um pagamento em espécie, como, por exemplo, com alimentação, alojamento ou transporte;
- o trabalhador se beneficia de direitos como o descanso semanal e férias anuais.

A Resolução n. 2016/2221(INI) está seguindo seu trajeto no âmbito europeu, a fim de instar os Estados-Membros a adaptarem seus ordenamentos jurídicos para garantir maior segurança jurídica e mais proteção para a relação de trabalho. Ainda que não sejam juridicamente vinculantes, as resoluções têm exercido um importante papel informador aos legisladores nacionais no âmbito da União Europeia, indicando tendências a serem respeitadas e efetivadas por todos em proveito comum.

Por sua vez, a marcha em direção à completa liberalização das relações de trabalho na

Espanha não esteve privada de seus próprios obstáculos. A intensa dualidade do mercado de trabalho, que tão bem traduziu a realidade laboral dos últimos 30 anos na Espanha, foi seguida de maneira quase gráfica pela polarização ideológica. Em 2009, dois grupos de especialistas estabeleceram um debate informal que, em última instância, revelou os principais argumentos a favor e contra as reformas que viriam a acontecer.

O denominado “grupo dos 100 economistas”, composto por especialistas e pesquisadores reunidos em grande parte em torno do *think tank* espanhol Fedea, baseou sua posição a favor das reformas no mercado de trabalho, apesar de reconhecer não haver conexão alguma entre a crise e a legislação de proteção anteriormente existente. Em abril de 2009, o grupo publicou o manifesto denominado “Proposta para a reativação do mercado de trabalho na Espanha”⁽¹⁷⁾, que ofereceu sugestões sobre como enfrentar o alto nível de desemprego por meio de quatro eixos principais. O primeiro vetor seria o enfrentamento da dualidade do mercado de trabalho, que deveria ser atacada por meio da instituição do denominado contrato único⁽¹⁸⁾, o qual substituiria todas as

(17) Disponível em: <<http://www.fedea.net/propuesta-para-la-reactivacion-laboral-en-espana/>>. Acesso em: 8 set. 2017.

(18) O debate acerca do contrato único de trabalho surgiu na Europa continental recentemente, como uma das medidas que poderiam ser efetivadas para reverter a tendência à precarização das relações de trabalho naquelas paragens. A ideia central não parte de uma abordagem a partir das teses anticontratuais, mas sim sugere uma refundação do contratualismo, no sentido de promover reformas legislativas que unificassem os contratos atípicos, fundindo-os com o contrato de trabalho por prazo indeterminado, estabelecendo-se assim uma única forma contratual de trabalho. A principal vantagem seria o final derradeiro de um dos maiores problemas atuais nos mercados de trabalho europeus: a intensa segmentação que precariza as relações de trabalho e compromete a coesão social. Segundo essa iniciativa, ao unificar as diferentes modalidades contratuais em um único modelo, o mercado de trabalho retornaria lentamente à normalidade, estruturando-se em torno de um contrato de trabalho único que proporcionaria a garantia de direitos equivalentes ao tempo de trabalho acumulado. Algumas

demais formas de contratação de mão de obra por um único tipo contratual, moldado para oferecer flexibilidade às empresas e segurança para trabalhadores. A segunda vertente implicaria tornar a negociação coletiva mais flexível, considerada pelo grupo como altamente centralizada e insuficientemente coordenada. A terceira dimensão das propostas consistia na criação de mecanismos de proteção aos desempregados que, de acordo com o manifesto, não permitiriam uma cobertura ou incentivos suficientes para a procura ativa de um novo posto de trabalho. O quarto e último grupo de medidas relacionava-se com as políticas ativas de emprego, que apresentariam grandes deficiências, de acordo com a manifestação do “grupo dos 100”.

Por sua parte, o conhecido “grupo dos 700”, formado por juristas, economistas e sociólogos do trabalho de várias universidades renomadas da Espanha, apresentava contrariedade a qualquer reforma trabalhista fundamentada na crise. Em junho de 2009, o grupo também publicou um manifesto intitulado “O trabalho, a base do desenvolvimento econômico sustentável”⁽¹⁹⁾, que, igualmente, indicou algumas medidas para lidar com a turbulência econômica. A primeira sugeria ampliar o aporte de crédito na economia espanhola, a fim de injetar liquidez imediata no mercado financeiro. A segunda linha de propostas avançava

propostas foram apresentadas em países europeus, como na França, que iniciou debates sobre o contrato único de trabalho, propostos pelo governo de Nicolas Sarkozy, no decorrer de sua campanha presidencial de 2007, ou na Itália, em que um projeto de lei batizado com o nome do parlamentar proponente, Pietro Ichino, foi lançado, em 2009. Em comum, todas as propostas baseavam-se na premissa contratual, como uma moldura básica da relação jurídica a ser tutelada, na flexigurança, como uma política trabalhista a ser estabelecida, e na eliminação da dualidade no mercado de trabalho por meio de reformas legislativas que implementassem o contrato de trabalho único, com indenizações progressivas do tipo *pro rata temporis*, ou seja, baseadas no tempo de serviço acumulado.

(19) Disponível em: <http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/UGT/noticias/Manifiesto__El_trabajo_fundamento_de_un_crecimiento__ec.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

para os esforços que deveriam ser priorizados pelo governo, com vistas a minimizar os efeitos nocivos da crise sobre os trabalhadores. O terceiro e último conjunto de medidas visava a incentivar o consumo privado e a criação de postos de trabalho por meio do impulso a uma política de contenção dos gastos públicos. O objetivo era criar estruturas socioeconômicas capazes de gerar emprego nos setores mais dinâmicos do tecido empresarial, o que seria suficiente para garantir um giro na matriz produtiva daquele país em direção ao uso de novas tecnologias e a empresas com maior valor agregado que o turismo, a construção civil a ele relacionada ou a agricultura, ainda predominantes na economia da Espanha.

Além das aparentes e óbvias discrepâncias entre uma e outra abordagens, os dois manifestos indicaram uma crescente polarização ideológica e um ambiente hostil ao debate social sem precedentes. Além disso, as duas posições operaram como uma metáfora para os anos que se seguiram à sua divulgação, nos quais foram impostas as reformas do mercado de trabalho mais profundas do período democrático espanhol. Reside, nesse ponto, uma importante coincidência entre as reformas ocorridas na Espanha e no Brasil. Chamou a atenção também a disparidade existente na razão entre os profissionais apoiadores de uma e da outra abordagem, sete para um, sem que, no entanto, buscasse-se estabelecer um equilíbrio entre as duas propostas⁽²⁰⁾. Ao final do processo reformista, notou-se um francopendor em direção às medidas propugnadas pelo grupo minoritário, o que, naturalmente, veio a se refletir também no apoio popular à sanha reformista, com marcante desprestígio das propostas que foram, ao final, adotadas. Ainda assim, a marcha ultraflexibilizadora não fez menção de reduzir sua velocidade. Um detalhe adicional acompanhou os processos

(20) Disponível em: <https://elpais.com/diario/2009/06/20/economia/1245448801_850215.html>. Acesso em: 28 set. 2017.

políticos espanhol e brasileiro que levaram à adoção das reformas em ambos os países: um profundo desprestígio da classe política por parte da mais ampla maioria da população, impulsionado por escândalos de corrupção e mau uso do erário público.

A ruptura da concertação social, como técnica legisferante, marcou o início do reformismo trabalhista na crise. A reforma imposta foi marcada por uma forte influência do domínio econômico, destinada a preparar um pacote de medidas relacionadas com o estímulo das políticas públicas de emprego, em favor das fórmulas que expandissem a flexibilidade interna e externa do contrato de trabalho. Não seria a primeira vez, no decurso da jovem democracia espanhola, que uma reforma trabalhista seria realizada sem a anuência dos agentes sociais, pois em 2001 também houve uma ruptura do diálogo social. A principal novidade da reforma de 2010 é sua particular característica em operar como uma alavanca para novas intervenções legislativas, que vieram a ser efetivadas nas múltiplas reformas posteriores, gerando alterações que marcarão futuramente nossos dias como de uma hiperatividade normativa sobre a empregabilidade⁽²¹⁾ em detrimento da proteção da força de trabalho humana sem precedentes. A reação imediata contra a verticalidade na implementação das medidas veio na forma de uma greve geral, em 29 de setembro de 2010, que contou com a adesão de mais de 70% dos trabalhadores do país.

Assim, o Real Decreto-lei n. 10/2010, de 16 de junho, foi, de fato, a primeira peça a ser lançada. O efeito dominó da era reformista, de inspiração puramente econômica, foi estabelecido com base nos mecanismos introduzidos pela norma originária e consolidou-se com a publicação da Lei n. 35/2010, de 17 de setembro, que a ratificou praticamente em sua totalidade. No preâmbulo, a lei informava seus

(21) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Balance de la reforma laboral. In: *Relaciones laborales en la crisis*. España 2011. Madrid: Ediciones Cinca, 2012. p. 177.

destinatários da existência de quatro grandes fundamentos para a reforma do mercado de trabalho: a crise financeira e econômica, a deficiente estrutura produtiva, as características estruturais do mercado de trabalho e as fraquezas do modelo de relações de trabalho existente na Espanha. De todos, apenas os dois últimos motivos estavam sujeitos a correção por meio de uma atividade normativa, diretamente relacionada com o modelo previsto na ordem jurídica⁽²²⁾.

Em 2011, foram publicadas medidas adicionais destinadas a reformar o mercado de trabalho e a permitir um ajuste no uso da mão de obra com base no impulso à autonomia coletiva. O Real Decreto-lei n. 7/2011, de 10 de junho, sobre medidas urgentes para a reforma da negociação coletiva, foi publicado no âmbito do modelo neoliberal de flexibilidade. Promoveu, assim, mecanismos de transação entre empregadores e trabalhadores com o objetivo declarado de expandir a flexibilidade interna dos contratos de trabalho⁽²³⁾, com vistas a ampliar ou reduzir com facilidade a jornada de trabalho e as formas de remuneração dos trabalhadores. Para tanto, a norma estabeleceu, como principais novidades, um conteúdo mínimo das convenções coletivas previstas no art. 85 do Estatuto dos Trabalhadores, prevendo um aviso prévio para denunciar determinada convenção antes de sua data de vencimento. Além disso, foi estabelecido um prazo máximo para o início das negociações da nova convenção coletiva, a fixação de um teto temporal para a conclusão das tratativas e a obrigação de submeter as partes a procedimentos alternativos de solução de controvérsias, para os casos em que não se alcançasse um acordo dentro dos prazos

(22) GONZÁLEZ-POSADA MARTINEZ, Elías. El fundamento, la función y la aplicación de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo de 2010. In: *La reforma del mercado de trabajo de 2010*. Madrid: Editorial Reus, 2011. p. 15-35.

(23) CRUZ VILLALÓN, Jesús. La flexibilidad interna en la reforma de la negociación colectiva 2011. In: *Relaciones laborales en la crisis. España 2011*. Madrid: Ediciones Cinca, 2012. p. 39-54.

estipulados, implicando uma profunda mudança nas regras de ultratividade dos acordos e convenções coletivas. Outra novidade importante refere-se ao que a norma denominou de pluralidade de empresas ligadas por razões organizacionais ou produtivas e nominalmente identificadas, levando em consideração a proliferação das diferentes configurações jurídicas que compõem a empresa-rede, a terceirização de mão de obra e as cadeias de fornecimento, tanto globais quanto regionais.

Apesar da profunda reforma, não se contemplaram, entretanto, mecanismos reguladores da negociação coletiva que alterassem o sistema espanhol das fontes de direito do trabalho, relegando as novidades às mesmas dificuldades resultantes dos conflitos de concorrência entre eles⁽²⁴⁾. Talvez seja essa uma das principais diferenças entre as reformas espanhola e brasileira, já que, na última hipótese, o triunfo da autonomia coletiva se fez presente com a prevalência do negociado sobre o legislado, no jargão rasteiro que se firmou com a reforma nacional.

Em outra direção, igualmente inovadora, o Real Decreto-lei n. 10/2011, de 26 de agosto, sobre medidas urgentes para a promoção do emprego dos jovens, a promoção da estabilidade no emprego e a manutenção do programa de qualificação profissional para as pessoas que esgotam a proteção pelo desemprego, incorporou à ordem legal um novo contrato de formação e aprendizagem. Alteraram-se tanto o prazo para essa modalidade de contrato de trabalho quanto a idade máxima do grupo-alvo prioritário. No plano político, operou-se importante alteração no curso da transição da IX para a X legislatura do período democrático espanhol, na qual o Partido Socialista Operário Espanhol (PSOL), que vinha governando o

país desde 2004, perdeu as eleições e possibilitou a subida ao poder do Partido Popular (PP), em dezembro de 2011.

As modificações legislativas consolidaram um estado reformista permanente que, além disso, e de maneira absolutamente paradoxal, fortaleceu a intervenção unilateral do Estado nas relações trabalhistas. A concretização da ruptura da concertação social foi o sinal mais emblemático do pacote reformista que viria a ser apresentado. A profusão do recurso ao real decreto-lei, como o instrumento essencial da reforma permanente, retirou dos agentes sociais o incentivo à busca por soluções negociadas quanto aos sérios e complexos problemas estruturais da matriz produtiva espanhola e estabeleceu um padrão paradoxal de estímulo à autonomia coletiva. Por um lado, para a criação de regras de flexibilidade interna na empresa, as negociações entre empregadores e trabalhadores foram encorajadas, por outro, para a criação de normas de reforma do mercado de trabalho, os agentes sociais foram inteiramente excluídos de qualquer possibilidade de influenciar nesses processos. Reside aí outra importante e contraditória distorção também presente nas reformas brasileiras. Com o propósito de determinar por lei, de forma vertical, a prevalência do “negociado sobre o legislado”, nenhuma possibilidade de negociação foi reservada aos agentes sociais no curso do processo legislativo que alterou o conteúdo do art. 611, da CLT.

Assim, em 10 de fevereiro de 2012, foi publicado o Real Decreto-lei n. 3/2012, de medidas urgentes para a reforma do mercado de trabalho. A norma incluiu um conjunto de medidas agrupadas em quatro capítulos e destinadas a promover novamente a empregabilidade, a adequação de aspectos relacionados à intermediação de mão de obra, ao fomento à contratação por prazo indeterminado, com especial atenção ao recrutamento dos jovens, ao incentivo da flexibilidade interna, como medida alternativa à destruição dos postos

(24) SALA FRANCO, Tomás. La reforma de la negociación colectiva (Real Decreto-Ley 7/2011). In: *Relaciones laborales en la crisis. España 2011*. Madrid: Ediciones Cinca, 2012. p. 87-102.

de trabalho, e ao favorecimento da eficiência do mercado de trabalho, com o objetivo de reduzir sua dualidade, conforme descrito na exposição de motivos. A conversão do RDL deu origem à Lei n. 3/2012, de 6 de julho, de medidas urgentes para a reforma do mercado de trabalho, pouco modificado em sua essência pelo parlamento.

As mudanças provocadas pela reforma representaram um verdadeiro recuo normativo e social. A consagração do modelo legisferante unilateral-estatal, como um *modus operandi* da reforma permanente na crise, foi apenas um tênue sinal dos mecanismos utilizados para modificar, definitivamente, as estruturas trabalhistas espanholas. Menos sutis foram as consequências das opções políticas e jurídicas propostas. Os efeitos alcançados estão relacionados com a transferência da proteção da força de trabalho do homem para a gestão flexível do trabalho, por um lado, e do direito do trabalho ao direito à empregabilidade, pelo outro⁽²⁵⁾, característica que já havia sido aventada por alguns autores⁽²⁶⁾, no final do século passado, como uma tendência sistêmica que pouco a pouco viria a dominar os debates acadêmicos e parlamentares correntes. Nesse particular, também, o mesmo fenômeno se deu no reformismo brasileiro.

As alterações representaram muito mais do que uma simples reforma do mercado de trabalho⁽²⁷⁾. O fato das últimas reformas

terem sido promovidas pelos instrumentos normativos de exceção é bastante relevante, contrariando a maioria das alterações realizadas no curso do longo período democrático espanhol. No entanto, é importante reafirmar que essas estratégias só podem ser justificadas em momentos de necessidade extraordinária e urgente, conforme estabelecido pela Constituição espanhola. Apesar da clareza do texto constitucional, o Tribunal Constitucional confirmou a reforma estabelecida⁽²⁸⁾ por entender que a jurisprudência consolidada naquela alta corte⁽²⁹⁾ informava que a avaliação do afluxo de circunstâncias de necessidade urgente e extraordinária constituía um julgamento político ou de oportunidade correspondente ao governo, em primeira instância, e, em seguida, ao Congresso dos Deputados, por meio do controle parlamentar, impedindo qualquer exame judicial dessa avaliação que permitisse uma revisão substantiva do juízo político. A corte constitucional espanhola afirmou ainda que uma circunstância adicional deveria ocorrer junto com a declaração de constitucionalidade da regra de exceção: a existência de uma conexão de significado ou relação de adequação entre o contexto habilitador e as medidas de emergência, de modo que ficasse demonstrado uma relação direta ou congruente com a situação que estivesse sendo enfrentada⁽³⁰⁾.

(25) RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando; CASAS BAAMONDE, María Emilia. La nueva reforma laboral (editorial). In: *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Las Rosas (Madrid), La Ley, n. 5. año 28, p. 1-4, 2014.

(26) Entre todos, SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio; GIL Y GIL, José Luis. De la estabilidad en el empleo a la empleabilidad. Un análisis crítico de la evolución del derecho del trabajo. In: *Consejo General del Poder Judicial. Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales. Estudios en homenaje a Juan Antonio Linares Lorente*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997. p. 71; e RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. El derecho del trabajo a fin de siglo. In: *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Las Rozas (Madrid): Disley, n. II, p. 94, 1999.

(27) GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos; LAHERA FORTEZA, Jesús; SERRANO GARCÍA, María José; VALDÉS ALONSO,

Alberto; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Presentación. In: *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*. Madrid: Ediciones Cinca, 2012. p. 9-11.

(28) Em sessão plenária, o Tribunal Constitucional, por meio do acórdão n. 43/2014, de 12 de fevereiro de 2014, rejeitou a questão de inconstitucionalidade n. 3801-2013, arguida inicialmente em face da Jurisdição Social n. 34, de Madrid, em relação a alguns preceitos do Real Decreto-lei n. 3/2012, de 10 de fevereiro, por meio de um extenso arrazoado não isento de discordâncias, igualmente extensas e expressas no voto dissidente do Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré.

(29) Por todas, as decisões ATC 179/2011, de 13 de dezembro, FJ 6; SSTC 332/2005, de 15 de dezembro, FJ 6; 170/2012, de 4 de outubro, FJ 6 e 237/2012, de 13 de dezembro, FJ 4, conforme mencionado no mesmo acórdão n. 43/2014, de 12 de fevereiro de 2014.

(30) SSTC 137/2011, de 14 de Setembro, FJ 4; 1/2012, de 13 de Janeiro, FJ 6, e 39/2013, de 14 de Fevereiro, FFJJ 5 y 6.

Em uma linha de raciocínio muito diferente, o voto dissidente do Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, publicado em conjunto com a decisão, esclareceu ter ocorrido flagrante discrepância entre os motivos determinantes da publicação da legislação de exceção — a criação urgente de postos de trabalho — e as medidas impostas. Em particular, o magistrado mencionou a redução dos valores a serem pagos no momento da dispensa dos trabalhadores e a introdução de mecanismos que expandem o espaço de flexibilidade externa como eixos centrais da reforma, nela incidindo os principais fundamentos para a declaração de inconstitucionalidade. Além disso, argumentou também que os ajustes efetivados restabelecem uma perigosa assimetria entre os dois, ou mesmo, às vezes, os múltiplos polos da relação laboral contratual, como nos casos cada vez mais frequentes de subcontratação de serviços por meio das diversas modalidades de terceirização, realizadas em favor do patronato. Desse modo, as mudanças não apenas colocariam em risco os mecanismos de proteção dos trabalhadores no âmbito do contrato de trabalho, mas também tenderiam a agravar a dualidade no mercado de trabalho espanhol. Da mesma maneira, destacou-se a enorme distância entre as propostas contidas na norma reformista e o resultado alcançado, já que demonstram a inadequação das medidas introduzidas para reduzir a temporalidade intensa que existe na Espanha⁽³¹⁾. Por fim, o voto dissidente lembrou que a reforma fortaleceu uma discussão nada nova no Direito do Trabalho: a reflexão sobre a natureza híbrida da relação de trabalho, entre as obrigações privadas do contrato e os ditames públicos da lei, bem como o esgotamento das fórmulas contratuais atípicas como motor da flexibilidade.

(31) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando; CASAS BAAMONDE, María Emilia. La nueva reforma laboral. In: *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Las Rozas (Madrid): La Ley, n. 5, año 28, p. 18-19, 2012.

Não seria a única vez na qual o Tribunal Constitucional teria que se manifestar sobre a constitucionalidade de reforma tão conflituosa. Em duas ocasiões mais o Tribunal Constitucional espanhol foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade das leis reformistas. Em todas, pronunciou-se, majoritariamente, pela constitucionalidade das opções apresentadas pelo legislador, apesar do registro sempre dissidente do Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, seguido por outros dois Magistrados que sempre acompanharam seu voto⁽³²⁾.

Em 2014, o TC analisou o recurso de apelo de inconstitucionalidade n. 5603-2012. Os mecanismos de flexibilidade e ajuste à crise foram novamente debatidos, com relação ao seu fundamento de constitucionalidade. Apesar de admitir o recurso de inconstitucionalidade, novamente o Tribunal Constitucional espanhol promoveu, sem grandes reflexões, uma ampla defesa dos termos da reforma trabalhista. Em primeiro lugar, definiu que o período de prova do contrato de trabalho não constitui uma entidade expressamente prevista e regulamentada no texto constitucional. Afirmou ainda que o direito ao trabalho se concretiza, em sua forma individual, no direito à continuidade ou à estabilidade no emprego, ou seja, ao trabalhador não ser demitido sem justa causa. Além disso, no que se refere às questões relacionadas com o direito à negociação coletiva, considerou que a possibilidade prevista no Estatuto dos Trabalhadores, após a reforma trabalhista, estabeleceu uma exceção à força obrigatória do contrato, previamente definida em muitas ocasiões pelo mesmo tribunal. Da mesma forma, definiu que não existe um modelo constitucional de negociação coletiva, mas que o art. 37.1, da Constituição da Espanha, restringe-se a reconhecer o direito à negociação coletiva, confiando a sua garantia ao legislador ordinário. Do mesmo modo, observou que o

(32) Os magistrados Luis Ignacio Ortega Álvarez e Adela Asúa Batarrita.

Estatuto dos Trabalhadores não impõe uma determinada unidade de negociação e, portanto, não impede o estabelecimento de novos acordos coletivos setoriais.

Em 2015, o Tribunal Constitucional analisou o recurso de inconstitucionalidade 5610-2012, interposto por mais de 50 deputados dos Grupos Parlamentares Socialista e Esquerda Plural⁽³³⁾. Mais uma vez, o voto vencido do magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, que relatou as inconsistências jurídico-constitucionais da reforma seguido integralmente pela adesão de Adela Asúa Batarrita e Luis Ignacio Ortega Álvarez, mostrou-se como uma alternativa lúcida ao pensamento maioritário de matriz neoliberal expressa no Pleno do Tribunal Constitucional. As observações pontuais e sobejamente apropriadas destacaram o caráter triunfante da análise puramente econômica, como um critério equivocado de constitucionalidade da normatividade sobre a proteção da força do trabalho humano.

Ao final do período reformista espanhol, diversas fraturas sociais puderam ser contabilizadas. A completa ausência da concertação social levou a classe trabalhadora a realizar a maior greve geral da história democrática espanhola, com efeitos notórios sobre sua fragilizada economia. A expansão do emprego de baixa qualidade, a ampliação da dualidade e seus efeitos nocivos de longo prazo sobre o mercado de trabalho, a própria economia e a vida das pessoas, projetam-se para o futuro, de modo que somente passarão a ser notados em sua integralidade com o tempo, levando o principal periódico da Espanha a publicar, recentemente, um duro editorial contra os efeitos das reformas espanholas⁽³⁴⁾. Segundo os dados

da “Pesquisa da População Economicamente Ativa”⁽³⁵⁾, a população efetivamente ocupada no primeiro trimestre de 2012, data em que começou a vigorar a reforma trabalhista, era de 17.765.100 pessoas, alcançando um total de 19.049.200 no terceiro trimestre de 2017. Dessa forma, parece inegável que a Espanha efetivamente gerou postos de trabalho nos últimos 5 anos em que vigoram as novas regras do mercado de trabalho. No entanto, há vários fatores que devem ser analisados juntamente com o acréscimo bruto dos postos de trabalho.

Primeiramente, deve ser mencionada a marcante redução da população economicamente ativa como reflexo direto do retorno de milhares de imigrantes a seus países de origem, do êxodo juvenil para fora do país em busca de melhores oportunidades e do envelhecimento natural da população. Em segundo lugar, de se destacar a disseminação da precariedade laboral e da contratação atípica, imensamente facilitadas pelos dispositivos reformistas. A cada ano que se passou, desde a reforma, cresceu-se, consideravelmente, ao mercado de trabalho espanhol, uma enorme quantidade de contratos temporários, praticados agora em setores econômicos nos quais anteriormente à reforma não havia essa conduta, em contraposição a um reduzido número de contratos de trabalho por prazo indeterminado. Dessa maneira, a intensa dualidade do mercado de trabalho na Espanha sofreu um recrudescimento em vez de ser reduzida, como se anunciava. A partir da reforma, ampliaram-se as possibilidades de flexibilidade de saída do contrato de trabalho, fato que redundou num

(33) Pleno. Acórdão n. 8/2015, de 22 de Janeiro de 2015. Recurso de inconstitucionalidade n. 5610-2012. II. Fundamentos jurídicos. 2.f).

(34) O periódico *El País* publicou, em 30.12.2017, o editorial “La precariedad empobrece”, no qual discorre sobre a inadequação das medidas efetivadas pelo governo espanhol para a redução do trabalho precário e seus nefastos efeitos sobre a sociedade espanhola.

Disponível em: <https://elpais.com/elpais/2017/12/29/opinion/1514564358_912804.html>. Acesso em 22 jan. 2018.

(35) A “Encuesta de la Población Activa” é publicada a cada trimestre pelo Instituto Nacional de Estadística. Disponível em: <http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595>. Acesso em: 16 dez. 2017.

estímulo à rotatividade sem precedentes⁽³⁶⁾. Os contratos de menos de 7 dias cresceram mais de 40%, enquanto que a duração média dos contratos de trabalho temporário passou de 68 dias em 2007 para 50 dias no último ano e quase 6 milhões de trabalhadores, cerca de 35% da população economicamente ativa, ganham menos do que o salário mínimo⁽³⁷⁾. Assim, criam-se as condições para que um “efeito placebo” extremamente nefasto para a economia espanhola esteja em curso: produz-se, atualmente, um número infinitamente superior de contratos que de postos de trabalho, indicando uma rotatividade e uma instabilidade no posto de trabalho nunca antes observadas. A crise, aliada às reformas gestadas a partir da visão puramente econômica da empregabilidade, devolveu os trabalhadores a uma realidade de pobreza gerada pela precariedade do mercado de trabalho que só oferece contratos de curta duração, de meio período e com salários muito baixos. Consequentemente, ainda que os últimos 4 anos tenham sido coroados com um crescimento acima da média da eurozona, as conquistas econômicas ibéricas não foram suficientes para evitar que mais de 20% da população espanhola fosse rebaixada da classe média⁽³⁸⁾, situação completamente atribuível às escolhas legislativas consolidadas a partir das reformas trabalhistas efetivadas

naquele país a partir de 2010⁽³⁹⁾. Em terceiro lugar e, talvez, não derradeiro, pois mais adversidades poderão ser acrescidas com o passar dos anos, encontra-se a mais completa corrosão dos princípios centrais do direito do trabalho erigidos nos últimos 150 anos, tão duramente consolidados e agora amplamente atacados, para serem reduzidos àquela análise puramente econômica do direito já alertada anteriormente.

As mais recentes alterações no cenário político espanhol, causadas por uma moção de censura fomentada pelo PSOE, que passou a ocupar o poder central, reabriram as discussões acerca das reformas naquele país. Destarte, antes das mudanças nos ventos políticos espanhóis, o PSOE já vinha sustentando a derrogação das reformas realizadas anteriormente⁽⁴⁰⁾, medida prontamente contestada pelas principais associações patronais⁽⁴¹⁾. Cabe observar se, uma vez mais na liderança do governo espanhol no curso do período democrático, o PSOE será capaz de cumprir com as promessas reafirmadas inúmeras vezes enquanto exercia a oposição recente ao PP, já que o reformismo ultraflexibilizador no direito do trabalho espanhol não é atributo exclusivo de determinado partido⁽⁴²⁾.

(36) V., sobre esse efeito, os estudos dos economistas do *think tank* Fedea Florentino Felgueroso, José-Ignacio García-Pérez, David Troncoso e Marcel Jansen no artigo “Precariedad 2.0”, disponível em: <<http://nadaesgratis.es/admin/mas-o-menos-precariedad>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

(37) V. estudo realizado pela União Geral dos Trabalhadores – UGT espanhola, a respeito dos efeitos da reforma trabalhista daquele país 5 anos após a sua conclusão: <<http://www.ugt.es/Publicaciones/5%20a%C3%B1os%20de%20reforma%20laboral-retocado.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

(38) Para um completo referenciamento sobre os níveis de pobreza espanhóis em contraste com os demais países da eurozona, v. o sítio do instituto europeu de estatísticas: <http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Income_distribution_statistics/pt>. Acesso em: 18 dez. 2017.

(39) V. ainda, a esse respeito, o Relatório Global dos Salários 2014/15, da OIT, que indica uma ampliação das assimetrias econômicas sem precedentes na Espanha e nos Estados Unidos, países em que esse fenômeno ocorreu de forma mais acentuada entre os Estados-Membros daquela organização, fato completamente atribuível, segundo o estudo, às mudanças na distribuição dos salários e as perdas de postos de trabalho ocorridas nesses países após a crise de 2008, o que veio a gerar o efeito redutor da classe média e a acentuação das diferenças sociais. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_325643.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2018.

(40) V., nesse sentido, o sítio do Partido Socialista Operário Espanhol: <<http://www.psoe.es/propuestas/empleo/derogar-la-reforma-laboral-y-aprobar-un-nuevo-estatuto-de-los-trabajadores/>>.

(41) V. em: <<https://www.elperiodico.com/es/economia/20180601/empresarios-piden-sanchez-respete-reforma-laboral-6852290>>.

(42) V., nesse sentido, o artigo sobre a intensidade do reformismo do mercado de trabalho espanhol no curso

4. Considerações finais

Reformas e atualizações da legislação são sempre necessárias, em qualquer campo do conhecimento jurídico. No entanto, assim como a origem da gripe espanhola é incerta, nem tudo o que se atribui como originário de determinado país vem de fato daquela localidade. Da mesma forma, é sempre saudável recordar que nem todas as influências comprovadamente europeias são, na verdade, positivas ou mesmo efetivas, ao serem tropicalizadas.

Há diversas semelhanças entre os processos reformistas espanhol e brasileiro, ocorridos na história recente, tanto sob o ponto de vista formal quanto material. Em primeiro lugar, de se ressaltar a completa desconexão entre os motivos determinantes da crise econômica e da reforma da legislação de proteção ao trabalho, ocorrida em ambos os lados do Atlântico, o que, por si só, já lançaria brumas sobre a real necessidade e utilidade dessas iniciativas. Em segundo lugar, fundamental destacar a completa ausência da concertação social como técnica legisferante, fato que fere de morte a legitimidade de ambos os processos. No caso brasileiro, ainda deve-se mencionar uma agravante. Um dos principais pontos impulsionados pela sanha reformista seria o triunfo da autonomia coletiva sobre a regulação estatal. No entanto, ao negar qualquer estímulo à concertação social, como técnica legisferante prioritária, o legislador criou um efeito no mínimo paradoxal entre os agentes sociais: o estímulo à democrática via negocial realizada pela determinação autoritária estatal. Na Espanha, essa contradição ensejou diversos questionamentos de inconstitucionalidade. Em terceiro lugar, em ambos os processos, é notável uma marcante falta de legitimidade e apoio popular às medidas propostas, o que não

foi considerado por ambos os parlamentos na corrida reformista.

Do ponto de vista material, as semelhanças são menos evidentes, pois figuras como o contrato de trabalho intermitente, a externalização produtiva sem salvaguardas de proteção ao trabalhador, a criação da figura do autônomo economicamente dependente sem direitos e a inversão da hierarquia das fontes não encontram paralelo naquele país ibérico. Na Espanha, o autônomo economicamente dependente possui ampla proteção da lei, há responsabilidade solidária na terceirização e responsabilização integral da cadeia produtiva e de fornecimento pelos direitos fundamentais do trabalhador. A jurisprudência já se consolidou, no sentido de que gera vínculo empregatício a integração do trabalhador na dinâmica da empresa e o trabalho intermitente, regulado pelos denominados contratos fixos-descontínuos, é realizado com uma série de mecanismos de proteção como, por exemplo, a exigência de negociação coletiva prévia. Além dessas enormes diferenças do modelo espanhol, na reforma brasileira, optou-se ainda por dificultar o acesso ao Judiciário, o que amplia o conflito retido, reduz a possibilidade de acesso à prestação jurisdicional, impulsiona o inadimplemento, o que, ao final, reduzirá a capacidade da sociedade de sair da crise. De se considerar, por fim, a altíssima incidência da flexibilidade *de facto*⁽⁴³⁾ do mercado de trabalho brasileiro, responsável por mais segmentação, menos

(43) Efeito proporcionado pela elevada incidência da economia informal em determinados mercados. No Brasil, a economia informal é calculada em cerca de 50% da força de trabalho. São profissionais diversos que trabalham sem qualquer direito ou piso de proteção social nas ruas, logradouros, propriedades rurais, residências e também na informática, hospitais, jornalismo, e outras atividades nas quais as fraudes diversas ao contrato de trabalho predominam, determinando uma desconcentração jurídica extremamente deletéria tanto para o trabalhador, quanto para o mercado de trabalho e a própria economia do país. V. COSLOVSKY, Salo; PIRES, Roberto; BIGNAMI, Renato. *Resilience and renewal: the enforcement of labor laws in Brazil*. In: *Latin American politics and society*, vol. 59, ed. 2. Miami: University of Miami, 2017. p. 77-102.

do período democrático, publicado pelo autor BIGNAMI, Renato. Notas históricas sobre el contrato de trabajo temporal en España: ¿el renacimiento de un principio? In: *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 33, n. 126, abr./jun. 2007. 2007. p. 230-262.

produtividade, maior concentração de renda, mais violência, pobreza e a disseminação de males sociais diversos.

Por fim, consolida-se uma visão meramente econômica dos direitos trabalhistas também no Brasil, negando-se à legislação trabalhista a sua principal vocação: a proteção da força de trabalho do ser humano e a promoção de melhores condições de vida à pessoa do trabalhador, pois apenas por meio dessas premissas alcança-se progresso social e econômico, inclusive com a redução gradual das enormes assimetrias ainda existentes em nossa sociedade. Geram-se, assim, com a denominada influência espanhola no ordeamento laboral nacional, mais efeitos deletérios para a saúde social de nosso mercado de trabalho. Como a gripe espanhola em solo brasileiro, essa é a principal semelhança entre os processos reformistas que ocorreram nos dois países.

Longe de querer fomentar ainda mais a discussão e a polarização ideológica, o que se buscou no presente artigo foi demonstrar as contradições e enormes equívocos cometidos pelo legislador nacional ao estabelecer uma reforma tão profunda quanto paradoxal e inefetiva para o fomento de uma economia que clama por um salto em direção à modernidade. Ao final, resta apenas uma indagação e uma certeza: qual modernidade estamos buscando? Certamente, aquela relacionada com mais precariedade no mercado de trabalho, maiores incertezas na vida das pessoas, menos segurança jurídica, mais concentração de renda e uma tendência à ampliação do conflito no local de trabalho. Resta saber a qual parcela do setor produtivo interessam as reformas estabelecidas.

5. Referências

BAYLOS GRAU, Antonio. El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario. In: *Revista de derecho social*, Albacete, Editorial Bomarzo, n. 57, 2012.

BIGNAMI, Renato. Notas históricas sobre el contrato de trabajo temporal en España: ¿el renacimiento de un principio? In: *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 33, n. 126, abr./jun. 2007.

COSLOVSKY, Salo; PIRES, Roberto; BIGNAMI, Renato. Resilience and renewal: the enforcement of labor laws in Brazil. In: *Latin American politics and society*. Vol. 59. 2. ed. Miami: University of Miami, 2017.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. La flexibilidad interna en la reforma de la negociación colectiva 2011. In: *Relaciones laborales en la crisis. España 2011*, Madrid, Ediciones Cinca, 2012.

FLORENTINO FELGUEROSO, José-Ignacio; GARCIA-PÉREZ, David Troncoso; JANSEN, Marcel. Precariedad 2.0, disponível em: <<http://nadaesgratis.es/admin/mas-o-menos-precariedad>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos; LAHERA FORTEZA, Jesús; SERRANO GARCÍA, María José; VALDÉS ALONSO, Alberto; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Presentación. In: *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*. Madrid: Ediciones Cinca, 2012.

GONZÁLEZ-POSADA MARTINEZ, Elías. El fundamento, la función y la aplicación de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo de 2010. In: *La reforma del mercado de trabajo de 2010*. Madrid: Editorial Reus, 2011.

LÓPEZ CUMBRE, Lourdes. El principio de la estabilidad en el empleo. In: DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Dirs.). *Los principios del derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003.

MARTINEZ EMPERADOR, Rafael. *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*. Madrid: Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1983.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando; CASAS BAAMONDE, María Emilia. La nueva reforma laboral. In: *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Las Rozas (Madrid), La Ley, n. 5. año 28, 2012.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. El derecho del trabajo a fin de siglo. In: *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Las Rozas (Madrid), Disley, n. II, 1999.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando; CASAS BAAMONDE, María Emilia. La nueva reforma laboral (Eds.). In: *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Las Rozas (Madrid), La Ley, n. 5, año 28, 2014.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio; GIL Y GIL, José Luis. De la estabilidad en el empleo a la empleabilidad. Un análisis crítico de la evolución del derecho del trabajo. In: *Consejo General del Poder Judicial. Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales. Estudios en homenaje*

a Juan Antonio Linares Lorente. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997.

SALA FRANCO, Tomás. La reforma de la negociación colectiva (Real Decreto-ley n. 7/2011). In: *Relaciones laborales en la crisis*. España 2011. Madrid: Ediciones Cinca, 2012.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Balance de la reforma laboral. 2010-2011. In: *Relaciones laborales en la crisis*. España 2011. Madrid: Ediciones Cinca, 2012.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Poder normativo del Estado y sistema de relaciones laborales: menos derechos pero más derecho y desigual. In: *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Las Rozas (Madrid), La Ley-Actualidad, n. 17, set. 2000.

Ameaça à liberdade sindical sob a perspectiva da reforma trabalhista: uma análise do fim da contribuição sindical obrigatória

Rosilene dos Santos^(*)

Resumo:

- Este artigo pretende destacar aspectos importantes de algumas fases históricas que contribuíram para o desenvolvimento do direito sindical brasileiro, iniciando pela fase que teve início em 1890 e 1920, chamada de anarcossindicalismo, até chegar à fase de tentativa de reforma sindical e trabalhista, ocorrida em 2004, onde um dos objetivos era a extinção gradual da contribuição sindical obrigatória, mas que porém, não se concretizou. Na sequência analisa-se a Reforma Trabalhista, promovida pela Lei n. 13.467/2017, que sumariamente extinguiu a contribuição sindical obrigatória, tornando-a facultativa, golpeando mortalmente um dos pilares da estrutura sindical brasileira, não concedendo tempo para que os sindicatos pudessem se reestruturar do ponto de vista organizacional e econômico. A lei da reforma é fruto de uma imposição e atualmente é objeto de grande debate, tendo em vista que não foi dada a oportunidade para que instituições representativas de classe e demais interessados pudessem opinar e colaborar na elaboração da lei. Fato é que a lei está em vigor, todavia, sua letra está recheada de incongruências que culminam em grande insegurança jurídica, fazendo-se necessária análises de sua aplicabilidade. O presente estudo parte do método indutivo, caracterizando-se como uma pesquisa explicativa, pautada principalmente em fontes bibliográficas.

Palavras-chave:

- Direito sindical — Contribuição sindical — Reforma trabalhista.

Abstract:

- This article intends to highlight important aspects of some historical phases that have contributed to the development of Brazilian trade union law, starting with the 1890's and 1920's phase, called anarcho-syndicalism, up to the stage of attempted union and labor reform in 2004. The last one aimed at the gradual abolition of the compulsory union

(*) Advogada Trabalhista. Mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas – UDF. Especialista em Direito

Constitucional – UCAM. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público – FESMPDFT.

contribution, which was not materialized. Following, we analyze the Labor Reform, promoted by Law n. 13.467/2017, which basically extinguished the compulsory trade union contribution, making it optional. It mortally affected one of the pillars of the Brazilian union structure, since it did not provide time for trade unions to make a new structure from an organizational and economic point of view. The law of reform results from an imposition and is currently the subject of extensive debate, given that institutions that represent categories and other interested parties did not have the opportunity to express their opinions and cooperate in the draft of the law. However, the law was enforced, and is filled with inconsistencies that lead to a great legal uncertainty. This made necessary an analysis of its applicability. The present study starts with the inductive method, and is an explanatory research, based mainly on bibliographic sources.

Key-words:

- Union law — Union contribution — Labor reform.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. As fases do direito sindical brasileiro
- 3. Direito fundamental à liberdade sindical
- 4. O fim do imposto sindical obrigatório, a reforma apocalíptica
- 5. Considerações finais
- 6. Referências

1. Introdução

A construção de um modelo de sindicalismo no Brasil foi resultado de um longo caminho de conquistas e também de perdas. Em vários momentos ao longo do processo de construção e reconhecimento do direito à sindicalização, ocorreram interferências por parte do Estado, seja do ponto de vista positivo, no sentido de garantir, por lei, a fruição da liberdade de associação, seja do ponto de vista negativo, com caráter mitigador do direito, como o que acontece atualmente com o advento da Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista e, que nas entrelinhas, objetiva provocar a desestruturação das associações organizadas de trabalhadores.

Quando as massas de trabalhadores começam a se reunir em prol dos mesmos objetivos, é necessário que o faça da forma o mais organizada possível, de modo que seus pleitos

possam ser ouvidos e implementados. À época da Revolução Industrial, período que coincide fatalmente com essas primeiras organizações de trabalhadores, que descontentes com jornadas exaustivas de trabalho se aglomeraram e promoveram as primeiras greves, surgem os primeiros resquícios de sindicatos, aqueles grupos que precisavam se organizar para representar as massas.

Ciente desse poder de organização e pleito, a burguesia em princípio refuta o direito de associação, inclusive o tipificando como crime. Todavia, com o passar do tempo os movimentos cresceram em número e capacidade de organização, o que fez essa mesma burguesia/Estado a reconhecer o direito e inseri-lo no corpo das leis, mas evidentemente, dentro de molduras estabelecidas.

Da Revolução Industrial até os dias atuais, no que tange à legalização de direitos dos trabalhadores, tivemos muitos avanços e dentre eles

a liberdade de associação é de fundamental importância. Contudo, este direito arduamente conquistado tem sofrido na atualidade com ataques por parte do Estado brasileiro, que, atacando um dos pilares do direito sindical, retirando por lei, a obrigatoriedade de se cobrar o imposto sindical dos trabalhadores, causa desestímulo à sindicalização e à atuação sindical. Pior, vendem a ilusão de que tal medida visa beneficiar a classe trabalhadora, já que não deverá ter a cada ano, o desconto relativo a um dia de trabalho de sua folha de pagamento.

2. As fases do direito sindical brasileiro

Para estudar analiticamente um instituto é fundamental compreender como se deu o seu desenvolvimento ao longo da história, quais os caminhos percorridos e traçados até chegarmos aos conceitos que temos sobre determinado objeto hoje. Assim também se dá com o instituto do direito sindical, que percorreu um longo e árduo caminho até chegarmos à fase atual.

Como bem projetado por Amauri Mascaro Nascimento, o direito sindical brasileiro pode ser analisado sob a perspectiva de fases, “[...] o *anarcossindicalismo*, o *corporativismo sindical*, o *sindicalismo autônomo* e a *reforma sindical projetada em 2004*”.⁽¹⁾

O anarcossindicalismo, considerado a primeira fase do direito sindical no ordenamento jurídico brasileiro, teve forte influência do direito italiano, o que ocorreu por volta de 1890 e 1920, onde havia manifesta liderança de estrangeiros nos movimentos sindicais desta época. “O *anarcossindicalismo* fundou-se nas ideias do sindicalismo revolucionário contestativo do Estado, da autoridade e das leis, segundo os princípios do anarquismo [...]”.⁽²⁾

A segunda fase enumerada pelo eminente doutrinador se refere à fase do intervencionismo. Esta fase teve início com Getúlio Vargas e a criação do Ministério do Trabalho, Indústria

e Comércio. Estabeleceu-se o modelo sindical corporativista, onde o governo objetivou retirar os sindicatos da penumbra da vida privada e os investir de poderes de autoridade pública.

Foram diretrizes que marcaram o modelo sindical corporativista, entre outras: a) o agrupamento das profissões idênticas, similares e conexas em categorias organizadas pelo Estado através da comissão de Enquadramento Sindical do então Ministério do Trabalho; b) a exigência do número mínimo de trinta sócios para que fosse possível pleitear a criação de um sindicato, cujo reconhecimento dependia de ato concessivo do Estado; c) a atribuição das funções assistenciais aos sindicatos, vedada a ação política [...].⁽³⁾

O que se sabe é que neste período havia um clima de grande instabilidade política e era necessário que algumas leis fossem impostas no sentido de permitir o mínimo de organização possível e aproximar a classe trabalhadora do poder através de compromissos firmados com o Estado.

A relação que se dá entre Estado, Direito e Sociedade é amplamente complexa, na medida em que interesses diversos se chocam e precisam ser equalizados de modo que se garanta a paz social, o equilíbrio necessário estabelecido através de um contrato. Na formação de grupos, ainda que de forma desorganizada, é possível advir desta, uma série de pleitos que visam interferir na forma como políticas econômicas e sociais são implementadas pelo Estado. Daí é que o Estado, através do intervencionismo citado por Amauri Mascaro, interferiu nas organizações sindicais com o fim de as organizar minimamente, não vindo ao caso se para o bem ou para o mal.

O fato é que o Estado atual, através da Reforma Trabalhista, se utiliza dos mesmos critérios, os legais, para estabelecer os limites de atuação dos sindicatos, ainda que este limite

(1) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.032.

(2) *Idem*.

(3) *Ibidem*, p. 1.033-1.034.

não esteja literalmente expresso no texto da lei reformadora, mas o faz através da ruptura paulatina de sua estrutura, como se dá com o fim da contribuição sindical obrigatória.

[...] a burguesia não deixa por menos: resta-lhe cercar as organizações de massa, os sindicatos, e aí assistimos a uma estratégia muito fina. Confrontada com o ‘fato’ sindical, a burguesia utiliza todas as armas para transformá-lo em aparelho ideológico de Estado. Como? Outorgando-lhe um ‘poder’ que reproduza seu próprio poder; um poder de direito, é claro, mas somente na medida em que os sindicatos existam na legalidade; mas um poder de fato, sobretudo, na medida em que esses mesmos sindicatos deverão presumivelmente representar as massas.⁽⁴⁾

Logo, temos sempre, a mão invisível do Estado, que, através do contrato social, estabelece uma relação o mais pacífica possível, entre o Estado e as massas, e sob o manto da legalidade, incorrendo na edição de leis não justas, culmina para o estabelecimento de um verdadeiro retrocesso social.

Como terceira fase da história do sindicalismo brasileiro, está a fase do sindicalismo autônomo, que teve como característica a abertura política, proporcionando uma nova relação entre o Estado e os sindicatos.

Em São Bernardo do Campo os trabalhadores constituíram a *Central Única dos Trabalhadores* — CUT, que iniciou um movimento contestativo do dirigismo do Estado [...]. No plano legal, os textos mais relevantes foram a Portaria n. 3.100/85, que revogou a proibição das Centrais, antes estabelecida pela Portaria n. 3.337/78, a Lei n. 4.060, de 1964, sobre exercício do direito de greve, e, principalmente, a Constituição Federal de 1988, que fixou novos princípios para o direito sindical,

fundados na ideia da maior autonomia das organizações sindicais, embora mantendo algumas restrições.⁽⁵⁾

Revisitar estas fases da construção do movimento democrático sindical brasileiro é de fundamental importância para a compreensão da fase atual, em que uma reforma foi imposta ao sistema sindical sem ao menos garantir aos sindicatos um mecanismo de reestruturação ou readequação de fontes de custeio, de modo que pudessem continuar a desenvolver as mesmas atividades em prol da categoria.

Da leitura de Amauri Mascaro Nascimento⁽⁶⁾, é possível lembrar, que em 2004 houve uma tentativa de reforma sindical, onde foi instituído o Fórum Nacional do Trabalho com o objetivo de discutir as Reformas Sindical e Trabalhista. Chegou-se ao consenso pela extinção gradual da contribuição sindical, o que ocorreria ao longo de 5 anos. Contudo, apresentadas ao final um projeto de alteração Constitucional e infraconstitucional, o Congresso Nacional não as aprovou.

Com a apresentação no Fórum Nacional do Trabalho de proposta que visava a extinção gradual da contribuição sindical, havia uma chance elástica de os sindicatos se adaptarem ao longo deste tempo no sentido de criarem mecanismos de reestruturação de fontes de custeio, entretanto essa chance foi perdida. Com a Reforma imposta pela Lei n. 13.467/2017 que extinguiu a obrigatoriedade da Contribuição Sindical, altera-se sobremaneira a estrutura de sustentação financeira dos sindicatos, desestruturando-os e retirando-lhes força, desprotegendo sobremaneira a classe trabalhadora.

3. Direito fundamental à liberdade sindical

No Estado Democrático de Direito, as liberdades individuais e coletivas constituem

(4) EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. Tradução: Marcus Orione. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 22-23.

(5) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.035-1.036.

(6) *Ibidem*, p. 1.035-1.038.

importante instrumento de legitimação do sistema. São as liberdades que garantem que os indivíduos possam se posicionar de forma harmoniosa diante da mão firme do Estado. É o Estado que, na condição de garantidor, deverá assegurar que os direitos de todos sejam respeitados, seja na relação entre particulares, seja na relação entre indivíduo e Estado, permitindo, portanto, a fruição de direitos garantidos, seja em nível legal, convencional ou ainda Constitucional.

“O pressuposto para a regular estrutura de um Estado Democrático de Direito supõe, ainda, a existência de uma perfeita ordenação jurídica — a Constituição — que limite e fundamente o poder do Estado [...] e que declare os direitos fundamentais do ser humano.”⁽⁷⁾ Dentre esses direitos encontramos as liberdades.

Dentre tantas liberdades que podem ser citadas, verifiquemos a liberdade de associação, preconizada no texto da Constituição Federal de 1988, que, através do art. 5º, inciso XII, garante a plenitude da liberdade de associação para fins lícitos, vedando apenas a associação que tenha caráter paramilitar.

Dessa liberdade ampla conferida pelo Poder Constituinte originário, desdobram-se várias liberdades, dentre as quais, a liberdade sindical, conferida aos trabalhadores e empregadores, nos termos do art. 8º da Constituição Federal.

O encontro entre a liberdade sindical existente e o patamar constitucional e internacional de promoção desse valor deve levar em consideração o estágio em que o poder constituinte definiu as balizas existenciais para a organização sindical brasileira. Nesse aspecto, é importante salientar o hiato entre o grau de consolidação das liberdades

individuais, a respeito dos direitos de expressão, reunião e associação, mas quando transportado para os contornos da liberdade sindical é permeado por limitações de ordem estatal e patronal, representadas por limitações e/ou por práticas antissindicais.⁽⁸⁾

Esta convergência necessária entre as liberdades individuais e coletivas, na atualidade, carece de maior atenção, sobretudo, quando as liberdades coletivas, como a liberdade sindical, por exemplo, se encontram em situação de enfraquecimento, diante de práticas legislativas que podem levar à desestruturação das associações sindicais.

Não é novidade que o Poder Legislativo, através da Lei n. 13.467/2017, alterou de forma abrupta diversos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, dentre estas mudanças encontramos o tão vendido e propalado, fim da contribuição sindical obrigatória. A mudança legislativa prevê que o desconto da contribuição sindical obrigatória estará condicionada à prévia manifestação expressa dos que participarem de uma categoria sindical, seja ela profissional ou econômica, ou ainda a liberal. Este é o termo da atual redação do art. 579 da Consolidação das Leis do Trabalho⁽⁹⁾.

A ideia de que este seria um grande benefício conferido aos representados por uma categoria, sindicalizados ou não, foi amplamente divulgado pelos meios de comunicação no país. Foi vendida a ideia de que havia uma obrigação em

(7) DELGADO, Mauricio 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. 28.

(8) NICOLADELI, Sandro Lunard. Liberdade sindical, normas internacionais e efetividade no contexto brasileiro. In: *Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária*. I Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social. Coord. Raimundo Simão de Melo e Cláudio Jannotti da Rocha. São Paulo: LTr, 2017. p. 145.

(9) Art. 579 da CLT: O desconto da contribuição sindical está condicionada 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.

torno da contribuição que não fazia sentido de existir, levando muitos a acreditarem que o fim da contribuição sindical fortaleceria os sindicatos e, portanto, os representados também ganhariam com tal mudança, afinal, não teriam mais descontados de seus pagamentos, como os empregados por exemplo, o correspondente a um dia de trabalho por ano.

No sistema sindical brasileiro possuímos aquilo que a doutrina denomina de fontes de custeio sindical. “A ordem justabalhista brasileira faz menção a quatro tipos de contribuições dos trabalhadores para sua respectiva entidade sindical.”⁽¹⁰⁾ Temos, portanto, as seguintes fontes de arrecadação pelos sindicatos: a própria contribuição sindical (que deixou de ser obrigatória), a contribuição assistencial, a contribuição associativa e a contribuição confederativa.

Das fontes de custeio enumeradas, apenas as três últimas mencionadas eram cobradas apenas daqueles que eram sindicalizados, filiados ao sindicato da categoria, ao passo em que a contribuição sindical era descontada da folha de pagamento de todos os trabalhadores, fossem estes associados ou não ao respectivo sindicato. Com a reforma trabalhista nenhuma contribuição poderá ocorrer sem a devida anuência do trabalhador, o que acarreta desdobramentos sérios na funcionalidade do sistema sindical.

As atividades desenvolvidas pelos sindicatos giram em torno de melhorias de qualidade de trabalho para uma categoria de trabalhadores. As principais bandeiras levantadas por todo e qualquer sindicato dizem respeito às melhorias em remuneração e jornada de trabalho, o que caracteriza sua função representativa, na medida em que no Brasil os sindicatos representam todos os empregados da categoria, associados ou não.

Ao lado da função representativa existem outras funções, como a negocial. “Por meio

dela, esses entes buscam diálogo com os empregadores e/ou sindicatos empresariais com vistas à celebração dos diplomas negociais coletivos [...]”⁽¹¹⁾ Outra função importante exercida pelos sindicatos e amplamente reconhecida pela doutrina é a assistencial. “Consiste na prestação de serviços a seus associados ou, de modo extensivo, em alguns casos, a todos os membros da categoria. Trata-se ilustrativamente, de serviços educacionais, médicos, jurídicos e diversos outros.”⁽¹²⁾

Ocorre que estas e outras funções que podem ser desempenhadas pelos sindicatos, para serem mantidas, acarretam custos. Como já mencionado, os sindicatos brasileiros possuem dentre suas funções, a função representativa, sendo esta de caráter abrangente, o que significa que representará em suas defesas, seja em âmbito judicial ou administrativo, todos os trabalhadores que fazem parte daquela categoria específica.

Daí decorre um problema, a ausência de cultura sindical brasileira. A proposta aventada antes da reforma trabalhista, no sentido de extinguir a obrigatoriedade do desconto da contribuição sindical, seduziu a todos, porque vendeu a ideia de que haveria a necessária separação entre o Estado e os sindicatos, como se os sindicatos estivessem genuinamente atrelados ao corpo estatal.

O movimento sindical nasceu da necessidade primária e urgente de representatividade de uma massa que não se via organizada. “Onde ‘existe’ a classe operária, senão no sistema sindical que a ‘representa’ profissionalmente [...]?”⁽¹³⁾ Tendo nascido da necessidade de organizar as massas trabalhadoras, os sindicatos trabalham para o fortalecimento de toda uma categoria de trabalhadores que muitas vezes não participam ativamente da vida sindical.

(11) *Ibidem*, p. 104.

(12) *Ibidem*, p. 105.

(13) EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. Tradução: Marcus Orione. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 111.

(10) DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 111.

Dai a necessidade de se manter um sistema sindical fortalecido e não atacá-lo.

A retirada da principal fonte de custeio das entidades sindicais representa um golpe nesta representatividade, na medida em que impõe aos sindicatos, de forma desarrazoada, uma nova realidade para a qual não estava preparada, não houve ao menos uma medida de transição para que as entidades representativas de classe pudessem se reorganizar, seja do ponto de vista estrutural, seja do ponto de vista econômico. A consequência é sem dúvida o enfraquecimento dos sindicatos brasileiros, onde já não há uma cultura sindical como enunciado.

4. O fim do imposto sindical obrigatório, a reforma apocalíptica

No desenrolar de todas as problemáticas que podem se apresentar com o fim do imposto sindical obrigatório, está o mandamento constitucional que prevê a obrigatoriedade de participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, nos termos do inciso VI, do art. 8º da Constituição Federal.

Ora, os sindicatos têm a obrigação constitucional de se fazerem presentes na representação de sua categoria nas negociações coletivas e ainda em outras situações. Como modalidade de solução de conflitos a negociação coletiva é um instrumento de autocomposição, onde os sujeitos interessados na resolução de conflitos são os únicos a se relacionar com o objetivo de solver o problema.

“As funções da negociação coletiva trabalhista (ou Direito Coletivo conforme visto) podem ser assim identificadas: geração de normas jurídicas; pacificação de conflitos de natureza sociocoletiva; função sociopolítica; função econômica.”⁽¹⁴⁾

O que se verifica neste contexto, é que a atuação dos sindicatos na vida coletiva dos trabalhadores, tem um alcance que não se

limita aos muros das empresas onde estes mesmos trabalhadores exercem suas atividades laborativas, ao contrário, a atuação sindical na defesa de sua categoria tem desdobramentos cunho jurídico, social e político de grande envergadura.

Foi através do corpo sindical que os trabalhadores começaram a se organizar coletivamente para que pudessem se fazer presentes nas negociações às quais tratavam de interesses que lhes diziam respeito.

O poder sindical tornou-se, portanto, um poder de discussão, e os sindicatos um estado-maior, um corpo de oficiais encarregados de enquadrar a tropa, ‘uma direção qualificada, que manterá a ordem no movimento, com a qual se negociará, a qual se poderá responsabilizar’.⁽¹⁵⁾

Entretanto, a Lei n. 13.467/2017 veio surrupiar diversos direitos dos trabalhadores, dentre eles o direito à livre associação sindical em seu contexto mais amplo. De forma subliminar, porém com viés apocalíptico, direitos trabalhistas são enfraquecidos, e prova disto é a atuação deliberada do legislador no sentido de desestruturar os sindicatos, retirando destes o poder de agrupamento. Ora, se os sindicatos são tolhidos no seu papel de representação, quando uma reforma legislativa deixa bem claro que o ente em tela é dispensável em acordos, que passam a ser possíveis, segundo a norma posta, entre empregado e empregador, esta norma tem o real objetivo de enfraquecer a associação sindical, que já não dispõe de tanta credibilidade em sua atuação, pelas mais diversas causas.

O que dizer então da dispensa dos sindicatos por ocasião de homologação de rescisão contratual? Pasmem, os trabalhadores, considerados a parte hipossuficiente nesta relação trabalhista ficarão à mercê dos mandos e

(14) DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 152.

(15) CHARLIER, Robert. *Le droit constitutionnel de greve*, apud EDELMAN, Bernad. *A legalização da classe operária*. Tradução: Marcus Orione. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016. cit., n. 81. p. 139.

desmandos dos seus empregadores, que além de suficiência econômica, já que é o detentor do capital e, portanto, dos meios de produção, também possuem suficiência jurídica, bem diferente da classe trabalhadora.

Deste modo, o fim da contribuição sindical obrigatória é apenas um, dos vários ataques aos direitos coletivos dos trabalhadores, que acabam gerando reflexos em direitos individuais fundamentais, direitos estes tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro em sua Carta Maior, além de previstos em Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil.

O que temos de certo atualmente é um ambiente de completa insegurança jurídica que se instalou no país no que tange aos direitos dos trabalhadores. Procurando minorar os problemas que poderiam surgir e de fato surgiram, diante da insegurança instalada e tantas dúvidas advindas da confusão gerada por uma lei aprovada em tempo recorde, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho promoveu a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho um mês antes da fatídica Lei n. 13.467/2017 entrar em vigor.

A Jornada teve o objetivo de nortear as interpretações que deveriam ser dadas aos dispositivos da referida lei que alteraram a Consolidação das Leis do Trabalho e lançar luz aos operadores do Direito Trabalhista, tornando a assistência jurídica, em todos os ângulos da relação laboral, o mais segura possível, ainda que diante de uma norma que fora aprovada sem o necessário debate com instituições e órgãos especializados e sobretudo, com representantes daqueles que foram os mais afetados com tal aprovação, os trabalhadores.

No que se refere à contribuição sindical, por exemplo, a Jornada consignou, através do Enunciado n. 47, que, por ter natureza jurídica de tributo, conforme se depreende do art. 8º, bem como do art. 149, ambos do Código Tributário Nacional, tratando-se de contribuição parafiscal, a Lei n. 13.467/2017 padece de vício de origem no tópico que alterou o art. 579 da

Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que tal alteração deveria ter ocorrido por meio de Lei Complementar.

Esta alteração que tem objetivo claro e indubitável de desarticular os movimentos sindicais com todas as suas nuances, já que estes movimentos representam forte contexto mobilizador, capaz de promover transformação social, está sendo questionada através de várias ações diretas de inconstitucionalidade, ajuizadas no Supremo Tribunal Federal e aguardando julgamento.

Ademais, o fim da contribuição sindical obrigatória é objeto de outras demandas judiciais nos Tribunais espalhados pelo país, o que gera decisões conflituosas, corroborando para um ambiente maior de insegurança jurídica. Todas as demandas atacam veementemente o pacote de maldades que foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei da Reforma Trabalhista.

A título de exemplo, em decisão proferida pela 1ª Vara do Trabalho⁽¹⁶⁾ de Lages em Santa Catarina, a juíza titular considerou o fim da contribuição sindical obrigatória, inconstitucional. Para a juíza que julgou o caso, a contribuição sindical tem natureza de tributo e, portanto, não poderia ter sido tratada em lei ordinária, e sim em Lei Complementar. Em outra decisão o TRT 15ª⁽¹⁷⁾ concedeu liminar determinando o pagamento da Contribuição Sindical independentemente de autorização prévia.

Decisões desta natureza têm se espalhado em todos os Tribunais espalhados pelo país, aumentando ainda mais a insegurança em torno da matéria. Recentemente o corregedor-geral da Justiça do Trabalho, decidiu suspender

(16) Fonte: <www.conjur.com.br/2017-dez-06/juiza-anula-fim-contribuicao-sindical-falha-hierarquia-leis>. Acesso em: 31 maio 2018.

(17) Fonte: <<http://www.cntc.org.br/?notaslegislativas=trtda-15a-regiao-concede-liminar-determinando-o-pagamento-da-contribuicao-sindical-independente-de-autorizacao-previa>>. Acesso em: 31 maio 2018.

uma decisão que determinou o desconto da contribuição sindical de uma loja em Porto Alegre. Nesta decisão suspende-se a liminar concedida⁽¹⁸⁾ e a validade tem efeito apenas *inter partes*, todavia pode servir de precedente para anular liminares concedidas por outros tribunais.

O Tribunal Superior do Trabalho tem adotado entendimento de que o pagamento do imposto sindical deve ser voluntário⁽¹⁹⁾, no total já foram proferidas 33 decisões neste sentido, o que colabora por desnortear ainda mais a situação jurídica e econômica das entidades sindicais. Em sentido contrário parece caminhar o Supremo Tribunal Federal, pelo menos é o que se exara do despacho do Ministro Edson Fachin⁽²⁰⁾, relator das ações diretas de inconstitucionalidade que questionam a Lei n. 13.467/2017 no STF.

Para o relator das ADIs⁽²¹⁾, no que tange ao tema contribuição sindical, o modelo de sindicalismo estabelecido no país se sustenta num tripé formado pela unicidade sindical, representatividade obrigatória e pelo custeio das entidades sindicais por meio de tributo, este último exatamente a contribuição sindical, autorizada expressamente pela Constituição Federal através do art. 149. O Ministro relator conclui em seu despacho, que, a mudança em um desses pilares tende a desestabilizar todo o regime sindical.

Esta afirmação se baseia no princípio da unicidade sindical, que, como já aventado,

constitui um dos pilares do direito sindical pátrio, ao passo em que, ou se abre o ordenamento jurídico para o pluralismo sindical, alterando a Constituição Federal, ou se mantém a fonte essencial de custeio.

Sem o pluralismo sindical, e a persistência de representação obrigatória de toda a categoria por parte dos sindicatos, a facultatividade da contribuição destinada ao custeio dessas entidades pode se tornar um instrumento de obnubilação do direito à sindicalização, que, inequivocamente reconhecido pelo constituinte de 1988, não poderia ser restringido a esse ponto de atingir-se seu núcleo essencial (existência e cumprimento de suas obrigações constitucionalmente previstas), mesmo porque, se também foi o legislador infraconstitucional quem reafirmou e reforçou o poder de negociação sindical, não poderia, por outro lado, atingir sua capacidade concreta de existência e funcionamento institucional.⁽²²⁾

Não é plausível que se pretenda dar tantos passos para traz no que diz respeito aos avanços conquistados durante décadas de lutas pelas classes trabalhadoras. Desestruturar qualquer um dos tripés que sustentam a representatividade sindical, como se faz com o ataque direto à principal fonte de custeio, é ferir mortalmente o direito dos trabalhadores de poderem se ver representados e tutelados em seus direitos.

Esta é uma forma velada de diminuir a manifestação dos trabalhadores, retirando-lhes seu mais importante instrumento de pressão, que se dá através da associação aos sindicatos. Incutir no pensamento popular a ideia de que trabalhador e empregador possuem a mesma força jurídica política ou econômica e, que, portanto, podem realizar acordos diretos sem a assistência sindical, configura uma manifestação de proibição de associação dos trabalhadores, na medida em que mina as forças de coalizão.

(18) Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-04/ministro-do-tst-suspende-liminar-que-autorizou-desconto-de-contribuica>>. Acesso em: 31 maio 2018.

(19) Fonte: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/tst-ja-deu-33-decisoes-a-favor-do-imposto-sindical-voluntario.shtml>>. Acesso em: 31 maio 2018.

(20) Fonte: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=38000>>. Acesso em: 31 maio 2018.

(21) ADI n. 5.794/MC e apensos, com data de julgamento em Plenário prevista para o dia 26 de junho de 2018. Fonte: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>>. Acesso em: 31 maio 2018.

(22) Despacho ADI n. 5794/MC. Rel. Ministro Edson Fachin e apensos. Fonte: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5794MC.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2018.

5. Considerações finais

A importância histórica existente nas lutas sociais dos trabalhadores que culminaram com o surgimento dos sindicatos não pode ser esquecida, tampouco violada por atos de governo que tendem a desestruturar de forma deliberada as associações da classe trabalhadora. É fundamental num momento tão impar como o atual, onde diversos segmentos da sociedade jurídica se propõem a debater a Reforma Trabalhista que se impôs, que seja resgatado o conteúdo histórico das fases pelas quais os sindicatos brasileiros passaram, desde de sua proibição em lei, até o reconhecimento pelo Estado, através também, de leis.

Mais que isto, é imprescindível que todas as decisões jurídicas em torno da questão em tela, fim do imposto sindical obrigatório, sejam tomadas levando em consideração os fins constitucionais, os direitos fundamentais trabalhistas, sob pena de estes quedarem desprotegidos.

Até o momento o que temos são decisões dos mais diversos Tribunais que conflitam entre si, colaborando para o caos que se estabeleceu desde a edição da Lei n. 13.467/2017, a qual instalou um verdadeiro sistema de insegurança jurídica no país.

Os sindicatos atuam sob um tripé organizacional imprescindível para o seu funcionamento, deste tripé faz parte o imposto sindical, o qual tem absoluta relevância no cumprimento das ações implementadas pelos sindicatos na defesa dos direitos da classe trabalhadora que representa.

De posse principalmente do texto constitucional, diversas entidades têm acionado o Poder Judiciário em busca de solução para o impasse que foi criado, todavia, as decisões

divergentes entre os Tribunais não tendem a pacificar de uma vez por todas a questão, no que caberá ao Supremo Tribunal Federal decidir a matéria.

6. Referências

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____; 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.

EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. Tradução: Marcus Orione. 1. ed. São Paulo: Boitempo,

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NICOLADELI, Sandro Lunard. Liberdade sindical, normas internacionais e efetividade no contexto brasileiro. In: *Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária*. I Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social. Coord. Raimundo Simão de Melo e Cláudio Jannotti da Rocha. São Paulo: LTr, 2017.

Sítios:

<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-04/ministro-do-tst-suspende-liminar-que-autorizou-desconto-de-contribuicao>>.

<<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/tst-ja-deu-33-decisoes-a-favor-do-imposto-sindical-voluntario.shtml>>.

<<http://www.conjur.com.br/2017-dez-06/juiza-anula-fim-contribuicao-sindical-falha-hierarquia-leis>>.

<<http://www.cntc.org.br/?notaslegislativas=trt-da-15a-regiao-concede-liminar-determinando-o-pagamento-da-contribuicao-sindical-independente-de-autorizacao-previa>>.

<<http://portal.stf.jus.br>>.

Contribuição sindical compulsória e o princípio da liberdade sindical individual: uma análise da Lei n. 13.467/17

Sebastião Lopes Galvão Neto^(*)

Resumo:

- O presente artigo tem como principal discussão a cobrança da contribuição sindical compulsória em face do princípio da liberdade sindical individual, contido no art. 8º, inciso V, da Constituição Federal/88. Ocorre que há divergência na própria Constituição, quando o legislador traz no art. 8º, inciso IV, e art. 149, CF/88, a contribuição compulsória para os sindicatos, independentemente da condição de os trabalhadores serem associados ou não, assim, acarretando restrições para o exercício da liberdade sindical individual plena. Dessa forma, se objetivou analisar a cobrança da contribuição sindical compulsória à luz do princípio da liberdade sindical individual fazendo um comparativo com as novidades trazidas pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2007, no qual trouxe relevantes mudanças às relações trabalhistas. Também se fez necessário discutir a decisão do STF que declarou a constitucionalidade do dispositivo da Lei n. 13.467 que trata sobre a não obrigatoriedade de tal contribuição. Adotou-se para fundamentar o estudo a pesquisa bibliográfica por meio de livros, periódicos científicos e bases de dados. Conclui que em um Estado democrático de Direito, no qual tem como cerne o respeito às liberdades individuais, a contribuição sindical compulsória é rechaçada, uma vez que vai em direção oposta aos princípios Constitucionais e ao que precípua a OIT, posição afinada também com mais recente entendimento do STF sobre o assunto, quando declarou constitucional tal mudança.

Palavras-chave:

- Contribuição sindical compulsória — Princípio da liberdade sindical — Reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 — ADI n. 5.794 – STF.

Abstract:

- This article has as main discussion the collection of compulsory union contribution in the face of the principle of individual freedom of association contained in art. 8, item V,

(*) Advogado. Militante na área de Direito do trabalho e Direito administrativo. Especialista em Gestão

da informação pela UFRN, especialista em Direito administrativo UNIRN.

of the Federal Constitution/88. It happens that there is divergence in the Constitution itself, when the legislator brings in art. 8, item IV, and art. 149, CF/88, the compulsory contribution to trade unions, irrespective of the condition of workers being associated or not, thus entailing restrictions on the exercise of full individual freedom of association. The purpose of this study was to analyze the collection of compulsory labor contributions in the light of the principle of individual freedom of association, comparing with the innovations brought by Law n. 13.467, of July 13, 2007, which brought important changes to labor relations. It was also necessary to discuss the decision of the STF that declared the constitutionality of the provision of law 13.467 that deals with the non-mandatory nature of such contribution. It was adopted to base the study on bibliographic research through books, scientific periodicals and databases. It concludes that in a democratic State of Law, which has as its core respect for individual freedoms, the compulsory union contribution is rejected, since it goes in the opposite direction to the Constitutional principles and to what is the ILO, a position also a recent understanding of the STF on the matter, when it declared constitutional such a change.

Key-words:

- Compulsory union contribution — Principle of freedom of association — Labor reform — Law n. 13467/17 — ADI n. 5.794 — STF.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. O sindicalismo no Brasil
- 3. A liberdade sindical brasileira e a Convenção n. 87 da OIT
- 4. Contribuição sindical compulsória na óptica da Lei n. 13.467/17
 - 4.1. Posicionamento do STF em face da ADI n. 5.794
- 5. Conclusão
- 6. Referências

1. Introdução

O sindicalismo brasileiro teve no seu bojo as amarras do corporativismo, no qual já nasceu dependente de governo que no modo de um radicalismo político autoritário, buscava na organização dos trabalhadores o seu reduto político e populista, uma vez que mantém o controle dos sindicatos através de seu registro junto ao Ministério do Trabalho.

Veja-se o princípio da liberdade sindical, um instituto previsto no art. 8º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, que se refere a liberdade na qual permite a qualquer trabalhador criar um sindicato em conjunto com

outros companheiros; bem como, a liberdade de filiar-se ou não ao sindicato de sua livre escolha. Ocorre que há divergência na própria Constituição, quando o legislador traz no art. 8º, inciso IV, e art. 149, CF/88, a contribuição compulsória para os sindicatos, independentemente da condição de os trabalhadores serem associados ou não. Dessa forma, se a liberdade de não associação fosse completa, não haveria a possibilidade de contribuição compulsória.

Diante disso, questiona-se: foi o legislador constituinte na contramão da efetividade do princípio da liberdade sindical ao recepcionar

a cobrança de contribuição sindical compulsória em favor das associações que formam o sistema confederativo de representação sindical?

Desta forma, faz-se necessário o estudo do referido princípio pelo fato que a sua violação pode acarretar uma insegurança jurídica, visto que agride pressupostos jurídicos relevantes, podendo causar uma instabilidade no poder judiciário e econômico, bem como afetar direitos adquiridos pelos cidadãos brasileiros no que se refere ao direito à liberdade sindical, o que não pode ser admitido perante um estado democrático de direito.

Para tanto, o objetivo geral desse artigo é analisar a cobrança da contribuição sindical compulsória à luz do princípio da liberdade sindical individual fazendo um comparativo com as novidades trazidas pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, no qual trouxe relevantes mudanças no que tange ao tema proposto.

Importante destacar que em junho de 2018 o Supremo Tribunal Federal decidiu declarar a constitucionalidade do ponto da reforma trabalhista que extinguiu a contribuição sindical compulsória, na qual foi questionada por intermédio da (ADI) n. 5.794, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos (CONTTMAF).

Nesse contexto, para respondermos à problemática e atingirmos o objetivo geral proposto, discorreremos sobre alguns objetivos específicos, quais são: apresentar o sindicalismo no Brasil, analisar o princípio da liberdade sindical em face da Convenção n. 87 da OIT e discutir os dispositivos da Lei n. 13.467/17 que traz significativas mudanças no que tange a cobrança compulsória do imposto sindical no Brasil com enfoque na decisão da ADI n. 5.794 em que o STF declarou constitucional a não obrigatoriedade da contribuição sindical em questão.

Utilizou-se para alcançar os objetivos traçados, a pesquisa por meio de uma revisão bibliográfica com abordagem qualitativa dos dados

no qual se pesquisou em livros, periódicos científicos, bases de dados na internet, reportagens, como forma de recolher documentos e informações variadas em várias fontes de pesquisa a cerca do tema estudado.

2. O sindicalismo no Brasil

A história de lutas da categoria laboral é universal, e isso melhor se compreende pelo processo de evolução de batalhas e conquistas dos trabalhadores junto ao movimento sindical que tem sido o principal instrumento coletivo de toda uma formação consciente da luta de classe, proporcionando aos trabalhadores condições concretas para se organizarem e enfrentar a exploração da classe operária pelos grandes latifundiários em todo o mundo.

Os sindicatos são os legitimados para a representação dos interesses coletivos, dessa forma temos que a sustentação do direito coletivo é o sindicalismo, fazendo-se, portanto, necessário um estudo histórico.

O termo “sindicato” deriva do latim *syndicus*, proveniente por sua vez do grego *sundikós*, que designava um advogado como um funcionário que auxiliava nos julgamentos.

Iniciaram-se com a finalidade de obter, por meio de dissídios, a melhoria das condições de trabalho e, conseqüentemente, de vida dos trabalhadores. Assim, consistem em uma associação de pessoas de uma mesma classe profissional ou econômica, que possuem como principal função a defesa dos interesses econômicos, profissionais, sociais e políticos dos seus associados, sendo organizados para falar e agir em nome daqueles que representam.

Em nosso País a Expressão Sindicato consagrou-se para designar a organização dos trabalhadores na defesa de seus interesses dentro do regime capitalista vigente.

Delgado (2017, p. 1.512) entende que “Sindicatos seriam entidades associativas permanentes, que representam, respectivamente, trabalhadores, “lato sensu”, e empregadores,

visando a defesa de seus correspondentes interesses coletivos”.

Define a Consolidação das Leis do Trabalho sindicato como sendo:

Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas. (BRASIL, 1943)

No Brasil, a evolução do Direito Sindical e Coletivo do Trabalho pode ser analisada em fases: a) Período Colonial; b) Período Imperial, compreendido da independência política à instauração da República; c) “República Velha”, da instauração da República ao movimento político de 1930; e d) “República Nova”, do movimento político de 1930 à Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5.10.1988 (PINTO, 1998).

No período colonial não existia clima social favorável a um associativismo. Dessa forma, foi apenas no período imperial, que começou a surgir formalmente a noção histórica do Direito do Trabalho e, por via de consequência, de seu ramo interno de Direito Sindical e Coletivo, devido à proclamação da independência política, acarretando a mudança de *status* de colônia de Portugal para Estado nação. Este período foi marcado pelo regime de servidão humana e pela estrutura rural de sua economia, o que não favoreceu a evolução de um ordenamento jurídico trabalhista. Assim, pode-se dizer, que os fatos importantes deste período foram a abolição da escravatura em 1888 e a Proclamação da República em 1889.

No período da “República Velha”, que teve início com o fim da escravatura e a instauração do regime republicano, ocorreram dois acontecimentos importantes para o desenvolvimento do Direito do Trabalho, sobretudo o coletivo, quais sejam: a migração de mão de obra europeia para o Brasil e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Durante a fase da “República Nova”, o país foi regido por duas Constituições. A primeira (1934) — que consagrava a pluralidade sindical, a autonomia do sindicato, a livre atividade associativa e instituiu a Justiça do Trabalho — e a segunda (1937) — que impôs a unicidade sindical, condicionou seu funcionamento a autorização estatal, considerou a greve como meio nocivo e antissocial, bem como instituiu a contribuição sindical compulsória.

A partir da década de 1930, houve uma transformação substancial na constituição da classe operária brasileira, decorrente do ingresso da mão – de – obra nacional e do declínio da imigração europeia. O velho sindicalismo não consegue absorver os novos operários, surgindo assim uma estrutura sindical controlada pelo Estado (RODRIGUES, 1966, p. 159).

Assim, em 19 de março 1931, por meio do Decreto n. 19.770 surge a lei dos sindicatos, autorizando os trabalhadores a se organizarem.

A era Vargas nos deram toda a legislação trabalhista que denominamos de CLT aprovada em 1º de maio de 1943 pelo Decreto n. 5.452 no qual teve grande influencia nas relações de trabalho individual, coletivo e sindical.

O modelo sindical corporativo brasileiro que surge nos anos 1930, caracterizado pela unicidade sindical, contribuição sindical compulsória, reconhecimento do sindicato pelo Estado — mediante o cumprimento de certos requisitos e limitação do exercício da greve — perdurou até a Constituição de 1988. [...] A Norma Constitucional de 1988 alterou os dispositivos legais relativos à intervenção das autoridades administrativas na organização sindical, outorgando-lhe autonomia, porém manteve o monopólio da representação e a contribuição compulsória (MIRSAIDES, 2007, p. 473)

Como visto, o sindicalismo brasileiro teve no seu bojo as amarras do corporativismo, no qual já nasceu dependente de governo que no modo de um radicalismo político autoritário, buscava na organização dos trabalhadores o seu reduto político e populista, uma vez que mantém o controle dos sindicatos através de seu registro junto ao Ministério do Trabalho.

Nessa esteira (MIRSALIDES, 2007, p. 473) discorre:

O modelo sindical corporativo brasileiro, que surge nos anos trinta, caracterizado pela unicidade sindical, enquadramento sindical, contribuição sindical compulsória, reconhecimento do sindicato pelo Estado — mediante o cumprimento de certos requisitos e limitação do exercício da greve — perdurou até a Constituição de 1988. Desse modelo se utilizaram os governos militares como cíveis de distinta tendências. A norma constitucional do 1988 alterou os dispositivos legais relativos à intervenção das autoridades administrativas na organização sindical, outorgando-lhe autonomia, porém manteve o monopólio da representação e a contribuição sindical compulsória.

Por todas as razões acima expostas, pode-se dizer que o direito coletivo e sindical falta alcançar a completa maturidade, seja mediante suas próprias atitudes, seja por meio da eliminação das contradições de princípios contidos nas normas que lhe traçam o perfil na Constituição Federal/1988.

3. A liberdade sindical brasileira e a Convenção n. 87 da OIT

É muito estreita a relação do Direito do trabalho com o Direito Constitucional no qual a carta maior estabelece uma série de garantias aos obreiros em geral, iniciando em seu art. 6º onde prevê o Trabalho como um Direito social, positivando os demais direitos do trabalhador especificamente em seus arts. 7º ao 11º.

Em especial são nos arts. 8º e 9º da Constituição Federal de 1988 que estão previstos os direitos e garantias constitucionais decorrentes da organização sindical e de greve respectivamente.

A Liberdade é um princípio fundamental basilar da nossa Constituição, pois se consagra em toda sua estrutura, simplesmente, pelo fato de estar implicitamente consagrada nas garantias e proteção da dignidade humana, eixo central da Constituição de 1988.

Para tanto, em relação à liberdade sindical, esta é entendida conforme precípua Martins, (2012) como uma espécie de liberdade de associação, ou seja, é o direito de os trabalhadores e empregadores se organizarem e constituírem livremente as agremiações e o número ideal que eles desejarem, sem interferência do Estado, visando a promoção de seus interesses e sua auto-organização. Essa liberdade sindical compreende, sobretudo, no direito de ingressar e retirar-se dos sindicatos.

Imagina-se, portanto desse conceito, uma liberdade sindical plena, onde o trabalhador constitui uma liberdade de filiação sindical, de criação de agremiações e a liberdade sobre sua gestão.

No entanto, o que se pode extrair da Constituição Republicana de 1988, é certa dicotomia, sobre o propósito do artigo específico que trata do assunto, conforme segue:

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 (BRASIL, 1988).

Apesar da Consagrada Constituição Federal de 1988 asseverar que a liberdade sindical é a espinha dorsal do Direito Coletivo, no qual representa nitidamente um Estado de Direito, percebe-se um paradoxo no *caput* e inciso I do seu art. 8º quando afirma que a liberdade sindical é plena e que o Estado não pode intervir, em face do inciso II quando ele limita a criação a um único sindicato por base territorial, que não pode ser inferior à área de um Município, o que caracteriza o Brasil em um país adepto a Unicidade sindical, conflitando assim com a Convenção Internacional de n. 87 da Organização Internacional do Trabalho, do qual o Brasil ainda não ratificou.

A Organização Internacional do Trabalho aprovou a Convenção n. 87, ratificada por mais de 100 países da qual permite a livre escolha, pelos próprios interessados, do sistema que julgarem melhor para a realização dos seus interesses, o que enseja a pluralidade sindical, permitida na França, na Itália, na Espanha e em muitos outros países (NASCIMENTO, 2012, p. 1308).

A Carta Magna de 1988 recepcionou em parte, a Convenção n. 87, de 1948, da OIT, relativa à liberdade sindical e à proteção do

direito de sindicalização, pois, não garantiu a plena liberdade sindical. Essa Convenção é considerada o primeiro tratado internacional que consagra o princípio da liberdade sindical plena.

O princípio da liberdade sindical encontra amparo internacional, de modo que na Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho — OIT, mesmo que esta não tenha sido ratificada no Brasil, dispõe:

Art. 1º Todo País-membro da Organização Internacional do Trabalho, para a qual esteja a vigor a presente Convenção, obriga-se a pôr em prática as seguintes disposições.

Art. 2º Os trabalhadores e os empregadores, sem qualquer distinção e sem autorização prévia, têm o direito de constituir as organizações que julguem convenientes, assim como de se filiar a essas organizações, com a única condição de observar seus estatutos.

Art. 3º

1. As organizações de trabalhadores e empregadores têm o direito de redigir seus estatutos e regulamentos administrativos, o de eleger livremente seus representantes, o de organizar sua administração e suas atividades, e de formular seu programa de ação.

2. As autoridades públicas deverão se abster de toda intervenção que vise a limitar esse direito ou a dificultar seu exercício legal.

Art. 4º As organizações de trabalhadores e de empregadores não estarão sujeitas à dissolução ou suspensão por via administrativa.

Art. 5º As organizações de trabalhadores e de empregadores têm direito de se constituir federações e confederações, assim como de filiar-se às mesmas, e toda organização, federação ou confederação tem o direito de filiar-se a organizações internacionais de trabalhadores e de empregadores.

Art. 6º As disposições dos arts. 2º, 3º e 4º desta Convenção aplicam-se às federações e confederações de organizações de trabalhadores e de empregadores.

A referida norma ainda não foi ratificada pelo Brasil e nem pode, posto que o art. 8º da CFRB/88 impede a ampla liberdade sindical, entretanto, tal convenção consagra a liberdade sindical individual e coletiva, além de garantir

ao grupo fundador do sindicato o direito de estruturá-lo como bem entender.

Consoante ao entendimento de Martins, (2012) a liberdade sindical possui duas faces, quais sejam: coletiva e a individual.

Coletiva que é a liberdade de um grupo de se constituir como sindicato, com seu próprio modo de organização, estruturação e funcionamento, tendo, portanto, ampla autonomia. É a liberdade de criar órgãos superiores como federações, confederações e centrais sindicais e a liberdade individual, está, por sua vez, podendo se dividir em duas: positiva e negativa. Na positiva, empregados e empregadores possuem amplo direito de reunirem-se a colegas de profissão ou a empresas com atividades iguais para criar sindicatos ou outras organizações, bem como nelas filiar-se e permanecerem. Já sob a visão negativa, trabalhadores e empregadores podem se retirar de qualquer organização sindical quando bem entender, como também possui o direito de não filiar-se a sindicato ou qualquer outra organização sindical.

Martins (2012) assevera ainda que a estrutura sindical brasileira ainda é baseada no regime corporativo de Mussolini, em que um único sindicato por base territorial era mais fácil ser controlado, tornando-se obediente, onde nasce o sindicato por imposição do Estado e seus líderes sindicais não surgiram, mas eram nomeados.

Vale ressaltar que para garantir essa liberdade sindical, ou melhor, dizendo, garantir sua autonomia, é necessário a existência de fontes de renda para subsidiar as atividades sindicais, vez que o sistema de sindicatos no Brasil adotam diversas receitas elencadas no art. 548 da CLT.

Art. 548 – Constituem o patrimônio das associações sindicais:

a) as contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades, sob a denominação

de imposto sindical, pagas e arrecadadas na forma do Capítulo III deste Título;

b) as contribuições dos associados, na forma estabelecida nos estatutos ou pelas Assembleias Gerais;

c) os bens e valores adquiridos e as rendas produzidas pelos mesmos;

d) as doações e legados;

e) as multas e outras rendas eventuais.

O maior destaque dessas rendas é no tocante às contribuições de seus associados, que, por seu turno, dividem-se em quatro tipos: sindical (compulsória), confederativa, assistencial e associativa.

A atual CRFB/1988, no inciso IV do art. 8º dispõe que:

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. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

A contribuição prevista em lei é o imposto sindical previsto nos arts. 578 a 610 da CLT, como um desconto realizado pelo empregador na folha de pagamento, em março de cada ano, equivalente a um dia de trabalho do salário de cada empregado.

Entretanto, é perceptível que a liberdade sindical, tanto no âmbito individual, quanto no coletivo, foi bruscamente limitada com a adoção da unicidade sindical (proibição da existência de mais de um sindicato da mesma categoria na mesma base territorial, dessa forma restando ao trabalhador uma única opção de sindicato) e pela contribuição sindical compulsória — de modo que o Estado para garantir a receita do sindicato, retira do empregado e do empregador a sua independência e autonomia, visto que passa aquele a depender economicamente deste.

Questiona-se, no entanto, sobre a imposição do pagamento do imposto sindical inclusive aos não associados, que são obrigados a pagá-lo mesmo contra a vontade. Sérgio Pinto Martins

(2012) prescreve que essa obrigatoriedade fere os princípios da liberdade associativa e da autonomia dos sindicatos.

Entretanto, como visto, a compulsoriedade do imposto sindical continuou existindo até o dia 11 de novembro de 2017 e com respaldo na CRFB/1988, conforme o disposto no art. 8º, IV, anteriormente transcrito em que será desenvolvido de forma mais detalhada no próximo capítulo com enfoque na nova Lei n. 13.467/17 que instigue sua obrigatoriedade e será ainda tema de muitas correntes doutrinárias tendo em vista a sua complexidade diante do sistema político e sindical brasileiro.

4. Contribuição sindical compulsória na óptica da Lei n. 13.467/17

De forma controversa ao princípio da liberdade sindical, encontra-se a contribuição sindical compulsória, e como o próprio nome relata, é a contribuição imposta pelo Estado como meio de arrecadar receita para os sindicatos, de modo que empregados e empregadores, associados ou não, contribuam.

Assim dispõe os artigos da CLT:

Art. 545 – Os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao Sindicato, quando por este notificados, salvo quanto à contribuição sindical, cujo desconto independe dessas formalidades.

Art. 578 – As contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação do “imposto sindical”, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo.

Art. 580. A contribuição sindical será recolhida, de uma só vez, anualmente, e consistirá:

I – Na importância correspondente à remuneração de um dia de trabalho, para os empregados, qualquer que seja a forma da referida remuneração;

II – para os agentes ou trabalhadores autônomos e para os profissionais liberais, numa importância correspondente a 30% (trinta por cento) do maior

valor-de-referência fixado pelo Poder Executivo, vigente à época em que é devida a contribuição sindical, arredondada para Cr\$ 1,00 (um cruzeiro) a fração porventura existente;

III – para os empregadores, numa importância proporcional ao capital social da firma ou empresa, registrado nas respectivas Juntas Comerciais ou órgãos equivalentes, mediante a aplicação de alíquotas, conforme a seguinte tabela progressiva:

1. até 150 vezes o maior valor de referência, 0,8%
2. acima de 150 até 1.500 vezes o maior valor de referência, 0,2%
3. acima de 1.500 até 150.000 vezes o maior valor de referência, 0,1%
4. acima de 150.000 até 800.000 vezes o maior valor de referência, 0,02%.

Os dispositivos legais transcritos demonstram claramente a imposição sofrida para o pagamento da contribuição compulsória do imposto sindical, de modo que o trabalhador, ao passar dos anos, e com o aumento dos “sindicatos de fachada” cadastrados no Ministério do Trabalho, mas que não lutam em nada para garantir os direitos de seus contribuintes, se tornam desacreditados. Abalando a confiabilidade, dessa forma, a taxa de sindicalização encontra-se em declínio, não apenas pelo alto índice de desemprego, mas pela falta de confiança do trabalhador em seus sindicatos que não fazem de nada por seus direitos.

Lamentavelmente, o sistema adotado pela CF de 1988 é o da unicidade sindical, que, juntamente com a contribuição sindical e com o poder normativo da Justiça do Trabalho, acabam por enfraquecer sobremaneira o sindicalismo no Brasil, sedimentando o caminho para a manutenção de associações oportunistas e descomprometidas com a real defesa do trabalhador, na medida em que a lei lhes garante o monopólio da representação, o financiamento automático e a substituição de uma de suas atribuições precípuas, qual seja a negociação coletiva em busca de melhores condições de vida e de trabalho” (RESENDE, 2013, p. 980).

É sabido que a matéria sobre a constitucionalidade devida da cobrança da Contribuição Compulsória tem sido recorrentemente questionada no STF por meio das ações de Controle de Constitucionalidade onde a corte suprema reiteradamente vem entendendo que tal contribuição é constitucional dando-lhe a importância de Imposto sindical conforme veremos a seguir na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), com pedido de medida liminar, ajuizada em 2014 pelo Partido Popular Socialista — PPS.

Na ação se postulava a inconstitucionalidade da cobrança impositiva da contribuição sindical prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, em seus arts. 579, 582, 583 e 587 onde se sustentou, em sede de controle normativo abstrato, que a cobrança compulsória prevista em referidas normas legal estava em colisão com os preceitos fundamentais insculpidos no inciso XX do art. 5º e no inciso V do art. 8º, todos da Constituição Federal no qual teve seu pedido vencido pelo entendimento da corte onde era o relator o Ministro Celso de Mello:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE. INOBSERVÂNCIA. INVIABILIDADE DE REFERIDA AÇÃO CONSTITUCIONAL. DOUTRINA. PRECEDENTES. EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE CARACTERIZADA POR JULGAMENTOS CONFLITANTES DE ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS DIVERSOS: PRESSUPOSTO NECESSÁRIO E ESSENCIAL AO VÁLIDO AJUIZAMENTO DA ADPF. AUSÊNCIA, NO CASO, DE QUALQUER ESTADO DE INCERTEZA OU DE INSEGURANÇA NO PLANO JURÍDICO, NOTADAMENTE PORQUE JÁ RECONHECIDA, PELO STF, MEDIANTE INÚMEROS JULGAMENTOS PROFERIDOS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, A PLENA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL, QUE SE QUALIFICA COMO MODALIDADE DE TRIBUTO EXPRESSAMENTE PREVISTA NO PRÓPRIO TEXTO DA LEI FUNDAMENTAL. DOUTRINA. PRECEDENTES. ADPF DE QUE NÃO SE CONHECE. (STF, ADPF N. 249, 13 DE AGOSTO DE 2014)

Por outro lado o Tribunal Superior do Trabalho — TST — Corte máxima da justiça laboral, em 2014 ratificou seu entendimento

contrário ao que a Corte suprema vem seguindo relacionado a tal contribuição, quando publicou o Precedente Normativo n. 119:

N. 119 CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS – INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – (mantido) – DEJT divulgado em 25.8.2014: “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” (TST, 2014, p. 14).

A maior parte da doutrina pátria segue o posicionamento do TST e o da OIT, por entender que o imposto sindical obrigatório é incompatível com a Constituição e com a realidade social global.

Sérgio Pinto Martins (2012) percebe claramente uma contradição entre o tributo e a liberdade sindical, não podendo ocorrer esta enquanto existir a contribuição sindical compulsória decorrente de lei, uma vez que até mesmo os não sindicalizados são obrigados a pagar a contribuição. Entende ainda que a contribuição sindical permite a organização e manutenção de sindicatos sem a menor autenticidade, uma vez que, independente de atuar efetivamente em prol dos benefícios de seus associados, estes, tem como se manterem financeiramente e se perpetuarem no poder monopolizando assim os interesses da classe trabalhadora.

A nova Lei n. 13.467/17 mais conhecida como a lei da reforma trabalhista que foi promulgada pelo então Presidente Michel Temer e publicada no dia 13 de julho de 2017 com entrada em vigor no dia 11 de novembro de 2017 trouxe alterações substanciais nas relações trabalhistas no tocante ao direito processual bem como ao direito material e que por sua vez extinguiu a obrigatoriedade da cobrança desse

imposto sindical tão debatido entre os juristas e cortes dos tribunais de todo país dando assim uma nova roupagem mais democrática aos artigos da CLT que pregavam a compulsoriedade de tal contribuição. Vejamos:

Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles **devidamente autorizados**, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados.

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

Art. 579. 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.

Art. 582. Os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a **contribuição sindical** dos empregados que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Primeiramente é importante nos determos aos termos usados na nova legislação quando se fala em contribuição sindical, ora visto que os artigos que tratavam da referida contribuição era denominados de imposto sindical. Também é de se afirmar que a postura impositiva dos artigos antes da reforma perdeu valor em prol de uma legislação autorizativa, isso quer dizer que, a partir de agora, por força de lei tal contribuição só poderá ser descontada anualmente por autorização do empregador expressamente.

Assim, alguns estudiosos do direito em publicações recentes já se posicionaram sobre tal matéria:

Na relação de Direito Sindical, o art. 545 da CLT, em sua nova redação trouxe a extinção da contribuição sindical compulsória, fonte de sustentação econômica da estrutura sindical, patronal e profissional (“Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados”). Os arts. 578, 579 e 582 da CLT anunciam a partir de novembro, quando vigente a lei, o caráter facultativo das contribuições sindicais patronais e profissional (JOÃO, 2017, p. 2).

Há também de se falar no que pensa os estudiosos da área e os sindicatos e seus representantes que aderem a corrente de que essa mudança enfraqueceram as entidades sindicais:

O fim da obrigatoriedade da contribuição sindical (imposto sindical) inicia o enfrentamento da questão pelo lado torto. Não veio, antes, a liberdade de auto-organização. Ao contrário. A nova lei apenas retira o oxigênio de uma parcela importante dos sindicatos, tanto laborais quanto empresariais, ao mesmo tempo em que comete às entidades dos trabalhadores várias outras atribuições e encargos de representação, sem assegurar os meios necessários (SCHIMIDT; GRAÇA, 2017, p. 2).

Sem muito se estender, percebe-se que a lei apesar de ser nova e ter vindo com o intuito de melhorar a economia em um tempo que o país arrasta uma crise econômica sem precedentes há de se muito discutir e debater esse tema, pois por um lado a nova lei traz consigo o princípio democrático de liberdade sindical e por outro, tira a comodidade dos sindicatos de se manterem com o dinheiro público imposto por lei, sendo agora justificativa de seu enfraquecimento junto à representação dos interesses dos trabalhadores.

4.1. Posicionamento do STF em face da ADI n. 5.794

Em junho de 2018 o Supremo Tribunal Federal decidiu declarar a constitucionalidade do ponto da reforma trabalhista que extinguiu a contribuição sindical compulsória, na qual foi questionada por meio da (ADI) n. 5.794, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos (CONTTMAF).

Em suma, a CONTTMAF em sede de ADI alegou a violação dos arts. 146, II e III, 149 e 150, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Em sua ótica, portanto, seria necessária lei complementar e norma específica para promover alterações na regulamentação da contribuição sindical, nos termos dos arts. 146 e 150, § 6º, da CRFB. Argumentou, ainda, que a alteração legislativa promovida desrespeitaria direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, eis que os sindicatos têm dever de assisti-los juridicamente e que tal direito ficaria desatendido. Aduz, por fim, que haveria ferimento ao princípio da proporcionalidade, pois o Estado teria legislado de maneira abusiva na hipótese.

Durante o julgamento no STF por 6 votos a 3, prevaleceu o entendimento do Ministro Luiz Fux de declarar a constitucionalidade da não obrigatoriedade da contribuição, no qual divergiu do relator Edson Fachin, que por sua vez votou pela inconstitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória, alegando que o fim da obrigatoriedade do tributo vai impedir os sindicatos de buscar formas de organização mais eficazes para defender os direitos dos trabalhadores perante os interesses patronais.

Entre os argumentos expostos por Fux e pelos ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Cármen Lúcia, estão o de não se poder admitir que a contribuição sindical seja imposta a trabalhadores e empregadores quando a Constituição determina que ninguém é obrigado a se filiar ou a se manter filiado a uma entidade

sindical. Além disso, eles concordaram que o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical não ofende a Constituição.

Decisão justa do Supremo e afinada com os princípios Republicanos, tendo em vista que mais especificamente o princípio constitucional envolvido no caso é o da liberdade sindical, o direito de o trabalhador filiar-se ou não, ou de contribuir ou não, a uma entidade.

Como bem destacou o Ministro Barroso em seu voto, na medida em que ele considera o modelo de contribuição compulsória ruim porque não estimula a competitividade e a representatividade, levando um verdadeiro “business” privado, afirmou que “O sistema é bom para os sindicalistas, mas não é bom para os trabalhadores.”

5. Conclusão

Tentou-se aqui melhor compreender a evolução do sistema sindical brasileiro mais precisamente debater o princípio da liberdade sindical e a não recepção em parte da Convenção n. 87 da OIT pelo ordenamento jurídico brasileiro, não garantindo assim a plena liberdade sindical.

Um Estado democrático de Direito, em que tem como cerne o respeito às liberdades individuais, onde se preserva em sua constituição, assim, como tendência em diversos países do mundo, a dignidade da pessoa humana, não poderia de maneira alguma em tempos hodiernos compactuar com a manutenção da contribuição compulsória que é, porém rechaçada por muitos estudiosos do Direito e pela Organização Internacional do trabalho, OIT.

O direito pela sua essência é uma ciência constituída coletivamente a partir das experiências vivenciadas pela sociedade mediante sua própria história. Isso quer dizer que o Direito precisa evoluir através dos tempos, fazendo com que a humanidade possa viver em harmonia por meio de regras mínimas possíveis e que acompanhe as transformações sociais.

A nova Lei n. 13.467/17, mais conhecida como a lei da reforma trabalhista, que foi promulgada pelo então Presidente Michel Temer e publicada no dia 13 de julho de 2017 com entrada em vigor no dia 11 de novembro de 2017 trouxe alterações substanciais nas relações trabalhistas no tocante ao direito processual bem como ao direito material e que por sua vez extinguiu a obrigatoriedade da cobrança do imposto sindical tão criticado na sociedade brasileira por muito tempo, dando assim uma nova roupagem mais democrática e trazendo contigo o espírito do princípio de liberdade consagrado na nossa Carta Maior de 1988.

Esse tema como exaustivamente acima mencionado, já foi pacificado junto ao STF em junho de 2018, quando em decisão que julgou a ADI n. 5.794, prevaleceu por 6 votos a 3, o entendimento de declarar a constitucionalidade da não obrigatoriedade da contribuição, sobretudo por compreenderem que não se pode admitir que a contribuição sindical seja imposta a trabalhadores e empregadores quando a Constituição determina que ninguém é obrigado a se filiar ou a se manter filiado a uma entidade sindical na qual não fere a Constituição Federal.

Decisão justa do Supremo e afinada com os princípios Republicanos, tendo em vista que mais especificamente o princípio constitucional envolvido no caso é o da liberdade sindical, o direito de o trabalhador filiar-se ou não, ou de contribuir ou não, a uma entidade.

É certo que ainda é muito cedo falar sobre vantagens e desvantagens de como esse novo modelo de sustentação sindical trazida pela reforma trabalhista afetará a classe trabalhadora. Porém não podemos negar após a leitura dessas reflexões sustentadas nesse artigo a evidência de que a manutenção da contribuição sindical compulsória tem como consequência uma insuficiente representatividade dos sindicatos dos trabalhadores no Brasil. Retirada esta fonte financeira, postura outra não os restará aos representantes sindicais, senão a de

lutar por associados, buscando representar os interesses da categoria de forma mais eficiente e digna, tendo em vista que esta seria a única maneira de obter alguma fonte de renda para mantê-los firmes e lograr êxito no seu propósito junto à representação e luta pelos interesses dos trabalhadores, já que é esse de fato o principal papel dos sindicatos na sociedade.

6. Referências

BRASIL. *Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT*. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília: Presidência da República, 1943.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

_____. *Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. Brasília: Presidência da República, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

JOÃO, Paulo Sergio. Reflexões trabalhistas. Contribuição facultativa e possível pluralidade sindical na reforma trabalhista. *CONJUR*, [on-line], 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-01/reflexoes-trabalhistas-contribuicao-facultativa-possivel-pluralidade-sindical>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MISAILIDIS, Mirta Lerena. A influência das políticas populistas no sindicalismo brasileiro. *Verba Juris*: anuário da pós-graduação em direito. João Pessoa, v. 6, n. 6, p. 455-478, jan. 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção n. 87*: liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização. [online]: OIT, 1948. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 set. 2017.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

RODRIGUES, Leôncio Martins. *Conflito industrial e sindicalismo no Brasil*. São Paulo: Difusão do Livro, 1966.

SCHIMIDT, Paulo Luiz; GRAÇA, João Alberto. Em busca de um marco civilizatório da Lei n. 13.467/2017. *CONJUR*, [on-line]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-01/opinioao-busca-marco-civilizatorio-lei134672017>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 249*.

Distrito Federal. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília: STF: Publicada em 13 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6622913>>. Acesso em: 2 de nov. 2017.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.794 Distrito Federal*. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília: STF: Publicada em junho de 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST. *Precedente Normativo n. 119*. Brasília: TST, 2014. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN119>. Acesso em: 22 set. 2017.

O Poder Judiciário e o desmanche do movimento sindical: elementos para a resistência

Valdete Souto Severo^(*)

Resumo:

- ▶ Esse artigo trata das alterações havidas com a Lei n. 13.467/2017, a chamada “reforma trabalhista”, sob a perspectiva do movimento sindical e de suas chances de sobrevivência.

Palavras-chave:

- ▶ Reforma trabalhista — Direito do trabalho — Movimento sindical.

Abstract:

- ▶ This article deals with the changes made with Law n. 13.467/2017, the “labor reform”, from the perspective of the trade union movement and their chances of survival.

Key-words:

- ▶ Labor reform — Labor law — Trade union movement.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. “Reforma”: o ataque ao movimento sindical
- ▶ 3. Perspectivas para o movimento sindical
- ▶ 4. O Poder Judiciário Trabalhista e o futuro do movimento sindical
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências

(*) Doutora em Direito do Trabalho pela USP/SP. Juíza do Trabalho da 4ª Região. Professora e Diretora da FEMARGS – Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RS. Membro da AJD – Associação de Juízes pela Democracia e da ALJT – Associação Latinoamericana de Juízes do Trabalho.

1. Introdução

A Lei n. 13.467/17, equivocadamente apelada de “reforma trabalhista”, promove um desmanche em regras de proteção, tanto em âmbito material quanto coletivo ou processual. Até aqui, nenhuma novidade. São inúmeros os artigos e livros que denunciam o ataque aos direitos trabalhistas, ditados por uma lógica liberal que acima de tudo é burra, pois concretamente retira a capacidade de consumo dos trabalhadores e trabalhadoras, prejudicando sobretudo os pequenos e médios empreendedores do país. O resultado, aliás, já está nas ruas, nas lojas e especialmente embaixo das marquises das grandes cidades, onde um número cada vez maior de seres humanos precisa morar.

Neste breve artigo, tratarei da função que o Poder Judiciário deve assumir diante da nocividade da “reforma” para o movimento sindical. E não se trata de enfrentar apenas o tema do fim da contribuição sindical obrigatória. Embora essa alteração seja grave em um contexto de ausência completa de proteção contra a despedida e baixos salários, sob a realidade de mais de 12 milhões de desempregados, é apenas mais um item de um pacote perverso de alterações que tornam muito difícil a continuidade do movimento sindical.

2. “Reforma”: o ataque ao movimento sindical

O fim da contribuição sindical obrigatória, embora tenha sido realmente um duro golpe no movimento coletivo⁽¹⁾, não é sequer a pior

(1) O imposto sindical passa a ser chamado de contribuição sindical (art. 578) e seu desconto fica “condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal” (arts. 579; 582; 583). “Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas (NR).”

alteração promovida pela “reforma”⁽²⁾. Sob a premissa do *negociado sobre o legislado*, permite-se trabalho por mais de 12h por dia, com supressão de intervalo, ajuste quanto à remuneração pela nocividade do ambiente de trabalho e a renúncia de praticamente todos os direitos trabalhistas. O pressuposto do *negociado sobre o legislado*, mesmo da perspectiva da Lei n. 13.467/2017, é em si mentiroso, pois segue sendo a regulação estatal que controla o que pode e como deve ser negociado. Basta perceber que a “reforma” nada prevê para garantir efetiva liberdade sindical, apesar do discurso de que houve valorização dos atores sociais, e do fato de que tanto a liberdade sindical quanto a negociação coletiva sejam prioridades, assim definidas na XVII Reunião Regional Americana realizada em Santiago do Chile em 2010, pela OIT.

“Art. 579. 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 (NR).”

“Art. 582. Os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos (NR).”

“Art. 583. O recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais realizar-se-á no mês de fevereiro, observada a exigência de autorização prévia e expressa prevista no art. 579 desta Consolidação (NR).”

(2) Na exposição de motivos da Lei n. 13.467/2017, o Deputado Relator Rogério Marinho refere que “o modelo sindical adotado no País ainda é praticamente o mesmo da época de sua criação, no período conhecido como Estado Novo, em que vivíamos a ditadura do governo Vargas”, de viés “claramente fascista”. Curiosamente, porém, não propõe alterações que deem aos sindicatos condições de autofinanciamento; que evitem dispensas ou que facilitem o exercício da atividade sindical. Ele afirma que “as entidades sindicais terão que se mostrar efetivas em suas atuações, atendendo os anseios de seus representados, para que eles decidam livremente pelo suporte financeiro das atividades”, só esquece de revelar que todas as alterações propostas pela Lei n. 13.467/2017 impedem isso.

A Convenção n. 87 da OIT, como sabemos, não foi ratificada pelo Brasil. Ainda assim, está no rol das convenções fundamentais, que desde 1998 devem ser aplicadas pelos países membros, independentemente de ratificação. Mesmo as Convenções ratificadas pelo Brasil: ns. 98, 135, 151 e 154 da OIT⁽³⁾, tem por pressuposto a necessária liberdade sindical, que não apenas é ignorada pela “reforma”, mas é mesmo negada, na medida em que as alterações efetivadas pela Lei n. 13.467/2017 endereçam-se a esvaziar a possibilidade de organização e pressão por parte dos trabalhadores e trabalhadoras.

A origem dos sindicatos se confunde com a origem do próprio Direito do Trabalho. Se a “reforma” pretendesse realmente valorizar a autonomia coletiva, não precisaria dizer o óbvio: as negociações coletivas sempre constituíram importante fonte do Direito do Trabalho, tendo, porém, como limite, os preceitos legais vigentes. O limite à negociação coletiva é o conjunto de direitos fundamentais trabalhistas contidos na Constituição e explicitados pela CLT e por outras leis esparsas. As partes podem e devem negociar condições de trabalho,

desde que observem o que comanda o *caput* do multicitado art. 7º, ou seja, desde que “**visem à melhoria de sua condição social**”.

A negociação coletiva é o modo como o capital e o trabalho estabelecem as regras de convivência pacífica. É por meio dela que os trabalhadores e as trabalhadoras garantem as condições para que essa convivência continue existindo, para além do mínimo concedido por um Estado declaradamente liberal. Pois bem, para que haja “negociação coletiva”, é necessário um ambiente de plena liberdade sindical e de efetiva garantia contra a despedida. Admitir a possibilidade de dispensa sem qualquer motivação, apesar da literalidade do art. 7º, I, da Constituição, é impedir concretamente a organização coletiva. E sem organização, não há sindicato, nem — por consequência — “negociação”⁽⁴⁾.

A razão de ser das normas coletivas é pressionar os empregadores a cederem diante de situações concretas, melhorando objetivamente suas condições de trabalho, reconhecendo a existência de uma regra de *inderrogabilità in pejus* a tornar nula qualquer cláusula normativa

(3) A Convenção n. 98 da OIT, vigente no Brasil desde 1953, dispõe que os representantes sindicais não podem sofrer quaisquer tipos de “restrições empresariais” e que os sindicatos gozam de “proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência”. A Convenção n. 135, também vigente no Brasil, dispõe que “os representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los”. A Convenção n. 151, também ratificada, estabelece que “empregados públicos gozarão de proteção adequada contra todo ato de discriminação sindical em relação com seu emprego” e que “as organizações de empregados públicos gozarão de completa independência a respeito das autoridades públicas” e de “adequada proteção contra todo ato de ingerência de uma autoridade pública na sua constituição, funcionamento ou administração”. A Convenção n. 154 da OIT, também ratificada pelo Brasil, estabelece que: “a expressão ‘negociação coletiva’ compreende normas que tenham por fim fixar as condições de trabalho e emprego; ou regular as 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 só vez”.

(4) Oscar Ermida Uriarte assevera que a proteção contida na Convenção n. 135 da OIT não se destina a proteger o trabalhador individualmente considerado, mas tem por objeto a proteção da própria liberdade sindical, impensável em circunstâncias diversas. Ele menciona que “Esto es así porque el bien jurídico tutelado por el fuero sindical no es solamente el derecho al empleo del trabajador afectado, sino la propia libertad sindical y, más precisamente, el derecho al desarrollo de la actividad sindical, **lo que solo recibe ‘adecuada protección’ (como lo pide el Convenio n. 98) con la reincorporación real del trabajador**. Así lo ha entendido el Comité de Libertad Sindical de la OIT, al declarar que ‘en ciertos casos en que en la práctica la legislación nacional permite a los empleadores, a condición de que paguen la indemnización prevista por la ley en todos los casos de despido injustificado, despedir a un trabajador incluso si el motivo real es su afiliación a un sindicato o su actividad sindical, no se concede una protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical mencionados en el Convenio número 98’ y así también lo postula la Recomendación n. 143 que establece que ‘una reparación eficaz’ del despido de los representantes laborales debe comprender el reintegro de los mismos a sus puestos (artículo 6, numeral 2, literal d)”. *Ibidem*, p. 52.

que restrinja, mitigue ou contrarie texto de lei⁽⁵⁾. No Brasil, o reconhecimento das normas coletivas como um direito fundamental *dos trabalhadores*, no art. 7º da nossa Constituição, torna clara a opção do legislador originário em homenagear essa regra de inderrogabilidade dos direitos mínimos contidos em lei⁽⁶⁾. O que a doutrina denomina princípio da hierarquia dinâmica das fontes formais traduz justamente a possibilidade (e o limite) que a norma coletiva tem, de promover melhorias e com isso superar a fonte formal estatal de direito.

O suposto negociado sobre o legislado instituído pela “reforma” é o avesso disso. Permite e estimula renúncia sistemática e coletiva a direitos fundamentais, negando, portanto, a própria função que as normas coletivas desempenham em um Estado de Direito. Ainda assim, revelando a verdadeira intenção dos reformadores, o § 3º do art. 8º determina que o Juiz analise as normas coletivas “exclusivamente” quanto à “conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, do Código Civil” e balize sua atuação pelo “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

Ocorre que não há falar em autonomia da vontade coletiva em uma realidade na qual existem mais de 12 milhões de desempregados e aqueles que possuem emprego lidam com uma prática de negação do direito constitucional à motivação da despedida. Ou seja, sabem que fazer movimento sindical é colocar em risco o posto de trabalho.

(5) GIUGNI, Gino. *Diritto sindacale*. Bari: Cacucci Editore, 2006. p. 176.

(6) Essa regra de não retrocesso social, explicitada no *caput* do art. 7º da Constituição brasileira, ainda que ausente, não afastaria a realidade histórica que informa a construção do Direito do Trabalho em nível coletivo: de pressionar o capital para obter melhoria nas condições sociais dos trabalhadores, minimizando os efeitos nocivos da desigualdade material reconhecida e praticada no âmbito da relação de trabalho. “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:”.

Não há autonomia coletiva quando os trabalhadores, pressionados pela realidade acima descrita, são incentivados a abrir mão de direitos fundamentais sem a intervenção do Sindicato⁽⁷⁾ ou por seu intermédio⁽⁸⁾.

Por fim, não há autonomia coletiva quando vigora a possibilidade de terceirização, de contratação como autônomo, temporário, teletrabalhador ou trabalhador em tempo parcial, todos regimes jurídicos que não apenas precarizam as condições de trabalho, mas também colocam trabalhadores de uma mesma empresa em situação díspare, dificultando a alteridade, o reconhecimento do Outro como alguém com quem posso me aliar para lutar por melhores condições de vida.

Em uma realidade de sindicatos sem subsídios para o próprio sustento, formado por

(7) O parágrafo único do art. 444 dispõe que : “A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”. A eficácia é a tal quitação geral, que veda o acesso à justiça.

(8) O art. 611-A dispõe que 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 individual; III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego, 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 – identificação dos cargos que demandam a fixação da cota de aprendiz; XIII – enquadramento do grau de insalubridade; XIV – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XVI – participação nos lucros ou resultados da empresa”.

trabalhadores pulverizados por essas formas precárias de contratação, cientes de uma realidade mergulhada em um desemprego estrutural sem precedentes, e sem garantia alguma de manutenção do emprego, estabelecer a possibilidade de “negociação” para a perda de direitos é uma perversão!⁽⁹⁾

Também é perversa e, portanto, contrária ao Direito Sindical, a exigência de que os sindicatos participem de demandas que tenham como objeto a anulação de cláusulas de acordo ou convenção coletiva. Trata-se de uma exigência que na prática revela-se impossível, pois não há estrutura que dê conta dessa participação, especialmente com a supressão do que hoje mantém vários sindicatos, que é justamente o chamado “imposto sindical”.

Repetir o texto (de modo incompleto) dos arts. 7º, 8º e 9º da Constituição para permitir, em uma completa inversão da lógica de interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, que todas as normas constitucionais sejam derogadas por convenção das partes talvez seja uma perversão ainda maior⁽¹⁰⁾. A tentativa

(9) Uma perversão que tem seu ápice na redação do § 2º do art. 611-A, quando dispõe que a “inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico”.

(10) O Art. 611-B estabelece que “constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I – normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; IV – salário-mínimo; V – valor nominal do décimo terceiro salário; VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII – salário-família; IX – repouso semanal remunerado; X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI – número de dias de férias devidas ao empregado; XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV – proteção do mercado de trabalho da mulher,

de alteração do art. 618 da CLT, na década de 1990, tinha essa mesma motivação.

A falsa autonomia traduzida pela possibilidade de abrir mão de direitos não é, portanto, novidade na prática das relações de trabalho. Aliás, é o espírito do liberalismo, que historicamente cedeu à pressão da classe trabalhadora e às necessidades do próprio capital. A imperatividade das normas trabalhistas decorre do reconhecimento histórico de que a falsa autonomia exercida na “livre estipulação das condições do contrato” não é real; se traduz em sujeição e miséria. Se algum exercício de autonomia é possível na relação de trabalho, o é exatamente em razão das garantias que a legislação trabalhista confere aos empregados. Portanto, mesmo admitindo o conceito liberal

mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI – aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX – aposentadoria; XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII – direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX – tributos e outros créditos de terceiros”. O parágrafo único ainda complementa: “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”.

clássico de autonomia como liberdade para negociar, podemos concluir que, na realidade das relações de trabalho, o empregado terá condições de negociar de modo *autônomo* apenas quando houver efetiva garantia contra a dispensa, salário adequado, pleno emprego. Do contrário, essa liberdade o aprisionará ainda mais.

A alteração da redação do art. 620, dispondo que as “condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”, e, pois, mesmo quando menos favorável aos trabalhadores e trabalhadoras, é outra clara tentativa de comprometer a organização sindical, colocando o próprio Sindicato sob maior pressão no ambiente da empresa. Os arts. 510-A a 510-D também tem o claro objetivo de esvaziamento da atividade sindical. Introduzem a possibilidade, já prevista na previsão original do PL n. 6.787, de que, nas empresas com mais de duzentos empregados, haja “eleição de uma comissão para representá-los, com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”, esvaziando, por via oblíqua, a atividade sindical. O art. 510-B permite, inclusive, “acompanhar as negociações para a celebração de convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho, sem prejuízo da atribuição constitucional dos sindicatos”.

Toda a “reforma”, portanto, ao contrário do discurso mentiroso de conferir maior prestígio aos atores sociais, promove a fragilização dos Sindicatos, em clara tentativa de deslegitimá-los como representantes dos anseios dos trabalhadores e trabalhadoras.

3. Perspectivas para o movimento sindical

O ataque ao movimento sindical, promovido especialmente pelas alterações legais decorrentes das Leis ns. 13.429 e 13.467, ambas, de 2017, não terá necessariamente o efeito pretendido por seus autores. O Sindicato tem condições de se revitalizar e encontrar um espaço importante de atuação, pensando

estratégias voltadas para as demandas dos trabalhadores e trabalhadoras em seus locais de trabalho, buscando, inclusive, soluções políticas que transcendam o âmbito das relações de trabalho⁽¹¹⁾.

Em realidade, o Sindicato precisará se adaptar a dois aspectos da atividade associativa contemporânea, que podem a primeira vista parecer contrapostos, mas que em realidade se complementam. Terá de exercer representação internacional ativa⁽¹²⁾, aliando-se a organizações de base sólida, tais como a OIT, notadamente no âmbito de países com situações similares ou relações estreitas, como é o caso daqueles que compõem o Mercosul, o Nafta e a União Europeia. Deverá, ainda, pensar uma atuação que permita ajustes com Sindicatos de outras categorias, sobretudo para as lutas amplas que lhes são comuns, tal como a necessária revogação da Lei n. 13.467/2017⁽¹³⁾. O movimento coletivo dos trabalhadores nasce internacional e não deve perder essa característica.

(11) OLIVEIRA, Marco Antônio. Tendências recentes da negociação coletiva no Brasil. In: SANTANA, Marco Aurélio; RAMALHO, José Ricardo. *Além da fábrica*. Trabalhadores, sindicatos e a nova questão social. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 297.

(12) A superação do Estado Nacional se dá (ou deve ocorrer) também em relação aos movimentos sociais, mediante a ação de trabalhadores que atuam em favor de empregados de outro país. Um dos exemplos é o acordo formulado no âmbito do Nafta, que “permite que sindicatos de cada um dos três países participantes façam reclamações sobre a violação dos direitos dos trabalhadores”. Essa é uma realidade que já vem sendo vivenciada, por exemplo, pelos países que compõem o Nafta, como menciona Huw Beynon, com exemplos práticos, no artigo “O sindicalismo tem futuro no século XXI?”. In: SANTANA, Marco Aurélio; RAMALHO, José Ricardo. *Além da fábrica*. Trabalhadores, sindicatos e a nova questão social. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 67.

(13) Nesse sentido, há acordo formulado no âmbito do Nafta, que “permite que sindicatos de cada um dos três países participantes façam reclamações sobre a violação dos direitos dos trabalhadores”, como menciona Huw Beynon, com exemplos práticos, no artigo “O sindicalismo tem futuro no século XXI?”. In: SANTANA, Marco Aurélio; RAMALHO, José Ricardo. *Além da fábrica*. Trabalhadores, sindicatos e a nova questão social. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 67.

Terá, igualmente, de voltar-se às demandas locais⁽¹⁴⁾, fixando em assembleia a impossibilidade de cancelar termo de quitação anual ou de pactuar condições de trabalho em patamares inferiores ao mínimo legal. Em momentos de investida liberal como o que estamos vivendo, o Sindicato talvez seja a última arma de resistência contra o aniquilamento dos direitos trabalhistas⁽¹⁵⁾. Por isso, ao lado da necessária articulação transnacional, o Sindicato terá de atuar no âmbito de cada empresa, fazendo consolidar circunstâncias favoráveis aos trabalhadores, que atendam às características do caso concreto⁽¹⁶⁾.

(14) BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003. p. 104.

(15) A atuação positiva dos sindicatos em âmbito internacional não é novidade no Brasil. Já pode ser demonstrada pelos fatos. Nesse sentido, interessante a notícia veiculada no sítio do Observatório Social, no Boletim das Redes Sindicais nas Empresas Multinacionais, n. 06, de 26 de agosto de 2003, no qual lê-se “Representantes sindicais da Gerdau no Brasil, Argentina, Uruguai, Chile, Estados Unidos e Canadá se reuniram nos dias 30, 31 de julho e 1º de agosto no Rio de Janeiro para discutir a situação da empresa e organizar ações dos trabalhadores. [...] Uma das resoluções é reforçar a relação entre os sindicatos e os trabalhadores em cada país, região e área na qual existam unidades ou participação acionária do grupo Gerdau. O objetivo é criar o Conselho de Trabalhadores do Grupo Gerdau, como parte integrante da Federação Internacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (FITIM). Outra decisão é a de trabalhar para igualar salários, através de um piso salarial mínimo e igualar os benefícios entre os trabalhadores diretos e indiretos da Gerdau, levando em consideração o custo de vida e custos de saúde, de previdência e de proteção ao meio ambiente. Os dirigentes também buscam a liberdade de associação e respeito às organizações sindicais dos trabalhadores em todas as unidades da Gerdau, tendo como referência a declaração sobre as multinacionais da OCDE e a Declaração de Direitos Fundamentais da OIT. O objetivo final é a sindicalização de 100% dos trabalhadores da Gerdau”. Disponível em: <<http://www.observatoriosocial.org.br/boletim/boletim06>>. Acesso em: 19 maio 2006.

(16) Nas palavras de Carlos Alberto Chiarelli, o Sindicato “geograficamente, tenderá a repartir-se, emancipar-se em espaços mais definidos, a meio caminho entre a entidade com jurisdição larga — mesmo além-fronteiras — e a ‘comissão de fábrica’, vivendo no espaço restrito da empresa”. CHIARELLI, Carlos Alberto. *O trabalho e o sindicato*. Evolução e desafios. São Paulo: LTr, 2005. p. 316.

É preciso, também, que os Sindicatos recuperem a verdadeira compreensão do que é negociação coletiva. A impressão incentivada pela mídia, de que os movimentos sindicais perderam significado na atualidade, assenta-se no fato de que as discussões entre as classes limitam-se muitas vezes a pequenas vitórias salariais, enquanto as condições laborais e o ambiente de trabalho constituem questões negligenciadas. Sempre que transige ou renuncia a direitos fundamentais da categoria que representa, o Sindicato nega a sua razão de existência, fragilizando-se como porta voz da classe trabalhadora e, portanto, agente na luta de classes.

A atitude autofágica de “negociar” condições de trabalho inferiores àquelas previstas em lei, que já vinha sendo adotada por alguns Sindicatos, mesmo antes da “reforma” trabalhista, amplia as possibilidades de coerção dos trabalhadores e, fragilizando-os, faz com que eles percam a identidade coletiva. A consequência é a visão de que os Sindicatos não servem para garantir direitos e, portanto, não precisam sequer existir. E, se não há resistência em âmbito coletivo, passa-se a questionar as resistências individuais como anacrônicas⁽¹⁷⁾. Essa realidade legítima ou serve de suporte à ideia de que não há mais sentido na organização sindical. Mesmo alguns intérpretes/aplicadores do Direito (e o Juízes do Trabalho não fogem à regra) comungam do sentimento latente de que a força sindical ou o associativismo parecem não fazer sentido no atual cenário social.

Ainda há espaço para o movimento sindical, mas para isso é também necessária, ao lado de outras medidas, uma postura comprometida do Poder Judiciário Trabalhista.

(17) “Não existe um lar a ser compartilhado pelos descontentes sociais. Com o espectro de uma revolução proletária capitulando e dissipando-se, os ressentimentos sociais estão órfãos. Perderam a base comum sobre a qual era possível negociar e desenvolver objetivos e estratégias comuns”. BAUMANN, Zygmund. *Identidade*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004. p. 42.

4. O Poder Judiciário Trabalhista e o futuro do movimento sindical

O Poder Judiciário Trabalhista, concebido como garantia estatal de que os direitos trabalhistas fundamentais serão respeitados, tem a prerrogativa de julgar dissídios coletivos. O chamado Poder Normativo que capacita o Estado a decidir sobre condições de trabalho para as categorias profissionais, tem origem interessante. Surge, no Brasil e em outras partes do mundo, como concessão de um regime autoritário centrado na concepção de *Estado-providência*⁽¹⁸⁾ (19).

Ocorre que o contexto social e econômico em que vivemos ainda não autoriza a plena autonomia das partes, sobretudo em questões que envolvem diretamente o trabalho humano. Por isso, o Poder Normativo da Justiça do Trabalho desprende-se de sua origem totalitária e atualmente se apresenta como modo de garantia de não retrocesso social⁽²⁰⁾.

(18) Entre os anos de 1935 e 1937 travaram-se no Brasil debates sobre a representação classista e a outorga de poder normativo à Justiça do Trabalho. Alguns sustentavam a impossibilidade de delegação de competência do Poder Legislativo para outros poderes, de forma a autorizar a criação de normas de caráter geral. Em 1937 ocorreu o golpe militar e Getúlio Vargas criou o Estado Novo. “Em sua mensagem à Nação, para justificar o fechamento do Congresso e a adoção das medidas de exceção, dava, entre outros argumentos, o da resistência do Poder Legislativo à aprovação do projeto de lei referente à Justiça do Trabalho”. FERRARI, Irany. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*, 2. ed São Paulo: LTr, 2002. p. 200.

(19) Em vista disso, vários autores salientam, com propriedade, que “as verdadeiras razões do poder normativo não guardavam nenhuma relação com os progressos do processo na coletivização da tutela judicial”. SAMPAIO GARCIA, Pedro Carlos. O fim do poder normativo. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo, LTr, 2005. p. 386.

(20) E nesse sentido legitima a doutrina de Marx, para quem o Estado pode (e deve) representar os interesses da classe trabalhadora, servindo como “instrumento revolucionário”. MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 145 e ss., [Original de 1843]. A noção de Estado como instrumento de transformação social perpassa toda a obra de Marx. No ensaio citado, o autor dedica-se

Como afirma Ellen Mara Ferraz Hazan, citando Márcio Túlio Viana, a livre negociação, em um contexto de desemprego, terceirizações e fraudes é o mesmo que propugnar por um livre contrato de trabalho, em que a igualdade de regras resulta desigualdade de resultados e a liberdade formal leva à opressão real⁽²¹⁾: “negociação coletiva não pode se prestar à redução de direitos”⁽²²⁾.

Com efeito, em um país cujas normas de proteção a quem trabalha são mínimas, a tutela estatal não pode ser simplesmente dispensada. Poder-se-ia pensar em autonomia coletiva, com a extinção plena do Poder Normativo, se estivéssemos diante de um país culturalmente maduro e socialmente preparado para fazer valer o *ser humano* em lugar do capital. Não é essa a nossa realidade. Apesar disso, temos reiteradamente renunciado a essa prerrogativa, assumindo a postura de que as negociações havidas entre as partes devem ser chanceladas mesmo quando impliquem renúncia a direito fundamental.

O Poder Normativo pode exercer atualmente função garantidora, que justifique a existência mesma de uma justiça especializada⁽²³⁾, coibindo

ao estudo das transformações havidas e possíveis na Alemanha, salientando que o direito deve ser reforçado pelo Estado e não examinado independentemente dele. Ressalta que a revolução burguesa é exemplo disso. É o que entende também o Ministro José Luciano de Castilho Pereira, quando refere que “o poder normativo poderá ser exercido quando o que se postula é algo que não está nem na lei e nem preexistente em norma coletiva”. Nesse caso, o exercício do poder normativo “consagra a justiça do caso concreto”. CASTILHO PEREIRA, José Luciano de. A reforma do Poder Judiciário. O dissídio coletivo e o direito de greve. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo, LTr, 2005. p. 250.

(21) FERRAZ HAZAN, Ellen Mara. Os sindicatos e a negociação coletiva — Aperfeiçoando o direito do trabalho. In: FREIRE PIMENTA, José Roberto *et al* (Coords.). *Direito do trabalho*. Evolução, crise, perspectivas. São Paulo: LTr, 2004. p. 269.

(22) *Ibidem*, p. 270.

(23) Por isso, Luiz Alberto de Vargas salienta que “a extinção do poder normativo, por si só, não representaria nenhum avanço - e muito menos seria pré-requisito - para a negociação nacional”. Ao contrário disso, “sua brusca

o retrocesso social⁽²⁴⁾. Cabe ao Poder Judiciário Trabalhista intervir, impedindo que a renúncia a direito fundamental seja transformada em regra para determinada categoria de trabalhadores. Cabe a ele, também, implementar condições de trabalho mais favoráveis, que tornem possível a existência de um contrato coletivo com legitimidade social. Nas palavras de Luís Alberto de Vargas, não há “pensar um sistema de relações coletivas sem levar em consideração a existência de alguma previsão legal de arbitragem obrigatória ou de alguma intervenção estatal decisiva em caso de prolongamento do conflito coletivo”. Trata-se, pois, de um *dever*. Se apenas ratificamos as cartas de renúncia que resultam de determinadas normas coletivas e nos omitimos nas hipóteses de greve, estamos, em realidade, praticando a ideia de que a Justiça do Trabalho é um entrave à conciliação pacífica dos litígios sociais que envolvem diretamente o trabalho humano.

Essa grave omissão, especialmente diante dos termos da Lei n. 13.467/2017, tem efeitos deletérios para a luta de classes, como já ocorre há tempo, no caso da chancela de regras acerca do “banco de horas” ou da inobservância do art. 60 da CLT.

extinção poderia significar um retrocesso no processo de aperfeiçoamento das relações coletivas no país”. VARGAS, Luís Alberto de. E Acabou o Poder Normativo. Artigo publicado em agosto de 2000 e acessível em: <<http://lavargas.sites.uol.com.br/index.htm>>. Acesso em: 19 maio 2006).

(24) Luís Alberto de Vargas menciona, com propriedade, que “a questão mais olvidada do debate sobre o poder normativo parece ter sido a enorme importância da negociação centralizada — ou, pelo menos, da existência de mecanismos de ampliação das condições contratuais setoriais — seja como forma de homogeneização de conquistas dos trabalhadores, seja como forma de aumentar a racionalidade econômica de um ponto de vista de planejamento nacional” E segue: “A morte súbita do poder normativo não torna o sonho do “contrato coletivo nacional articulado” mais próximo da realidade, muito pelo contrário. De um ponto de vista prático, se criará uma virtual impossibilidade de estender a categoria de trabalhadores menos organizados as eventuais conquistas de categoria mais fortes, tal como sucedia quase automaticamente através de extensão das decisões em dissídio coletivo” (*Op. cit.*).

O espaço que a Justiça do Trabalho está deixando em aberto vem sendo ocupado⁽²⁵⁾. Não é por acaso que se fala atualmente em capacidade de autonegociação e arbitragem extrajudicial. Em lugar de reforçar o uso adequado e comprometido do Poder Normativo, transfere-se para o capital esse poder, deixando ao seu livre arbítrio a estipulação das regras que informam as relações de trabalho.

Neste cenário, também são muitas as teses a propósito do fim do movimento sindical como modo de resistência e afirmação da luta da classe trabalhadora. Ao contrário do que se pode pensar, quando apressadamente nos deparamos com o tema, mais do que nunca há necessidade concreta de organização coletiva.

Da perspectiva da função que o Poder Judiciário trabalhista deve assumir, a revitalização do movimento sindical, portanto, pode passar tanto pelo exercício comprometido do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, por mais paradoxal que essa afirmação possa parecer, quanto pela consolidação de uma proteção contra a dispensa não motivada⁽²⁶⁾.

A legislação vigente permite ampla margem de atuação, garantindo a possibilidade de

(25) A crítica é apresentada em um estudo sobre o futuro do movimento sindical, em que se lê “esse processo (de desmanche do movimento sindical) foi reforçado por decisões da Justiça do Trabalho que visavam desestimular o ajuizamento de dissídios coletivos, tais como: a limitação do número de dirigentes sindicais com direito à estabilidade no emprego, previsto em lei, mas que havia se tornado objeto de negociação coletiva; o entendimento de que os descontos de taxas assistenciais e da contribuição confederativa não são matérias de convenção ou acordo coletivo e, portanto, não podem ser arrecadados de toda a categoria; o não reconhecimento do direito de negociação coletiva e de greve aos servidores públicos; e o cancelamento de vários precedentes normativos que são instrumentos para fundamentar e orientar o julgamento de cláusulas em processos de dissídios coletivos em trâmite nas DRTs, ou em primeiro grau, quando se trata de categorias profissionais”. SANTANA, Marco Aurélio, RAMALHO, José Ricardo (Orgs). *Além da fábrica*. Trabalhadores, sindicatos e a nova questão social. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 296.

(26) Como há muito tempo denuncia Jorge Luiz Souto Maior, quando trata do movimento sindical: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 277.

negociação coletiva inclusive em questões cruciais como a da manutenção do emprego. Para que os Sindicatos possam atuar, porém, é necessário que os empregados que deles participam tenham, pelo menos, a garantia de que a simples atuação em prol do interesse coletivo não implicará perda compulsória do posto de trabalho.

Por outro lado, não há como pretender verdadeiro movimento sindical quando, além de não reconhecer o direito à motivação lícita para a validade da extinção de um contrato de trabalho, o Poder Judiciário trabalhista se furta ao dever de atuar em sede de dissídio coletivo, deixando não apenas de estabelecer condições de negociação prévia, para que ocorram dispensas coletivas, como também de declarar a nulidade do ato praticado sem prévia intervenção do Sindicato.

Essa compreensão independe da declaração de nulidade da denúncia da Convenção n. 158 da OIT e não é afetada pelos termos da redação do art. 477-A introduzido pela “reforma”. Decorre da compreensão de que a norma constitucional tem aplicação imediata (art. 5º, § 1º) e de que o movimento coletivo dos trabalhadores depende dessa garantia. Negá-la é não apenas negar a possibilidade de exercício efetivo dos direitos trabalhistas no âmbito de um vínculo de trabalho, mas sobretudo impedir os trabalhadores e trabalhadoras de terem condições concretas de organização, reivindicação e resistência diante da investida liberal.

5. Conclusão

Não há dúvida de que a investida liberal, representada especialmente pelas Leis ns. 13.429 e 13.467, ambas de 2017, afetará o movimento sindical. A retirada da contribuição sindical obrigatória em uma lógica de ausência de garantia contra a despedida e de desemprego de mais de 12 milhões de pessoas, aliada a todas as alterações analisadas nesse artigo, que buscam pulverizar a classe trabalhadora e desautorizar os Sindicatos, trará sérias consequências para

uma realidade que já é assimétrica e assujeitadora.

A questão, da perspectiva de quem atua no Poder Judiciário, é analisar a função que temos diante desse quadro avesso à consolidação e ao respeito a direitos sociais mínimos. O Poder Judiciário Trabalhista não pode se omitir diante desse ataque à organização coletiva dos trabalhadores. Deve fazer valer seu Poder Normativo e imprimir efetividade à norma constitucional que garante contra a despedida arbitrária, exigindo a motivação do ato de dispensa, independentemente da ratificação ou não da Convenção n. 158 do OIT.

6. Referências

BAUMANN, Zygmund. *Identidade*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

BECK, Ulrich, *Liberdade ou capitalismo*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

BEYNON, Huw. “O sindicalismo tem futuro no Século XXI?”, In: SANTANA, Marco Aurélio; RAMALHO, José Ricardo (Orgs.). *Além da fábrica*. Trabalhadores, sindicatos e a nova questão social. São Paulo: Boitempo, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017.

CASTILHO PEREIRA, José Luciano de. A reforma do poder judiciário. O dissídio coletivo e o direito de greve. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo, LTr, 2005.

CHIARELLI, Carlos Alberto. *O trabalho e o sindicato*. Evolução e desafios. São Paulo: LTr, 2005.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. 2. ed São Paulo: LTr, 2002.

FERRAZ HAZAN, Ellen Mara. Os sindicatos e a negociação coletiva — Aperfeiçoando o direito do trabalho. In: FREIRE PIMENTA, José Roberto et. all (Coords.) *Direito do trabalho*. Evolução, crise, perspectivas. São Paulo: LTr, 2004.

GIUGNI, Gino. *Diritto sindacale*. Bari: Cacucci Editore, 2006.

INSTITUTO OBSERVATÓRIO SOCIAL. *Boletim das Redes Sindicais nas Empresas Multinacionais*, n. 06, de 26 de agosto de 2003. Disponível em: <<http://www.observatoriosocial.org.br/boletim/boletim06>>. Acesso em: 19 maio 2006.

MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 98.

_____. Convenção n. 135.

_____. Convenção n. 151.

_____. Convenção n. 154.

OLIVEIRA, Marco Antônio. Tendências recentes da negociação coletiva no Brasil. In: SANTANA,

Marco Aurélio; RAMALHO, José Ricardo (Orgs.). *Além da fábrica*. Trabalhadores, sindicatos e a nova questão social. São Paulo: Boitempo, 2003.

SAMPAIO GARCIA, Pedro Carlos. O fim do poder normativo. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo, LTr, 2005.

SANTANA, Marco Aurélio; RAMALHO, José Ricardo (Orgs.). *Além da fábrica*. Trabalhadores, sindicatos e a nova questão social. São Paulo: Boitempo, 2003.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

VARGAS, Luiz Alberto de. *E acabou o poder normativo*. Artigo publicado em agosto de 2000, Disponível em: <<http://lavargas.sites.uol.com.br/index.htm>>. Acesso em: 19 maio 2006.

A dispensa coletiva na dogmática trabalhista brasileira pós-reforma e na OIT

André Luiz Barreto Azevedo^(*) Juliana Teixeira Esteves^(**)

Resumo:

- O presente artigo discute o instituto juslaboral da “dispensa coletiva” e a sua possibilidade de aplicação desde a regulamentação dada pela “dispensa trabalhista” (Lei n. 13.467/2017), que incluiu à CLT o art. 477-A. Para tal, resgata-se como, anteriormente a essa reforma, o mesmo teve firmado os seus critérios de caracterização, requisitos de licitude e os meios alternativos de prevenção a sua ocorrência na jurisprudência trabalhista pátria e na dogmática trabalhista clássica, principalmente a partir do precedente judicial firmado no Tribunal Superior do Trabalho no Caso Embraer. Desse modo, ante a aprovação da “reforma trabalhista”, e no caso particular da “dispensa coletiva”, desde essa perspectiva crítica, propõe-se a adoção de uma “hermenêutica estruturante” enquanto método de interpretação e aplicação de suas normas, situando tal tema juslaboral no seio das normas do Direito Coletivo do Trabalho e, assim, avaliando-se as suas antinomias e inconstitucionalidades.

Palavras-chave:

- Reforma Trabalhista — Dispensa Coletiva — Direito Coletivo do Trabalho — Organização Internacional do Trabalho.

Abstract:

- This article discusses the topic of “collective dismissal” and the possibility of application since its regulation by the “labor reform” (Law n. 13.467/2017), which included to CLT art. 477-A. In order to do so, it is necessary recover how, prior to this reform, it had its criteria of characterization, requirements of lawfulness and the alternative means of prevention of its occurrence in the labor jurisprudence of the country and in classic labor

(*) Advogado trabalhista. Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD-UFPE). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Membro do Grupo de Pesquisa “Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica”.

(**) Professora adjunta de Direito do Trabalho na Universidade Federal de Pernambuco. Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho e do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito do Trabalho. Doutora em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD-UFPE). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica”.

dogmatics, especially since judicial precedent established in the Superior Labor Court in the Embraer Case. Thus, with the approval of “labor reform”, and in the particular case of “collective dismissal”, from this critical perspective, it is proposed to adopt a “structuring hermeneutics” as a method of interpretation and application of its norms, and their antinomies and unconstitutionality.

Key-words:

- Labor Reform — Collective Dismissal — Collective Labor Law — International Labor Organisation.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. A “dispensa coletiva” na jurisprudência e dogmática trabalhista clássica
- 3. Breve análise do art. 477-A da CLT: uma interpretação possível desde a teoria jurídico-trabalhista à dispensa coletiva
- 4. Conclusão
- 5. Referências

1. Introdução

A Lei n. 13.467/2017 inaugurou um novo momento no Direito do Trabalho brasileiro, lançando uma densa, porém parcial, “Reforma Trabalhista”⁽¹⁾. Apontada por seus defensores como uma medida de “modernização” das relações laborais no país, de modo a melhorar o “ambiente de negócios” e gerar um consequente aumento nas taxas de emprego. O fundamento último desta “proposta modernizante” das relações capital-trabalho está baseada no aumento normativo da liberdade contratual do trabalhador, a qual se apresenta como espírito geral ou seu “panprincípio” jurídico, não sendo mero recurso retórico.

Destaque-se, entretanto, que a Lei n. 13.467, de 2017, não altera a estrutura sindical brasileira, mantendo seus pilares estreitos no monopólio legal da representação (unicidade sindical), com a investidura sindical pelo

Ministério do Trabalho e com o controle judicial deste monopólio e de sua constante fragmentação por territórios cada vez menores e por categorias obreiras cada vez menos abrangentes — uma estrutura que sustenta um sindicalismo de estado, onde a liberdade sindical tem seu âmbito de eficácia normativamente bem restrito, não se podendo falar em verdadeira liberdade negocial.

Nesses termos, o presente artigo pretende discutir a figura jurídica da “dispensa coletiva”, desde a Dogmática juslaboral antes e depois da “reforma trabalhista” e das convenções e preceitos normativos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de modo a se analisar a eficácia jurídica do dispositivo normativo que dispõe sobre tal matéria, trazido na Lei n. 13.467/2017, à luz da teoria jurídico-trabalhista crítica.

Tal tema restou regulamentado na legislação trabalhista pátria com a inserção do art. 477-A no texto celetizado: *“Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade*

(1) Entende-se mais cabível a terminologia “contrarreforma” trabalhista tendo em vista que os autores e o Grupo de Pesquisas Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica (UFPE) consideram reforma aquilo que permite uma melhora, um avanço na condição anteriormente disposta.

sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”.

2. A “dispensa coletiva” na jurisprudência e dogmática trabalhista clássica

É de se destacar, inicialmente, que o tema da dispensa massiva, em momento anterior às mudanças normativas trazidas pela Lei n. 13.467/2017, tomou contornos jurídicos mais claros no Direito do Trabalho brasileiro apenas a partir do julgamento do Caso Embraer (Proc. n. TST-RODC-30900-12.2009.5.15.0000, originário de dissídio coletivo ajuizado, no TRT da 15ª Região, pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos em face daquela empresa) pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Em meados de 2009, segundo consta no relatório da decisão do dissídio coletivo instaurado no TRT-15, tal empresa — a quarta maior fabricante de aviões civis do mundo e uma das maiores exportadoras brasileiras — possuía 21.362 empregados e tinha uma previsão de comercializar cerca de 200 (duzentos) aviões de grande porte e 120 (cento e vinte) de pequeno porte. Com a crise econômica internacional, a empresa alegou que houve uma redução de cerca de 30% nas encomendas, especialmente em relação aos aviões de grande porte. Por isso, no dia 19 de fevereiro de 2009, a Embraer demitiu 4.273 empregados, o que correspondia a 20% de sua força de trabalho.

Naquele julgamento, o TST enfrentou tal questão de modo a firmar um precedente judicial que orientasse a jurisprudência dos tribunais regionais em matéria de critérios, delimitações e alternativas à dispensa em massa. A partir de então, os tribunais regionais do trabalho passaram a interpretar os parâmetros normativos postos naquele caso para fundamentar a razão de decidir dos casos de dispensa coletiva que passaram a enfrentar em seus julgados. Assim, entende-se o caso Embraer como um dos casos mais paradigmáticos

da jurisprudência trabalhista nos últimos anos, em que o Tribunal Superior do Trabalho atuou na construção de sentido jurídico ante a uma então lacuna legislativa, firmando precedente judicial⁽²⁾ com a devida força normativa para orientar a solução de casos futuros sobre licitude das “dispensas em massa”:

Neste ponto, para os casos futuros, a d. Maioria da SDC fixou tal premissa (embora a d. Maioria, para o caso vertente nestes autos, não reconheça abusividade ou falta de boa-fé objetiva na dispensa massiva perpetrada – até mesmo porque a premissa aqui fixada não era ainda acolhida na Jurisprudência até então dominante). A premissa ora fixada é: a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores (Processo n. TST-RODC-30900-12.2009.5.15.0000, voto relator, fl. 33 – grifos nossos).

A regulamentação jurisprudencial conferida ao tema, portanto, orientou-se pela fixação da prévia negociação coletiva como o seu requisito de licitude, o qual foi construído, desde a premissa de haver uma lacuna legal e, em grande parte, a partir de princípios constitucionais e do sopesamento da tutela de direitos humanos fundamentais, tanto no caso Embraer como em outros que o sucederam. Nesse sentido, transcreve-se as palavras do desembargador relator do caso no TRT da 15ª Região, José Antonio Pancotti, em artigo de sua autoria sobre demissão coletiva:

Com o evoluir da Teoria Geral do Direito, mormente em face da inserção dos princípios nos textos constitucionais, operou-se uma revolução de juridicidade sem precedentes nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais. Assim, as novas Constituições

(2) Esclareça-se que se deve entender por precedente judicial a “*decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos*”. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. 2*. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 381.

promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais, tornando a teoria dos princípios hoje o coração das Constituições. E mais: a constitucionalização dos princípios constitui-se em axioma juspublicístico de nosso tempo.

(...)

A partir da ideia da normatização dos princípios que protegem os valores magnos da sociedade pós-moderna, não é exagero sustentar que os princípios — juntamente com as regras e a argumentação jurídica — fazem parte do gênero norma. Os princípios devem ser encarados hierarquicamente como norma jurídica, garantindo-lhes, pelo menos, o mesmo grau de importância das regras legais nesta nova hermenêutica jurídica.

Diante das formulações de valores que embasam a normatividade dos princípios, a estes deve ser conferida prevalência e preferência em detrimento das regras do sistema jurídico, situando-os no ponto mais alto do sistema. São as concepções transpositiva e suprapositiva dos princípios que nortearão o raciocínio jurídico (grifos nossos)⁽³⁾

Na fundamentação daquele julgado na corte superior trabalhista, esteve em debate se as demissões no caso concreto se caracterizariam dentro de um conceito jurídico de “dispensa em massa” ou não, configurando uma prática patronal abusiva ou não. Na fundamentação do acórdão, foi destacado que a dispensa coletiva promovida pela Embraer não foi precedida de negociação, nem de anúncio prévio, abordando-se as características de tal forma de rescisão contratual e a diferenciação com a dispensa

individual, desde a disciplina da Convenção n. 158 da OIT e os princípios que lhe são afetos, assim como os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º, incisos III e IV, da Constituição) e nos princípios insertos nos arts. 3º, incisos I, II, III e IV, 4º, incisos I e II, e 170 a 192, da Constituição Federal. Logo, reconhecendo que era um caso paradigmático naquele tribunal — nunca antes tinham apreciado uma situação de dispensa coletiva — foi necessário examinar o caso à luz de perspectivas da proteção do empregado no Direito Internacional do Trabalho, no direito comparado, inclusive no âmbito do Mercosul, de modo que o princípio jurídico orientador de resolução da controvérsia foi o valor social do trabalho e a missão institucional da justiça do trabalho em tutelá-lo.

Nesse sentido, ao distinguir a dispensa em massa da dispensa individual, no referido caso, o TST situou-a como um problema que reclama atuação dos instrumentos inerentes ao Direito Coletivo do Trabalho e seus princípios jurídicos orientadores, ao envolver uma coletividade de trabalhadores, de maneira que não existiria mera dispensa arbitrária e potestativa de natureza coletiva na ordem jurídica. Seria necessário, então, aplicar-se à situação o art. 7º, I, da Constituição, sob permissivo do art. 8º da CLT, que trata da integração do direito do trabalho em caso de lacuna normativa. Nesse sentido, destaca Gustavo Chehab⁽⁴⁾, o acórdão do TST exigiu a necessária participação do sindicato (art. 8º, incisos III e VI, da Carta Magna), isto é, da negociação coletiva prévia, sem a qual tal dispensa seria inábil para produzir efeitos jurídicos, haja vista estar submetida ao regime jurídico-constitucional do direito coletivo trabalhista, pois não existiria na ordem jurídica previsão para que ato de tamanho impacto seja realizado arbitrariamente e de maneira estritamente individual.

(3) PANCOTTI, José Antônio. Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 74, n. 5, p. 22, maio 2010.

(4) CHEHAB, Gustavo Carvalho. A dispensa coletiva e a ordem social. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, p. 290, jan./mar. 2015.

Restaria imprescindível a negociação coletiva prévia, mediada por sindicato obreiro (ou em caso de sua impossibilidade, dissídio coletivo perante a justiça laboral), porque esta (ou a sentença normativa) fixaria as condutas para o enfrentamento da crise econômica empresarial, atenuando o impacto da dispensa coletiva, com a adoção de certas medidas ao conjunto dos trabalhadores ou a uma parcela deles, seja pela adoção da suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador (art. 476-A da CLT), seja pela criação de Programas de Demissão Voluntária (PDV's), seja pela observância a outras fórmulas atenuantes instituídas pelas partes coletivas negociadas. Em caso de ser inevitável as dispensas, discutiu-se a possibilidade de, na negociação coletiva, estabelecesse critérios de preferência social, tais como a despedida dos mais jovens em benefício dos mais velhos, dos que não tenham encargos familiares em benefício dos que tenham, e assim sucessivamente.

O primeiro julgado após o Caso Embraer em que o Tribunal Superior do Trabalho condenou uma empresa pela prática de demissão em massa sem negociar previamente as condições e garantias com o sindicato obreiro, reafirmando os fundamentos jurídicos anteriores, foi o caso do Sindicato dos Metalúrgicos da Bahia (StimBA) x Novelis do Brasil – RO 6-61.2011.5.05.0000, julgado em dezembro de 2012, cuja ementa se transcreve aqui:

DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. DISPENSA COLETIVA. ENCERRAMENTO DA UNIDADE FABRIL. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. 1. Ao interpretar o sistema constitucional vigente, como também as Convenções da OIT, firmou-se a jurisprudência desta Seção de Dissídios Coletivos no sentido de que a dispensa coletiva não constitui mero direito potestativo do empregador, uma vez que, para sua ocorrência e a definição de seus termos, tem de ser objeto de negociação com o correspondente sindicato de trabalhadores. 2. Na hipótese vertente, a empresa suscitada encerrou suas atividades no município de Aratu-BA, procedendo à dispensa de todos os empregados dessa unidade

industrial, alegando questões de estratégia empresarial e redução dos custos de produção. 3. Nesse contexto, a negociação coletiva prévia com a entidade sindical dos trabalhadores fazia-se ainda mais necessária, tendo em vista que não se tratava de mera redução de pessoal, mas de dispensa da totalidade dos empregados do estabelecimento, com consequências mais graves para os trabalhadores desempregados. 4. Impõe-se, portanto, a manutenção da decisão recorrida que declarou a ineficácia da dispensa coletiva, e suas consequências jurídicas no âmbito das relações trabalhistas dos empregados envolvidos. Recurso ordinário a que se nega provimento. (TST, Processo: RO – 6-61.2011.5.05.0000 – Data de Julgamento: 11.12.2012, rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 22.2.2013)

Em sucessivos casos posteriores a esses inaugurais, as premissas normativas lançadas naquele caso paradigmático foram aplicadas em julgamentos de repercussão nacional pelas cortes trabalhistas, na sua maioria reafirmando o precedente judicial e suas razões de decidir, de modo a corporificar uma jurisprudência pátria consistente na matéria da dispensa coletiva, conferindo parâmetros claros de seu entendimento jurídico-hermenêutico.

Nesse sentido, deve-se citar, no TRT da 3ª Região, caso Usiminas. Neste, dissídio coletivo suscitado pelo Sindipa (sindicato dos metalúrgicos de Ipatinga), o mesmo teve decisão liminar do desembargador relator proibindo novas demissões nas empresas do grupo econômico da Usiminas até o estabelecimento de critérios de dispensa, em negociação com o sindicato da categoria, e determinando a exibição de listagem dos empregados dispensados, com indicação do tempo de serviço e prazo faltante para aposentadoria de cada um deles. Tal caso não chegou a ser julgado naquele tribunal, mas é interessante a referência a ele em vistas da conciliação nele celebrado, uma vez que se estabeleceu um programa de demissão voluntária (PDV), após longa negociação entre as partes em sucessivas audiências de conciliação, a fim de se estabelecer soluções alternativas que privilegiem a proteção ao emprego e a

redução dos graves impactos proporcionados pela demissão massiva.

Digno de nota também, no âmbito da Justiça do Trabalho do Rio de Janeiro, o caso Gol Linhas Aéreas (processo n. 1618-39.2012.5.01.0023). Em novembro de 2012, tal empresa anunciou a dispensa de 850 dos 1.500 empregados de sua empresa subsidiária, a extinta Webjet, adquirida meses antes. Em face disso, o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública, sob o fundamento da ausência de prévia negociação coletiva com o sindicato obreiro. Em decisão liminar, mantida na sentença, o juízo *a quo* determinou a reintegração dos empregados dispensados, sob pena diária de R\$ 1.000,00 por cada empregado não reintegrado, a suspensão de novas dispensas e a condenação no pagamento de indenização por danos morais coletivos em R\$ 1 milhão. Tais condenações também foram mantidas no acórdão do TRT-1. O caso chegou ao TST, mas antes que fosse julgado, restou homologado um acordo extrajudicial entre as partes. Como fundamentos dessas decisões, tem-se como pressuposto a existência de uma tutela diferenciada e específica à dispensa massiva de trabalhadores, de forma a recorrer também aos fundamentos normativos constitucionais que regem a matéria, ante a lacuna legal e ao permissivo do art. 8º da CLT, tendo por premissa básica o valor social do trabalho e a função social da empresa e da propriedade, imperativos na proteção do emprego contra demissões arbitrária, restando expresso a necessidade de aplicação ao caso das premissas normativas consolidadas no *leading case* Embraer, em específico, a distinção do regime jurídico das demissões individuais e demissões coletivas, sendo estas afetadas pelo sistema do direito coletivo do trabalho, de modo a também traçar elementos caracterizadores deste fenômeno jurídico, segundo um nexo causal comum às demissões; uma motivação empresarial de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou analógica; lapso temporal da ocorrência das demissões; e a efetiva intensão

empresarial na redução definitiva do quadro de pessoal, recorrendo-se ao art. 8º, III e VI, CF, para tomar como requisito de licitude a prévia negociação coletiva.

Ainda no âmbito do TRT da 1ª Região, importante citar o caso Estaleiro Ilha (proc. n. 0010156-37.2013.5.01.0067). Fruto de ação civil pública ajuizada pelo MPT e julgada pelo TRT-1 em maio de 2015, em face de dispensa de 370 empregados no final de 2012, discutiu-se se a realização anterior de assembleia e reuniões com a comissão de fábrica caracterizaria o cumprimento do requisito da prévia negociação coletiva. Em seus fundamentos, a decisão regional analisou os elementos caracterizadores da dispensa massiva, recorrendo também ao conceito desse fenômeno na lição de Orlando Gomes – assim, resta destacado que não importa o número de empregados demitidos ser expressivo ou não, mas a motivação empresarial em tais despedimentos (na situação fática, comprovou-se pelos demonstrativos financeiros da empresa nos anos de 2011 e 2012 a grave crise econômica desta). Nas questões de base normativa, reafirmou-se tudo o já discutido de que a ausência de regulamentação legal não é óbice para aplicação do instituto juslaboral em vistas da vedação de dispensas arbitrárias (art. 7º, I, CF) e de modo a se recorrer à Convenção n. 158 OIT (arts. 13 e 14) e aos princípios fundamentais do valor social do trabalho e da função social da propriedade (art. 170, CF). Clamando a força normativa de precedentes na matéria, cita-se o entendimento firmado no caso Embraer no âmbito do TST e no caso Gol, no TRT-1. Assim, manteve-se a condenação em indenização por danos morais no valor de R\$ 370 mil.

Por fim, deve-se citar também o último caso julgado no âmbito da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, anterior à reforma trabalhista de 2017 – o Processo n. 6155-89.2014.5.15.0000, originário de dissídio coletivo suscitado pelo sindicato dos metalúrgicos de Campinas/SP em face da empresa

coreana E-Link Industrial e Comercial Ltda., fornecedora de peças para a Hyundai, após a demissão de 295 empregados em 2014, com o encerramento das atividades empresariais. Neste, reafirmou-se todos os termos de sua jurisprudência então consolidada na matéria: de que, ante a ausência da negociação coletiva, restaria configurada a abusividade das demissões, tendo sido mantida a condenação em pagar indenização compensatória e manter o plano de assistência médica aos demitidos, remetendo-se mais uma vez, nos seus fundamentos jurídicos ao caso Embraer, citando-o como precedente judicial.

Tais discussões no seio dos tribunais trabalhistas nacionais, em grande medida, influenciaram, fomentando o debate em torno do tema, a construção do conhecimento jurídico na dogmática trabalhista clássica, de modo a caracterizar teoricamente o fenômeno da dispensa coletiva nos marcos propostos naquele *leading case*. Anterior a tal construção teórica e jurisprudencial do conteúdo jurídico desse fenômeno, tem-se notícia apenas de abordagem ao tema dado por Orlando Gomes, em artigo de 1974:

Dispensa coletiva é a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados. (...) Na dispensa coletiva é única e exclusiva a causa determinante. O empregador, compelido a dispensar certo número de empregados, não se propõe a despedir determinados trabalhadores, senão aqueles que não podem continuar no emprego. Tomando a medida de dispensar uma pluralidade de empregados não visa o empregador a pessoas concretas, mas a um grupo de trabalhadores identificáveis apenas por traços não pessoais, como a lotação em certa seção ou departamento da empresa, a qualificação profissional, ou o tempo de serviço. A causa da dispensa

é comum a todos, não se prendendo ao comportamento de nenhum deles, mas a uma necessidade da empresa.

A finalidade do empregador ao cometer a dispensa coletiva não é abrir vagas ou diminuir, por certo tempo, o número de empregados. Seu desígnio é, ao contrário, reduzir definitivamente o quadro de pessoal. Os empregados dispensados não são substituídos, ou porque se tornaram desnecessários ou porque não tem a empresa condição de conserva-los.

(...)

A exigência da reunião desses elementos de caracterização da dispensa coletiva facilita a sua distinção da dispensa ou despedida plúrima.

Dispensa dessa espécie sucede quando numa empresa se verifica uma série de despedidas singulares ou individuais, ao mesmo tempo, por motivo relativo à conduta de cada empregado dispensado. Essa dispensa a de ser praticada, primeiramente, contra número considerável de empregados, por dado que a todos diga respeito, como, por exemplo, a insubordinação dos trabalhadores da seção de embalagem de uma empresa. Os dispensados têm de ser pessoas determinadas, constituindo um conjunto concreto de empregados. Afastados, há de ser substituídos, eis que o serviço precisa ser prestado continuamente por igual número de trabalhadores. A dispensa plúrima não tem, por último, a finalidade de reduzir o quadro de pessoal.

Os pontos de semelhança entre a dispensa plúrima e coletiva desautorizam a aceitação do critério quantitativo para a caracterização da última, pois a primeira também supõe uma pluralidade de dispensados. Algumas leis qualificam como coletiva, entretanto, a despedida, em certo período, de empregados em

número superior aos que indica em função da quantidade de trabalhadores da empresa. Pode, no entanto, ser plúrima a dispensa que atinge proporção superior à estabelecida para que se considere coletiva. Nem deve perder esta conotação a dispensa de empregados em pequeno número ou em número inferior às percentagens estabelecidas, se reveste os outros caracteres da dispensa coletiva⁽⁵⁾.

Desde então, ponto de partida da doutrina trabalhista brasileira clássica foi a distinção entre a dispensa em massa e o despedimento individual, impondo-se tratamento normativo diferenciado a cada uma das situações, a fim de se definir critérios de caracterização do primeiro e seus efeitos jurídicos, ante a então lacuna de regulação legislativa. Assim, o despedimento massivo veio a ser um problema jurídico do direito coletivo, não do direito individual do trabalho, de forma que os debates na dogmática juslaboral centraram-se sobre o conteúdo jurídico de tal fenômeno — o que implica em buscar definir os elementos caracterizadores da dispensa em massa, os requisitos de licitude e seus efeitos jurídicos.

Mauricio Godinho Delgado⁽⁶⁾, ao tratar do tema, começa reconhecendo que as dispensas coletivas não têm contado com dispositivos legais regulamentadores — na tradição infra-constitucional brasileira, a lei não se contentaria em considerar como ato afirmativo da individualidade do empregador a ruptura unilateral do vínculo de emprego, restando a dispensa massiva também descurada pelo direito do trabalho. Assim, mesmo com a previsão do art. 7º, I, do texto constitucional (que veda a demissão arbitrária), apenas mais de duas décadas depois é que a jurisprudência começou a dar tratamento jurídico diferenciado entre

a dispensa individual e coletiva, reconhece o referido autor, recorrendo-se a interpretações sistemáticas de princípios e de normas nacionais e internacionais.

Nessa linha de raciocínio, para se construir um conteúdo jurídico próprio para o fenômeno da dispensa massiva, reconhecendo-se a sua autonomia e necessidade de tratamento normativo diferenciado, partiu-se da premissa de que a ordem constitucional democrática brasileira, segundo o texto constitucional e documentos internacionais firmados perante a OIT (Convenções ns. 11, 98, 135 e 141), não autorizaria o manejo unilateral e potestativo das dispensas trabalhistas coletivas, tratando-se de um ato/fato jurídico inerente ao direito coletivo do trabalho, a exigir-se a participação do sindicato obreiro como requisito de licitude.

Seguindo tal espírito jurídico, reforçam Maria Cecilia Deodoro e Aarão Miranda⁽⁷⁾ que a dispensa coletiva não está adstrita à esfera individual da relação de emprego, mas refere-se a um direito essencialmente coletivo, afeto não só aos trabalhadores individualmente considerados, mas a toda a comunidade a qual está inserido, às diversas famílias que perdem sua fonte de sustento, à economia local em que o mesmo reside, ao verdadeiro problema social que o desemprego causa, incluindo os danos à esfera pessoal do trabalhador ou de sua família (o que fundamenta faticamente que a dispensa coletiva é causa de dano coletivo e ocasiona lesão a interesses difusos). Nesses termos, a demissão massiva é regida pelo Direito Coletivo do Trabalho, que possui normas de ordem pública.

Desse modo, busca caracterizar Delgado⁽⁸⁾, a demissão em massa necessariamente atinge um grupo significativo de trabalhadores vinculados ao respectivo estabelecimento ou

(5) GOMES, Orlando. Dispensa coletiva na reestruturação da empresa aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. *LTr: Revista de Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 38, n. 7, p. 575-6, jul. 1974.

(6) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1.078.

(7) TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. Os limites da dispensa coletiva. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região*, n. 1. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, p. 162, 2009.

(8) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1.041.

empresa, configurando uma prática maciça de rupturas contratuais, diferente da despedida individual, que envolve um único trabalhador, ou da plúrima, que mesmo atingindo diferentes empregados, não configura ato demissional grupal. Diferente do que pode parecer em uma primeira mirada, o referido autor, na mesma linha que Gomes, não elege um critério quantitativo ou numérico como elemento caracterizador da dispensa coletiva — a ocorrência de mais de uma dispensa em determinada empresa ou estabelecimento não configura por si somente a despedida coletiva, pois pode tratar-se de um número disperso de dispensas individuais, além de ser necessário a caracterização de uma causa motivadora.

Conceitua, por sua vez, Luciano Martinez⁽⁹⁾ como despedida coletiva aquela que é “operada simultaneamente, por motivo único, contra um grupo de trabalhadores, sem a pretensão de substituição dos dispensados”. Dessa forma, não se prendendo também a um critério numérico, resgatando o ensinamento de Orlando Gomes, elege, o referido autor, como elementos caracterizadores de tal instituto juslaboral: i) a existência de uma única e exclusiva causa determinante, comum a todos os demitidos; ii) atingir um grupo de trabalhadores identificáveis por traços não pessoais, como lotação em departamento, qualificação profissional ou tempo de serviço; iii) causa vinculada à necessidade da empresa, não ligada a algum comportamento dos obreiros; iv) objetivo ou motivação patronal de redução definitiva do quadro de pessoal, não sendo os empregados dispensados substituídos.

Ressalta, nesse mesmo sentido, Amauri Mascaro Nascimento que o art. 13 da Convenção n. 158 da OIT preconiza que havendo dispensas coletivas por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, o empregador deverá informar oportunamente à

representação dos trabalhadores, manter negociações com essa representação e notificar a autoridade competente, cientificando-a da sua pretensão, dos motivos da dispensa, do número de trabalhadores atingidos e do período durante o qual as dispensas ocorrerão. São as palavras também do professor aposentado da USP, a esse respeito:

Quanto à dispensa coletiva, o principal traço jurídico distintivo da individual está na natureza do ato instantâneo desta e de ato sucessivo naquela, na forma em que prevê a Convenção n. 158 da OIT — Organização Internacional do Trabalho, que define um modelo de procedimento em várias e sucessivas etapas, a começar de um programa de dispensas, de modo a preservar os trabalhadores em determinada situação — como os mais antigos etc. — seguindo-se a verificação da possibilidade de alternativas, como a suspensão coletiva do trabalho por um prazo, um aviso prévio prolongado e outras, que podem diversificar-se em cada situação concreta⁽¹⁰⁾.

Em alguns casos, as cortes trabalhistas vinham enfrentando tal questão da dimensão temporal das demissões massivas desde o contexto das demissões ao longo do intervalo de meses e a flutuação de mão de obra, confrontando com as contratações a fim de apurar a concretude do desmonte de mão de obra na empresa ou estabelecimento. Para tal, utilizava-se como documentação probatória a RAIS — relatório anual de informações sociais da empresa e o CAGED — cadastro geral de empregados e desempregados, como destaca Cláudio Jannotti da Rocha⁽¹¹⁾, em artigo sobre o tema.

Outro aspecto sobre tal fenômeno jurídico-trabalhista construído naquele período pela

(9) MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 611.

(10) NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos. *Revista LTr*, 73-01/7, São Paulo, jan. 2009.

(11) ROCHA, Cláudio Jannotti da. Reflexões sobre a Dispensa Coletiva Brasileira. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 225, 2010.

dogmática clássica era quanto a concretização de uma motivação para a dispensa em massa: deveria estar presente uma causa certa e determinante, pois, a rigor, ela sempre seria motivada (já que é constitucionalmente vedada a dispensa arbitrária, pelo art. 7º, I). Assim, a distinção que pode ocorrer no fato concreto é o de, dentro de sua motivação, a dispensa coletiva poder ser lícita ou ilícita, caso seja precedida ou não por prévia negociação coletiva com o sindicato obreiro.

Este também é o entendimento de Martinez⁽¹²⁾ ao constar, desde a referência ao *leading case* da Embraer, que a dispensa coletiva para ser efetivada necessita passar pelo crivo do sindicato obreiro da categoria profissional atingida, a quem, nos moldes do art. 8º, III, da Constituição Federal, se atribuiu a defesa dos direitos e interesses transindividuais, inclusive em questões judiciais e administrativas. Ele é, ou deveria ser, o detentor da incumbência de buscar o equilíbrio para a tensão constante entre o poder do capital e a classe trabalhadora.

Importa destacar-se que os sindicatos, em suma, são os entes representantes dos interesses das categorias trabalhadoras, que possuem direitos, garantias e deveres assegurados por lei e com objetivos comuns de tutelarem os interesses de seus membros. No mesmo sentido, Jorge Luiz Souto Maior:

O papel importante dos sindicatos é o de dar corpo e configuração à consciência de classe dos trabalhadores, possibilitando uma luta mais organizada e com maior força negocial em direção a conquistas mais abrangentes, generalizáveis, que possibilitem a melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores como um todo⁽¹³⁾.

Em grande medida, a consecução de tal função social dos sindicatos obreiros se dá nos momentos de mediação dos conflitos

trabalhistas, assegurada pelo instrumento da “negociação coletiva”. O atual panorama ao qual foi calcada a negociação coletiva, após a EC n. 45/2004 e a nova redação do art. 114 da Constituição Federal, permite afirmar que a negociação coletiva tomou o *status* geral de pressuposto de validade da solução dos conflitos na esfera coletiva do trabalho.

Nota-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 prestigiou a negociação coletiva, bem como a dimensão coletiva dos conflitos trabalhistas, através dos sindicatos. Ao “flexibilizar” os direitos trabalhistas assim o fez prestigiando a negociação coletiva e a atividade sindical (art. 7º, inciso VI, XIII, XIV e XXVI, CF). O modelo justaltrabalhista proposto pelo texto constitucional acompanha a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 (art. 4º)⁽¹⁴⁾ e na Convenção n. 154/1981 (arts. 2º e 5º)⁽¹⁵⁾ da

(14) Convenção n. 98/1949, aprovada pelo Decreto legislativo n. 49/1952, ratificada em 18.11.1952, promulgada pelo Decreto n. 33.196/1953: “Art. 4º Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego”. (grifos nossos)

(15) Convenção n. 154/1981, aprovada pelo Decreto legislativo n. 22/1992, ratificada em 10.7.1992, promulgada pelo Decreto n. 1.256/1994: “Art. 2º Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘negociação coletiva’ compreende 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 fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez. (...) Art. 5º 1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva. 2. As medidas a que se refere o § 1º deste artigo devem prover que: a) a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que aplique a presente Convenção; b) a negociação coletiva seja progressivamente estendida a todas as matérias a que se referem as alíneas “a”, “b” e “c” do art. 2º da

(12) MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 613.

(13) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 277.

Organização Internacional do Trabalho (OIT), às quais o Brasil aderiu.

Maurício Godinho Delgado⁽¹⁶⁾ sustenta que “a negociação coletiva é um dos mais importantes métodos de solução de conflitos existentes na sociedade contemporânea. Sem dúvida, é o mais destacado no tocante a conflitos trabalhistas de natureza coletiva”. Para o autor, são funções da negociação coletiva: a geração de normas jurídicas, a pacificação de conflitos de natureza sociocoletiva, a função sociopolítica e a função econômica. Nesses termos, entendida a negociação coletiva, sua subtração ou seu esvaziamento do processo de solução de conflitos coletivos ocasiona a nulidade de todos os atos posteriormente praticados.

Através da negociação coletiva as partes podem procurar soluções diversas para lidar com os problemas econômicos atravessados pela empresa, sem que seja necessária a dispensa coletiva de trabalhadores. A boa-fé, os limites fixados pela função social da empresa, do contrato e da propriedade privada, e o valor social do trabalho são os nortes que deveriam ser observados pelo poder econômico, mesmo diante de uma “crise mundial”, uma vez que a “ética” nunca deveria deixar de ser observada (mesmo no mercado de capitais ou no mundo corporativo). Nessa perspectiva, defende Anelia Chum⁽¹⁷⁾ que se firme a obrigatoriedade de se observar o processo de diálogo entre os envolvidos sob pena de “nulidade” procedimental ou até abusividade — para não dizer de má-fé, contrariedade aos bons costumes e

ilicitude nas condutas — da decisão unilateral da empresa de demitir diversos trabalhadores.

Nesses termos, portanto, diante definição acima perfilada e acumulada por setor significativo da dogmática trabalhista nacional, pode-se concluir que a dispensa em massa tem por um dos seus elementos caracterizadores, essencial do núcleo de seu conteúdo jurídico, a presença de uma causa determinante, um motivo único e exclusivo contra um grupo de trabalhadores, ou seja, comum a todos. Já a dispensa arbitrária se caracterizaria justamente pela ausência de uma motivação exteriorizada pelo empregador, trazendo o regime de proteção jurídico ao emprego prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal. Nesses termos, em verdade, entende-se que seria defensável, desde um rigor lógico e conceitual, não ser possível a aplicação do regime jurídico de proteção previsto em face da dispensa arbitrária (art. 7º, I, CF e a Convenção n. 158 da OIT) para as situações de dispensa coletiva, restando juridicamente falho os fundamentos jurídicos presentes no precedente judicial do case Embraer. Como acima exposto, entende-se aqui que a dispensa em massa se situa muito mais como uma forma especial de despedimento motivado, de modo que possa ser lícita ou ilícita a depender do preenchimento do requisito da prévia negociação coletiva.

Com isso, não se conclui, porém, que a dispensa em massa não merecesse qualquer proteção jurídica específica ou que ela fique sob o manto do suposto direito potestativo do empregador em rescindir o contrato de trabalho — como o fez a “reforma trabalhista”. Reafirma-se a necessidade de tal matéria ser objeto de normatização dentro do direito coletivo do trabalho, submetendo-a ao regime do art. 8º, III, da CF, que exige a obrigatoria intervenção do sindicato obreiro para que a dispensa coletiva seja efetivada.

A aparente antinomia reside, em nosso entendimento, a rigor, é na tentativa da dogmática jurídica de afirmar a existência de uma

presente Convenção; c) seja estimulado o estabelecimento de normas de procedimentos acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores; d) a negociação coletiva não seja impedida devido à inexistência ou ao caráter impróprio de tais normas; e) os órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam concedidos de tal maneira que possam contribuir para o estímulo à negociação coletiva”. (grifos nossos)

(16) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1.276.

(17) CHUM, Anelia Li. Responsabilidade do empregador no término da relação de emprego. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 1, p. 90, 2009.

modalidade de rescisão contratual que seja imotivada, ou seja, realizar uma falsa distinção entre dispensa imotivada e motivada, o que na realidade fática não acontece, já que toda rescisão contratual tem uma motivação, por parte do empregado ou do empregador, sendo ela exteriorizada ou não. Reforçando tal entendimento, Sérgio Torres Teixeira⁽¹⁸⁾, criticando também o uso do termo “dispensa imotivada ou arbitrária” alerta que *“toda dispensa revela alguma causa remota, geradora da vontade resilitória patronal, por mais banal que seja. A ausência completa de motivos jamais ocorre, mesmo quando inexistir a indicação do fundamento da denúncia”*.

Neste sentido, também Mauricio Godinho Delgado⁽¹⁹⁾, ao destacar que, quando se fala de demissão imotivada, deve-se ter em vistas a ideia de falta de um motivo legalmente tipificado, de forma que não se refere à ausência de uma motivação interna à empresa, que sempre há de existir, mas que apenas significa ser irrelevante para a ordem jurídica essa motivação, restando ser uma denúncia vazia do contrato. É preciso destacar-se, ademais, que, na ordem juslaboral, o regime jurídico da extinção do contrato de trabalho, o que não foge à matéria da demissão em massa, é orientado normativamente pelo princípio trabalhista da continuidade da relação de emprego. Nesses termos, desde tal princípio, a extinção contratual transcende o mero interesse individual do trabalhador e da empresa, afetando questões de ordem mais coletiva e comunitária, de modo a se preferir a adoção de práticas que privilegiem o contingenciamento, ou pelo menos, contemporaneização, das rupturas contratuais.

Ante a toda essa construção jurídica dogmática e jurisprudencial, acima exposta, em torno do tema da dispensa coletiva, veio a ser

um verdadeiro “ponto fora da curva” a regulamentação legislativa emprestada ao instituto pela “reforma trabalhista” (Lei n. 13.467/2017). Como se verá no próximo item, tal dispositivo legal apenas se sustenta normativamente por meio de uma interpretação completamente soliptista e “esquizofrênica” da ordem jurídico-trabalhista brasileira.

3. Breve análise do art. 477-A da CLT: uma interpretação possível desde a teoria jurídico-trabalhista à dispensa coletiva

Neste item, buscar-se-á conferir uma interpretação ao texto normativo do art. 477-A da CLT — que equiparou os institutos da dispensa individual, plúrima e coletiva, sem exigir, para sua validade, qualquer motivação ou atendimento a requisito prévio — em consonância sistemática com o sistema jurídico-trabalhista brasileiro, principalmente desde a teoria jurídico-trabalhista crítica e uma hermenêutica estruturante do Direito do Trabalho⁽²⁰⁾.

Digno de nota que, em janeiro de 2018, chegou ao Tribunal Superior do Trabalho o primeiro caso relativo à demissão coletiva (dispensa de professores universitários, em todo o país, no mês de dezembro do ano anterior, da Universidade Estácio de Sá), no qual o então presidente daquela corte, Ives Gandra Martins

(20) Perspectiva teórica desenvolvida desde os estudos e pesquisas realizados no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife (PPGD/UFPE), nos quais se problematiza o trabalho livre/subordinado como objeto único deste campo do direito, de modo a se apontar também para a ampliação do seu sentido da proteção, abarcando todas as possibilidades ou alternativas de trabalho e renda compatíveis com a dignidade humana, especialmente o trabalho livre — e não apenas o trabalho subordinado. Nessa nova pauta hermenêutica, é de se citar a proposição da Economia Social e Solidária e a Renda Universal Garantida. Tais propostas teóricas de ressignificação do Direito do Trabalho e seu objeto — ampliação esta que também abarca a proteção de todas as formas de trabalho atípicos, marginais, informais e precários — estão fundadas em evidências analíticas e empíricas, contextualizadas na nova morfologia do mundo do trabalho, na qual se adota um conceito ampliado de trabalho — heterogeneizado, complexo e fragmentado.

(18) TEIXEIRA, Sérgio Torres. Morfologia do direito de despedir (parte 2): modalidades de dispensa. *Revista do TRT 6ª Região*. Recife, v. 14, n. 31, p. 108, jan./dez. 2013.

(19) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1.076.

Filho, em sede de diversas reclamações correccionais, determinou a imediata aplicação plena do art. 477-A da CLT. Para aquele magistrado, ficou caracterizada a legalidade das demissões coletivas sem a necessidade de qualquer intervenção do sindicato profissional, de modo que afastou a aplicação de decisões judiciais dos TRTs das 3ª, 12ª, 15ª, 17ª e 19ª Regiões que tinham considerada abusivas e nulas tais demissões⁽²¹⁾.

Frente a tal entendimento concretizado no âmbito do TST neste caso isolado, é preciso destacar-se o Enunciado n. 57, aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovido pela ANAMATRA (Associação Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho), afirmando a inconstitucionalidade na regulação da dispensa em massa presente no referido artigo celetizado:

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⁽²²⁾.

(21) Presidente do TST aplica nova norma da CLT em liminar sobre dispensa coletiva da Estácio de Sá. *Tribunal Superior do Trabalho*, 11 jan. 2018. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/presidente-do-tst-aplica-nova-norma-da-clt-em-liminar-sobre-dispensa-coletiva-da-estacio-de-sa/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print&_101_INSTANCE_89Dk_languageId=pt_BR>. Acesso em: 28 maio 2018.

(22) Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. *Associação Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA*. 10 out. 2017. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 28 maio 2018.

Pertinente também trazer-se como a doutrina trabalhista clássica vem entendendo tal mudança legislativa sobre esse instituto. Ao comentar as mudanças à CLT trazidas pela Lei n. 13.467/2017, Mauricio Godinho e Gabriela Delgado⁽²³⁾ apontam logo que o referido artigo faz parte do rol de medidas para enfraquecer o sindicalismo obreiro, afastando-o de sua base profissional e inviabilizando a sua intervenção nesta situação de crise generalizada dos contratos de trabalho. Acrescentam, ademais, que tal dispositivo está em confronto e desrespeito com as normas constitucionais de proteção do trabalho e das relações coletivas trabalhistas e sindicais.

Já desde a proposta lançada por Everaldo Gaspar de Andrade⁽²⁴⁾, frente a aprovação legislativa da “reforma trabalhista”, cabe-nos analisa-la desde uma teoria jurídico-trabalhista crítica e encontrar mecanismos hermenêuticos para superar as suas antinomias, as suas flagrantes inconstitucionalidades, propondo, como dito, o emprego do método da hermenêutica estruturante. Ademais, resta ainda mais oportuna tal ressignificação do ramo jurídico-trabalhista e a sua dogmática, tendo em vista as investidas ultraliberais em direção à desconstitucionalização, desregulamentação e flexibilização das relações trabalhistas.

Tal proposta teórica de reorientação do conhecimento jurídico-trabalhista, desse modo, fixa novas bases analíticas para a reconfiguração das relações individuais de trabalho, por meio dos “Princípios da Proteção Social e da Democratização da Economia e do Trabalho”, e a reconfiguração das relações sindicais através do “Princípio da Prevalência das Relações

(23) DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 180

(24) ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. A “reforma trabalhista”: entre a iniquidade e intolerância. Uma contribuição hermenêutica para a sua adequada compreensão. In: MARTINEZ, Luciano; BOUCINHAS FILHO, Jorge; EÇA, Vitor Salino de Moura. *A reforma trabalhista na visão da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Lex Magister, 2018. p. 82.

Sindicais sobre as Relações Individuais”, a fim de materializar-se o postulado do Direito do Trabalho na categoria de direito humano fundamental e, conseqüentemente, promover-se a ampliação dos seus cânones protetivos, bem como mais afinado com as lutas operárias⁽²⁵⁾. Assim, os Princípios do Direito do Trabalho aparecem como fundamentos de validade deste campo do conhecimento jurídico, sendo os seus princípios nucleares o Princípio da Proteção (tendo em vista os seus caracteres de irrenunciabilidade, inderrogabilidade, indisponibilidade e ordem pública) e o Princípio Processual da Desigualdade das Partes para qualquer hermenêutica a ser feita de normas trabalhistas.

É indispensável, ademais, dentro da proposta teórica crítica do referido autor, o acoplamento entre a filosofia da interpretação e a jurídica da interpretação para poder-se chegar ao caso concreto e afastar, em cada hipótese de antinomia, os enunciados normativos que desatendam aquelas duas escalas sugeridas. Nas palavras do referido professor⁽²⁶⁾:

Uma teoria estruturante que inspira também a resolução dos conflitos coletivos ou sindicais de trabalho, desde que articula a filosofia da interpretação aos princípios do Direito do Trabalho voltados para aquelas mesmas relações – Princípio da Prevalência das Relações Sindicais sobre as Relações Individuais; Princípio da Prevalência do Processo Negocial de Formação da Norma sobre o Processo Estatal dentro de uma Comunidade Real de Comunicação.

Nesses termos, fazendo-se uso aqui do método de interpretação estruturante no instituto

da “dispensa coletiva” como regulamentada na CLT, articulando-se ambos os princípios jurídicos acima referidos, enquanto pressupostos abstratos interpretativos, e adotando-se como jurídica de interpretação a Vedação de Retrocesso do Direito do Trabalho, pode-se analisar a eficácia jurídica do dispositivo normativo em um caso concreto, refutando-se ou aceitando-se a sua aplicação, inclusive, para inspirar/legitimar decisões judiciais. *Prima facie*, a conclusão a que se chega desde tal mirada sobre o art. 477-A da CLT é a sua incompatibilidade com um dos princípios basilares e fundamento de validade do Direito do Trabalho que é o Princípio da Proteção Social — este nos contornos desenvolvidos por Everardo Gaspar de Andrade⁽²⁷⁾ — que resplandece no subsistema jurídico-trabalhista brasileiro, por meio dos arts. 444, 468 e 9º, todos da CLT.

Além disso, o Princípio da Vedação de Retrocesso de Direitos Sociais, como afirma Daniela Muradas⁽²⁸⁾, serve para realimentar incessantemente o subsistema jurídico-trabalhista, fazê-lo atual, contemporâneo, jamais, para suprimir direitos, apresentando-se também como uma verdadeira barreira normativa em face da aplicação do dispositivo celetista em questão nos casos concretos de dispensa massiva. Entende-se, pois, que a dispensa coletiva como regulada pelo art. 477-A da CLT situa tal fenômeno jurídico no âmbito estrito do Direito Individual do Trabalho, de modo a reafirmar uma tradição jurídica individualista e patrimonialista — já há muito afastada no seio do conhecimento jurídico como um todo e, principalmente, dentro da dogmática trabalhista — ao dar tratamento atomizado a conflitos jurídicos que tem clara dimensão massiva e coletiva, como acima visto.

Desse modo, estaria distante a previsão normativa de tal dispositivo celetista da proposta de

(25) ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de; ESTEVES, Juliana Teixeira; COSENTINO FILHO, Carlo Benito; LIRA, Fernanda Barreto. O Direito do Trabalho na Categoria de Direito Humano Fundamental. Refutações e Possibilidades. In: SILVA, Sayonara Grillo da; EMERIQUE, Lilian Balmant; BARISON, Thiago (Orgs.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018. p. 128.

(26) *Ibidem.*, p. 97.

(27) ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Princípios de direito do trabalho*: fundamentos teórico-filosóficos. São Paulo: LTr, 2008.

(28) REIS, Daniela Muradas. *O princípio do não retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

método interpretativo estruturante aqui adotado para a resolução dos conflitos coletivos ou sindicais de trabalho, guardando observância à Prevalência das Relações Sindicais e do Processo Negocial de Formação da Norma sobre as Relações Individuais. Conclui-se, assim, pelo afastamento de sua aplicação tendo em vistas a sua inadequação para a resolução adequada dos conflitos jurídicos em questão e antinomia com as normas jurídicas e constitucionais já referidas no item anterior deste artigo.

4. Conclusão

Nas presentes considerações finais, concluímos que a Lei n. 13.467/2017 (“reforma trabalhista”) promoveu a maior e mais profunda alteração no Direito do Trabalho brasileiro, tendo como verdadeira orientação jurídica o desmonte das garantias mínimas e atingindo os direitos individuais dos trabalhadores como os direitos coletivos. Atentou, assim, suas duas principais fontes de proteção: o sindicato e a Justiça do Trabalho. Trata-se de uma lógica de individualização (transferindo para o contrato individual de trabalho uma série de possibilidades de “negociação direta”) e de desproteção coletiva (dificultando o acesso dos sindicatos; fragilizando financeiramente suas entidades; permitindo negociação abaixo dos pisos legais e sem incentivo negocial e, de outro lado, dificultando o acesso a Justiça do Trabalho impondo diversas restrições e altos custos para o trabalhador e suas entidades).

No tema em específico do instituto da “dispensa coletiva” desconsiderou-se uma construção e acúmulo normativo consolidado ao longo dos anos na jurisprudência e dogmática trabalhista brasileira, as quais haviam firmado os parâmetros normativos relativos a seus elementos de caracterização, requisito de licitude, efeitos jurídicos e mecanismos alternativos e o situado como um problema de direito coletivo. Viu-se, neste artigo, como um precedente judicial do TST, construído no caso Embraer, repercutiu na conceituação

e delimitação jurídica de tal fenômeno juslaboral pela dogmática trabalhista, bem como na resolução de futuros casos apreciados nas cortes trabalhistas regionais sobre tal temática.

Por conseguinte, apontou-se neste artigo notas propositivas de reconstrução do Direito do Trabalho desde a Teoria Social Crítica, de modo a se problematizar o trabalho livre/subordinado como objeto deste campo do direito e apontar-se a uma ampliação do seu sentido de proteção, abarcando todas as possibilidades ou alternativas de trabalho e renda compatíveis com a dignidade humana, especialmente o trabalho livre — e não apenas o trabalho subordinado. Em suas bases analíticas, tal reconstrução da teoria jurídico-trabalhista urge a afirmação da regência das relações individuais de trabalho pelos “Princípios da Proteção Social e da Democratização da Economia e do Trabalho”; e das relações sindicais, pelo “Princípio da Prevalência das Relações Sindicais sobre as Relações Individuais”, a fim de materializar-se o postulado do Direito do Trabalho na categoria de direito humano fundamental.

Desde tal perspectiva crítica da teoria jurídico-trabalhista, propõe-se o enfretamento da “reforma trabalhista” na práxis jurídica através de uma “hermenêutica estruturante” que supere as suas antinomias e inconstitucionalidades. No caso específico do instituto da “dispensa coletiva”, concluiu-se aqui que este, na forma como está regulada no art. 477-A da CLT, situa tal fenômeno jurídico no âmbito estrito do Direito Individual do Trabalho, de modo a reafirmar uma tradição jurídica individualista e patrimonialista — já há muito afastada no seio do conhecimento jurídico como um todo e, principalmente, dentro da dogmática trabalhista — ao dar tratamento atomizado a conflitos jurídicos que tem clara dimensão massiva e coletiva. Desse modo, estaria distante a previsão normativa de tal dispositivo celetista da proposta do método interpretativo estruturante aqui adotado para

a resolução dos conflitos coletivos ou sindicais de trabalho, guardando observância à Prevalência das Relações Sindicais e do Processo Negocial de Formação da Norma sobre as Relações Individuais, não sendo outra a conclusão possível senão o afastamento de sua aplicação tendo em vista a sua inadequação para a resolução adequada dos conflitos jurídicos em questão, devendo ser intrínseco a tais casos a prévia notificação e tentativa de negociação coletiva junto ao sindicato profissional, a fim de estar em consonância com o todo da ordem jurídico-trabalhista, em específico, o art. 7º, I, e art. 8º, III, ambos da Constituição Federal, e o art. 15 da Convenção n. 158 da OIT.

5. Referências

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Princípios de Direito do Trabalho: fundamentos teórico-filosóficos*. São Paulo: LTr, 2008.

_____. A “reforma trabalhista”: entre a iniquidade e intolerância. Uma contribuição hermenêutica para a sua adequada compreensão. In: MARTINEZ, Luciano; BOUCINHAS FILHO, Jorge; EÇA, Vitor Salino de Moura. *A reforma trabalhista na visão da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Lex Magister, 2018.

_____; ESTEVES, Juliana Teixeira; COSENTINO FILHO, Carlo Benito; LIRA, Fernanda Barreto. O Direito do Trabalho na Categoria de Direito Humano Fundamental. Refutações e Possibilidades. In: SILVA, Sayonara Grillo da; EMERIQUE, Lilian Balmant; BARISON, Thiago (Orgs.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. A dispensa coletiva e a ordem social. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, jan./mar. 2015.

CHUM, Anelia Li. Responsabilidade do empregador no término da relação de emprego. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 1, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual Civil — Vol. 2*. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

GOMES, Orlando. Dispensa coletiva na reestruturação da empresa aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. *LTr: revista de legislação do trabalho*, São Paulo, v. 38, n. 7, jul. 1974.

GONÇALVES JUNIOR, Mário. Ao anular demissão em massa, judiciário paulista assume responsabilidade do legislativo. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 1, 2009.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos. *Revista LTr*, 73-01/7, São Paulo, jan. 2009.

PANCOTTI, Jose Antônio. Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 74, n. 5, maio 2010.

PORTAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Presidente do TST aplica nova norma da CLT em liminar sobre dispensa coletiva da Estácio de Sá*. Brasília, 11 jan. 2018. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/presidente-do-tst-aplica-nova-norma-da-clt-em-liminar-sobre-dispensa-coletiva-da-estacio-de-sa/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print&_101_INSTANCE_89Dk_languageId=pt_BR>. Acesso em: 28 maio 2018.

PORTAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ANAMATRA. *Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*. 10 out. 2017. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 28 maio 2018.

REIS, Daniela Muradas. *O Princípio do não retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

ROCHA, Cláudio Jannotti da. Reflexões sobre a dispensa coletiva brasileira. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, 2010.

SILVA, Antônio Álvares da. Dispensa coletiva e seu controle pelo Poder Judiciário. *Revista LTr*, 73, n. 06.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Morfologia do direito de despedir (parte 2): modalidades de dispensa. *Revista do TRT 6ª Região*. Recife, v. 14, n. 31, jan./dez. 2013.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. Os limites da dispensa coletiva. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região*. n. 1, São Paulo, 2009.

Jurisprudência

Acórdão

Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região

Processo n.: 0000890-86.2017.5.17.0181 RO

Recorrente: José Anjos dos Santos

Recorrido: Ivete Gomes de Lima Fagundes

Relator: Desembargador Cláudio Armando Couce de Menezes

- **EMENTA: 1) PEDIDO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA – AÇÃO AJUIZADA ANTES DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.467/2017.** O processo é um direito fundamental, inclusive porque a Constituição assegura o acesso ao Judiciário em vários dispositivos, tais como no art. 5º, LXXIV, que regula a assistência jurídica, e no art. 5º, XXXV, que regula a inafastabilidade da jurisdição, entre outros. A Lei n. 13.467/2017 impôs alterações para a concessão deste benefício, já que o § 4º do novel art. 790, da CLT, prevê que o benefício será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas processuais, trazendo claro prejuízo ao litigante, que ajuizou ação trabalhista antes da vigência da Lei n. 13.467/2017 (quando a concessão do benefício estava submetido a uma simples declaração de hipossuficiência econômica), com a aplicação do novo conteúdo do art. 790, §§ 3º e 4º, da CLT, trazido pela Lei n. 13.467/2017, artigo cuja constitucionalidade é discutível “por ferir os direitos fundamentais à assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo Estado”(art. 5º, LXXIV, da CF/88), conforme destacado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em 09 e 10 de outubro de 2017, em Brasília/DF. “Não seria razoável que o trabalhador ou a empresa, que tivessem ajuizado o processo ou apresentado defesa, enquanto vigente a legislação” que propunha regras para a concessão dos benefícios da justiça gratuita mais elásticos, “fossem surpreendidos”, com a aplicação da nova redação do art. 790, 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, Fabio Lima no artigo Aspectos processuais da Reforma Trabalhista). Assim, inaplicável o conteúdo da nova lei trabalhista ao caso em tela, posto que o presente feito foi ajuizado antes da reforma da CLT e, portanto, até sob pena de mitigação do duplo grau de jurisdição e do acesso à Justiça, não se pode exigir que o reclamante comprove a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo para que seja conhecido seu apelo, nos termos do art. 790, § 4º, da CLT, inclusive sob pena de violação ao conteúdo do novo CPC (art. 10, CPC), e em face das mitigações da “teoria do isolamento dos atos processuais”, previstas no novo Código de Processo Civil, conforme se afere, por exemplo, do *caput* do art. 1046. Direito à concessão dos benefícios

da justiça gratuita, nos moldes do art. 790, § 3º, da CLT, em sua redação anterior à Lei n. 13.467/2017, assegurado e, por conseguinte, conhecido o recurso ordinário obreiro.

- **2) HORAS EXTRAS. CONFISSÃO.** Tendo o próprio autor, em depoimento pessoal, declarado jornada de trabalho que não extrapola o limite de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, não faz jus à percepção de horas extras, ante a confissão (art. 389, CPC). Recurso ordinário desprovido.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo Reclamante em face da r. sentença de Id ed24a19, que julgou improcedentes os pedidos contidos na exordial.

Razões recursais (id 49917a7), pugnando pela concessão da assistência judiciária gratuita para conhecimento do apelo. Postula, ainda, a nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa e, no mérito, a reforma da decisão de primeiro grau quanto às horas extras.

Não houve recolhimento das custas processuais pelo Reclamante.

Contrarrrazões (Id 6bf6d430), pugnando pelo desprovimento do apelo.

O d. Ministério Público do Trabalho não emitiu parecer, ante o teor do Regimento Interno desta Corte.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. PEDIDO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA PARA ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E CONHECIMENTO DO APELO – DO CONHECIMENTO – AÇÃO AJUIZADA ANTES DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.467/2017.

O Reclamante postula a concessão dos benefícios da justiça gratuita, nos termos das Leis ns. 1.060/50 e 7.115/83 e arts. 98 e seguintes do CPC, por não dispor de meios para custear o presente recurso, conforme declaração de hipossuficiência acostada aos autos, o que lhe impossibilita de arcar com o preparo, inclusive por estar desempregado.

Vejamos.

Primeiramente, destaco que as modificações impostas pela Lei n. 13.467/2017 não se aplicam à presente ação, ajuizada em 4.10.2017, antes da entrada em vigor da supracitada lei, em 11 de novembro de 2017.

Conforme bem destacou a Exm^a Juíza Andrea Carla Zani, quando do julgamento da RT 0001274-89.2017.5.17.0006, *verbis*:

“Quanto à aplicação imediata da nova lei celetista, entendo que as modificações previstas na Lei n. 13.467/2017, não se aplicam ao presente feito, eis que as fases postulatórias e instrutórias aconteceram na vigência da norma anterior.

Vejamos o entendimento do ministro João Orestes Dalazen quando da aplicação da nova lei de terceirização: “A entrada em vigor da nova lei, geradora de profundo impacto perante a jurisprudência consolidada do TST, no que alterou substancialmente a Lei do Trabalho Temporário, não se aplica às relações de emprego regidas e extintas sob a égide da lei velha, sob pena de afronta ao direito adquirido do empregado a condições de trabalho muito mais vantajosas.”

A aplicação da nova lei celetista não pode ser entendida de forma diferente, caso contrário estaria infringindo os princípios constitucionais previstos no art. 5º da CFB.

Vejamos o que diz o art. 5º: *caput*: igualdade de direitos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Incisos:

XXXVI, princípios de estabilidade e segurança jurídica: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”;

LV, devido processo legal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

LXXIV – acesso à justiça: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”;

Quando o autor interpôs a presente ação a nova lei celetista ainda não estava em vigor e deverá ser observado o caráter irretroativo da norma e a teoria do isolamento dos atos processuais. O ato processual individualizado é a grande referência para aplicação da nova lei e o art. 14 do CPC e o art. 915 da CLT acolheram os atos processuais isolados, o que leva a concluir que a própria legislação acolheu esta teoria.

Não se pode esquecer também a ADIn n. 5.766, em que a PGR questiona a constitucionalidade de alguns dispositivos da nova lei e que a Ação Direta de Inconstitucionalidade não foi, ainda, apreciada pelo STF.

Ademais, não se pode abruptamente modificar as regras processuais o que causa instabilidade jurídica, eis que não seria possível às partes prever quais as regras processuais estariam em vigor na época da confecção da sentença.

Por todo o exposto, a nova lei não poderá ser aplicada, sob pena de ferir os princípios fundamentais previstos na Lei Magna, prejudicar o direito adquirido processual, a estabilidade e a segurança jurídica e o devido processo legal.”

Até o advento da Lei n. 13.467/2017, a concessão dos benefícios da justiça gratuita

era regulada pelo art. 790, § 3º, da CLT, que assim dispunha:

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. (Redação dada pela Lei n. 10.537, de 27.8.2002)

A Lei n. 13.467/2017 impôs alterações para a concessão deste benefício, já que o § 4º do novel art. 790, da CLT, prevê que o benefício será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas processuais, trazendo claro prejuízo ao litigante, que ajuizou ação trabalhista antes da vigência da Lei n. 13.467/2017 (quando a concessão do benefício estava submetido a uma simples declaração de hipossuficiência econômica), com a aplicação do novo conteúdo do art. 790, §§ 3º e 4º, da CLT, trazido pela Lei n. 13.467/2017, artigo cuja constitucionalidade é discutível “por ferir os direitos fundamentais à assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo Estado”(art. 5º, LXXIV, da CF/88), conforme destacado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em 9 e 10 de outubro de 2017, em Brasília/DF.

Aliás, como bem destacou Carlos Henrique Bezerra Leite, no capítulo III do Livro Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e Reformas Trabalhista e Previdenciária:

“Essa exigência de comprovação do estado de hipossuficiência econômica constitui violação ao princípio da vedação do retrocesso social e obstáculo ao direito/princípio fundamental do acesso à Justiça (do Trabalho) para o trabalhador, especialmente aqueles mais pobres, analfabetos ou de baixa qualificação profissional.” (p. 479)

Vale destacar que o ex-procurador-geral da República Rodrigo Janot entrou com ação no STF para questionar trechos da lei da reforma trabalhista, incluindo os dois temas polêmicos que elevam os custos para os trabalhadores recorrerem à Justiça do Trabalho.

“Com propósito desregulamentador e declarado objetivo de reduzir o número de demandas perante a Justiça do Trabalho, a legislação avançou sobre garantias processuais e viola direito fundamental dos trabalhadores pobres à gratuidade judiciária, como pressuposto de acesso à jurisdição trabalhista”, escreveu o ex-PGR na ADI n. 5.766 (Ação Direta de Inconstitucionalidade).

Cito o que se destacou na obra *Resistência: Aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*:

“... No caso específico da Lei n. 13.467/17, as forças de pilhagem de direitos sociais foram além da supressão de direitos na legislação material, avançando também sobre a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário, um dos pressupostos de funcionamento e equilíbrio do Estado Democrático de Direito. O fez em diversos pontos...

(...)

O princípio de acesso à justiça, decorrência lógica do monopólio da jurisdição, que está positivado em pelo menos dois momentos, na parte dos direitos fundamentais da Constituição de 1988: no art. 5º, XXXV e no art. 7º, XXIX, não impediu os autores da “reforma” de esvaziarem completamente a noção de gratuidade da justiça.

Na exposição de motivos do Decreto n. 1.237, em 2 de maio de 1939, que institui a Justiça do Trabalho, elaborado por uma comissão liderada por Oliveira Vianna, lê-se que a “repugnância em reconhecer-se nos tribunais do trabalho instituições judiciárias” decorria da “sobrevivência deste velho pressuposto liberal — de que os conflitos do trabalho não interessam

ao Estado”. Entretanto, a reação “contra a lentidão, a complexidade e o formalismo do processo comum” impunha, segundo os autores do projeto, a necessidade de criação de um processo do trabalho, ditado pela oralidade, pela concentração e pela simplicidade.

Portanto, a aposta na Justiça do Trabalho como ambiente ideal para “harmonizar os interesses em luta”, “em defesa da autoridade do Estado, que não pôde ser neutro, nem abstencionista, diante das perturbações colectivas, deixando as forças sociais entregues aos próprios impulsos” e não apenas uma resposta às lutas da classe trabalhadora já organizada, como também efeito da necessidade de organização do próprio capital. E seu pressuposto é justamente a facilitação do acesso à justiça que não tem espaço para deduzir suas pretensões na chamada “justiça comum”.

(...)

Pois bem, já nesse Decreto há o reconhecimento de que a função da Justiça do Trabalho e, portanto, do Processo do Trabalho, é viabilizar o acesso à justiça, tendo pois na gratuidade uma de suas características fundamentais.

(...)

A gratuidade de justiça constitui elemento de cidadania, que inclusive justifica a existência da Justiça do Trabalho. Trata-se de permitir acesso à justiça a quem não tem condições financeiras para isso. Tornar a gratuidade da justiça menos garantista na Justiça do Trabalho, em relação às outras searas do direito, é tornar o trabalhador um cidadão de segunda classe.

(...)

Além disso, o conceito legal de assistência judiciária gratuita segue sendo aquele estabelecido na Constituição: art. 5º,

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. O mesmo, aliás, previsto na Lei n. 1.060/50. Abrange todas as despesas do processo. (...)

O Estado se constitui, especialmente através da Justiça do Trabalho, como o único e último reduto de realização, mesmo que tardia e parcial, dos direitos sociais. É sabido que a democracia traz consigo o ônus da necessidade de estruturas ágeis e capazes de promover o retorno à ordem jurídica democraticamente instaurada. Ou seja, viver em um Estado Democrático de Direito significa ter direitos e deveres, mas também contar com uma estrutura forte que os faça valer, sempre que violados. Do contrário, a própria democracia revela-se como uma farsa. Elegemos nossos representantes, aprovamos as normas jurídicas e concordamos em conceder ao Estado o monopólio da jurisdição. Em contrapartida, podemos (e devemos) exigir do Estado que garanta a realização dessa ordem de coisas, que aja quando nossos direitos forem violados.

A Justiça do Trabalho é o ambiente em que as normas fundamentais de proteção ao trabalho encontram espaço para serem exigidas, para serem respeitadas. Suprimir esse espaço – é disso que se trata e é essa a consequência mediata desse esvaziamento da gratuidade – é retirar dos trabalhadores a possibilidade de exercício de sua cidadania, de exigência do respeito às normas constitucionais. Por isso, as alterações aqui analisadas precisam ser rejeitadas, aplicando-se, por mais favorável, o que estabelecem a Constituição e o CPC, em relação às regras para a obtenção da assistência judiciária gratuita e sua

abrangência.” (in SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto (Cords.). *Resistência: Aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. 1. ed. rev. e atual. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 480 e 501-502).

Conforme discorre José Affonso Dallegre Neto, “a lei processual nova não pode surpreender de forma prejudicial” e leciona que:

“Para solver essa controvérsia, importa invocar uma terceira exceção à regra geral da aplicação imediata. Trata-se do princípio do não prejuízo aos litigantes pela lei processual nova. Com efeito, a novel legislação somente se aplica às situações em curso, quando para beneficiar as partes, a exemplo da nova contagem em dias úteis prevista no mencionado art. 775 da CLT.

Ao contrário, quando a lei nova sobrevier para acoimar, punir ou restringir direitos processuais a sua aplicação não poderá afetar situações jurídicas em aberto. Nesse sentido é a dicção da própria CLT ao ressaltar que o encurtamento do prazo prescricional só poderá se iniciar a partir de sua vigência; ou seja, com efeitos *ex nunc*:

Art. 916 – Os prazos de prescrição fixados pela presente Consolidação começarão a correr da data da vigência desta, quando menores do que os previstos pela legislação anterior.

Em igual direção já sinalizou o Supremo Tribunal Federal em vetusto aresto:

“No caso em que a lei nova reduz o prazo exigido para a prescrição, a lei nova não se pode aplicar ao prazo em curso sem se tornar retroativa. Daí, resulta que o prazo novo, que ele estabelece, correrá somente a contar de sua entrada em vigor.” (STF, 1ª Turma, RE n. 51.706, rel. Min. Luis Gallotti, julgado em 4.4.1963)

Observa-se que a preocupação do STF não se restringe a elidir o prejuízo advindo do encurtamento da prescrição,

mas de qualquer prejuízo que venha surpreender o jurisdicionado, conforme se depreende do ajustamento pontual realizado quando do julgamento do Conflito de Competência n. 7.204:

“O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.”

E aqui vale a lembrança das chamadas normas processuais heterotópicas. São aquelas inseridas geralmente em diplomas processuais penais, mas que apresentam conteúdo híbrido, fixando normas incidentes na relação processual, porém com conteúdo material, cujos efeitos se espriam para além do processo. Não se ignore, a propósito, a atenta observação de Eduardo Couture, de que a natureza processual de uma lei “não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio” (COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das Leis Processuais*. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 36. Mais sobre o tema ver: AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. 3. ed. Método, 2011. p. 65).

A identificação dessas novas regras processuais híbridas ou heterotópicas é decisiva para determinar seus efeitos, *ex tunc* ou *ex nunc*, em relação aos processos em curso. Na esfera penal essa matéria é serena pela aplicação do art. 2º do Código de Processo Penal (“Art. 2º – Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime,

cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único – A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”). Em igual sentido o STF decidiu que, tratando-se “de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal (leia-se: material) que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL, da Constituição Federal” (STF – ADI 1.719-9 – rel. Joaquim Barbosa – DJU 28.8.2007, p. 01). Vale dizer: as regras do jogo deverão ser conhecidas desde o início do processo, podendo ser alteradas apenas para beneficiar as partes, jamais para restringir garantias ou criar novos ônus processuais, máxime aqueles que repercutem para além do mundo dos autos. Carlos Maximiliano, acerca do caráter misto destas novas regras, alerta para a correta aplicação do direito intertemporal:

“O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrange casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material” (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 314).

(...)

Em suma, a surpresa e o prejuízo são valores vedados na aplicação da lei nova em relação aos feitos pendentes, conforme assinalou Luiz Fux (FUX, Luiz. *O novo*

Código de Processo Civil e a segurança jurídica normativa. Conj. Opinião publicada em 22.3.2016. Fonte: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/ministro-luiz-fux-cpc-seguranca-juridicanormativa>>. Esse norte hermenêutico vale também para a questão dos honorários de sucumbência recíproca, previstos no art. 791-A, § 3º, da CLT, da recém-chegada Lei n. 13.467/17.

(...)

Qualquer tentativa de forçar essa aplicação retroativa às ações ajuizadas sob a égide da lei velha será ilícita, por flagrante ofensa ao regramento de direito intertemporal e aos valores por ela tutelados (segurança jurídica, vedação da aplicação retroativa da lei nova *in pejus*). Nesse sentido colhem-se as atentas observações de Medina, Wambier e Alvim: “Muito embora acentuem os processualistas enfaticamente que a lei processual se aplica imediatamente, assim mesmo devemos entender o princípio com determinadas limitações, a saber: aos atos processuais, praticados na vigência de lei anterior, desde que devam produzir efeitos no futuro e ocorra mudança de lei, é a lei anterior que deverá ser aplicada, porque ela continua legitimamente a reger aqueles efeitos ulteriores” (MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Segurança jurídica e irretroatividade da norma processual. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, p. 328. Fonte: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/80>>) (grifei)

Assim, inaplicável o conteúdo da nova lei trabalhista ao caso em tela, posto que o presente feito foi ajuizado antes da reforma da CLT e, portanto, até sob pena de mitigação do duplo grau de jurisdição e do acesso à Justiça,

não se pode exigir que o reclamante comprove a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo para que seja conhecido seu apelo, nos termos do art. 790, § 4º, da CLT, inclusive sob pena de violação ao conteúdo do novo NCPC (art. 10, NCPC), e em face das mitigações da “teoria do isolamento dos atos processuais”, previstas no novo Código de Processo Civil, conforme se afere, por exemplo, do *caput* do art. 1.046.

Sobre a questão do direito intertemporal, Fabricio Lima Silva, em seu artigo “*Aspectos processuais da Reforma Trabalhista*”, de 20 de julho de 2017, afirma que:

“Pela teoria da unidade processual, o processo é considerado como um conjunto de atos inseparáveis, unidos por um mesmo objetivo e interdependentes entre si. Iniciado o processo sob a vigência de uma determinada lei, não é possível que uma nova norma surja e modifique o encadeamento e a natureza dos atos a serem praticados. Segundo esta teoria, o processo não pode ser regulado por leis diversas sobre o mesmo procedimento.”

(...)

Diante do exposto, considerando-se que a Lei n. 13.467/2017 ainda se encontra no período de *vacatio legis*, é preciso que seja repensada a aplicação do direito intertemporal em matéria processual subjetiva, com reflexos nos patrimônio/situação jurídica das partes, afastando-se do paradigma adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, com o reconhecimento de que a legislação a ser aplicada nestes casos deve ser aquela vigente quando do ajuizamento da ação e da apresentação da defesa, em respeito aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica.”

“Não seria razoável que o trabalhador ou a empresa, que tivessem ajuizado o processo ou

apresentado defesa, enquanto vigente a legislação” que propunha regras para a concessão dos benefícios da justiça gratuita mais elásticos, “fossem surpreendidos”, com a aplicação da nova redação do art. 790, 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”.

Neste sentido, é a lição apresentada por NÓBREGA, ao tratar das inovações do Código de Processo Civil, mas plenamente aplicável ao Processo do Trabalho, *in verbis*:

(...) a análise sobre os riscos e ônus decorrentes do ajuizamento da ação, da oferta da contestação ou da interposição é feita, precisamente, quando do ajuizamento da ação, da oferta da contestação ou da interposição do recurso (!). Não haveria falar, por conseguinte, em que a natural demora no processo autorizasse, diante da superveniente entrada em vigor do novo Código, que regras eventualmente mais gravosas para a parte alterassem aqueles elementos considerados por ela quando da escolha pelo ajuizamento da ação, pela resistência ou pela interposição do recurso. É dizer, a ponderação custo *vs* benefício que pauta a escolha da parte quanto à conduta a ser adotada no processo não pode sofrer posterior alteração que poderia influenciar aquela escolha pelo simples fato de que a escolha já foi exercida.

Com base no mesmo entendimento, as inovações quanto à imposição de novos requisitos para a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita (art. 790, §§ 3º e 4º) (...), conforme previsão da Lei n. 13.467/2017, não deverão ser aplicadas aos processo já em curso, uma vez que não se tratam de institutos exclusivamente processuais e a alteração da legislação poderia influenciar nas condutas processual das partes ou quanto à avaliação dos riscos da demanda.

Diante do exposto, (...) é preciso que seja repensada a aplicação do direito intertemporal em matéria processual subjetiva, com reflexos no patrimônio/situação jurídica das partes, (...) com o reconhecimento de que a legislação a ser aplicada nestes casos deve ser aquela vigente quando do ajuizamento da ação e da apresentação da defesa, em respeito aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica”. (SILVA, Fabio Lima. *Aspectos processuais da Reforma Trabalhista*)

“Em suma, a surpresa e o prejuízo são valores vedados na aplicação da lei nova em relação aos feitos pendentes, conforme assinalou Luiz Fux, inclusive em face do que prescreve o art. 10, do CPC, aplicável ao Processo do Trabalho, diante do que prevê o art. 769, da CLT, ante a omissão da CLT sobre o tema.

Por fim, destaco sobre o tema do acesso à justiça e da gratuidade, leciona Jorge Luiz Souto Maior no texto “O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista”:

“... As alterações nas regras processuais, propostas pela Lei n. 13.467/17, precisam ser compreendidas e aplicadas à luz da atual noção do direito de acesso à justiça como um direito fundamental, que é condição de possibilidade do próprio exercício dos direitos sociais. Esse é o referencial teórico que permitirá, também no âmbito processual, o uso das regras dessa legislação “contra ela mesma”, construindo racionalidade que preserve as peculiaridades do processo do trabalho e a proteção que o justifica.” (...)

No Estado liberal, o acesso à justiça era concebido como um direito natural e como tal não requeria uma ação estatal para sua proteção. O Estado mantinha-se passivo, considerando que as partes estavam aptas a defender seus interesses

adequadamente[ii]. Com o advento o Estado Social surge a noção de direitos sociais e, paralelamente, o reconhecimento de que uma ação efetiva do Estado seria necessária para garantir o implemento desses novos direitos. Por isso, o assunto pertinente ao acesso à justiça está diretamente ligado ao advento de um Estado preocupado em fazer valer direitos sociais, aparecendo como importante complemento, para que “as novas disposições não restassem letras mortas.

O movimento de acesso à justiça apresenta-se sob dois prismas: no primeiro ressalta-se a necessidade de repensar o próprio direito; no segundo preocupa-se com as reformas que precisam ser introduzidas no ordenamento jurídico, para a satisfação do novo direito, uma vez que pouco ou quase nada vale uma bela declaração de direitos sem remédios e mecanismos específicos que lhe deem efetividade.

Sob o primeiro prisma (denominado método de pensamento), o movimento é uma reação à noção do direito como conjunto de normas, estruturadas e hierarquizadas, cujo sentido e legitimidade somente se extraem da própria coerência do sistema. Na nova visão o direito se apresenta como resultado de um processo de socialização do Estado, e passa a refletir preocupações sociais, como as pertinentes à educação, ao trabalho, ao repouso, à saúde, à previdência, à assistência social etc.

Sob o segundo prisma, o movimento se desenvolve em três direções, chamadas “as três ondas do movimento do acesso à justiça”.

A primeira onda, que diz respeito aos obstáculos econômicos de acesso à justiça, consiste, por isso mesmo, na preocupação com os problemas que

os pobres possuem para defesa de seus direitos. Esses problemas são de duas ordens: judicial e extrajudicial.

Extrajudicialmente, preocupa-se com a informação aos pobres dos direitos que lhe são pertinentes (pobreza jurídica) e com a prestação de assistência jurídica nas hipóteses de solução de conflitos por órgãos não judiciais. Judicialmente, examinam-se os meios a que os pobres têm acesso para defenderem, adequadamente, esses direitos (pobreza econômica). Para eliminação do primeiro problema, o movimento sugere a criação de órgãos de informação a respeito dos direitos sociais. Para supressão do segundo, a eliminação ou minimização dos custos do processo, inclusive quanto aos honorários de advogado[iv]

A segunda onda, de cunho organizacional, tende a examinar a adequação das instituições processuais, especialmente no que se refere à legitimidade para a ação, às novas realidades criadas pela massificação das relações humanas, gerando uma grande gama de interesses difusos e coletivos, cuja satisfação nem sempre se mostra fácil diante das perspectivas do direito processual tradicional, essencialmente individualista.

A terceira onda caracteriza-se pela ambiciosa preocupação em construir um sistema jurídico e procedimental mais humano, com implementação de fórmulas para simplificação dos procedimentos, pois as mudanças na lei material, com vistas a proporcionar novos direitos sociais, podem ter pouco ou nenhum efeito prático, sem uma conseqüente mudança no método de prestação jurisdicional.

O acesso à justiça pressupõe, portanto, a efetividade do processo. Mas, como explicam Cappelletti e Garth a efetividade

é algo vago. Para dar substância à ideia, traduz-se a efetividade em “igualdade de armas”, como garantia de que o resultado final de uma demanda dependa somente do mérito dos direitos discutidos e não de forças externas.

Advertem, no entanto, os autores citados que essa igualdade é uma utopia e que pode ser que as diferenças entre as partes nunca sejam completamente erradicadas [v].

Desse modo, o primeiro passo na direção da efetividade consiste, exatamente, na identificação das barreiras que impedem o acesso à justiça e a própria efetividade do processo; o segundo, como atacá-las; e o terceiro, a que custo isso se faria. As barreiras são: a desinformação quanto aos direitos; o descompasso entre os instrumentos judiciais e os novos conflitos sociais; os custos do processo e a demora para solução dos litígios, que constitui fator de desestímulo.

Por tudo isso, vale a observação de Mauro Cappelletti, no sentido de que o acesso à justiça pressupõe um novo método de analisar o direito, em outras palavras, uma nova maneira de pensar o próprio direito. Nesse novo método o direito é analisado sob a perspectiva do “consumidor”, ou seja, daqueles que são o alvo da norma, e não sob o ponto de vista dos “produtores” do Direito. O acesso à justiça, nesse contexto, aparece como a garantia de que o sujeito poderá, efetivamente, consumir o direito que lhe fora direcionado, servindo-se, se necessário, do Estado para tanto[vi].

Esse é o pressuposto que deve orientar os intérpretes aplicadores do processo do trabalho, mesmo depois de alterado pela Lei n. 13.467/17, sob pena de se negar a própria razão de ser da Justiça do Trabalho.” (grifei)

Na verdade, deve-se entender o processo como um direito fundamental, inclusive porque a Constituição assegura o acesso ao Judiciário em vários dispositivos, tais como no art. 5º, LXXIV, que regula a assistência jurídica, e no art. 5º, XXXV, que regula a inafastabilidade da jurisdição, entre outros.

Postas estas premissas, acerca da não aplicação dos dispositivos previstos na Lei n. 13.467/2017 ao caso em tela, apesar da prolação da sentença em 18 de novembro de 2017, passo à análise do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, com base nos dispositivos legais vigentes antes de 11.11.2017.

Destaco que, meu entendimento é de que há identidade entre os institutos previstos nos arts. 14 da Lei n. 5.584/70 e 790, § 3º da CLT.

O direito de ação como direito de acesso à justiça não pode, sob nenhuma hipótese, ser alheio às necessidades sociais. Ao revés disto, deve considerar as circunstâncias sociais, a fim de que proteja os direitos do cidadão. Por este motivo é que o direito de ação não pode ser comprometido por barreiras sociais, econômicas ou quaisquer outras. Logo, imperioso é que seja resguardado ao cidadão o direito de um real e efetivo acesso à justiça.

Assim, a fim de minimizar um dos maiores entraves ao acesso à justiça, e possibilitar a participação efetiva de um maior número de pessoas no processo jurisdicional, o Estado brasileiro dispôs na sua Carta Magna de 1988 que prestaria assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Diante do exposto, observa-se a existência de dispositivos legais inseridos em nosso ordenamento jurídico que versam sobre a questão da gratuidade judiciária e que visam o acesso efetivo do cidadão à justiça. Como podemos asseverar no art. 14, § 1º, da Lei n. 5.584/70:

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do

mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio da família.

Seguindo esse entendimento, temos o art. 790, § 3º, da CLT:

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. (Redação dada pela Lei n. 10.537, de 27.8.2002)

Neste mesmo diapasão, o atual CPC em seu art. 26, dispõe que:

Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:

I – o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;

II – a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados;

O atual CPC, tendo revogado expressamente o art. 4º da Lei n. 1.060/50, confirmou a ordem constitucional do livre acesso à justiça, tratando da assistência judiciária no art. 98 *caput* do CPC:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

O art. 99 do CPC dispõe expressamente que o juiz somente poderá indeferir tal pedido se nos autos se comprovarem a ausência dos pressupostos para a concessão da assistência, e nestes casos determinará a comprovação de tais requisitos; no caso em tela, não há, em nenhum momento, a contestação de tal pressuposto, que se considera verdadeiro apenas

em face de sua alegação, conforme o § 3º do referido artigo.

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

E com base no art. 15 do CPC, tendo em vista a compatibilidade existente entre as normas de Processo Civil e as regras processuais trabalhistas, é certo lembrar que aquelas se aplicam subsidiariamente à Justiça do Trabalho.

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Dessa maneira, pode-se concluir que o único requisito indispensável para a concessão da gratuidade judiciária é a declaração na exordial de que o jurisdicionado não tem condições de arcar com as custas do processo sem que isto interfira no seu sustento e no de sua família.

Reforçando este entendimento, colaciono jurisprudência do C. TST:

RECURSO DE REVISTA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CUSTAS PROCESSUAIS. DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO. PRESUNÇÃO DE MISERABILIDADE. A existência de uma mera declaração da parte de não poder demandar sem prejuízo de seu sustento ou de sua família, apresentada a qualquer tempo e grau de jurisdição, enseja a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita. Entendimento da

Orientação Jurisprudencial n. 304 da SBDI-1. No caso, preenchidos os requisitos para a concessão, deve ser afastada a deserção imputada ao recurso ordinário interposto pelos reclamantes em face do não recolhimento das custas. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR – 294800-14.2009.5.09.0594 – Data de Julgamento: 30.3.2011, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 8.4.2011)

RECURSO DE REVISTA. INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. 1. JUSTIÇA GRATUITA. DECISÃO REGIONAL DE INDEFERIMENTO DA BENESSE LEGAL. DECLARAÇÃO DE MISERABILIDADE. PRESUNÇÃO NÃO ELIDIDA POR QUAISQUER MEIOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA. No âmbito da Justiça do Trabalho, a assistência judiciária de que trata a Lei n. 1.060/50 é devida ao trabalhador que percebe salário inferior ao dobro do mínimo legal ou ainda àquele que, embora aufera salário superior, não detenha condições de demandar sem prejuízo do sustento próprio e de sua família (§ 1º do art. 14 da Lei n. 5.584/70). Para fazer jus ao favor legal da gratuidade de justiça, portanto, basta que o trabalhador emita declaração de miserabilidade jurídica, cujo conteúdo será presumido verídico (art. 1º da Lei n. 5.584/70), embora sem prejuízo de impugnação pela parte contrária (art. 4º, § 2º, da Lei n. 1.060/50), ainda sujeitando-se o trabalhador, em caso de falsidade, às sanções cíveis, administrativas e penais cabíveis (art. 2º da Lei n. 7.115/83). No caso concreto, a Corte Regional indeferiu o favor legal da gratuidade da justiça, ao fundamento de que o empregado não se encontra assistido pelo sindicato de sua categoria profissional, mas por advogado de sua confiança. Inexistindo nos autos quaisquer elementos de convicção que afastem a presunção de veracidade das declarações de miserabilidade regularmente produzidas, a Corte Regional, ao indeferir o favor legal da gratuidade, violou o § 3º do art. 790 da CLT. Divergência jurisprudencial configurada. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR – 9900-06.2008.5.17.0009 Data de Julgamento: 27.4.2016, rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29.4.2016)

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. 1. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. PROVIMENTO. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a assistência jurídica ganhou novos contornos, com a incorporação ao sistema jurídico brasileiro não

somente dos direitos do cidadão, mas também da garantia da sua efetividade. Nesse rol encontram-se o direito de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e a garantia constitucional da ampla defesa, constante do inciso LV do mesmo art. 5º, universalizada em seu inciso LXXIV, que assegura a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Assim, a mera percepção de salário superior a dois salários mínimos pelo autor não tem o condão de impedir-lhe a concessão dos benefícios da justiça gratuita, quando expressamente declarado por ele o seu estado de miserabilidade, sob pena de restar comprometida a efetividade do acesso à justiça. Mormente porque a lei faculta, para a gratuidade de justiça, que o pretendo beneficiário perceba salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou declare não ser capaz de litigar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (Processo: ARR – 766-79.2011.5.18.0054 – Data de Julgamento: 9.12.2015, rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18.12.2015)

Portanto, considerando que a reclamante firmou declaração de miserabilidade jurídica (id 5843d6c – p. 1) defiro os benefícios da justiça gratuita, ficando o autor-recorrente isento do recolhimento das custas processuais a que foi condenado pela r. sentença atacada.

Logo, afasto a deserção e estando presentes os demais pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do recurso ordinário.

2.2. NULIDADE DA SENTENÇA – CERCEIO DE DEFESA – INDEFERIMENTO DE PERGUNTAS FORMULADAS PELO PATRONO DO RECORRENTE

Pugna o Reclamante pela declaração de nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, em face do indeferimento de perguntas formuladas pelo seu patrono às testemunhas arroladas pela parte autora.

Aduz que, mesmo sem serem contraditadas e tendo as testemunhas apresentado o compromisso legal de dizer a verdade, foram indeferidas perguntas formuladas pelo patrono

do recorrente, cujas respostas eram imprescindíveis à busca da verdade real e esclarecimentos dos fatos relativos às horas extras e RSR.

À análise.

Vejamos o conteúdo da ata de audiência de Id ed24a19, quando ocorreu o indeferimento das perguntas às testemunhas arroladas pelo Reclamante:

“... Primeira testemunha do reclamante: MAURÍCIO BATISTA FERREIRA, identidade n. 1114682/ES, residente e domiciliado(a) na RUA OLAVO COELHO, 26, BENEDITA MONTEIRO, ECOPORANGA/ES. Advertida e compromissada. Depoimento: “que nos anos de 2013/2014 trabalhou numa propriedade próxima à da reclamada, na base da diária, fazendo colheitas; que trabalhava de segunda a sexta, iniciando às 6h30/6h40, ficando até as 17h; que o depoente é vizinho do reclamante cerca de 100 mts; que já conhecia o reclamante antes de trabalhar para D. Ivete; que frequenta a casa do reclamante pois é conhecido da família; que o reclamante já se encontrava trabalhando quando o depoente passava na estrada; que na volta o depoente esperava para voltarem juntos.”

Diante desse depoimento este Juízo resolve indeferir as demais perguntas que seriam feitas por ambas as partes.

Segunda testemunha do reclamante: VITURINO VIEIRA DE JESUS NETO, residente e domiciliado(a) na RUA OLAVO COELHO, S/N, BENEDITA MONTEIRO, ECOPORANGA/ES.

Advertida e compromissada. Depoimento: “que conhece a reclamada de vista; que sabe onde é a propriedade dela, que tem um barzinho na cidade e que costuma caminhar praticamente dentro da fazenda dela; que mora há uns 100mts do reclamante; que frequenta a casa do

reclamante, que costuma bater papo com ele, sendo amigos.”

Diante desse depoimento este Juízo resolve indeferir as demais perguntas que seriam feitas por ambas as partes.

Declaram as partes não ter outras provas a produzir, reportando-se em razões finais aos elementos dos autos, permanecendo inconciliáveis.

Adiado *sine die* para sentença, após prazo acima concedido (...).”

Conforme se afere do trecho da ata de audiência acima transcrita, foi indeferida a realização de perguntas por ambas as partes às testemunhas arroladas pela parte autora, sem que reclamante ou reclamada apresentassem qualquer protesto em razão do indeferimento de questões a serem formuladas pelas partes sobre a questão das horas extras e RSR (repouso semanal remunerado)..

O art. 371, do CPC/15, insculpe o princípio da livre convicção motivada do juiz, compreendido no poder de livre direção do processo.

Na esfera trabalhista, o juiz tem ampla liberdade na condução processual, conforme art. 765 da CLT, e pode, além de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, apreciar as provas sob o princípio do livre convencimento motivado.

A colheita da prova não pode depender da anuência da parte, pois quem dirige o processo é o magistrado (art. 765, da CLT).

Destaco, ainda, que o que autoriza a decretação de nulidade por cerceamento do direito de defesa é a restrição injustificada na produção de provas, o que não ocorreu no caso dos autos.

A 2ª testemunha arrolada pelo Reclamante declarou que era amigo do Reclamante, o que, a teor do art. 447, § 3º, do CPC, torna seu depoimento suspeito. Já a 1ª testemunha declarou que frequenta a casa do Reclamante, o que, conforme a jurisprudência majoritária,

também torna suspeita a testemunha, por configurar a existência de amizade íntima.

Ademais, as duas testemunhas não trabalhavam no mesmo local em que laborava o autor e, portanto, não poderiam prestar informações que esclarecessem sobre a jornada de trabalho do reclamante, já que ambas as testemunhas moravam perto do autor (distância de 100 metros entre as residências) e caminhavam perto da propriedade em que o reclamante laborava. Desta forma, não poderiam esclarecer acerca do horário de labor do reclamante e do trabalho durante os dias de repouso semanal remunerado.

Já que cumpre ao Juiz, na condução do processo, indeferir as provas e diligências que julgar inúteis ou meramente protelatórias, não há como se vislumbrar, na hipótese, o cerceamento de defesa alegado, se as testemunhas, além de suspeitas, não poderiam informar, com fidedignidade, a jornada laborada pelo autor.

Não bastasse isso, houve preclusão, pois, encerrada a instrução processual, o reclamante sequer registrou seus protestos. Nos termos do art. 795, *caput*, da CLT, “as nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos”. No caso em tela, o autor somente apresentou sua irresignação com o encerramento da instrução e com o indeferimento de perguntas às testemunhas por ele arroladas, após a prolação da sentença e do resultado desfavorável do julgamento. Assim, como o reclamante, *in casu*, não registrou seu protesto contra o indeferimento de perguntas às testemunhas por ele arroladas com objetivo de comprovar a jornada de trabalho do reclamante e, por conseguinte, contra o encerramento da instrução processual, que contou com a sua anuência, ocorreu a preclusão, não se caracterizando o cerceio de defesa alegado.

Acerca da não caracterização do cerceio de defesa, quando a parte deixa de registrar seus

protestos, vale citar os seguintes precedentes do C. TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL SEM OS DEVIDOS PROTESTOS DA RECLAMADA. PRECLUSÃO. No caso, houve preclusão quanto à produção de provas relacionadas à jornada de trabalho do autor, pois, encerrada a instrução processual, a segunda reclamada não registrou protesto. Conforme disposto no art. 795, *caput*, da CLT, “as nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos”. Portanto, considerando que, no caso dos autos, a segunda reclamada, no momento do encerramento da instrução processual, não registrou, o protesto contra a ausência de oitiva de testemunha a respeito da jornada de trabalho do reclamante, ocorreu a preclusão, logo, não há falar em violação do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Agravo de instrumento desprovido (...). (AIRR – 2092-49.2014.5.02.0431, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 29.11.2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 1º.12.2017)

“NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL SEM OS DEVIDOS PROTESTOS DAS RECLAMADAS. PRECLUSÃO. No caso, o Tribunal Regional rejeitou a preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa, fundada na ausência de oitiva de testemunha indicada pelas empresas, por considerar preclusa a insurgência, uma vez que a instrução processual foi encerrada pelo Juízo de origem sem os devidos protestos pelas partes demandadas. Conforme disposto no art. 795, *caput*, da CLT, “as nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos”. Portanto, considerando que, no caso dos autos, as reclamadas, à época da declaração de encerramento da instrução processual, não registraram, na audiência de instrução, o protesto contra a ausência de oitiva da mencionada testemunha, ocorreu a preclusão nos termos do referido dispositivo legal, razão pela qual não há falar em violação do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Agravos de instrumento despro-

vidos.” (AIRR – 1239-11.2013.5.09.0195 – Data de julgamento: 3.5.2017, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de publicação: DEJT 12.5.2017)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. O Regional assentou que houve o ‘indeferimento da oitiva da testemunha da autora, com os devidos fundamentos para tanto, sem que sequer fossem consignados seus protestos’. Além do que ficou ‘encerrada, com a concordância das partes, a instrução processual. Razões finais remissivas pelas partes’. Com efeito, dispõe o art. 795, *caput*, da CLT que ‘As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos’. Se, in casu, na primeira oportunidade que teve para se manifestar nos autos, a reclamante não alegou a nulidade, ocorrendo a preclusão nos termos do referido dispositivo, razão pelo que não há falar em violação do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Agravo de instrumento desprovido” (Processo: AIRR – 1378-27.2012.5.02.0442 – Data de julgamento: 13.4.2016, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de publicação: DEJT 22.4.2016)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.015/2014. PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. OITIVA DE TESTEMUNHAS. INDEFERIMENTO. Não se caracteriza a nulidade por cerceio de defesa, nem violação ao princípio do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF), quando há o indeferimento, pelo julgador, de diligências que entende desnecessárias para o deslinde da questão, em face da existência de outros elementos de convicção nos autos. O Juiz é o destinatário da prova e pode dispensar as diligências que entender inúteis (arts. 765 da CLT c/c 130 e 131 do CPC/1973 – art. 371 do CPC/2015). Ademais, constatou-se que houve o encerramento da instrução processual sem insurgência ou arguição de nulidade por parte da Reclamada. Com efeito, o art. 795 da CLT é claro ao dispor que ‘As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos’. Nesse contexto, ante a inobservância ao dever de demonstrar o inconformismo e arguir a nulidade por suposto cerceamento do direito de defesa, imediatamente,

logo após o encerramento da instrução, tem-se como efetivamente configurada a preclusão, nos moldes reconhecidos pelo TRT de origem. Agravo de instrumento desprovido” (Processo: AIRR – 2194-90.2011.5.02.0006 – Data de julgamento: 28.9.2016, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de publicação: DEJT 21.10.2016, grifou-se e destacou-se)

... NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL SEM OS DEVIDOS PROTESTOS DA RECLAMADA. PRECLUSÃO. No acórdão recorrido, foi consignado que houve preclusão, quanto ao pedido de produção de provas relacionada às horas in itinere, pois, encerrada a instrução processual, a empresa não registrou protesto. Conforme disposto no art. 795, *caput*, da CLT, “as nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos”. Portanto, considerando que, no caso dos autos, a reclamada, à época da declaração de encerramento da instrução processual, não registrou, na audiência de instrução, o protesto contra o “pleito de envio de ofícios ao DETRAN e às empresas de transporte público, com os quais pretendia demonstrar que a Rodovia BR-116 é servida por transporte público regular em horários compatíveis com a entrada e saída de seus funcionários”, ocorreu a preclusão, logo, não há falar em violação do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido(...). (Processo: RR – 1949-53.2012.5.07.0023 – Data de Julgamento: 27.9.2017, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29.9.2017)

NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL SEM OS DEVIDOS PROTESTOS. PRECLUSÃO. Conforme diretriz que se extrai dos arts. 794 e 795 da CLT, a declaração de nulidade no processo do trabalho está condicionada à demonstração de efetivo prejuízo e deve ser arguida na primeira oportunidade em que a parte interessada puder se pronunciar nos autos. Na hipótese, não há nulidade a ser declarada, pois o Tribunal Regional declarou preclusa a arguição do autor, porquanto não se verifica, da ata de audiência, qualquer protesto do autor pelo indeferimento da intimação da testemunha por ele indicada, tampouco a formulação de pedido para intimação do perito

para complementar o trabalho pericial, sendo declarada encerrada a instrução processual na mesma oportunidade. Assim, não tendo o reclamante externado seu protesto em audiência ou na primeira oportunidade que teve para falar nos autos, permanecendo silente quanto à prova pericial e à testemunhal, ocorreu a preclusão, não se podendo, portanto, reconhecer a alegada nulidade por cerceamento de defesa (precedentes). Agravo de instrumento desprovido (...). (Processo: AIRR – 9-18.2016.5.23.0007 – Data de Julgamento: 9.8.2017, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18.8.2017)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISITA. 1. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. REABERTURA DA INSTRUÇÃO. INDEFERIMENTO DE PERGUNTAS. Segundo o Regional, o procedimento adotado pelo Juízo de Primeiro Grau não configurou cerceamento de defesa, mas, sim, estrito cumprimento do devido processo legal, uma vez que o encerramento da instrução processual decorreu da própria anuência das partes. Logo, não há ofensa aos arts. 5º, XXXV e LV, da CF, e 832 da CLT.” (Processo: AIRR – 2760-90.2010.5.02.0065 – Data de julgamento: 26.10.2016, relª. Minª. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de publicação: DEJT 28.10.2016)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI N. 13.015/2014. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECLUSÃO. A circunstância de a reclamante não ter arguido a nulidade processual no momento oportuno, seja apresentando razões finais, seja se manifestando na audiência de prolação da sentença, enseja o reconhecimento de preclusão. Hipótese de incidência do art. 795 da Consolidação das Leis do Trabalho. Agravo de instrumento a que se nega provimento” (Processo: AIRR – 109-56.2014.5.02.0482 – Data de julgamento: 19.10.2016, rel. Des. convocado: Marcelo Lamego Pertence, 1ª Turma, Data de publicação: DEJT 21.10.2016)

Assim, em face da suspeição das testemunhas, diante do que estabelece o art. 447, § 3º, do CPC, da impossibilidade das testemunhas arroladas pelo autor prestarem informações esclarecedoras acerca da jornada de trabalho do reclamante, e, por fim, da preclusão, o indeferimento das perguntas que seriam feitas por ambas as partes, sem quaisquer protestos das

partes em audiência, não configura o alegado cerceio do direito de defesa.

Logo, rejeito a preliminar arguida.

2.3. HORAS EXTRAS

Insurge-se o Reclamante contra a r. sentença que julgou improcedente o pedido de pagamento de horas extras, pelos seguintes fundamentos, verbis:

“A matéria versa somente sobre horas extraordinárias. Na petição inicial é alegada uma jornada de domingo a domingo, sem qualquer descanso, das 06 às 18 horas, com uma hora de almoço, sendo que nos domingos o horário era das 06 às 12 horas.

A defesa, por sua vez, alega que a jornada do Reclamante era das 06 às 16 horas, com duas horas de intervalo, e domingo das 06 às 10 horas, sendo que os repousos remunerais semanais estão devidamente quitados pelos recibos salariais. Contraditoriamente, num parágrafo anterior, item 4, argumenta que a ordenha do leite começava sempre depois das 07 horas.

Frequentavam habitualmente a casa dele, presumindo-se a amizade entre eles. Também seriam testemunhas casuais, pois eram vizinhos da propriedade da Reclamada, ou apenas passavam por perto dela.

Já as testemunhas trazidas pela defesa tiveram uma pequena discrepância quanto ao horário de entrada, entre 06:30/07:30 horas, sendo unânimes no horário da saída, 16 horas. O Reclamante esclareceu que morava perto da propriedade e tinha de fazer duas ordenhas. Uma pela manhã, entre 06 às 09 ou 10 horas da manhã, e outra pela tarde, entre 16 e 17 horas, geralmente indo almoçar em casa, sendo que ia trabalhar de carro ou de bicicleta. Presume-se, portanto, que o mesmo tinha um horário de almoço bem elástico, com a devida vênica dos termos.

Bom, para este Juízo prevalece a jornada de trabalho defendida pela Reclamada, sendo que os domingos trabalhados estão devidamente quitados pela “rubrica” descanso remunerado constante nos recibos salariais juntado aos autos. Forçosamente, im procedem todos os pedidos formulados.”

Sustenta o autor que a sentença narra que a defesa afirma que o horário de trabalho do autor era das 6 às 16 horas, com duas horas de intervalo, e aos domingos, das 6 às 10 horas, o que já comprova o labor por 48 horas semanais, de segunda a sábado, e mais 4 horas aos domingos, totalizando 52 horas semanais.

Aduz que as testemunhas arroladas declaram que o autor fazia horas extras, corroborando a tese do reclamante na exordial.

Vejamos.

Na exordial, o reclamante alega que laborava na função de vaqueiro, mediante a seguinte jornada: 6 às 18 horas, com uma hora de intervalo, de segunda a sábado, e aos domingos de 6 às 12 horas, postulando o recebimento das horas extras laboradas e também dos domingos e feriados trabalhados, já que nem as horas extras e nem os dias destinados ao repouso semanal lhe foram pagos.

A Reclamada, em defesa, narra que o reclamante laborava das 6 às 11 horas e das 13 às 16 horas (item 6 da contestação de Id 443fe04), embora tenha afirmado no item 4 que a “tirada do leite” se iniciava às 7 horas.

Em audiência, as partes, sobre a jornada de trabalho, declararam que:

“o reclamante esclarece que trabalhava de domingo a domingo, iniciando às 6 horas, fazendo ordenha das vacas até por volta das 9/10 horas, havendo uma ordenha à tarde, começando as 16h até 17h, pois havia menos vacas; que costumava almoçar em casa porque era perto; que costumava ir trabalhar de bicicleta mas a maioria das vezes ia de carro.

A reclamada esclarece que os domingos estão pagos conforme repouso semanais remunerados existentes nos recibos salariais; que o reclamante era o único empregado; que a ordenha da manhã ocorria às 7h e a da tarde às 15h; que na época boa havia umas 10 vacas produzindo leite e atualmente só há 2 vacas produzindo leite; que teve que vender os animais por causa da seca; que a depoente mora na propriedade.”

Analisando-se os recibos de pagamento colacionados aos autos, verifica-se que consta o pagamento de descanso remunerado em todos os meses do contrato de trabalho, corroborando a tese da defesa, de que os domingos laborados estão devidamente pagos.

Quanto às horas extras, o depoimento pessoal do autor rechaça a sua existência, ante a confissão do obreiro (art. 389, CPC). O próprio autor declarou que iniciava sua jornada às 6 horas e laborava até por volta das 9/10 horas, voltando a ordenhar as vacas de 16 às 17 horas, informando horário de trabalho e duração da jornada bastante distinta da informada na exordial. Tem-se, assim, que o autor laborava, no máximo, por volta de cinco horas diárias, o que, portanto, não ultrapassa a jornada de 44 horas semanais. Assim, ante o teor do depoimento do autor e o que prescrevem os arts. 349 e 350, do CPC, rechaça-se a existência de prestação extraordinária, por não ultrapassado o limite semanal de jornada.

Quanto aos domingos e feriados laborados, os recibos de pagamento, não impugnados pelo autor, rechaçam a alegação contida na exordial de que “*nunca recebeu o devido pagamento pelo labor realizados nos dias de repouso semanal remunerado*”. Logo, não resta comprovada a alegação de que nunca houve pagamento dos repouso semanais laborados pelo reclamante.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

Mantida a improcedência dos pedidos contidos na exordial, não há falar-se em honorários advocatícios revertidos à parte obreira.

3. CONCLUSÃO

Acordam os Magistrados da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na Sessão Ordinária realizada no dia 27 de fevereiro de 2018, às 13 horas e 30 minutos, sob a Presidência do Exmo. Desembargador Gerson Fernando da Sylveira Novais, com a participação do Exmo. Desembargador José Carlos Rizk, do Exmo. Desembargador Cláudio Armando

Couce de Menezes, e presente o representante do Ministério Público do Trabalho, Dr. Levi Scatolin, por unanimidade, conceder ao autor os benefícios da justiça gratuita, conhecer do recurso, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença por cerceio do direito de defesa e, no mérito, negar provimento ao apelo.

Cláudio Armando Couce de Menezes

Desembargador Relator

Enunciados Aprovados no XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — Conamat (2018)

Enunciados aprovados no XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — Conamat (2018), de 1º a 4 de maio de 2018, em Belo Horizonte/MG

COMISSÃO 1: Perspectivas para a Justiça do Trabalho: autonomia, efetividade, justiça social

1. INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO SÃO BASES DA DEMOCRACIA

Magistradas e magistrados do trabalho reafirmam a liberdade de expressão. Não há afronta à LOMAN na manifestação de pensamento. Independência judicial e liberdade de expressão são bases da democracia.

2. COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Cumpra à Anamatra trabalhar para ampliação de atribuições da justiça do trabalho, de modo a integrar competência criminal que afete relações de trabalho e processos judiciais trabalhistas.

3. CEJUSC. LIMITES DE APROVAÇÃO

Cejuscs. Avocação de processos. Ofensa ao princípio do juiz natural. São inválidas normas regulamentares que trazem a possibilidade de determinação de remessa de processos aos Cejuscs, sem anuência do magistrado responsável pela condução dos processos nas unidades judiciárias, por ofensa ao princípio do juiz natural. Cejuscs. Realização de audiências iniciais. Impossibilidade. As audiências iniciais

nos processos trabalhistas devem ser realizadas nas unidades judiciárias às quais distribuídos os feitos, não podendo ser realizadas pelos centros judiciários de métodos consensuais de solução de disputas — Cejuscs.

4. RESOLUÇÃO N. 219 DO CNJ — APLICABILIDADE PLENA NA JUSTIÇA DO TRABALHO – PREVALÊNCIA SOBRE A RESOLUÇÃO N. 63 DO CSJT

A Resolução n. 219 do CNJ é plenamente aplicável à justiça do trabalho e se sobrepõe à Resolução n. 63 do CSJT, naquilo em que forem conflitantes.

5. CUMPRIMENTO DA RESOLUÇÃO N. 219 DO CNJ, CRITÉRIO PREFERENCIAL EM FAVOR DAS UNIDADES JUDICIÁRIAS DE PRIMEIRO GRAU

No cumprimento da Resolução n. 219 do CNJ, na redistribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança, os Tribunais Regionais do Trabalho deverão atentar para a preferência das unidades judiciárias de primeiro grau sobre unidades de apoio ao primeiro grau, como Cejusc e Nupemec, sob pena de frustração à política nacional de atenção prioritária ao primeiro grau de jurisdição, instituída pela Resolução n. 214 do CNJ, de 26 de maio de 2014.

6. DIVULGAÇÃO DAS DESPESAS DOS TRIBUNAIS DE FORMA CLARA, TRANSPARENTE, OBJETIVA E EM FERRAMENTA DE FÁCIL UTILIZAÇÃO COMO PRESSUPOSTO PARA O EFETIVO FUNCIONAMENTO DO COMITÊ DE PRIORIZAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU

Transparência e eficiência. Vetores constitucionais. Necessidade de conhecimento de dados para formulação de propostas e colaboração para o integral cumprimento da Resolução n. 219 do CNJ. Divulgação do quantitativo de cargos em comissão e funções comissionadas nos 1º e 2º grau de jurisdição e respectivos valores em ferramenta de fácil utilização, sob pena de ficar prejudicada a atuação do comitê de priorização do 1º grau e a colaboração de associações e dos próprios integrantes do judiciário. Aplicação dos princípios constitucionais da eficiência, transparência e moralidade. Necessidade de acesso à informação para apuração da conformidade com os arts. 11, 12, § 1º, art. 14 e art. 15 da Resolução n. 219 do CNJ. Implementação e divulgação por todos os tribunais da tabela de lotação de pessoal, com informação das despesas totais.

7. GOVERNANÇA PARTICIPATIVA: NECESSIDADE DE DISCUSSÃO PRÉVIA, IGUALITÁRIA E DEMOCRÁTICA PARA ESTABELECIMENTO DE METAS

Governança participativa. Discussão prévia e democrática das metas pelo corpo organizacional de magistrados e servidores. Para imprimir caráter mais democrático à fixação das metas de produtividade deve ser observado: 1) adoção da governança participativa pelo CNJ e CSJT, que devem ouvir previamente, de forma democrática, os TRTs e todo seu corpo organizacional (magistrados do trabalho e servidores); 2) cada TRT deverá criar comissões permanentes, com representação democrática de magistrados do trabalho e servidores, para apresentação de propostas prévias para as metas de produtividade, mediante fóruns ou outras formas que

garantam a ampla participação de seu corpo organizacional; 3) os encontros anuais do poder judiciário deverão permitir a participação mais democrática de magistrados.

8. A COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR NAS AÇÕES VINCULADAS A TRABALHO RURAL SAZONAL: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DA REGRA COMPETENCIAL DO INCISO I DO ART. 101 DO CDC

Em caso de trabalho rural de cunho sazonal e prestado por trabalhador que se desloca, por sua própria conta e sem intermediação de mão de obra, para locais abrangidos por jurisdição de mais de um tribunal regional, é competente o juízo laboral onde o contrato foi realizado ou, por faculdade do trabalhador e em razão da sua incapacidade econômica e social, o do local do seu domicílio, à luz do disposto no inciso I do art. 101 do CDC, aplicado subsidiariamente. Afasta-se, assim, a aplicação do *caput* do art. 651 da CLT por estar, na presente hipótese, em colisão com princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal (arts. 1º, III e IV; 3º, I e III; 5º, XXXV, IV e IXXIV).

COMISSÃO 2: Magistratura, previdência e prerrogativas

1. PLANO PARA ENFRENTAMENTO, REDUÇÃO E ERRADICAÇÃO DO ADOECIMENTO DO MAGISTRADO TRABALHISTA: NECESSIDADE DE ESTUDOS PARA MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE ORGANIZAÇÃO E TRABALHO DOS MAGISTRADOS VOLTADOS PARA GARANTIA DE SUA SAÚDE E DIGNIDADE

Meio ambiente do trabalho. Dignidade da pessoa humana do juiz do trabalho. Novas formas de organização do trabalho. Mecanismos de adequação. Saúde física e psíquica dos magistrados do trabalho. Diante da incidência

cada vez maior de adoecimento físico e psíquico dos magistrados trabalhistas, relacionado às suas atividades judicantes e decorrente da forma de organização do trabalho, a Anamatra, em conjunto com as associações regionais, elaborará estudo e apresentará plano ou ação visando a sensibilização do CNJ, CSJT, TST e TRTs, para que implementem medidas de curto, médio e longo prazo para enfrentamento, redução e erradicação do adoecimento dos magistrados do trabalho.

2. IMPLEMENTAÇÃO IMEDIATA DA RESOLUÇÃO N. 240/2016 DO CNJ

A Resolução n. 240/2016/CNJ, que normatiza a política de gestão de pessoas do judiciário, introduziu um novo marco conceitual e normativo de princípios, diretrizes e práticas de gestão e organização do trabalho de juízes e servidores, baseada na cooperação, participação e valorização do trabalho real e do ambiente laboral, o que afetará profundamente a cultura organizacional e os processos do trabalho judiciário. Essa mudança paradigmática impõe a requalificação de gestores e o realinhamento das normativas existentes ao novo marco regulatório. Ante a inércia do CNJ em implementá-la, a Anamatra e as Amatras designarão grupos de trabalho para promover a plena implementação da norma pelos tribunais, inclusive dos comitês de gestão de pessoas, requalificação dos gestores e realinhamento das políticas e práticas de gestão.

3. REPRESENTATIVIDADE DAS ASSOCIAÇÕES DE JUÍZES: CONFLITO DE INTERESSES

Legitimidade e representatividade das associações de magistrados para substituição e representação processual judicial e administrativa e para representação política da magistratura do trabalho. Conflito de interesses. É livre o direito constitucional de associação, não cabendo qualquer restrição, de ordem alguma, para a livre criação, o livre ingresso e a livre filiação e desfiliação

a entidades que não pertençam ao sistema federativo. Para a representação geral e abstrata dos interesses dos magistrados do trabalho, porém, junto aos poderes constituídos e nas esferas política e judicial, a primazia da legitimidade e da participação deve ser reservada à entidade mais representativa, à maneira do que se dá, “*mutatis mutandis*”, nos países com plena liberdade sindical.

4. INSERÇÃO DOS PENSIONISTAS NO QUADRO ASSOCIATIVO DA ANAMATRA

A viabilização da filiação de pensionistas à Anamatra prestigia o objetivo estatutário de solidariedade entre os associados, ensejando a/o permanência/restabelecimento da integração dos dependentes à vida associativa e, especialmente, a defesa da repercussão de direitos assegurados aos falecidos. As obrigações e os direitos dos pensionistas serão fixados mediante alterações estatutárias a serem submetidas à age convocada para esse fim.

5. RESTRIÇÃO AO DIREITO À GECJ EM RAZÃO DE ATRASO NO PRAZO DA PROLAÇÃO DE SENTENÇAS

GECJ — Gratificação por Exercício Cumulativo da Jurisdição. Resolução n. 155, art. 7º, VI, do CSJT, que prevê vedação de pagamento ao juiz com sentença em atraso. Inobservância do art. 93 da Constituição Federal. Inconstitucionalidade do dispositivo. Incidência do princípio da reserva legal.

6. GRATIFICAÇÃO POR EXERCÍCIO CUMULATIVO DE JURISDIÇÃO – CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DO ACERVO PROCESSUAL NA RESOLUÇÃO N. 155 DO CSJT

Alteração da Resolução CSJT n. 155. Necessidade de que sejam computados os processos em fase de execução e as cartas precatórias para a adequada quantificação do

acervo processual que reflete no fato gerador do pagamento da Gratificação por Exercício Cumulativo de Jurisdição no âmbito da Justiça do Trabalho. Necessidade, ainda, de fixação do número para caracterização do acervo em 1000 (um mil) processos, tendo em vista a natureza das causas sob análise na justiça do trabalho, nas quais preponderam as cumulações objetivas e subjetivas.

7. REPRESENTATIVIDADE DOS APOSENTADOS NAS ENTIDADES DE CLASSE DA MAGISTRATURA DO TRABALHO

Representatividade dos aposentados nas entidades de classe da magistratura. Como instrumento para aumentar a participação dos aposentados na vida associativa, as entidades de classe da magistratura do trabalho devem viabilizar a maior participação dos aposentados nos cargos diretivos.

8. LIMITES DE ATUAÇÃO CORREICIONAL NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

A previsão do art. 13, parágrafo único, do regimento interno da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, ou qualquer outro normativo similar, ao possibilitar a invasão, para fins de revisão, de decisão judicial, viola os princípios constitucionais do juiz natural, da independência judicial e do devido processo legal, além da reserva de competência privativa da união. Tal possibilidade não encontra guarida, ainda, em nenhum dispositivo de lei. A função correicional não possui poder jurisdicional, mas sim eminentemente administrativo. A irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias no processo do trabalho, a previsão “*numerus clausus*” dos recursos cabíveis e a sistemática do CPC impossibilitam revisão de ato jurisdicional pela via da correição parcial.

9. EFETIVA PARTICIPAÇÃO DOS APOSENTADOS EM CURSOS

OFERECIDOS PELAS ESCOLAS JUDICIAIS

Efetiva participação dos aposentados em cursos oferecidos pelas escolas judiciais. Valorização desse segmento da magistratura. Necessidade de fixação de critérios objetivos para a inclusão nos cursos, salvo quando no exercício da advocacia. Destinação de cota específica de vagas, para além de outras não ocupadas por magistrados no exercício das funções. Prioridade para os que atuam na docência da própria escola, bem como no trabalho voluntário, desenvolvido em atividades jurisdicionais e na promoção do judiciário, aproximando-o da sociedade.

10. APOSENTADORIA DOS MAGISTRADOS

O direito à aposentadoria com proventos integrais e paritários é inerente à magistratura e às suas garantias. Os magistrados têm a sua vitaliciedade e a sua irredutibilidade de vencimentos assegurados na constituição da república como garantias de cada indivíduo e de toda a sociedade a um julgamento justo por um juiz imparcial e sem receio quanto ao seu futuro. Por esse motivo é inconstitucional e nula de pleno direito a previsão de transferência dos magistrados a qualquer regime previdenciário que estabeleça pagamento diferenciado entre juízes da ativa e aposentados. É ônus constitucional do estado o pagamento dos proventos integrais e paritários de aposentadoria dos juízes.

11. INAMOVIBILIDADE DO JUIZ SUBSTITUTO FIXO

I – A garantia de inamovibilidade prevista no art. 95, II, da CF/88, é prerrogativa que se estende ao juiz do trabalho substituto, designado para atuar como juiz auxiliar em vara do trabalho. A remoção do juiz auxiliar de vara do trabalho, por ato unilateral da administração, inclusive para atuar como

juiz auxiliar compartilhado, somente pode ocorrer: a) com o consentimento do magistrado; ou b) por exigência do serviço público. II – inamovibilidade do juiz substituto não se sujeita à discricionariedade do juiz titular. Dessa forma, não é possível a remoção do juiz substituto a pedido do juiz titular. A existência de força de trabalho é necessária para garantir a duração razoável do processo, com preocupação ao atendimento do jurisdicionado.

12. CONDIÇÕES DE TRABALHO EQUITATIVAS DE JUÍZES SUBSTITUTOS E TITULARES

A administração dos Tribunais Regionais do Trabalho deve proporcionar aos juizes do trabalho substitutos, com lotação fixa em vara do trabalho, condições de trabalho idênticas aos juizes titulares, incluindo espaço físico dos gabinetes e salas de audiências, a indicação e vinculação de seus próprios assistentes diretos, de ser o único responsável pela orientação técnica dos seus trabalhos e o quantitativo de trabalho realizado, de forma que o trabalho seja dividido de maneira objetiva e equitativa entre os juizes lotados na respectiva unidade jurisdicional.

13. MAGISTRADOS ITINERANTES OU DA RESERVA TÉCNICA. ISONOMIA

Todos os magistrados possuem os mesmos direitos e prerrogativas. Necessidade de assegurar aos juizes itinerantes ou da reserva técnica assistentes a eles diretamente vinculados; designação para idêntica média de pautas dos colegas fixos das respectivas varas de atuação; bem como indicação das unidades de atuação com antecedência mínima de 72 horas, salvo motivo de força maior, principalmente quando envolver viagens, a fim de possibilitar manutenção de rotina, convívio familiar e social e preservação da saúde.

14. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. VIOLAÇÃO. FIXAÇÃO DE INTERSTÍCIO

MÍNIMO PARA REALIZAÇÃO DE PAUTAS DE AUDIÊNCIAS

A fixação, pela administração, de interstício mínimo para a realização de pautas de audiências cria para o magistrado obrigação não amparada na LOMAN e viola a independência funcional do juiz.

15. AJUDA DE CUSTO PARA REMOÇÃO DE MAGISTRADOS. SIMETRIA COM MP

Ajuda de custo para remoção de magistrados. Simetria com o MP. Valor equivalente a até três remunerações, conforme número de dependentes. A ajuda de custo para remoção de magistrados deve ser paga em até três cotas equivalentes à remuneração do(a) magistrado(a), conforme número de dependentes que possui. Aplicação da orientação de simetria entre as carreiras da magistratura e do ministério público, nos termos da LC n. 75/1993 e da Lei n. 8.625/1993. Qualquer alteração na lei n. 8.112/1990 não prejudica a magistratura.

16. PREVENÇÃO E EMERGÊNCIA CONTRA INCÊNDIO, GUARDA SEGURA E GERENCIAMENTO DE RISCOS DE SINISTROS NO JUDICIÁRIO TRABALHISTA

Necessidade de instituir um programa nacional de prevenção e emergência contra incêndios, guarda segura e gerenciamento de riscos de sinistros no judiciário trabalhista. Unificação de bases de prevenção em todas as unidades do poder judiciário trabalhista.

17. REDUÇÃO DO PERÍODO DE FÉRIAS PREVISTO NO ART. 66 DA LC N. 35/79

As férias constituem direito fundamental e universal, devendo ser observada a finalidade social do instituto em relação aos seus destinatários. Partindo de tais premissas e do previsto nos incisos XII e XIII do art. 93 da CRFB/88, tem-se que sua aplicação aos magistrados deve considerar as peculiaridades da função,

de natureza ininterrupta, e o alto grau de responsabilidade.

18. CRIAÇÃO DE COMISSÃO DA ANAMATRA PARA ACOMPANHAMENTO E ESTUDO SOBRE A MULHER MAGISTRADA E SUA INSERÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA

A Anamatra deve criar comissão de igualdade de gênero no Sistema de Justiça, em sintonia com as demais associações nacionais de magistrados e com a ambiência social propícia ao tema.

19. ANAMATRA. REFILIAÇÃO

Anamatra. Refiliação. Na hipótese de desligamento espontâneo do associado dos quadros da Anamatra, a refiliação à associação somente será deferida mediante o pagamento das mensalidades do período do seu afastamento até o limite de 12 (doze) contribuições mensais associativas. Também poderá votar e ser votado, e receber assistência jurídica, após transcorrer o prazo de 180 dias da data da formalização do pedido de refiliação. A presente proposta deverá ser encaminhada pela Anamatra para aprovação em assembleia para alteração do estatuto, a ser convocada unicamente para esse fim e assunto.

COMISSÃO 3: Reforma trabalhista: Constituição, tratados internacionais e Direito do Trabalho

1. REFORMA TRABALHISTA. HERMENÊUTICA. SUBSISTÊNCIA DO CARÁTER TUITIVO DO DIREITO DO TRABALHO

Hermenêutica trabalhista. O princípio da proteção deve ser compreendido como fundamento para a aplicação de uma regra jurídica, sob pena de não ser reconhecida como norma jurídica trabalhista. Subsistência do caráter tuitivo do direito do trabalho.

2. HERMENÊUTICA APLICÁVEL À LEI N. 13.467/17

A hermenêutica da Lei n. 13.467/17 deve observar a interpretação sistemática e finalística, conforme a constituição. Trata-se de dever do juiz, com respaldo no art. 2º do código de ética da magistratura/CNJ, bem como nos arts. 1º, 8º e 139 do Código de processo civil, além do art. 5º da lei de introdução às normas de direito brasileiro e arts. 8º, *caput*, e 769 da CLT.

3. REFORMA TRABALHISTA: CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E INOBSERVÂNCIA DE NORMAS INTERNACIONAIS

Reforma trabalhista. Lei n. 13.467/2017. Incompatibilidade vertical com as convenções da OIT. Ausência de consulta tripartite. Ofensa às convenções ns. 122, 144 e 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. Ausência de consulta prévia às organizações de trabalhadores. Controle de convencionalidade na reforma trabalhista. Possibilidade. Natureza jurídica das normas internacionais do trabalho. Supralegalidade. Ainda que não se reconheça a inconvenção de toda a reforma trabalhista, há de se fazer pontualmente o controle de convencionalidade dos dispositivos por ela alterados. O Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter supralegal das convenções internacionais, devendo as leis ordinárias estar em consonância com a normatividade internacional, mormente no que se refere aos direitos humanos.

4. REFORMA TRABALHISTA E INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

Os juízes do trabalho devem cumprir e fazer cumprir a constituição e as leis, o que inclui necessariamente o controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade das

leis, bem como o uso de todos os métodos de interpretação disponíveis. Nessa medida: (a) será inconstitucional qualquer norma que colime afastar 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; (b) será autoritária e antirrepublicana toda ação política, midiática, administrativa ou correicional que pretender imputar ao juiz do trabalho o “dever” de interpretar a Lei n. 13.467/2017 de modo exclusivamente literal/gramatical.

5. PARÂMETROS PARA A SOLUÇÃO DE ANTINOMIAS

Os direitos e garantias fundamentais como patamar mínimo entre o negociado e o legislado. Impossibilidade de violação de direitos fundamentais. Regras de interpretação. Subsunção do negociado (individual ou coletivo) ao princípio da primazia da realidade.

6. OS JUÍZES DEVEM TER INDEPENDÊNCIA PARA INTERPRETAR E APLICAR O DIREITO

A Lei n. 13.467/17 não é uma lei superior às demais. Não faz letra morta da constituição federal e dos tratados internacionais relativos aos direitos humanos e aos direitos sociais, nem se sobrepõe aos princípios, conceitos e institutos jurídicos do direito do trabalho. Não tem o poder de aniquilar a independência dos juízes, de modo a impedir que cumpram o seu dever de aplicar o direito, interpretando as leis, em sua totalidade, segundo as regras da hermenêutica, os princípios, conceitos e institutos jurídicos, e as normas constitucionais e internacionais, cumprindo-lhes, se for o caso, declarar as inconstitucionalidades ou inconveniências da lei. A independência dos juízes é uma garantia da cidadania contra o autoritarismo e o abuso dos poderes políticos.

7. INAPLICABILIDADE DA REFORMA TRABALHISTA AOS CONTRATOS EM CURSO

Incidência da nova legislação nos contratos firmados antes da entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017. Norma legal que reduza ou suprima direitos assegurados no sistema legal deverá, necessariamente, como regra geral, ser examinada de forma restritiva quando na hipótese de sua aplicação a um caso concreto. O art. 2º da MP n. 808/2017, ao prescrever que “aplicam-se aos contratos de trabalho vigentes, na integralidade, os dispositivos da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017”, violou o princípio da irretroatividade da lei (cf, art. 5º, XXXVI), corolário dos princípios da segurança jurídica e da confiança, pois há retroatividade (mínima) quando a lei nova atinge efeitos dos atos jurídicos que lhe sejam anteriores, mas produzidos após a data em que ela entra em vigor, afetando, na essência da relação contratual, a própria causa geradora.

8. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

O § 2º do art. 8º da CLT é inconstitucional por ferir de forma direta o princípio da separação dos poderes, na medida em que objetiva restringir função típica do poder judiciário.

9. INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima não impede que a questão de ordem pública prevaleça sobre o negociado.

10. PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO. DIREITOS INDISPONÍVEIS. NORMAS DE SAÚDE, SEGURANÇA E HIGIENE NO TRABALHO

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). O exercício da autonomia privada coletiva, mesmo com a expansão prevista no art. 611-A/CLT, está limitado às questões concernentes aos interesses coletivos e individuais das categorias representadas, não sendo válida cláusula que precarize direitos sociais decorrentes de matérias constitucionalmente estabelecidas como de política de estado, por serem de ordem publica e de interesse social.

11. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 611-B, DA CLT

Controle de constitucionalidade e de convencionalidade do parágrafo único, do art. 611-B, da CLT. Busca da proteção do trabalho como elemento de emancipação social e fonte de dignidade. Defesa da proteção à saúde do trabalhador. Regras sobre duração do trabalho e intervalos são consideradas normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, nos termos dos arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 7º, *caput*, XIII, XIV e XXII, 170, 196, 200, VIII e 225, *caput*, da constituição federal, arts. 3º, “e”, 4º e 5º, da convenção n. 155 da OIT.

12. INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 611-B DA CLT

Saúde e segurança no trabalho. Negociado sobre o legislado: inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 611-B da CLT. Revela-se inconstitucional esse dispositivo da lei da reforma trabalhista que permite a flexibilização da jornada de trabalho e do intervalo intrajornada, por ofensa expressa

à constituição federal, que assegura a todos os trabalhadores um ambiente laboral sadio, com jornada máxima e intervalos mínimos necessários, que permita o descanso e sua recuperação física, com a observância da redução dos riscos inerentes ao trabalho, conforme estabelecido no art. 7º, inciso XXII, visando concretizar a constituição, que tem como fundamentos da república a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, como estabelecido no art. 1º, incisos III e IV, da carta magna.

13. INSALUBRIDADE NORMA COLETIVA

O grau de insalubridade fixado em norma coletiva (art. 611-A da CLT) não poderá ser inferior aos patamares legais (art. 611-B, XVIII da CLT), nem obstar a aferição do grau de insalubridade em perícia determinada pelo juiz, de acordo com a nr 15 (art. 611-B, XVII, da CLT).

14. NORMAS COLETIVAS. VEDAÇÃO DA ULTRATIVIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE

A regra do § 3º do art. 614 da CLT, com a redação da Lei n. 13.467/2017, Na parte em que pretende vedar a ultratividade por revogação das normas coletivas, é inconstitucional, por violar o § 2º do art. 114 da CF, que garante o respeito às disposições mínimas convencionadas anteriormente de proteção ao trabalho, e o *caput* do art. 7º da CF, que consagra no âmbito trabalhista o princípio da vedação do retrocesso social.

15. APLICAÇÃO DA REFORMA TRABALHISTA AOS CONTRATOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO CELEBRADOS ANTES DE 11.11.2017. CADUCIDADE DA MP N. 808

Com a caducidade da Medida Provisória n. 808/2017, Diante da perda de eficácia do art. 2º da MP, os preceitos jurídico-materiais da reforma trabalhista aplicam-se apenas aos

contratos individuais de trabalho celebrados a partir de 11.11.2017. Nesses contratos, ausente decreto legislativo a respeito, somente os atos jurídicos e materiais praticados durante a vigência da MP n. 808/2017, regidos que são por ela (CF, art. 62, § 11), Permanecem regulados pelas regras da Lei n. 13.467/2017.

16. RECONHECIMENTO DO ILÍCITO TRABALHISTA E INTOLERÂNCIA COM A PRÁTICA ILÍCITA

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 pela forma tentam aniquilar direitos.

17. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. NATUREZA JURÍDICA PARAFISCAL

É inconstitucional a exigência de autorização prévia e expressa dos empregados, trabalhadores avulsos, agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais, inserida nos arts. 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT pela Lei Ordinária n. 13.467/2017, porque altera o caráter tributário da contribuição sindical, em flagrante ofensa aos art. 8º, IV, 146, III da constituição federal e ao art. 149 do código tributário nacional, que se equipara a lei complementar.

18. CUSTEIO SINDICAL E AUTONOMIA COLETIVA

A fixação de contribuição, conforme tomada de decisão em assembleia geral dos membros da categoria, não se contrapõe ao princípio da liberdade de associação sindical consagrado pela Constituição Federal de 1988.

19. COMISSÕES DE EMPRESAS. FACULDADE DE CRIAÇÃO

É facultativa a criação de comissões de empresas – art. 510-A da CLT – e se destinará

à defesa efetiva dos interesses dos trabalhadores.

20. O ART. 457 DA CLT E AS GORJETAS. REDAÇÃO ATUAL

O art. 457 da CLT e as gorjetas. Insegurança jurídica decorrente da plêiade de alterações promovidas pelas Leis ns. 13.419/17, 13.467/17 e MP n. 808/17. Redação atual vigente com apenas quatro parágrafos. Revogação tácita e integral dos §§ 5º ao 11 do art. 457 da CLT pela novel redação do § 4º do art. 457 da CLT, que incluiu o acrônimo “nr” ao seu final e pela perda da eficácia da MP n. 808/17.

21. TELETRABALHO. CONTROLE DE JORNADA

Reforma trabalhista – art. 62, inciso III/CLT – controle efetivo da jornada. Nos casos em que for possível o acompanhamento ou controle indireto da jornada de trabalho pelo empregador, ainda que por meios informatizados ou telemáticos, o princípio do contrato realidade impõe a interpretação do dispositivo em epígrafe de acordo com o disposto no art. 7º, inciso XIII da CF/88, art. 7º, “d”, do PIDESE e do art. 7º, “g”, protocolo de San Salvador, garantindo ao trabalhador o direito às horas extras trabalhadas.

22. O TELETRABALHO E O ART. 62 DA CLT. DIREITO COMPARADO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Art. 62 da CLT. Inconstitucionalidade por mutação do art. 7º, XIII. Teletrabalho. Deturpação da fonte de direito comparado. I – o art. 62 da CLT é definitivamente inconstitucional, face à mutação causada pelas terceira e quarta fases da revolução tecnológica, que, arrastando os incisos I e II, universalizaram o trabalho “normal” e ampliaram o alcance do art. 7º, XIII, da Carta Republicana, caracterizando todas

as atividades laborais, sem exceção, como suscetíveis a controle de jornada. II – o inciso III do art. 62 da CLT desvirtua o escopo do código de trabalho português, fonte de direito comparado da qual se origina a disciplina brasileira do teletrabalho, gerando conflito com o *caput* e o parágrafo único do art. 6º da CLT, a ser dirimido à luz do princípio da norma mais favorável ao trabalhador.

23. TELETRABALHO. FISCALIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE LABORAL. OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR. LIMITES

Sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, a visita ao local de trabalho para fins de fiscalização do meio ambiente laboral, deverá se dar: (i) com a anuência e presença do empregado ou de alguém por ele indicado; (ii) a visita ao local de trabalho só deve ter por objeto o controle da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho; (iii) em horário comercial segundo os usos e costumes do local; (iv) com respeito aos direitos fundamentais – intimidade e vida privada – do empregado.

24. TELETRABALHO. ACIDENTE DE TRABALHO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE OCORRÊNCIA NO LOCAL ONDE O TRABALHO É EXERCIDO

O acidente ocorrido no local onde o teletrabalho é exercido durante a atividade profissional do teletrabalhador é presumido como acidente de trabalho (art. 8º da CLT c/c artigo 1.222-9 do código do trabalho francês).

25. TELETRABALHO

A interpretação do art. 75-D da CLT deve ser feita de forma sistêmica, sendo que o contrato escrito pode dispor sobre a forma de custeio dos equipamentos e da infraestrutura necessários ao labor pelo empregador,

bem como sobre a forma de reembolso das despesas eventualmente feitas pelo empregado, não sendo possível transferir ao empregado os custos do labor realizado em regime de teletrabalho, em atenção ao disposto no art. 2º, *caput*, da CLT.

26. TRABALHO INTERMITENTE. VIOLAÇÃO DA CONVENÇÃO N. 95 DA OIT SOBRE A PROTEÇÃO AO SALÁRIO. NULIDADE

Viola o art. 4º, “b”, da Convenção n. 95 da OIT sobre a proteção do salário (justo e razoável), a contratação por trabalho intermitente, quando não respeitado o salário mínimo vigente, o piso salarial profissional ou previsto em norma coletiva da categoria, sempre considerado o valor mensal, com o pagamento das férias, 13º salário e FGTS de forma proporcional. A estipulação de remuneração por hora, com violação ao salário mínimo e ao piso profissional ou salarial da categoria deve ser considerada nula, para que seja observado salário mínimo mensal, justo e razoável, como prevê a constituição (art. 7º, IV, V e VII) e a Convenção n. 95 da Organização Internacional do Trabalho.

27. O TRABALHO INTERMITENTE E A VIOLAÇÃO AO REGIME CONSTITUCIONAL DE EMPREGO

O contrato de trabalho intermitente, previsto pela Lei n. 13.467/2017, é inconstitucional por violar o regime de emprego, a dignidade humana, o compromisso com a profissionalização e o patamar mínimo de proteção devido às pessoas que necessitam viver do seu trabalho, ferindo, ainda, o direito de integração na empresa (art. 7º, I, da Constituição). A cidadania para o trabalho se expressa no direito à ocupação digna, que contemple condições mínimas de proteção jurídica, segurança e igualdade, além de previsibilidade e permanência do trabalhador no mercado. O contrato de trabalho

intermitente, pelas mesmas razões, viola o “protocolo de san salvador”, que possui status de supralegalidade e é representativo do compromisso internacional com uma política interna consistente com o regime de emprego e com as condições concretas que possibilitam o incremento da condição social e profissional dos trabalhadores.

28. O TRABALHO INTERMITENTE E AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

Observado o seu caráter excepcional, é essencial a formalização do regime de trabalho intermitente, contemplando-se, inclusive, os períodos de prestação de serviços, a quantidade mínima de horas ou a estimativa de serviços a executar, sendo inviável a cobrança de multas do trabalhador. O trabalho intermitente é incompatível com o atendimento de demanda permanente, contínua ou regular ou para substituir posto de trabalho efetivo e não serve para se adotar a escala móvel e variável de jornada.

29. HORAS DE PERCURSO. SUBSISTÊNCIA

Horas de percurso. Subsistência. A mudança na redação do § 2º, do art. 58 da CLT não eliminou o direito à remuneração das horas de percurso. Permanência da interpretação da Súmula n. 90 do TST, caso o transporte seja fornecido pelo empregador e estando o local de trabalho situado em local de difícil acesso ou se não houver transporte público regular.

30. BANCO DE HORAS INDIVIDUAL. INCONSTITUCIONALIDADE

É inconstitucional o disposto no art. 59, § 5º e § 6º da CLT (nova redação), haja vista que a constituição federal de 1988, no art. 7º, XIII, exige que a compensação de jornada seja por acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho.

31. TRABALHADOR TERCEIRIZADO — ISONOMIA SALARIAL

Trabalhadores terceirizados e diretamente contratados. Isonomia salarial (art. 7º, XXXIV da Constituição). Interpretação conforme a Constituição do art. 2º da Lei n. 13.467/2017, que altera o art. 4º-C da Lei n. 6.019/1974, facultando às empresas prestadoras e tomadoras decidirem sobre essa garantia constitucional, no contexto da imposição de nivelamento de outras obrigações previstas na própria lei. Matéria de ordem pública que deve ser pronunciada de ofício pelos juízes.

32. TERCEIRIZAÇÃO NA REFORMA TRABALHISTA: INCONSTITUCIONALIDADE E INTERPRETAÇÃO CONFORME

Em interpretação conforme à constituição, é ilícita a terceirização da atividade permanente da empresa, excetuada a hipótese do trabalho temporário. A teor do art. 5º-A da Lei n. 6.019/1974, a terceirização de atividade-meio torna-se igualmente ilícita quando: (a) a prestadora de serviços não exerce atividade empresária típica (p. ex., “laranjas”); (b) a prestadora de serviços não é sociedade empresária ou não pode exercer atividade empresária típica (p. ex., associações civis e cooperativas em geral); e (c) a prestadora de serviços não detém idoneidade econômica para suportar os encargos trabalhistas e previdenciários ordinários decorrentes da atividade contratada. Em todos esses casos, tomadora e prestadora responderão solidariamente pela reparação de ofensa ou violação a direitos laborais.

33. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º-A DA LEI N. 6.019/74 NA DISCIPLINA DA TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA

Reforma trabalhista. Terceirização irrestrita. Inconstitucionalidade. É inconstitucional o art. 4º-A da Lei n. 6.019/74, Na disciplina da terceirização irrestrita, por violar: o princípio da vedação ao retrocesso social,

pois se traduz em mera intermediação de mão de obra para redução de encargos e direitos trabalhistas; o princípio da isonomia, por permitir a desigualdade salarial entre terceirizados e empregados diretos no exercício da mesma função; o princípio geral de livre acesso democrático aos quadros da administração pública, ao possibilitar que terceirizados possam passar a exercer a função de servidores estatutários ou empregados públicos, além de estimular a rotatividade da mão de obra, em contradição com o sistema constitucional de regras de proteção ao emprego.

34. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Terceirização no serviço público. Inaplicabilidade. Necessidade de concurso público. A Lei n. 6.019/74, alterada pela Lei n. 13.467/2017, no que tange à prestação de serviços a terceiros, não se aplica à administração pública direta ou indireta, em razão do disposto no art. 37, *caput*, e incisos I e II da Constituição Federal.

35. TERCEIRIZAÇÃO: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Isonomia. Trabalhadores terceirizados. Proteção à saúde. Responsabilidade objetiva e solidária da contratante tomadora. Garantia que independe de localidade sob pena de tornar ineficaz o princípio constitucional da igualdade. Necessária aplicação do art. 225, § 3º da CF c/c art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 na interpretação sistemática do art. 4º-C da Lei 6.019/74, redação dada pelo art. 2º da Lei n. 13.467/17.

36. A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, COMO DONO DE OBRA, À LUZ DA LEI N. 8.666/93

Por regular a Lei n. 8.666/93 A contratação também de obras, além de serviços, pela administração pública direta e indireta,

conforme o seu art. 1º, e considerando o entendimento adotado no STF e TST quanto à responsabilidade subjetiva da administração pública, à luz da aludida legislação, conclui-se, por consequência, a possibilidade de se atribuir responsabilidade ao ente público, como dono de obra, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas das empreiteiras e subempreiteiras contratadas.

37. ASSISTÊNCIA NA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Assistência à homologação da rescisão do contrato de trabalho. A obrigatoriedade da assistência sindical na rescisão do contrato de trabalho, independentemente do tempo de serviço, e o seu consequente procedimento devem ser respeitados quando previstos em convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho, em razão da prevalência sobre as alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017, sob pena de haver retiradas de direitos trabalhistas e enfraquecimento da organização sindical laboral. Além disso, a assistência sindical na rescisão do contrato de trabalho deve observar o cumprimento de direitos e garantias previstos na legislação vigente, bem como nos instrumentos coletivos aplicáveis à respectiva categoria profissional.

38. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 477-A

O novo art. 477-A da CLT é materialmente inconstitucional, pois esvazia o conteúdo protetivo previsto no inciso I do art. 7º da Constituição Federal, na medida em que permite a equivalência entre as despedidas individuais e coletivas, estatuinto em ambas a permissão da denúncia contratual vazia. Viola ainda o princípio do devido processo legal, que vincula entidades estatais e particulares e, como direito laboral inespecífico, penetra na relação de emprego, impedindo a cessação contratual sem motivos socialmente justos.

39. ABRANGÊNCIA DA QUITAÇÃO DECORRENTE DE AJUSTE ENDOPROCESSUAL

Reforma trabalhista. Art. 855-B da CLT. Abrangência da quitação decorrente de ajuste endoprocessual. Efeitos restritos. A outorga da quitação irrestrita pelo extinto contrato de emprego não se aplica aos casos contidos no art. 855-B da CLT, devendo ser fixada quitação apenas em relação aos valores efetivamente pagos em conformidade com as parcelas descritas no termo de ajuste.

40. CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS DA QUITAÇÃO

Os direitos trabalhistas são irrenunciáveis e a quitação, por força de lei, deve indicar o valor e a espécie da dívida quitada. Quitam-se valores, não relações jurídicas. A cláusula de “quitação geral do contrato de trabalho” na conciliação trabalhista ou no âmbito de PDV é inválida. A quitação não é um instituto para vedação da eficácia do direito. Trata-se de efeito jurídico do efetivo pagamento, tal como a própria definição do art. 477 da CLT. Deve abranger, unicamente, as verbas pagas e devidamente discriminadas no ajuste, mesmo quando se trate de acordo homologado judicialmente.

41. AUTÔNOMO EXCLUSIVO. DESPROFISSIONALIZAÇÃO. IMPEDIMENTO À SINDICALIZAÇÃO E À NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VIOLAÇÃO DA CONVENÇÃO N. 98 DA OIT

A redação dada pela reforma trabalhista ao art. 442-B da CLT, com a criação do autônomo exclusivo, de forma contínua ou não, prioriza a pejetização e gera a desprofissionalização das categorias, o que viola indiretamente a Convenção n. 98 da OIT, art. 1º, II, “a”, porque subordina o trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou de deixar de fazer parte de um sindicato.

Nesse contexto, o art. 442-B da CLT deve ser interpretado no sentido da existência de contrato de trabalho, quando houver prestação de serviços de modo exclusivo ou não, com a ausência de autonomia e presença dos requisitos do contrato de trabalho (art. 9º, §§ 2º e 3º da CLT), afastando-se a pejetização para possibilitar que o empregado faça jus aos benefícios previstos para a categoria profissional à qual pertence, valorizando a sua sindicalização.

COMISSÃO 4: A. Reforma Trabalhista: acesso, garantias processuais e efetividade

1. INAPLICABILIDADE DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017, AOS PROCESSOS AJUIZADOS ANTES DA SUA VIGÊNCIA

São inaplicáveis as alterações da reforma trabalhista aos processos em curso antes da sua vigência, face ao princípio *tempus regit actum* e tendo em vista a irretroatividade da lei processual nova para alcançar atos praticados na vigência da lei anterior, adotando-se, para tanto, as regras existentes no momento da distribuição da ação, sobretudo quanto aos institutos que exercem influências diretas sobre o direito material, como a gratuidade da justiça, os requisitos da peça de ingresso e a sucumbência.

2. DIREITO INTERTEMPORAL. REGRAS DE SUCUMBÊNCIA

Direito intertemporal. Regras de sucumbência. São inaplicáveis aos processos em curso por ocasião do início de vigência da lei da “reforma trabalhista”, os novos dispositivos que preveem sucumbência quanto aos honorários advocatícios e, mesmo ao beneficiário da justiça gratuita, de exigibilidade de pagamento de honorários periciais na hipótese de sucumbência na pretensão que demandou a perícia.

3. INAPLICABILIDADE DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA AOS PROCESSOS EM CURSO

Honorários de sucumbência. Inaplicabilidade aos processos em curso (Lei n. 13.467/17). Princípio da vedação da decisão surpresa. Não se pode aplicar a teoria do isolamento dos atos processuais quanto à condenação em honorários de sucumbência no processo do trabalho.

4. INDICAÇÃO DE VALOR DO PEDIDO NA INICIAL NÃO É LIQUIDAÇÃO E NÃO LIMITA O VALOR DA CONDENAÇÃO

Indicação de valor do pedido na inicial não é liquidação e não limita o valor da condenação.

5. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Art. 611-A, § 5º, da CLT. Litisconsórcio necessário. Inaplicabilidade nas ações individuais, ainda que plúrimas. Princípio da razoável duração do processo.

6. DIREITO DO AUTOR À EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL

Sentença sem exame do mérito. Necessidade de oportunizar a emenda da petição inicial. A exordial que não atende os requisitos legais enseja oportunidade para emenda e não imediata sentença sem exame do mérito, sob pena de desrespeito ao direito autoral à integral análise da causa. Há omissão na clt, no particular, e não silêncio eloquente, pelo que aplicáveis no processo do trabalho as disposições regentes do assunto da legislação processual comum (interpretação do CPC, arts. 4º, 6º, 317, 319 e 321).

7. A CITAÇÃO POR EDITAL NO RITO SUMARÍSSIMO: UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL

O regramento consubstanciado no inciso II, do art. 852-B c/c o § 1º, do art. 840 da CLT, revela-se incompatível com o ordenamento constitucional pátrio, na medida em que

cerceia o direito de o trabalhador acessar a justiça do trabalho. De modo que, em conformidade com o princípio da acessibilidade ampla ao poder judiciário, reputa-se juridicamente possível e válida a citação editalícia no procedimento sumaríssimo. Inteligência do inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal.

8. A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO PROCESSO DO TRABALHO

Intensificação da tutela antecipada como instrumento do processo trabalhista. Observância da dignidade humana e da valorização social do trabalho. Duração razoável do processo. Dispositivos do CPC combinados com art. 765, CLT.

9. REVELIA

O § 5º do art. 844 da CLT não impede os efeitos da revelia.

10. DESISTÊNCIA DA AÇÃO

Art. 841, § 3º, da CLT. 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, após rejeitada a conciliação e efetuada a leitura da petição inicial. Ainda que a parte demandada remeta a contestação antes da fase processual prevista em lei, não há razão para a anuência enquanto não atingido tal momento processual. A defesa só é validamente “oferecida” quando alcançado o momento previsto em lei à prática do ato processual. Assim não fosse, não caberia aditamento oral à peça escrita enviada até a audiência em face da preclusão consumativa.

11. GRUPO ECONÔMICO E ÔNUS DA PROVA

A identidade de sócios, total ou parcial, as sociedades familiares ou, ainda, a identidade de endereço de empresas diversas

acarretam indício de existência de grupo econômico. Nestes casos, aplica-se o § 1º do art. 818 da CLT pois, pelo princípio da aptidão da prova, cabe ao reclamado o ônus de provar a inexistência dos requisitos estabelecidos no art. 2º, §§ 2º e 3º, da CLT (interesse integrado, efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta das empresas).

12. REFORMA TRABALHISTA: ACESSO, GARANTIAS PROCESSUAIS E EFETIVIDADE — 4.5 — OUTRAS NOVIDADES: AVANÇOS E RETROCESSOS

Atualização dos créditos trabalhistas. Inconstitucionalidade da TR. Aplicação do IPCA-E. É inconstitucional a expressão “será feita pela taxa referencial (TR)” do art. 879, § 7º da CLT (incluído pela Lei n. 13.467/2017), devendo ser utilizado o IPCA-E para atualização dos créditos decorrentes da condenação judicial.

13. CORREÇÃO MONETÁRIA. IPCA-E

O § 7º do art. 879, acrescentado pela Lei n. 13.467/2017 não veda a aplicação de outros índices de correção monetária quando determinados em sentença. A utilização da tr para fins de correção monetária é inadequada à recomposição da inflação. Observância ao princípio da reparação integral e do não enriquecimento ilícito na correção dos débitos trabalhistas.

14. UTILIZAÇÃO DE SEGURO-GARANTIA COMO DEPÓSITO RECURSAL. INVIABILIDADE

Utilização de seguro-garantia como depósito recursal. Inviabilidade. A substituição de depósito recursal em dinheiro por fiança bancária ou seguro-garantia judicial, tal como prevista no § 11 do art. 899 da CLT, com redação da Lei n. 13.467/2017, é inválida, em razão da sistemática aplicável a esse tipo de instrumento, limitada a determinado tempo de vigência e, portanto,

incompatível com o sistema recursal brasileiro, baseado na indeterminação do tempo.

15. LIQUIDAÇÃO. PROCEDIMENTO

A regra do art. 879, § 2º, da CLT não impede que haja prolação de sentença líquida.

16. EXECUÇÃO DE OFÍCIO

Não há como impedir a execução de ofício. A execução é fase essencial da atividade jurisdicional e, portanto, cumpre ao juiz promover todos os atos necessários para entregar a quem o tem, o direito judicialmente declarado.

17. INCONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE À EXECUÇÃO DE OFÍCIO NA REFORMA TRABALHISTA

Ao limitar a execução de ofício apenas à hipótese residual do *ius postulandi*, a Lei n. 13.467/2017 violou os princípios constitucionais de acesso à justiça, da eficiência e da duração razoável do processo, além de se mostrar em manifesta contrariedade com o art. 114, VIII da constituição federal, razão pela qual se extrai suficientemente sua inconstitucionalidade material.

18. RECONHECIMENTO DE VALOR INCONTROVERSO PELA EXECUTADA(O) NA FASE DE LIQUIDAÇÃO, EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO AOS CÁLCULOS, IMPORTA CONFISSÃO DE DÍVIDA E IMPÕE IMEDIATO BLOQUEIO DO VALOR RECONHECIDO, SEM GARANTIA

Reconhecimento de valor incontroverso pelo executado na fase de liquidação, em sede de impugnação aos cálculos, importa confissão de dívida e impõe imediato pagamento do valor reconhecido, sob pena de bloqueio.

19. RECONHECIMENTO DE VALOR INCONTROVERSO PELA(O) EXECUTADA(O) EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO, CLASSIFICADA COMO ENTIDADE

BENEFICENTE, IMPORTA EM CONFISSÃO DE DÍVIDA E IMPÕE IMEDIATO BLOQUEIO DO VALOR RECONHECIDO

Reconhecimento de valor incontroverso pelo executado classificado como entidade beneficente, em sede de embargos à execução, importa em confissão de dívida e impõe imediato pagamento, sob pena de bloqueio. Necessária a preservação do impulso oficial na condução da fase de execução, na busca da efetividade de suas decisões, em face da nova regra de não exigência da garantia da execução ou penhora de bens das entidades filantrópicas e beneficentes para apresentação de embargos à execução, em observância às disposições do § 6º do art. 884 da CLT.

20. LIBERAÇÃO DE DINHEIRO — POSSIBILIDADE

Liberação de dinheiro em execução provisória. Os arts. 520 e 521 do cpc são aplicáveis ao processo do trabalho.

21. LIBERAÇÃO IMEDIATA DO DEPÓSITO RECURSAL NO INADIMPLEMENTO DE RESCISÓRIAS

Nos casos em que há inadimplemento de verbas rescisórias, cujo caráter de subsistência imediata é inegável, legitimando a urgência do provimento, é possível a aplicação dos arts. 520 e 521 do CPC para liberar imediatamente o depósito recursal ao reclamante.

22. NÃO REPETIÇÃO DE VALORES LIBERADOS

O valor liberado ao exequente, por ocasião da execução provisória, mediante decisão fundamentada, tal como autoriza expressamente o ordenamento jurídico (arts. 520 e 521 do CPC) não pode ser repetido, conforme art. 1.707 do Código Civil.

23. RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO APENAS NA EXECUÇÃO DA SENTENÇA

A responsabilidade constitui matéria de execução, compreensão que é reforçada pela Lei n. 13.429/2017, portanto, não há mais como exigir a presença do tomador de serviços no polo passivo da demanda, na fase de conhecimento.

24. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 702 DA CLT

Jurisprudência dos tribunais do trabalho. Normas para aprovação de súmulas e enunciados. Art. 702, I, “f”, e §§ 3º e 4º, da CLT. Redação dada pela Lei n. 13.467/2017. Violação à autonomia dos tribunais. Inconstitucionalidade. É inconstitucional o art. 702, I, “f”, e seus §§ 3º e 4º, da CLT, pois está em confronto direto com os arts. 2º; 5º, II; 92; 96, I, “a”; e 99, da Constituição Federal, garantidores da autonomia e da independência do poder judiciário.

25. ARQUIVAMENTO. FIXAÇÃO DE CUSTAS E PAGAMENTO DE DESPESAS PROCESSUAIS COMO PRESSUPOSTO AO AJUIZAMENTO DE AÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA. VIOLAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE

São inconstitucionais os §§ 2º e 3º do art. 844 da CLT, acrescidos pela Lei n. 13.467/2017. As regras que determinam o pagamento de custas em processo arquivado ao trabalhador e que impedem ajuizamento de ação sem a prévia quitação de custas pelo beneficiário da justiça gratuita encerram texto manifestamente inconstitucional, colidindo com o art. 5º, XXXV, LIV e LXXIV, da Constituição Federal de 1988. Solução interpretativa: declaração incidental de inconstitucionalidade.

26. REFORMA TRABALHISTA. CUSTAS DE ARQUIVAMENTO. ALCANCE DA REGRA

Reforma trabalhista. Custas de arquivamento. Alcance da regra. Independentemente da discussão acerca de sua inconstitucionalidade, o novo § 2º do art. 844 da CLT passou a condicionar a condenação em custas, antes universal nos casos de arquivamento, à inexistência de motivo legalmente justificável. Assim, só haverá condenação em custas de arquivamento se o reclamante não convencer o juiz da existência de razão para o seu não comparecimento. Porém, mesmo rechaçada a justificativa da ausência à audiência, o reclamante considerado pobre, por força da garantia constitucional da gratuidade judiciária integral (CF, art. 5º, LXXIV), continuará dispensado de recolhê-las.

27. GRATUIDADE DE JUSTIÇA — CRITÉRIOS PARA COMPROVAÇÃO

A pessoa natural que receba salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do valor máximo dos benefícios do regime geral da previdência social automaticamente é beneficiária da justiça gratuita, independentemente de declaração de hipossuficiência ou de qualquer outra prova.

28. REQUISITOS DA JUSTIÇA GRATUITA

Na hipótese de a parte receber salário superior a 40% do limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social, a gratuidade da justiça deve ser concedida se, juntada declaração de insuficiência de recursos, assinada pela parte ou por advogado com poderes específicos para tanto, não existirem, nos autos, nem forem produzidas pela parte contrária, provas capazes de elidir a presunção de veracidade da referida declaração (art. 790, §§ 3º e 4º da CLT; arts. 99, § 3º e 374, IV, do CPC; art. 1º da Lei n. 7.115/83).

29. JUSTIÇA GRATUITA

Justiça gratuita. Autor desempregado. Presunção de insuficiência de recursos. Desnecessidade de comprovação por outros meios. Estando desempregado o autor da demanda trabalhista, presume-se a insuficiência econômica, independentemente do último salário percebido ou de qualquer outra prova documental, bastando a mera declaração do interessado para a concessão da benesse (art. 99, § 3º, CPC/15). Direito constitucional que deve ser assegurado a todos que se encontrem em situação de desemprego.

30. A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA DEVE SER INTEGRAL, VISANDO CONFERIR EFETIVIDADE À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

A assistência judiciária gratuita no processo do trabalho deve ser integral, visando a conferir efetividade à garantia constitucional do acesso à justiça.

31. JUSTIÇA GRATUITA E HONORÁRIOS PERICIAIS

Honorários periciais. *Onus probandi* e monetário. Antecipação de honorários. Alegando o trabalhador, beneficiário da justiça gratuita ou não, acidente do trabalho, doença ocupacional ou exercício de atividade perigosa ou insalubre, como tais enquadradas na lei? E nas NRs da Portaria n. 3.214/1978, do MTE, situação de fato provada pelos meios convencionais, que estabelece a presunção legal *juris tantum*, cabe ao reclamado provar o fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor, conforme art. 818 da CLT, incumbindo-lhe promover a prova pericial, antecipando parte dos honorários periciais para custeio das despesas iniciais.

32. O § 3º DO ART. 790-B NÃO IMPEDE A FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PRÉVIOS,

O fato de o perito judicial exigir a antecipação de honorários para realização da perícia não ofende o § 3º do art. 790-B da CLT, devendo, na ausência do pagamento do valor fixado pelo juiz, o processo ser julgado em conformidade com a regra de distribuição do ônus da prova, partindo de presunção em favor do reclamante. Isso porque pertence ao empregador a responsabilidade pelos riscos criados no ambiente de trabalho, sendo direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (inciso XXII, do art. 7º da CF)

33. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. TRABALHADOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. REGULAMENTAÇÃO CONCORRENCIAL NO PROCESSO COMUM E NO PROCESSO DO TRABALHO. APLICAÇÃO DA NORMA MAIS APTA À TUTELA DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES

I – A existência de regulamentação concorrente no processo comum e no processo do trabalho, associada à impenhorabilidade dos direitos trabalhistas (CPC, art. 833, IV) e à inviabilidade de compensação em relação a crédito não penhorável (CC, art. 373, III), importa a aplicação da norma mais apta para a tutela dos direitos dos trabalhadores. II – Afasta-se a incidência do § 3º do art. 791-A da CLT em favor da aplicação do art. 98, § 3º, do CPC, em decorrência da aplicação subsidiária, justificada pela configuração de lacuna axiológica (CLT, art. 769), O que obsta a compensação, desconto ou dedução dos honorários advocatícios

sucumbenciais dos créditos obtidos pelo trabalhador em juízo.

34. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HONORÁRIOS PERICIAIS. CRÉDITOS TRABALHISTAS

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).

35. HONORÁRIOS PERICIAIS. ARTS. 790-B, § 4º, DA CLT. JUSTIÇA GRATUITA

O fato de o trabalhador ter percebido crédito trabalhista em ação judicial não elide, por si só, a situação de miserabilidade jurídica de beneficiário da justiça gratuita, sendo inconstitucional a previsão do art. 790-B, § 4º, da CLT de compensação de crédito trabalhista para pagamento dos honorários periciais. Os créditos trabalhistas reconhecidos em juízo são de natureza alimentar superprivilegiada e marcados pela intangibilidade (arts. 100, § 1º, e 7º, X, da CF; 83, I, da Lei n. 11.101/2005; 186 do CTN e 833, IV, do CPC). A regra viola o princípio da isonomia, o direito fundamental de amplo acesso à jurisdição e à garantia fundamental de gratuidade judiciária (arts. 5º, *caput*, XXXV, LXXIV, CF e art. 8º, 1, do pacto de São José da Costa Rica), impondo à parte juridicamente pobre condição financeira para litigar.

Índice Geral

Doutrina

O teletrabalho e o direito à desconexão: uma análise sob a perspectiva do cabimento de dano extrapatrimonial do trabalhador à luz da Lei n. 13.467 de 2017. 1. Introdução. 2. Teletrabalho e o direito à desconexão: limites e desafios para a configuração do dano existencial. 2.1. O teletrabalho e o direito a desconexão: antecedentes à Lei n. 13.467, de 2017. 2.2. A possibilidade de ocorrência do dano existencial ao trabalhador pela violação ao direito à desconexão. 2.2.1. O ônus probatório acerca do dano existencial. 3. A (não) caracterização do dano existencial pela violação do direito à desconexão e perspectiva de enfrentamento. 3.1. Alterações introduzidas pela Lei n. 13.467, de 2017. 3.2. Análise sobre o tema após a entrada em vigor da Lei n. 13.467, de 2017, sob o ângulo de enquadramento como dano extrapatrimonial. 4. Considerações finais. 5. Referências 17

A flexibilização autônoma na reforma trabalhista perante a Constituição Federal. 1. Introdução. 2. Fontes formais autônomas. 2.1. Convenção Coletiva de trabalho. 2.2. Acordo Coletivo de trabalho. 2.3. Acordo Individual de Trabalho. 3. Flexibilização trabalhista. 4. Proteção Constitucional e flexibilização autônoma na Lei n. 13.467/2017. 5. Considerações finais. 6. Referências 39

Reforma trabalhista: novos rumos do sistema de custeio sindical brasileiro. 1. Introdução. 2. Formação da organização sindical brasileira. 3. Sistema sindical brasileiro: estrutura legal e custeio. 4. Alteração dos arts. 545 a 602 da CLT pela Lei n. 13.467/2017. 5. Da autonomia da vontade coletiva e fixação de contribuição pela categoria. 6. Análise final. 7. Referências..... 47

A terceirização e a reforma trabalhista no Brasil: uma análise crítica da possibilidade de terceirização das atividades-fim.

1. Introdução. 2. A terceirização em seu conceito tradicional. 3. A terceirização e a reforma trabalhista. 4. A discussão acerca da possibilidade de terceirização das atividades-fim. 5. Retrocesso social, mecanismos jurídico-retificadores e trabalho decente. 6. Considerações finais. 7. Referências 68

A (in)aplicabilidade do novo art. 840, § 1º, da CLT, nas ações coletivas. 1. Introdução. 2. Ações coletivas: as figuras atuantes e a substituição processual. 3. A apressada reforma trabalhista e suas consequências. 4. A reforma trabalhista e seus impactos nas ações coletivas. 5. Certeza, determinação e valor dos pedidos: nem sempre é possível. 6. Conclusão. 7. Referências 93

As comissões de empresa como instrumento de clivagem do sindicalismo clássico da função de representação da classe trabalhadora. 1. Introdução. 2. Comissão de empresa x sindicatos: posturas distintas na defesa dos direitos da classe trabalhadora. 3. Amplitude e cabimento das comissões de empresa. 4. Candidatura à comissão de representantes e processo eleitoral. 5. Prerrogativas dos integrantes da comissão de representantes. 6. Atribuições da comissão de representantes. 7. Conclusões. 8. Referências..... 94

Gripe espanhola no longo inverno brasileiro: lições das reformas de um mercado de trabalho ultraflexível (o triunfo da análise puramente econômica no direito do trabalho). 1. Introdução. 2. Redemocratização, Pactos de Moncloa e adesão à União Europeia: as origens do novo modelo ultraflexível de relações de trabalho espanhol. 3. Crise econômica de 2008 e a nova configuração do sistema de relações de trabalho espanhol:

lições das reformas de um mercado de trabalho ultraflexível. 4. Considerações finais. 5. Referências.....	103
Ameaça à liberdade sindical sob a perspectiva da reforma trabalhista: uma análise do fim da contribuição sindical obrigatória. Introdução. 2. As fases do direito sindical brasileiro. 3. Direito fundamental à liberdade sindical. 4. O fim do imposto sindical obrigatório, a reforma apocalíptica. 5. Considerações finais. 6. Referências.....	121
Contribuição sindical compulsória e o princípio da liberdade sindical individual: uma análise da Lei n. 13.467/17. 1. Introdução. 2. O sindicalismo no Brasil. 3. A liberdade sindical brasileira e a Convenção n. 87 da OIT. 4. Contribuição sindical compulsória na óptica da Lei n. 13.467/17. 4.1. Posicionamento do STF em face da ADI n. 5.794. 5. Conclusão. 6. Referências	131
O Poder Judiciário e o desmanche do movimento sindical: elementos para a resistência. 1. Introdução. 2. “Reforma”: o ataque ao movimento sindical. 3. Perspectivas para o movimento sindical. 4. O Poder Judiciário Trabalhista e o futuro do movimento sindical. 5. Conclusão. 6. Referências	144
A dispensa coletiva na dogmática trabalhista brasileira pós-reforma e na OIT. 1. Introdução. 2. A “dispensa coletiva” na jurisprudência e dogmática trabalhista clássica. 3. Breve análise do art. 477-A da CLT: uma interpretação possível desde a teoria jurídico-trabalhista à dispensa coletiva. 4. Conclusão. 5. Referências.....	155
Jurisprudência	
Acórdão	
Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região	175
Enunciados aprovados no XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — Conamat Conamat (2018)...	195