

**REVISTA**  
**TRABALHISTA**  
**Direito e Processo**



REVISTA  
TRABALHISTA  
Direito e Processo

*A*  
ANAMATRA



---

Revista trabalhista : direito e processo. — Ano 1, 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).

---

© 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](http://www.ltr.com.br)

---

LTr 6228.0

Agosto, 2019



**PRESIDENTE ANAMATRA**

**NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO**

**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. Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), no biênio 2017/2019.

**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 2017/2019.

### 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 – IBDSJ; Instituto Latinoamericano 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
<b>Doutrina</b>	
Contribuição sindical e a reforma trabalhista: fim da compulsoriedade e autorização coletiva para recolhimento <i>Fabricio Santos Müzel de Moura</i> .....	17
Inconstitucionalidade e inconveniência do trabalho da gestante e lactante em ambiente insalubre: onde estavam os legitimados? <i>Miriam Olivia Knopik Ferraz e Ariê Scherreier Ferneda</i> .....	30
Honorários de sucumbência e direito intemporal: por uma interpretação que considere a lógica do razoável <i>José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva</i> .....	46
Teoria dos sistemas e negociação coletiva após a reforma trabalhista: a possibilidade de prevalência do código econômico em face dos direitos sociais dos trabalhadores <i>Lincoln Simões Fontenele</i> .....	64
A execução trabalhista e a Lei n. 13.467/2017: o desafio da efetividade processual <i>Luiza Catarina Sobreira de Souza</i> .....	74
O vínculo empregatício no mundo tecnológico e o conflito de interesses que o circunda: a busca por uma solução a partir de análise do “caso UBER” <i>Marcelo Gouvêa Almeida Martins</i> .....	94
Da constitucionalidade da extinção do caráter compulsório da contribuição sindical <i>Maria Priscila Soares Berro e Rafaela Gonçalves Alves</i> .....	110
O procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho <i>Ricardo Jorge Medeiros Tenório</i> .....	129
A limitação ao poder de sumular do Tribunal Superior do Trabalho <i>Isabela Murta de Ávila e Ricardo José Leite de Sousa</i> .....	141
Violação dos direitos humanos das mulheres e reforma trabalhista <i>Thamiris Evaristo Molitor</i> .....	151

Errata .....	162
Honorários sucumbenciais, responsabilidade por danos e custas processuais em ação rescisória: uma visão contemporânea à luz da Lei n. 13.467/2017 <i>Márcia Regina Lobato</i> .....	174
Las leyes de Reforma Laboral en México y en Brasil y los efectos de la precarización del trabajo: un estudio comparado <i>Fernanda Barcellos Mathiasi</i> .....	187
A reforma trabalhista e o trabalho da mulher <i>Paula Cantelli</i> .....	202
Trabalho intermitente: fleximodernização ou precarização do trabalho? <i>Carlos Alberto Oliveira Rodrigues</i> .....	217
A reforma trabalhista e seus impactos sobre o instituto da gratuidade de justiça <i>Jaqueline Alves da Silva</i> .....	233
A arbitralidade nos conflitos individuais do trabalho <i>Nívea Maria Santos Souto Maior</i> .....	243
Ciência da jurisprudência <i>Vitor Salino de Moura Eça</i> .....	259
Entidade filantrópica e Reforma Trabalhista: contribuições críticas <i>Leonardo Emrich Sá Rodrigues da Costa</i> .....	268
Sistema pericial trabalhista: distorções e alternativa <i>Marcos Antônio Alvarez</i> .....	280
Autonomia da vontade e as relações trabalhistas no Brasil após a vigência da Lei n. 13.467/2017 — Reforma Trabalhista <i>Daniela Pinheiro Gomes Pessoa</i> .....	300
<b>Jurisprudência</b>	
<b>Sentença</b>	
Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região .....	315
Índice Geral.....	323

# 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,

Esta, para nós, é uma edição especial. Com ela, finalizamos uma série completa de estudos envolvendo a Reforma Trabalhista.

Neste ciclo de debates em torno desta temática, passamos por edições em que o texto-base, enquanto em tramitação no Congresso Nacional, foi objeto de estudo; posteriormente, discutimos as principais alterações trazidas pela Lei n. 13.467/2017, após a sua promulgação e entrada em vigor; tivemos, ainda, uma publicação específica sobre o Direito Coletivo e as repercussões das principais mudanças na esfera sindical; e, agora, encerramos esta série, refletindo sobre os efetivos impactos jurídicos nesse seu primeiro ano de vigência, tanto no aspecto doutrinário, quanto no plano jurisprudencial.

Assim, é com imenso prazer que convidamos você, nosso caro leitor, a refletir sobre temas como a contribuição sindical, honorários advocatícios sucumbenciais e sua aplicação, o problema relacionado aos honorários periciais médicos frente à impossibilidade de solicitar adiantamento, a autonomia da vontade nas relações de emprego, o trabalho intermitente, a situação complexa da gestante e lactante, além dos contornos da justiça gratuita.

No âmbito da construção jurisprudencial, o estudo sobre a limitação à elaboração de Súmulas pelo TST, além da ciência da jurisprudência. Encontramos ainda um interessante estudo sobre o direito comparado, envolvendo Brasil e México.

Por fim, temas como o vínculo tecnológico, a precarização das relações laborais, o incidente de descon sideração da personalidade jurídica e negociação coletiva fazem parte desta rica edição de nossa Revista.

Com essa riqueza de temas, acreditamos ter chegado ao nosso principal objetivo, o de fomentar um profundo e valoroso debate sobre todas as alterações decorrentes da Reforma Trabalhista.

A você, caro leitor, desejamos, como sempre, uma excelente leitura.

Agosto/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](http://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

---



# Contribuição sindical e a reforma trabalhista: fim da compulsoriedade e autorização coletiva para recolhimento

Fabricio Santos Müzel de Moura<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ Antes da Lei n. 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, todo empregado contribuía, obrigatoriamente, uma vez ao ano, com o sindicato de sua categoria, em valor correspondente a um dia de trabalho. Com a entrada em vigor da referida lei, o recolhimento da contribuição sindical passou a ser condicionado à autorização prévia e expressa do empregado. A lei não veda, contudo, que tal manifestação ocorra por intermédio de deliberação coletiva da categoria. No presente trabalho, estuda-se a viabilidade da concessão da autorização prévia e expressa ao desconto da contribuição sindical de forma coletiva.

## Palavras-chave:

- ▶ Contribuição sindical — Reforma trabalhista — Autorização coletiva.

## Abstract:

- ▶ Before Law 13,467/2017, known as labor law reform, every employee contributed, once a year, to the union of his professional category, in an amount corresponding to a day's wage. Since this law, the payment of the union contribution became conditional upon prior and express permission of the employee. The law does not prohibit, however, that prior and express authorization occurs through collective deliberation of the professional category. In the present study, the feasibility of granting the prior and express permission to the discount of the union contribution in a collective way is studied.

## Key-words:

- ▶ Union contribution — Labor law reform — Collective permission.

---

(\*) Especialista em Direito Coletivo do Trabalho pelo Instituto Euvaldo Lodi (2018). Graduado pela Universidade Federal do Paraná (2011). Atualmente ocupa o cargo de advogado na Companhia de Habitação do Paraná – COHAPAR.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Breve histórico legislativo
- ▶ 3. Autorização do desconto mediante assembleia convocada conforme estatuto da entidade sindical
- ▶ 4. Entendimento jurisprudencial do TST e STF
  - ▶ 4.1. Entendimento jurisprudencial anterior à Lei n. 13.467/2017
  - ▶ 4.2. Julgamento da ADI n. 5.794 pelo STF e fixação de contribuição em assembleia sindical homologada pelo TST. Entendimentos jurisprudenciais posteriores à vigência da Lei n. 13.467/2017
- ▶ 5. Direito comparado, recomendações da OIT e cotejo com a Lei n. 13.467/2017
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências

### 1. Introdução

No ano de 2017, a Consolidação das Leis do Trabalho sofreu a mais profunda alteração legislativa desde a sua criação. Por intermédio da Lei n. 13.467/2017, mais de cem artigos da CLT foram modificados, sendo uma das mais significativas a retirada da compulsoriedade da contribuição sindical decorrente da mudança dos arts. 545, 578, 579, 582, 583, 587, 602 da CLT.

Anteriormente obrigatória, a contribuição sindical passou a ter o seu recolhimento condicionado à autorização prévia e expressa dos empregados e, no caso da contribuição sindical devida pelos empregadores, ao exercício de tal opção pelo empresário no mês de janeiro de cada ano.

Ao mesmo tempo em que a Lei n. 13.467/2017 conferiu grande responsabilidade e importância aos sindicatos, dando prevalência aos instrumentos negociais coletivos sobre o texto de lei<sup>(1)</sup>, alterou sensivelmente a principal fonte de custeio das entidades sindicais.

---

(1) A Lei n. 13.467/2017 inseriu o art. 611-A cujo *caput* tem a seguinte redação: “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (...)”. Em virtude da expressão “entre outros”, denota-se um rol aberto de possibilidades de negociação coletiva desde que não haja vedação legal ou contrariedade à Constituição Federal.

Em um primeiro momento, de forma breve, o presente artigo busca comparar a redação da CLT anterior e posterior à Lei n. 13.467/2017 no que tange aos dispositivos relacionados à contribuição sindical. Posteriormente, examina-se uma das alternativas escolhidas pelas entidades sindicais para contornar a sensível alteração em sua principal fonte de custeio: a realização de assembleias para obter a autorização prévia e expressa de forma coletiva.

Passa-se, então, à análise do entendimento doutrinário sobre o tema e posicionamento da jurisprudência no período anterior e posterior à vigência da Lei n. 13.467/2017. Estudam-se, ainda, os posicionamentos exarados pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) e decisões proferidas pelo Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a matéria.

### 2. Breve histórico legislativo

A Constituição Federal, 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”.

Antes da vigência da Lei n. 13.467/2017, o art. 545 da CLT dispunha que os empregadores eram obrigados a descontar na folha de pagamento de seus empregados, desde que devidamente autorizados, as contribuições devidas ao Sindicato, quando por este notificados, exceto quanto à contribuição sindical, cujo desconto independia de tal formalidade. Por sua vez, o art. 579 determinava que a contribuição sindical era devida por todos aqueles que participassem de determinada categoria econômica ou profissional, ou de profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão.

Até então, um marcante elemento distintivo entre a contribuição sindical e as demais fontes de custeio do sistema sindical era a característica da compulsoriedade, pois o valor de um dia de trabalho poderia ser descontado mesmo daqueles empregados não filiados a entidades sindicais. Martins lecionava que a contribuição sindical se traduz em obrigação de prestação pecuniária de natureza compulsória, uma vez que o seu recolhimento não dependia do interesse do empregado ou empregador em contribuir com o sindicato<sup>(2)</sup>.

No mesmo sentido, Silva Martins ensinou que a contribuição sindical “(...) objetiva garantir a existência dos movimentos sindicais de trabalhadores e patronais, sendo, na dicção do art. 8º, inciso IV, a exata razão de sua exigência como perfil de natureza tributária”<sup>(3)</sup>.

No entanto, após a alteração legislativa ocorrida em 2017, os dispositivos legais da CLT

passaram a condicionar o desconto da contribuição sindical à autorização prévia e expressa dos que participarem de determinada categoria profissional, econômica ou profissão liberal. Ou seja, a compulsoriedade deixou de caracterizar a contribuição sindical, que também passou a depender da autorização dos trabalhadores envolvidos<sup>(4)</sup>.

Tendo em vista que as alterações na legislação trabalhista deram-se apenas por intermédio de lei ordinária, não seria possível extinguir a contribuição sindical prevista no inciso IV do art. 8º da Constituição Federal. Optou-se, portanto, em trocar a obrigatoriedade no recolhimento da contribuição sindical pela sua facultatividade nos arts. 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT.

No relatório emitido pelo Deputado Rogério Marinho, integrante da Comissão Especial instituída na Câmara dos Deputados para proferir parecer sobre o Projeto de Lei n. 6.787/2016, convertido na Lei n. 13.467/2017, a intenção foi clara no sentido de instituir a faculdade em recolher a contribuição sindical, de maneira que apenas o empregado sindicalizado efetuasse o seu pagamento quando outorgasse autorização prévia e expressa:

A existência de uma contribuição de natureza obrigatória explica, em muito, o número de sindicatos com registro ativo existentes no País. Até março de 2017, eram 11.326 sindicatos de trabalhadores e 5.186 sindicatos de empregadores, segundo dados obtidos no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais do

(4) 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. 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.

(2) MARTINS, Sérgio Pinto. *Contribuições Sindicais, direito comparado e internacional, contribuições assistencial, confederativa e sindical*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 44-45.

(3) MARTINS, Ives Gandra da Silva. In: *Revista TST*, Brasília, vol. 81, n. 2, abr./jun. 2015. p. 95. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95932/2015\\_martins\\_ives\\_contribuicao\\_sindical.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95932/2015_martins_ives_contribuicao_sindical.pdf?sequence=1)> Acesso em: 20 set. 2018.

Ministério do Trabalho. (...) Somente no ano de 2016, a arrecadação da contribuição sindical alcançou a cifra de R\$ 3,96 bilhões de reais.

Os sindicatos, sejam eles classistas ou patronais, não mais poderão ficar inertes, sem buscar resultados efetivos para as suas respectivas categorias, respaldados em uma fonte que não seca, que eles recebam independentemente de apresentarem quaisquer resultados. Aqueles que se sentirem efetivamente representados por seus sindicatos, trabalhadores ou empregadores, pagarão suas contribuições em face dos resultados apresentados. Os que não tiverem resultados a apresentar, aqueles que forem meros sindicatos de fachada, criados unicamente com o objetivo de arrecadar a contribuição obrigatória, esses estarão fadados ao esquecimento.

O ideal, a nosso ver, era que a contribuição sindical ficasse restrita aos trabalhadores e empregadores sindicalizados (...)<sup>(5)</sup>

Justificou-se a alteração legislativa sob o argumento de que traria fortalecimento para os sindicatos que representam, de fato, sua categoria. Segundo o relatório da comissão, o fim da compulsoriedade do recolhimento do tributo provocaria, naturalmente, o fim das entidades sindicais de fachada, criadas apenas para obter a receita de arrecadação da contribuição sindical.

No entanto, o dever das entidades sindicais de prestar assistência a toda a categoria permaneceu inalterado. Igualmente, os instrumentos de negociação coletiva continuaram surtindo efeitos para todos os empregados, sejam sindicalizados ou não, uma vez que restaram incólumes

os institutos da unicidade sindical (art. 8º, II da CF), representatividade compulsória (art. 8º, III, da CF) e contribuição sindical (art. 8º, IV, parte final, da CF).

A autorização prévia para recolhimento da contribuição sindical conferida pelos empregados de forma coletiva, por meio de assembleia, surge, portanto, como alternativa para a sobrevivência financeira, haja visto que se funda em dispositivos legais e constitucionais intocados pela reforma trabalhista.

### **3. Autorização do desconto mediante assembleia convocada conforme estatuto da entidade sindical**

Sendo os sindicatos entidades que representam uma coletividade de trabalhadores, conforme art. 8º, III da Constituição Federal<sup>(6)</sup>, natural que uma das soluções encontradas para obter a autorização de empregados tenha se dado por intermédio da realização de assembleias gerais na forma dos estatutos dos sindicatos.

A alínea “e” do art. 513 da CLT, dispositivo não modificado pela Lei n. 13.467/2017, consigna como prerrogativa dos sindicatos a imposição de contribuições a todos aqueles que compõem as categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas.

Se a nova redação dos dispositivos relacionados à contribuição sindical condicionou o seu recolhimento à autorização prévia dos empregados, defendeu-se a possibilidade de conferir tal autorização de forma coletiva, mediante deliberação realizada em assembleia geral do sindicato convocada para tal fim na forma de seu estatuto. Tal interpretação gerou intenso debate doutrinário conforme se passa expor adiante.

Em outubro de 2017, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho

(5) Fonte: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961)>, p. 28-29. Acesso em: 15 abr. 2018.

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

(ANAMATRA) divulgou 125 enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Dentre os enunciados, relevante para o tema sob análise o verbete de número 38:

### 38. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

I – É lícita a autorização coletiva prévia e expressa para o desconto das contribuições sindical e assistencial, mediante assembleia geral, nos termos do estatuto, se obtida mediante convocação de toda a categoria representada especificamente para esse fim, independentemente de associação e sindicalização.

II – A decisão da assembleia geral será obrigatória para toda a categoria, no caso das convenções coletivas, ou para todos os empregados das empresas signatárias do acordo coletivo de trabalho.

III – O poder de controle do empregador sobre o desconto da contribuição sindical é incompatível com o *caput* do art. 8º da Constituição Federal e com o art. 1º da Convenção n. 98 da OIT, por violar os princípios da liberdade e da autonomia sindical e da coibição aos atos antissindicais.<sup>(7)</sup>

Conforme entendimento da referida associação de magistrados, seria plenamente viável a autorização coletiva prévia e expressa, mediante deliberação em assembleia geral. O referido enunciado foi elaborado a partir das teses da Comissão Temática de n. 3, relacionadas à análise das mudanças da Lei n. 13.467/2017 no Direito Coletivo do Trabalho.

Dentre as teses que embasaram a redação do enunciado, merece destaque a colocação de Marcelise Miranda de Azevedo<sup>(8)</sup>. Salienta a jurista que a sistemática de condicionar o recolhimento da contribuição sindical à autorização prévia e expressa do empregado contribui para a prática de atos antissindicais em afronta ao princípio da liberdade sindical insculpido no art. 8º da Constituição Federal,

bem como a Convenção n. 98 da OIT. Assim, alertou-se que a identificação individual do empregado no momento em que autoriza o desconto da contribuição sindical facilitaria a prática de atos antissindicais por parte do empregador como, por exemplo, a perseguição daqueles empregados que, mesmo não sendo sindicalizados, optaram por contribuir para o sindicato de sua categoria quando a contribuição deixou de ser compulsória<sup>(9)</sup>.

Conforme entendimento da ANAMATRA, a facultatividade no recolhimento da contribuição sindical seria, portanto, incompatível com art. 8º da Constituição Federal e com a Convenção n. 98 da OIT, da qual o Brasil é signatário.

O Ministério do Trabalho e Emprego foi questionado sobre a matéria pela Federação Interestadual dos Trabalhadores Hoteleiros, e, em resposta, a Secretaria das Relações de Trabalho expediu a Nota Técnica n. 02/2018/GAB/SRT, acompanhando o entendimento da ANAMATRA e concluindo que, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, é possível firmar o entendimento de que a anuência prévia e expressa dos empregados pode ser consumada a partir da vontade da categoria estabelecida em assembleia geral<sup>(10)</sup>.

Já o Ministério Público do Trabalho, por intermédio da Nota Técnica n. 01 de 27.4.2018 da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical, exarou entendimento de que a autorização prévia e expressa sequer poderia se dar de forma individual, mas tão somente de forma coletiva. De acordo com a nota técnica, não seria constitucional, adequado ou razoável interpretar que a autorização prévia e expressa possa ser individual, pois historicamente a supervalorização do individualismo não contribui para a construção de

(7) Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 15 set. 2018.

(8) Disponível em: <[www.jornadanacional.com.br/teses/2331102017200457.docx](http://www.jornadanacional.com.br/teses/2331102017200457.docx)>. Acesso em: 15 set. 2018.

(9) Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/teses/2331102017200457.docx>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

(10) Nota Técnica n. 02/2018 da Secretaria de Relações do Trabalho do MTE. Disponível em: <<http://www.fnn.org.br/Noticias/582>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

uma sociedade livre, justa e solidária, um dos objetivos da República insculpidos no art. 3º da Carta Magna.

No entanto, o entendimento jurisprudencial consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho e reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal, antes da vigência da Lei n. 13.467/2017, era diverso, conforme se expõe adiante.

## **4. Entendimento jurisprudencial do TST e STF**

### **4.1. Entendimento jurisprudencial anterior à Lei n. 13.467/2017**

Conforme classificação de Brito Filho, as contribuições destinadas ao custeio das entidades sindicais seriam quatro: 1) contribuição social; 2) contribuição sindical; 3) contribuição confederativa e 4) contribuição assistencial<sup>(11)</sup>.

De acordo com a lição do doutrinador, a contribuição social, ou mensalidade sindical, corolário lógico do direito de associação ou de filiação, é cobrada periodicamente dos empregados sindicalizados. A contribuição sindical, é a que mencionamos no tópico anterior e, até então, a única de natureza compulsória, cobrada tanto de sindicalizados quanto de não sindicalizados. A contribuição confederativa é prevista no art. 8º, IV, da CF, que pode ou não ser instituída, a depender de decisão tomada pela assembleia geral do sindicato, razão pela qual seria exigível apenas dos associados. Por fim, a contribuição assistencial, também conhecida como desconto assistencial, taxa de fortalecimento sindical ou taxa sindical, normalmente é cobrada para o custeio de despesas de campanha das entidades sindicais após o estabelecimento de negociações coletivas.

Diante do arcabouço legal pretérito que conferiu a compulsoriedade apenas para o recolhimento da contribuição sindical, houve grande debate jurisprudencial acerca da possibilidade de instituição e cobrança das demais

contribuições sindicais para empregados não sindicalizados.

Anteriormente à vigência da Lei n. 13.467/2017, o posicionamento consolidado pelo TST era contrário ao desconto de contribuição fixada em assembleia da categoria ou em negociação coletiva para empregado não sindicalizado.

A Orientação Jurisprudencial n. 17 da Seção de Dissídios Coletivos (SDC) do TST consolidou entendimento de que as cláusulas coletivas que estabelecessem contribuição em favor de entidade sindical para empregados não sindicalizados seriam atentatórias ao direito de livre associação e livre sindicalização.

Em semelhante sentido, o Precedente Normativo n. 119 da SDC do TST considerou atentatório ao direito de livre associação e sindicalização o estabelecimento, por cláusula negociada coletiva, de contribuição em favor da entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoreamento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados.

O Sindicato dos Metalúrgicos de Curitiba questionou a constitucionalidade de tal entendimento, que foi, por sua vez, reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal no ARE n. 1.018.459, em março de 2017:

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. 2. Acordos e convenções coletivas de trabalho. Imposição de contribuições assistenciais compulsórias descontadas de empregados não filiados ao sindicato respectivo. Impossibilidade. Natureza não tributária da contribuição. Violação ao princípio da legalidade tributária. Precedentes. 3. Recurso extraordinário não provido. Reafirmação de jurisprudência da Corte. (ARE n. 1.018.459 RG, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 23.2.2017, Processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito DJe-046 Divulg 9.3.2017 Public 10.3.2017)

Após as alterações produzidas pela Lei n. 13.467/2017, diversas confederações sindicais ajuizaram ações diretas de inconstitucionalidade

(11) BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 128-133.

para impugnar os dispositivos legais modificados. No tópico a seguir mencionaremos o julgamento da ADI 5.494 pelo STF.

#### **4.2. Julgamento da ADI n. 5.794 pelo STF e fixação de contribuição em assembleia sindical homologada pelo TST. Entendimentos jurisprudenciais posteriores à vigência da Lei n. 13.467/2017**

O fim da compulsoriedade da contribuição sindical foi objeto da ADI n. 5.794, bem como de outras dezoito ações diretas de inconstitucionalidade, além de uma ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Tais demandas foram julgadas pelo STF nos dias 28 e 29 de junho de 2018.

A ADI n. 5.794, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos, (CONTTMAF), teve por objeto o art. 1º da Lei n. 13.467/2017 que conferiu nova redação aos arts. 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT.

A CONTTMAF arguiu a inconstitucionalidade das alterações legislativas por afronta aos arts. 146, II e III, 149 e 150, § 6º, da CF, defendendo a necessidade de lei complementar específica para promover alterações na regulamentação da contribuição sindical. Aduziu-se que Lei n. 13.467/2017 desrespeitou direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores e que o dever de prestar assistência sindical aos trabalhadores ficaria comprometido sem a principal fonte de custeio.

O ministro relator, Edson Fachin, pontuou em seu voto que o regime sindical estabelecido pela Constituição de 1988 sustenta-se por três pilares fundamentais: a unicidade sindical (art. 8º, II da CF), representatividade compulsória (art. 8º, III, da CF) e contribuição sindical (art. 8º, IV, parte final, da CF).

No entendimento do ministro relator, o custeio das entidades sindicais ficou a cargo da contribuição sindical, expressamente autorizada pelo art. 149 da CF, cuja natureza jurídica é

tributária. Por tal motivo, ponderou-se que a modificação desses pilares pode desestabilizar todo o sistema sindical:

Isso porque, ao manter-se, na sistemática constitucional vigente, a unicidade sindical e a obrigação de representação de toda a categoria, incluindo associados e não-associados, a inexistência de uma fonte de custeio obrigatória inviabiliza a atuação do próprio regime sindical. Nesse sentido, a abalizada doutrina de Valdyr Perrini:

Trocando em miúdos, das duas uma: ou se elimina de uma vez por todas a unicidade sindical e seus desdobramentos remanescentes mediante alteração constitucional que traslade o ordenamento jurídico para as bandas da pluralidade, elegendo como responsáveis pelo custeio da organização do sindicato exclusivamente aqueles que se beneficiam com sua atuação; ou se mantém o sindicato único com a excrecência representada pelo dever de representar e defender os direitos de associados e não associados, mantendo-se a única fonte de custeio existente para propiciar essa hercúlea tarefa sobre os ombros de todos os beneficiários, sob pena de fragilizar a organização sindical de forma incompatível com o delineado constitucionalmente e propiciar o enriquecimento sem causa dos não associados que paradoxalmente continuariam se beneficiando com a atuação do sindicato sem precisarem custeá-la. (PERRINI, Valdyr. A inconstitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória compulsória e o quadripé do peleguismo. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coords.). *Reforma trabalhista ponto a ponto*. São Paulo: LTr, 2017. p. 222)<sup>(12)</sup>.

(12) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADI5794.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2018.

Assim, o ministro Edson Fachin, acompanhado pelos ministros Dias Toffoli e Rosa Weber votaram pela inconstitucionalidade do fim da compulsoriedade da contribuição sindical.

No entanto, o entendimento prevalecente foi aquele contido no voto do ministro Luiz Fux, reafirmando o posicionamento anterior do STF de que não se pode admitir que a contribuição sindical seja imposta a trabalhadores e empregadores não sindicalizados, uma vez que a Constituição determina que ninguém é obrigado a se filiar ou a se manter filiado a uma entidade sindical.

O julgamento da ADI n. 5.794 sedimentou qualquer dúvida quanto à constitucionalidade do fim da compulsoriedade da contribuição sindical. A discussão levada ao STF não abrange, contudo, a possibilidade da concessão da autorização prévia ao desconto de forma coletiva, por meio de assembleia convocada nos termos do estatuto da entidade sindical.

Em 19 de dezembro de 2017<sup>(13)</sup>, o TST homologou Convenção Coletiva de Trabalho entre o Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias (SNEA) e a Federação dos Trabalhadores em Transportes Aéreos. Assim constou da cláusula 53<sup>a</sup> do instrumento:

#### 53 – CUSTEIO SINDICAL

O desconto da contribuição em favor dos sindicatos de trabalhadores, fixado pela assembleia geral da categoria e devidamente registrado em ata, será efetuado em folha de pagamento dos empregados, associados ou não aos Sindicatos, conforme valores e datas fixadas pela assembleia da categoria.

Parágrafo primeiro – A deliberação dos trabalhadores em assembleia será tida como fonte de anuência prévia e expressa dos empregados para efeito de desconto.

Nota-se que as entidades sindicais valeram-se da redação da alínea “e” do art. 513 da CLT para manutenção do custeio de suas atividades,

buscando a autorização prévia e expressa dos empregados em assembleia.

Entretanto, a Cláusula 53<sup>a</sup> garante o direito de oposição pelos aeroviários no prazo de dez dias, mediante formulário próprio a ser entregue na entidade sindical ou a um dirigente sindical. Ainda, ficou pactuado, como obrigação da entidade sindical profissional, o encaminhamento às empresas da categoria econômica da relação dos empregados que se opuseram ao desconto, sob pena de responsabilidade pelo desconto indevido. Dentro de tais lindes, o instrumento negocial coletivo foi referendado pelo Vice-Presidente do TST com a anuência do Subprocurador-Geral do Trabalho.

Em caso semelhante, o TST homologou termo aditivo ao acordo coletivo de trabalho celebrado entre o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias dos Estados do Maranhão, Pará e Tocantins (STEFEM) e a Vale S. A., prevendo o pagamento de quota negocial pelos empregados.

O acordo coletivo de trabalho originário, celebrado em 28 de novembro de 2017, havia garantido aumento salarial de 2,5% para os integrantes da categoria, sindicalizados ou não, vale alimentação de R\$ 717,50, adicional noturno de 65%, piso salarial de R\$1.542,99 dentre outros benefícios<sup>(14)</sup>. Posteriormente, em maio de 2018, as partes solicitaram mediação ao TST, para formalizar termo aditivo ao acordo coletivo de trabalho com a previsão de instituição de quota negocial autorizada previamente por assembleia da categoria com esteio na alínea “e” do art. 513 e arts. 611 e seguintes da CLT.

Foi estipulado que a empresa informaria os empregados não sindicalizados a respeito da cobrança para que pudessem exercer seu direito de oposição mediante entrega de carta ao sindicato. A empresa se comprometeu a não

(13) Autos de Pedido de Mediação Pré-processual n. 10000356-60.2017.5.00.0000.

(14) Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/24583821](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24583821)>. Acesso em: 20 set. 2017.

fomentar a entrega de cartas de oposição, ao passo que o sindicato se comprometeu a não constranger os empregados não sindicalizados quando da manifestação de seu direito à oposição. Ainda, o sindicato prometeu abster-se de cobrar judicialmente a contribuição prevista no art. 578 e seguintes da CLT bem como a ressarcir a empresa em caso de condenação judicial à devolução de desconto salarial indevido<sup>(15)</sup>.

Tais disposições negociais, bem como o entendimento jurisprudencial do TST favorável à homologação dos instrumentos coletivos de trabalho em comento, demonstram alternativa viável ao custeio das entidades sindicais diante do fim da compulsoriedade da contribuição sindical.

Em que pese a existência de posicionamento advogando que a impossibilidade de se cobrar contribuições sindicais instituídas por deliberação coletiva de empregados não sindicalizados seja a salvaguarda do direito de livre associação e livre sindicalização, tal assertiva é questionável quando o ordenamento jurídico autoriza a aplicação de cláusulas negociais coletivas, de forma *erga omnes*, para empregados sindicalizados ou não.

No caso acima mencionado, os empregados da Vale S.A., sindicalizados ou não, obtiveram majoração salarial, vale-alimentação, adicional noturno superior ao percentual legal, fixação de piso além e outros benefícios. Diante de tais conquistas negociais, entendeu o TST ser razoável a fixação de quota negocial garantido, ainda, o exercício do direito à oposição ao desconto.

No tópico a seguir pretende-se trazer a lume considerações doutrinárias, breve análise do direito comparado, bem como das recomendações do Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a matéria sob exame.

## 5. Direito comparado, recomendações da OIT e cotejo com a Lei n. 13.467/2017

Delgado afirma que a diretriz da jurisprudência majoritária outrora consolidada pelo TST e pelo STF não prestigiava os princípios da liberdade sindical e da autonomia dos sindicatos. Ao contrário do que se sustenta, para Delgado, o entendimento predominante aponta restrição incomum no contexto do sindicalismo dos países ocidentais com experiência democrática consolidada. Ainda, o doutrinador assevera que o posicionamento da jurisprudência não se amolda à lógica do sistema constitucional e à melhor interpretação dos princípios da liberdade e autonomia sindical na estrutura da Constituição Federal:

É que, pelo sistema constitucional trabalhista no Brasil, a negociação coletiva sindical favorece a todos os trabalhadores integrantes da correspondente base sindical, independentemente de serem (ou não) filiados ao respectivo sindicato profissional. Dessa maneira, torna-se proporcional, equânime e justo (além de manifestamente legal: texto expresso do art. 513, “e”, da CLT) que esses trabalhadores também contribuam para a dinâmica da negociação coletiva trabalhista, mediante a cota de solidariedade estabelecida no instrumento coletivo. Aliás, por isso mesmo a verba é apelidada também de cota de solidariedade.<sup>(16)</sup>

Ainda assim, Delgado reconhece que a Lei n. 13.467/2017 veio proibir, de modo expresso, a cobrança da contribuição sindical, ou de qualquer outra contribuição de caráter e destino sindical, sem a prévia e expressa anuência do trabalhador. O doutrinador entende que, não havendo estipulação de montante abusivo, não haveria por que se negar validade a instrumento de negociação coletiva que contemple

(15) Íntegra do termo aditivo ao acordo coletivo de trabalho disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/aditivo-tst.doc>>. Acesso em: 20 set. 2018.

(16) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Obra revista, atualizada conforme Lei n. 13.467/17 e MP n. 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 1.600.

a possibilidade de insurgência individual do trabalhador, de forma simples e acessível, em face da deliberação coletiva. Contudo, conclui que esta não é a tônica dos entendimentos da OJ n. 17 e Precedente Normativo n. 119 da SDC do TST e, muito menos, desde a Lei n. 13.467/2017, a *mens legis* do art. 611-B, XXVI, da CLT<sup>(17)</sup>.

Importante salientar que, inicialmente, até mesmo a OIT se mostrou contrária às contribuições sindicais impostas de forma compulsória por entender que afrontavam ao princípio da liberdade sindical. Nesse sentido, a decisão de n. 434 do Comitê de Liberdade Sindical da OIT de 1996:

434. As questões relativas ao financiamento das organizações sindicais e de empregadores, tanto no que diz respeito a seus próprios orçamentos como aos das federações e confederações, deveriam regular-se pelos estatutos dos sindicatos, das federações e confederações, razão pela qual a imposição de contribuições por meio da Constituição ou por via legal não é conforme os princípios da liberdade sindical.<sup>(18)</sup>

No entanto, segundo a escólio de Arouca, o posicionamento da OIT evoluiu para reconhecer a possibilidade de desconto nos salários, mesmo dos empregados não sindicalizados, quando toda a categoria se beneficiasse de instrumentos de negociação coletiva. Tal entendimento, segundo o autor, é compartilhado pela legislação de países como Argentina, Alemanha, Honduras, Colômbia, Equador, Panamá e Suíça. Arouca cita valiosa lição de Arnaldo Lopes Süsskind sobre o direito comparado:

---

(17) 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;

(18) OIT. *Liberdade Sindical*: Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. Brasília: Organização Internacional do Trabalho. 1. ed. 1997. Tradutor: Edmilson Alkmin Cunha. p. 98.

O que o Comitê (de Liberdade Sindical) vem admitindo, para reforçar as finanças do sindicato é a estipulação de uma quota de solidariedade, ou cânon de participação, na convenção coletiva por ele ajustada, como decorrência da aplicação *erga omnes*, de vantagens estabelecidas no instrumento negociado ou arbitrado, a ser pago exclusivamente pelos não associados. A cobrança dessa quota ou cânon vem-se generalizando. Argentina, Colômbia, Espanha, Grécia e Reino Unido já a adotaram, exigindo-a dos não associados beneficiados pela negociação ou arbitragem. Na Suíça e na Turquia as condições ajustadas ou arbitradas não se aplicam *erga omnes*, só beneficiando os não associados que pagarem essa quota correspondente ao sindicato. Segundo revelam publicações da OIT, outro sistema foi adotado na República Árabe da Síria, no Panamá e na Tanzânia, onde os trabalhadores não sindicalizados estão obrigados, independentemente da atuação do sindicato da respectiva categoria ou empresa, a pagar-lhe uma contribuição, se metade dos componentes do grupo representado pertencer ao seu quadro de associados.<sup>(19)</sup>

Mencionando ensinamento de José Pastore, Arouca revela, ainda, outros sistemas de custeio sindical como aqueles adotados na França, Bélgica, Espanha e Portugal.

Na França, onde se adotou o modelo belga, os sindicatos recebem financiamento estatal decorrente da participação das entidades sindicais nos serviços de emprego e desemprego do governo, subvenções do Ministério do Trabalho para programas de formação profissional bem como recursos de outros ministérios como os da saúde, educação e agricultura. Os sindicatos prestam serviços aos seus filiados, dão treinamentos, assistência jurídica e, até

---

(19) AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2006. p. 207-208.

mesmo, consultoria no âmbito tributário, principalmente quanto ao imposto de renda.

Na Espanha, semelhante modelo foi acolhido, em que os sindicatos recebem repasses governamentais por sua participação em órgãos tripartites. Em Portugal, os sindicatos participam de órgãos públicos, prestam serviços em comissões tripartites e recebem contrapartida financeira por sua atuação.

São inúmeros, portanto, os modelos alternativos de financiamento do sistema sindical adotados por outros países que permitem o desenvolvimento harmonioso das relações profissionais.

O ementário do Comitê de Liberdade Sindical da OIT contempla decisões quanto ao tema que alimentam de forma construtiva o debate sobre o atual modelo de custeio do sistema sindical criado pela Lei n. 13.467/2017:

474. Dever-se-ia evitar a proibição do desconto em folha das contribuições, que pudesse causar dificuldades financeiras para organizações sindicais, pois não propicia o desenvolvimento de harmoniosas relações profissionais.

480. Quando uma legislação aceita cláusulas de segurança sindical, como a dedução de contribuições sindicais de não filiados que se beneficiam da contratação coletiva, tais cláusulas só deveriam se tornar efetivas por meio das convenções coletivas.

481. A questão do desconto de contribuições sindicais pelos empregadores e seu repasse para os sindicatos deve ser resolvida pela negociação coletiva entre empregadores e sindicatos em geral, sem obstáculos de natureza legislativa.<sup>(20)</sup>

Quanto à decisão n. 474 acima transcrita, verifica-se a recomendação do Comitê de Liberdade Sindical na OIT no sentido de se evitar a proibição do desconto em folha de contribuições que seja capaz de causar dificuldades financeiras para organizações sindicais. De outra banda, a modificação abrupta conferida pela Lei n. 13.467/2017, com a retirada

(20) OIT. *Direito Coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais*: Volume II. Revisão técnica Sandro Lunard Nicoladeli e Tatyana Scheila Friederich. São Paulo: LTr, 2013. Título Original: La libertad sindical OIT. p. 124-125.

da compulsoriedade da contribuição sindical, afetou-se a principal fonte de custeio das entidades sindicais<sup>(21)</sup>.

Conforme decisão de n. 480 do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, se o ordenamento jurídico de um país permite o desconto de contribuições sindicais de empregados não filiados que se beneficiam de negociação coletiva, tais cláusulas apenas deveriam se tornar efetivas por meio de negociação coletiva. Seguindo a mesma linha de raciocínio, a decisão de n. 480 consigna o entendimento de que a questão do desconto das contribuições sindicais pelos empregadores e seu repasse aos sindicatos deve ser objeto de negociação coletiva, sem obstáculos de natureza legal.

Em sentido diametralmente oposto do entendimento da OIT, o art. 611-B, XXVI da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017, considera objeto ilícito de instrumentos de negociação coletiva a disposição que altere 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.

Muito embora a Lei n. 13.467/2017 tenha dado grande poder às entidades sindicais ao estabelecer, no art. 611-A da CLT, a prevalência da negociação coletiva sobre a legislação, inclusive para deliberar sobre o grau de insalubridade e prorrogação de jornada em ambientes insalubres, retirou a possibilidade de se deliberar, em negociação coletiva, sobre o custeio da

(21) Segundo ensinamento de José Cláudio Monteiro de Brito Filho, a contribuição sindical é a mais importante no Brasil, pois temos uma tendência de antipatia à contribuição social (ou mensalidade sindical) tanto por parte dos empregados quanto por parte das entidades Sindicais. Segundo o autor, no modelo de unicidade sindical, a única resistência que pode ser oferecida é interna. Logo, quanto mais sócios o sindicato tiver, maior a possibilidade de resistência e alternância de poder. Assim, a maioria dos sindicatos prefere distribuir o ônus de custear as entidades sindicais com os não associados ou "optar" que o custeio venha somente de não associados por intermédio da contribuição sindical. (BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 4. ed.. São Paulo: LTr, 2012. p. 129)

entidade sindical por parte de empregados não sindicalizados. Ainda assim, frise-se, o empregado não sindicalizado que opte por não contribuir com a entidade sindical será beneficiado pelos instrumentos de negociação coletiva firmados por sua categoria.

## 6. Considerações finais

Ao condicionar o recolhimento da contribuição sindical à autorização prévia e expressa do empregado, a Lei n. 13.467/2017 alterou significativamente a forma de recolhimento de uma das principais fontes de custeio das entidades sindicais. Os autores do projeto que deu origem à lei defenderam que a facultatividade no recolhimento da contribuição tiraria as entidades sindicais de uma espécie de zona de conforto, estimulando a sobrevivência financeira dos sindicatos que efetivamente engajados na defesa dos interesses da categoria.

Contudo, a nova legislação não esclareceu se a autorização prévia e expressa para o desconto da contribuição sindical poderia ocorrer de forma individual, coletiva ou apenas em uma de tais modalidades. A opção por realizar assembleias para deliberar sobre a autorização do desconto da contribuição sindical, conforme preconiza o art. 513 da CLT, provocou relevante debate sobre a legitimidade da via eleita e os alcances de tal deliberação com relação aos empregados não sindicalizados.

De um lado, o entendimento da ANAMATRA, MTE e MPT convergem para a possibilidade de concessão da autorização prévia e expressa mediante assembleia sindical convocada para tal finalidade específica na forma de seu estatuto. De outro, o posicionamento consolidado pelo TST e pelo STF, anteriormente à vigência da Lei n. 13.467/2017, considerava atentatório ao direito de livre associação e livre sindicalização o estabelecimento de cláusulas de negociação coletiva que instituísem a cobrança compulsória de contribuições para empregados não sindicalizados.

De todo modo, conforme crítica de Delgado, tal entendimento das Cortes Superiores

não se amolda à lógica do sistema constitucional e à melhor interpretação dos princípios da liberdade e autonomia sindical na estrutura da Constituição Federal. Acompanhando tal entendimento, as recentes decisões homologatórias de instrumentos de negociação coletiva proferidas pelo TST representam avanço da jurisprudência no sentido de privilegiar as decisões coletivas tomadas em assembleia pela categoria.

Em análise aos sistemas de custeio de entidades sindicais de outros países e, ao se debruçar sobre decisões proferidas pela OIT sobre a matéria, pode-se concluir que a autorização prévia e expressa outorgada de forma coletiva, com amparo no art. 513, “e”, da CLT, com garantia de direito à oposição, não seria atentatória aos princípios da liberdade sindical e liberdade de associação quando toda a categoria, sindicalizada ou não, é beneficiada pelos instrumentos de negociação coletiva e recebe assistência sindical.

As deliberações coletivas homologadas pelo TST acompanham, portanto, o entendimento da OIT sobre o tema, valorizando a coletividade beneficiada pelo instrumento negocial e contribuindo para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

## 7. Referências

BRASIL, República Federativa do. Consolidação das Leis do Trabalho. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º.5.1943*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2018.

AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2006.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. In: *Revista TST*, Brasília, vol. 81, n. 2, 2015. p. 95. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95932/2015\\_martins\\_ives\\_contribuicao\\_sindical.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95932/2015_martins_ives_contribuicao_sindical.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 20 set. 2018.

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

OIT. Liberdade Sindical: Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1. ed. 1997. Tradutor: Edmilson Alkmin Cunha.

\_\_\_\_\_. Direito Coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais: Volume II. Revisão técnica Sandro Lunard Nicoladeli e Tatyana Scheila Friederich – São Paulo: LTr, 2013. Título Original: La libertad sindical OIT.

# Inconstitucionalidade e inconvencionalidade do trabalho da gestante e lactante em ambiente insalubre: onde estavam os legitimados?

Miriam Olivia Knopik Ferraz<sup>(\*)</sup> e Ariê Scherreier Ferneda<sup>(\*\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O presente artigo busca analisar, ainda que de forma não exauriente, o controle de constitucionalidade e de convencionalidade frente ao art. 394-A e, de modo complementar, o art. 396 da CLT, introduzidos pela Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista. As novas disposições contidas na CLT permitem que a mulher gestante e lactante trabalhe em ambiente insalubre (grau médio e mínimo), salvo se justificar a necessidade de afastamento por meio de atestado médico. Assim, diante da violação de preceitos constitucionais, alguns já reconhecidos pelo STF, bem como os tratados, pactos e convenções ratificados pelo Brasil, referidas normas devem se submeter ao controle de convencionalidade e constitucionalidade. Ademais, analisou-se a atuação dos legitimados em favor da atual situação da gestante e lactante, a qual fora imposta por uma Reforma aprovada às pressas e sem o mínimo de diálogo social esperado. Nesse sentido, pretendeu-se evidenciar a importância de efetuar a revisão da referida norma com base na legislação anteriormente existente e ratificada, com o fim de preservar a dignidade humana em um momento tão peculiar para a vida da mulher e para o desenvolvimento de sua prole. Evidenciou-se o silêncio dos legitimados e o prelúdio das consequências dessa inatividade.

## Palavras-chave:

- ▶ Inconstitucionalidade — Inconvencionalidade — Insalubridade — Gestante — Lactante.

(\*) Doutoranda em Direito pela PUC/PR. Mestre e Graduada em Direito pela PUC/PR. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Editora Adjunta da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro do Núcleo de Estudos de Pesquisas em Tributação, Complexidade

e Desenvolvimento, do Núcleo de Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Socioeconômico. Membro da Comissão de Igualdade Racial e da Verdade da Escravidão Negra da OABPR. Advogada.

(\*\*) Graduada em Direito pela PUC/PR. Membro do Núcleo de Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Socioeconômico. Bolsista de Iniciação Científica – CNPq.

## Abstract:

- ▶ The present article seeks to analyze, albeit in a non-exhaustive way, the control of constitutionality and of conventionality in relation to art. 394-A and, in a complementary manner, art. 396 of CLT, introduced by Law n. 13,467/2017, known as Labor Reform. The new provisions contained in the CLT allow pregnant and lactating women to work in an unhealthy environment (medium and minimum grade), unless justified by the need to leave by medical certificate. Thereby, in the face of the violation of constitutional precepts, some already recognized by the STF, as well as the treaties, pacts and conventions ratified by Brazil, such standards must undergo to the conventionality and constitutionality control. In addition, we analyzed the actions of those legitimized in favor of the current situation of pregnant and lactating women, which had been imposed by a reform approved in haste and without the minimum of expected social dialogue. In this sense, it was intended to highlight the importance of reviewing the aforementioned norm based on legislation previously existing and ratified, in order to preserve human dignity at a time so peculiar to women's lives and the development of their offspring. The silence of the legitimates and the prelude to the consequences of this inactivity were evident.

## Key-words:

- ▶ Constitutionality — Conventionality — Unhealthiness — Pregnant — Lactating.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Panorama geral da Reforma Trabalhista: a inconstitucionalidade e a inconveniência da sujeição da mulher gestante e lactante a ambiente insalubre
- ▶ 3. As formas de atuação e o silêncio das instituições
  - ▶ 3.1. Controle de convencionalidade
  - ▶ 3.2. Controle de constitucionalidade
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências

## 1. Introdução

Por meio da Reforma Trabalhista, instituída pela Lei n. 13.467/2017, o Brasil passou por uma profunda e intensa alteração na legislação trabalhista, desde o advento da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, em 1943. Entretanto, a Reforma foi conduzida em direção contrária e regressiva aos ditames constitucionais,<sup>(1)</sup> fruto de uma tramitação precipitada perante as duas Casas Legislativas.

(1) 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. 40.

Realizou diversas alterações, inclusive algumas benéficas, dentre as mudanças consideradas excludentes e segregacionistas, citam-se as alterações nos artigos componentes do Título III da CLT, os quais dispõem sobre as normas especiais de tutela do trabalho. Nesse sentido, se analisará, de forma especial, a nova redação para o conjunto do art. 394-A.

Previamente à Reforma, o antigo art. 394-A, que foi introduzido pela Lei n. 13.287/2016, previa que a empregada gestante ou lactante deveria exercer suas atividades em ambientes salubres, devendo ser afastada, enquanto

durasse a gestação e/ou lactação, de qualquer atividade, operação e locais insalubres.

Essa louvável disposição sequer chegou a completar um ano de vida. Com o advento da Reforma, a regra de proteção foi sensivelmente debilitada<sup>(2)</sup>, uma vez que piorou a situação da mulher. A Reforma introduziu a esfera subjetiva da empregada como fator de interpretação sistemática do ordenamento.

Isto é, a decisão de permanecer ou não trabalhando em locais insalubres passou a ser da mulher. Nos casos de grau máximo de insalubridade, o afastamento do trabalho é obrigatório; já nos casos de grau médio e mínimo a mulher será afastada somente mediante apresentação de atestado médico. De forma implícita, inserida na ótica capitalista de produção a empregada deve escolher entre proteger sua saúde e sua prole e preservar seu emprego.

Diante desse ato discriminatório em face da mulher trabalhadora, o presente artigo busca demonstrar a inconstitucionalidade e a inconveniência da norma enquanto violadora da dignidade humana, analisando-se os argumentos utilizados na Ação Direta de Constitucionalidade n. 5.938 realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em 29.5.2019. Para isso, foi analisada a situação da mulher empregada em um contexto anterior e posterior à Reforma.

Enfim, diante desse cenário imposto pela Reforma, questiona-se se as instituições estão agindo de forma adequada e diligente, com o fim de preservar a dignidade da mulher e reduzir os riscos inerentes ao trabalho?

## **2. Panorama geral da Reforma Trabalhista: a inconstitucionalidade e a inconveniência da sujeição**

(2) TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. In: DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; FILHO, Manoel Carlos Toledo. *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. São Paulo: LTR, 2018, p. 72.

## **da mulher gestante e lactante a ambiente insalubre**

A Reforma Trabalhista, materializada no Brasil em 2017, refletiu os efeitos da crise econômica mundial iniciada na primeira década do século XXI. Outros países também aderiram às reformas, como a Espanha em 2012, a França em 2017, a Itália em 2015, entre outros. Todas as Reformas tiveram como objetivos comuns a “desregulamentação das relações de trabalho, prestigiando-se a negociação coletiva e flexibilizando-se a legislação”.<sup>(3)</sup>

Assim, pretendeu-se combater o desemprego, uma vez que, após a deflagração da crise econômica mundial, as taxas se elevaram absurdamente, além de reduzir encargos trabalhistas. De fato, nos países europeus citados houve a redução da taxa de desemprego. Na Espanha, por exemplo, o desemprego reduziu 5,5 pontos percentuais.<sup>(4)</sup>

Entretanto, em todas as Reformas, de cunho trabalhista, instituídas ao redor do mundo houve resistências e alegações de inconstitucionalidade de muitos dispositivos. No Brasil não foi diferente.

Por sua vez, é inegável que para uns a Reforma é sinônimo de precarização dos direitos trabalhistas, enquanto que para outros significa a garantia da empregabilidade e a maior segurança jurídica frente ao fenômeno da terceirização e das novas tecnologias.

Dentre todas as alterações realizadas pela Reforma, a modificação dos direitos das mulheres gestantes e/ou lactantes foi uma das mais críticas. No que tange aos direitos sociais adquiridos ao longo do tempo, percebe-se que houve a supressão desses direitos pela aprovação apressada da Reforma Trabalhista.

A história das lutas por melhores condições de trabalho e das conquistas alcançadas pelas

(3) MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A Reforma Trabalhista no Brasil. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano. *Desafios da Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 55.

(4) *Ibidem*, p. 56.

mulheres surgiu a partir da falta de proteção estatal e do tratamento diferenciado concedido pela legislação trabalhista.<sup>(5)</sup> Tendo isso em vista, restou reconhecida a necessidade de uma proteção especial ao trabalho da mulher.<sup>(6)</sup> Ademais, justifica-se a intervenção do direito de defesa da mulher por meio de dois fundamentos.

O primeiro diz respeito ao aspecto fisiológico, uma vez que a mulher possui estrutura física diversa do homem. Sua constituição analisada em um meio predominantemente masculino e construído para o masculino, é, de certo modo, mais frágil e exige um tratamento diferenciado e mais compatível com sua condição. O segundo, por sua vez, se funda no aspecto social, ou seja, a mulher representa um papel fundamental para a família e, especialmente, para a prole. Assim, surge a necessidade de especial atenção ao direito do trabalho da mulher, para que a maternidade e suas peculiaridades possam ser conciliadas com a sua vida laboral.<sup>(7)</sup>

De modo contrário a ambos os fundamentos e desconsiderando a especial condição da mulher no mercado de trabalho, a redação do *caput* do art. 394-A e a inserção dos incisos I, II, III e §§ 2º e 3º trataram da possibilidade da gestante e da lactante exercer suas atividades laborais em ambiente insalubre.<sup>(8)</sup>

(5) MOURÃO, Natália Lemos. O excesso da tutela estatal e a proteção do trabalho da mulher gestante. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano. *Desafios da Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 247.

(6) Nesse sentido, observa-se a redação do art. 372, *caput*, dada pela Lei n. 13.467/2017: Os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo.

(7) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 727-728.

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

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

Antes da Reforma Trabalhista, enquanto durasse a gestação ou a lactação, a mulher era proibida de trabalhar em ambientes insalubres. A Reforma, portanto, flexibilizou tal regra ao obrigar a mulher gestante e/ou lactante a trabalhar em ambientes insalubres considerados de grau médio e mínimo, salvo, inicialmente, com a apresentação de atestado médico.

Por outro lado, para a lactante o exercício do trabalho é obrigatório em qualquer grau, devendo ser afastada somente mediante apresentação de atestado. Desde a entrada em vigor da Reforma, este dispositivo vem sofrendo severas críticas, pois, não coloca em evidência o caráter protetivo do trabalho da mulher<sup>(9)</sup>, nem mesmo a sua necessária proteção enquanto gestante e lactante.<sup>(10)</sup>

A Reforma ignorou por completo que a proibição do trabalho em local insalubre no período gestacional e de lactação visa proteger

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

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

§ 1º (VETADO)

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do *caput* deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.

(9) Sobre o tema: MANDALOZZO, Silvana. *A maternidade no Direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 22.

(10) Segundo Roberto Dala Barba Filho o ponto de partida legal deveria ser de o empregador comprovar que a insalubridade existente não acarreta risco à gestante, a lactante e ao nascituro. BARBA FILHO, Roberto Dala. *Reforma trabalhista & direito material do trabalho: atualizada de acordo com a MP n. 808 de 14.11.2017*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 177.

a mulher, bem como o feto e a criança. Igualmente, é inadmissível que a mulher seja a responsável por decidir se deseja ou não continuar trabalhando nesses períodos. Caso não o deseje, terá de apresentar atestado emitido por médico de sua confiança.

Porém, nem todas as mulheres possuem condições de pagar por um atendimento médico célere. Além disso, aquelas que não possuem recursos deverão recorrer ao Sistema Único de Saúde e, muitas vezes, enfrentar longo período de espera para se consultar. Não obstante, todo médico é capaz de atestar e averiguar a insalubridade de grau médio ou mínimo?

Diante dessa situação de expressa violação à jusfundamentalidade dos direitos sociais à saúde e à proteção à maternidade e à infância, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com vistas a declarar a inconstitucionalidade parcial do art. 394-A, incisos II e III, os quais foram introduzidos pela Lei n. 13.467/2017.

Buscaram, assim, a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, uma vez que referido dispositivo estimula o trabalho insalubre de gestantes e de lactantes, bem como que trabalhadoras de baixa renda e escolaridade podem não recorrer aos profissionais da saúde para avaliação dos riscos.<sup>(11)</sup>

Por outro lado, no tocante à lactação, a nova redação do art. 396, § 2º, da CLT<sup>(12)</sup>, dispôs que os horários de descanso para amamentação serão definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador. Embora se alegue que

não há óbice para que isso ocorra, é notório que o referido dispositivo contraria as recomendações da Organização Mundial da Saúde — OMS sobre a amamentação e a valorização da livre demanda<sup>(13)</sup>, o que efetivamente não ocorria nem mesmo antes da Reforma Trabalhista.<sup>(14)</sup>

Destaca-se, ainda, que a realidade brasileira demonstra que as mulheres deixam de amamentar muito cedo. A OMS recomenda que a amamentação deva continuar até os dois anos de vida ou mais, e ainda ressalva o período mínimo de seis meses.<sup>(15)</sup> No entanto, após os 6 meses de idade, somente 39% das crianças continuam recebendo o aleitamento.<sup>(16)</sup>

Nesse sentido, a amamentação deve ser vista sob o viés de uma política pública laboral que vise à sua valorização, de acordo com os objetivos propostos pela OMS<sup>(17)</sup>, e não através de um pacto individual.

Assim, constata-se que a permissão do trabalho da mulher gestante e/ou lactante em locais insalubres significa uma verdadeira

(13) WORLD Health Organization. *Ten steps to successful breastfeeding* (revised 2018). Disponível em: <<http://www.who.int/nutrition/bfhi/ten-steps/en/>>. Acesso em: 28 jan. de 2019.

(14) BARBA FILHO, Roberto Dala. *Reforma trabalhista & direito material do trabalho*: atualizada de acordo com a MP n. 808 de 14.11.2017. Curitiba: Juruá, 2018. p. 179.

(15) UNICEF Brasil. *Aleitamento materno*. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/activities\\_10003.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/activities_10003.html)>. Acesso em: 28 jan. 2019.

(16) Esse é um fenômeno global: “O Brasil está atrás da Índia, Colômbia e Uruguai, mas ainda temos índices melhores do que EUA e o Reino Unido (nesses países, porém, os índices de amamentação melhoram conforme o nível socioeconômico das mães). No mundo, apenas 36% dos bebês entre zero e seis meses foram amamentados entre 2007 e 2014. Em geral, a maioria das mulheres começa a amamentar seus bebês recém-nascidos. Mas, com o avançar dos meses, desiste do aleitamento materno e a maior parte não chega a completar os seis meses”. NEXO JORNAL. Por que mulheres brasileiras amamentam pouco. 25 maio 2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/05/25/Por-que-mulheres-brasileiras-amamentam-pouco>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

(17) WORLD Health Organization. *Ten steps to successful breastfeeding* (revised 2018). Disponível em: <<http://www.who.int/nutrition/bfhi/ten-steps/en/>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

(11) Como afirma a Procuradoria Geral da República

(12) Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um.

§ 2º Os horários dos descansos previstos no *caput* deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador.

ofensa aos direitos fundamentais das trabalhadoras. A Reforma Trabalhista foi necessária em alguns pontos, mas é incontestável que a sua tramitação foi marcada pela ausência do diálogo social necessário.

A partir dessa inconformidade, o principal problema enfrentado a partir deste estudo é a possibilidade de sujeitar a mulher gestante e/ou lactante aos locais de trabalho insalubres. Os agentes insalubres, por sua vez, são classificados em variados graus de intensidade pela Norma Regulamentadora — NR-15 do Ministério do Trabalho.<sup>(18)</sup>

Em um primeiro momento destaca-se que os estudos sobre a insalubridade e periculosidade são realizados predominantemente observando realidades masculinas, e assim não vislumbram a dupla jornada, trabalho doméstico, diferenças corporais e sociais. **Ou seja, os graus de insalubridade não são feitos para Mulheres.**<sup>(19)</sup>

Entretanto, diante da análise de seus anexos, constata-se que existem poucas hipóteses de insalubridade máxima que permitem o afastamento da mulher do trabalho.<sup>(20)</sup> Pode-se pensar que a Reforma foi nobre ao proteger as mulheres grávidas e/ou lactantes dos perigos mais elevados. Mas, a verdade é que a maior parte dos agentes insalubres é considerada de grau médio, de modo que a mulher terá de trabalhar sujeita a eles.

As NRs, por sua vez, foram criadas por meio da Portaria n. 3.214/1978, fruto do esforço de agentes e técnicos da área da saúde, diante da

introdução de um capítulo referente à saúde e segurança do trabalho na CLT. Desde então, as NRs não sofreram qualquer atualização.<sup>(21)</sup>

Não é a toa que a utilização sistemática das NRs não é recomendada, uma vez que a Associação Brasileira de Higienistas Ocupacionais afirma que 52% dos valores dos Limites de Tolerância de alguns agentes estão desatualizados perante as recomendações da ACGIH®.<sup>(22)</sup> e há fatores que extrapolam os limites em até 156 vezes, como no caso do cloreto de vinila, dentre outros.<sup>(23)</sup>

Dessa forma, não há tantas certezas e garantias sobre essa exposição em ambiente insalubre, e a situação se agrava nos casos das gestantes e das lactantes.<sup>(24)</sup> Nesse sentido, pressupor a possibilidade do trabalho dessas pessoas, excetuando-se uma eventual recomendação em contrário, “é um verdadeiro culto à irresponsabilidade”. Uma normativa adequada deveria proibir o labor nessas condições e possibilitar que o empregador comprove a inexistência do risco, e não o contrário.<sup>(25)</sup>

Além da desatualização do documento e da exposição da saúde do trabalhador ao risco, o legislador, ainda assim, transmitiu à mulher a escolha de continuar trabalhando nesses ambientes, sendo afastada somente com a apresentação de contra-indicação médica e, posteriormente, com o julgamento da ADI n. 5.938, a partir de mera recomendação, sem estabelecer quaisquer critérios.

---

(21) *Ibidem*, p. 68.

(22) ASSOCIAÇÃO Brasileira de Higienistas Ocupacionais. *Seminário da Pós-Graduação da FUNDACENTRO aborda a NR-15*. Disponível em: <<http://www.abho.org.br/seminario-da-pos-graduacao-da-fundacentro-aborda-anr-15/>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

(23) *Idem*.

(24) Para o aprofundamento do tema consulte: FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; VILLATORE, Marco Antônio César. Análise de gênero da saúde e segurança do trabalho: a necessária aplicação expansiva das normativas internacionais aos ordenamentos internos. In: FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; VILLATORE, Marco Antônio César. (Orgs.). *Fronteiras & horizontes do direito do trabalho. Resultados de pesquisa do Núcleo de Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Socioeconômico*. 2018. no prelo.

(25) BARBA FILHO, Roberto Dala. *Reforma trabalhista & direito material do trabalho*: atualizada de acordo com a MP n. 808 de 14.11.2017. Curitiba: Juruá. 2018, p. 176-177.

---

(18) CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à Reforma Trabalhista*. 2. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 62.

(19) Sobre o tema consulte: FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; VILLATORE, Marco Antônio César. Análise de gênero da saúde e segurança do trabalho: a necessária aplicação expansiva das normativas internacionais aos ordenamentos internos. In: FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; VILLATORE, Marco Antônio César. (Orgs.). *Fronteiras & horizontes do direito do trabalho. Resultados de pesquisa do Núcleo de Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Socioeconômico*. 2018. no prelo.

(20) BATISTA, Homero. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 67.

Considerando, por fim, os contrapontos existentes entre a Reforma e os fundamentos constitucionais de proteção do trabalhador<sup>(26)</sup>, se torna urgente a avaliação da atuação das instituições ao longo do primeiro ano de vigência da Reforma, os quais são capazes de exigir um real controle de constitucionalidade e convencionalidade da norma instituída pela Lei n. 13.467/2017.

### 3. As formas de atuação e o silêncio das instituições

Diante da situação em que se encontram as mulheres gestantes e/ou lactantes a partir da redação do art. 394-A e do art. 396, § 2º, da CLT, e da periculosidade que a sua sujeição a ambientes insalubres representa para a saúde da mulher e de sua prole, as instituições não podem se calar.

As referidas normas se revelam violadoras da dignidade humana, do direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, da proteção integral ao nascituro e à criança, do direito social à saúde e do direito a um meio ambiente de trabalho saudável.<sup>(27)</sup> Sendo assim, é impreterível a análise de sua convencionalidade e constitucionalidade, para que a norma não represente um óbice à promoção da maternidade e da infância. A esse respeito, questiona-se: onde se encontram os agentes legitimados?

#### 3.1. Controle de convencionalidade

De imediato, antes da análise do controle de convencionalidade, é imprescindível para o tema que se investigue o *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos diante do ordenamento jurídico brasileiro.

(26) Nesse caso, vislumbra-se a violação da dignidade da pessoa humana (art. 1º), da proteção ao trabalho da mulher (art. 7º, XX) e a necessidade da redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII).

(27) Nos termos do Enunciado n. 50 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. JORNADA NACIONAL. Listagem dos Enunciados aprovados. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

Nesse sentido, para que ocorra o referido controle, o Direito Internacional dos Direitos Humanos não pode ser equiparado à lei ordinária, sob pena de legitimar o Estado signatário ao descumprimento unilateral do acordo<sup>(28)</sup>, bem como afronta a ideia de um Estado Constitucional Cooperativo<sup>(29)</sup>, de modo a inviabilizar a tutela dos direitos humanos em nível supranacional.

O entendimento atual da posição dos tratados de direitos humanos no ordenamento se subdivide em dois posicionamentos: possuem caráter de supralegalidade, ou seja, são hierarquicamente superiores à legislação infraconstitucional, porém, inferiores à Constituição<sup>(30)</sup> os que foram incorporados anteriormente a Emenda Constitucional n. 45/2004.

A segunda posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal determina que os dispositivos incorporados em conformidade com o § 3º do art. 5º da CRFB/88 (inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004), se tornam equivalentes às emendas constitucionais. Assim, como apontado, os demais

(28) SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.368-1.369.

(29) Sobre o tema: voto do Ministro Gilmar Mendes no RE n. 466.343: “Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais. [...] não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sociopolítica do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Voto no Ministro Gilmar Mendes no RE n. 466.343. Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 5.6.2009)

(30) MAZZUOLI, Valerio; GOMES, Luiz Flávio. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? *Revista de Direito*, v. 12, n. 15, p. 7-20, 2009, p. 19.

tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem *status* supralegal e, aqueles que não tratam de direitos humanos, têm valor meramente legal.<sup>(31)</sup>

Sendo assim, o controle de convencionalidade procura compatibilizar, de modo vertical, as normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país.<sup>(32)</sup> Essa compatibilidade, no entanto, não ocorre apenas no âmbito legislativo, mas também apresenta reflexos no judiciário, impondo uma técnica judicial que busca essa compatibilização.<sup>(33)</sup>

O objetivo precípua do controle de convencionalidade, nesse caso, seria o método através do qual se impede que o parlamento local adote uma lei que viole (mesmo que abstratamente) direitos humanos previstos em tratados internacionais já ratificados pelo Estado.<sup>(34)</sup>

Ou seja, todo Estado que integra um tratado, pacto ou convenção à sua legislação doméstica deve se adaptar<sup>(35)</sup>, sendo, portanto, parâmetro vertical de controle das normativas.<sup>(36)</sup> Em suma, após a incorporação de um instrumento internacional ao ordenamento interno, as normas nele dispostas poderão somar, complementar, ou contrariar as da legislação do país.<sup>(37)</sup>

(31) SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.373.

(32) MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 24.

(33) *Idem*.

(34) *Ibidem*, p. 77.

(35) SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos*. Ideas fuerza rectoras. Madrid, 2016. 638 f. Tese pós-doutoral. Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Externado de Colombia, p. 26-29.

(36) ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. *Revista de Derecho Político*, n. 93, p. 321-381, maio/ago. 2015, p. 337.

(37) PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 167.

Na hipótese de incompatibilidade entre os institutos, prevalecerá aquele que for mais favorável e que permita maior progressividade dos direitos.<sup>(38)</sup> É nesse contexto que se materializa o controle de convencionalidade.<sup>(39)</sup>

Assim, no que tange à convencionalidade dos artigos em análise, cuja redação foi alterada pela Reforma Trabalhista, denota-se a necessária proteção especial à mulher grávida e lactante nos trabalhos que envolvam aspectos prejudiciais.

A esse respeito, tem-se o disposto no art. 11, 2, “d”, da Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; o compromisso com a diminuição dos trabalhadores à exposição e a necessidade da atualização constante dos agentes<sup>(40)</sup>, previstos nas Convenções n. 139, n. 48, n. 155, n. 161 e n. 176 da OIT; a proteção à maternidade e à infância, e o direito à ajuda e assistências especiais, previsto no art. 25, 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como o compromisso em assegurar a proteção e os cuidados necessários ao bem-estar das crianças e o direito de toda criança às medidas de proteção, conforme disposto na Parte I, art. 3º, 2, da Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, e no art. 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, respectivamente.

Uma vez ratificados, o Estado deve empreender esforços para compatibilizar a norma interna com os documentos internacionais.

(38) REIS, Daniela Muradas. *Contributo ao direito internacional do trabalho: reserva implícita ao retrocesso sócio-jurídico do trabalhador nas Convenções a Organização internacional do Trabalho*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2007. p. 40.

(39) SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Ob. cit.*, 2016, p. 371.

(40) Para o aprofundamento do tema consulte: FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; VILLATORE, Marco Antônio César. A superação da política da monetização do risco e a insalubridade: uma ótica comparativa apresentada pelo Direito Italiano. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 13, n. 1, p. 103-132.

Entretanto, o Brasil não promoveu o controle de convencionalidade de forma diligente e contrariou todas as convenções e tratados internacionais de direitos humanos ao permitir a sujeição da mulher grávida e/ou lactante ao trabalho em ambiente insalubre, mesmo após o julgamento da ADI n. 5.938, como será visto adiante.

Consciente da situação e de forma acertada, o Enunciado n. 50 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho sintetizou o entendimento de que a autorização legal do trabalho da gestante e da lactante em ambiente insalubre é inconstitucional e inconveniente, uma vez que viola todos os dispositivos internacionais ratificados pelo Brasil acima mencionados. Analisado, então, o controle de convencionalidade, passe-se, a seguir, ao controle de constitucionalidade.

### 3.2. Controle de constitucionalidade

De modo semelhante ao controle de convencionalidade, o controle de constitucionalidade busca corrigir quebras e divergências existentes entre as normas infraconstitucionais (leis estaduais e federais) em face da Constituição Federal e, assim, declarar a invalidade da regra, paralisando sua eficácia.<sup>(41)</sup>

A constitucionalidade e a inconstitucionalidade, portanto, designam conceitos de relação<sup>(42)</sup> de caráter normativo e valorativo, a partir do qual se estabelece a obrigatoriedade da CRFB/88 frente a qualquer ato normativo contrário a ela.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é exercido pela via de exceção (concreto) e pela via de ação (abstrato).<sup>(43)</sup> Por outro lado,

as espécies de inconstitucionalidade podem ser classificadas da seguinte forma: por ação e omissão, material e formal, total e parcial, declaração parcial de nulidade sem redução do texto, decisões manipulativas, por vício na motivação do ato normativo, direta e indireta, progressiva e chapada/enlouquecida.<sup>(44)</sup>

Qualquer lei ou ato normativo pode ser objeto de controle de constitucionalidade. No presente caso, por se tratar de uma lei federal e em razão de alguns de seus dispositivos, a Reforma Trabalhista deve sofrer um controle repressivo, concreto ou abstrato, incidental ou principal e concentrado ou difuso.

No caso em apreço, constatou-se a inconstitucionalidade referente ao conteúdo da norma, uma vez que atinge diretamente a Constituição. Ainda, verifica-se a inconstitucionalidade parcial, pois, pretende-se fazer cessar a eficácia de um artigo, parágrafo ou alínea.<sup>(45)</sup>

Em relação ao trabalho de gestantes e/ou lactantes em ambiente insalubre, foram propostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade — ADI. A primeira foi ajuizada em face da antiga redação do art. 394-A, inserida pela Lei n. 13.287/2016.

Salienta-se que o dispositivo tinha por objetivo a proteção do nascituro, da criança lactante e em desenvolvimento, pois, podem sofrer graves danos em decorrência de sua exposição em ambientes insalubres. Ainda, não havia classificação expressa na norma quanto ao grau de insalubridade, sequer era exigido atestado médico para justificar o afastamento. O risco, portanto, era presumido.<sup>(46)</sup>

Na ADI (n. 5.605)<sup>(47)</sup>, entretanto, a qual foi ajuizada pela Confederação Nacional de

(41) BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23.

(42) MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.111.

(43) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 309-318.

(44) LEAL, Saul Tourinho. *Controle de constitucionalidade moderno*. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2014. p. 77-113.

(45) *Ibidem*, p. 87.

(46) ROCHA, Camilla Holanda Mendes. Do trabalho da mulher. In: ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. *Reforma Trabalhista interpretada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Caxias do Sul: Plenum, 2017. p. 77.

(47) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.605*.

Saúde e Hospitais, alegou-se que a regra, ao tentar proteger as trabalhadoras gestantes e lactantes, acabou por discriminá-las e violar frontalmente o princípio constitucional da isonomia, pois tal legislação era omissa quanto ao período durante o qual estas trabalhadoras ficariam afastadas do trabalho realizado em local insalubre.<sup>(48)</sup>

Por outro lado, entre os anos de 2017 e 2018 foram propostas 23 ações diretas de inconstitucionalidade em matéria trabalhista<sup>(49)</sup>, especificamente em relação à Lei n. 13.467/2017.

Os principais temas discutidos são: custas e honorários, trabalho intermitente, representação dos empregos, depósito recursal, limitação das indenizações por dano moral, liquidação dos pedidos na petição inicial e o fim da contribuição sindical (objeto principal de 18 das ações).

Dos atores que realizaram as denúncias das inconstitucionalidades, tem-se 9 confederações<sup>(50)</sup>, 5 federações<sup>(51)</sup>, a Central das Entidades de servidores públicos (CESP), a Procuradoria Geral da República (PGR), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA).

---

(48) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.605*.

(49) Pesquisa realizada até 2 de outubro de 2018.

(50) CONTTMAF (Confederação dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário); CONTRASP (Confederação dos Trabalhadores de Segurança Privada); CNTTL (Confederação dos Trabalhadores de Logística); CONTCOP (Confederação dos Trabalhadores em Comunicações e Publicidade); CNTUR (Confederação Nacional de Turismo); CSPB (Confederação dos Servidores Públicos do Brasil); CSPM (Confederação Nacional dos Servidores Públicos Municipais); CNTM (Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos); CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde).

(51) FENEPOSPETRO (Federação dos Trabalhadores de Postos); FENATTEL (Federação dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações); FESOUJUS (Federação das Entidades Sindicais dos Oficiais de Justiça do Brasil); FEMACO (Federação Nacional dos Trabalhadores em Serviços, Asseio e Conservação, Limpeza Urbana, Ambiente e Áreas Verdes); FENATRACOOP (Federação Nacional dos Trabalhadores Celetistas nas Cooperativas no Brasil).

Não obstante, a norma impugnada pela primeira ADI<sup>(52)</sup> citada sequer chegou a completar um ano de vigência quando foi modificada em 2017 através da Reforma Trabalhista. Com a nova redação, outra ADI foi impetrada com pedido de medida cautelar, agora, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos em face da expressão que indicava que o afastamento da mulher do trabalho poderia ser autorizado apenas quando apresentasse atestado emitido por médico de sua confiança.<sup>(53)</sup>

Nela, sustentou-se que o dispositivo estimula o trabalho insalubre das gestantes e das lactantes, de modo a colocar em risco os dispositivos constitucionais de proteção à maternidade e de proteção integral da criança. Questionou-se, ainda, a incumbência do ônus de justificar, por atestado médico, a condição de vulnerabilidade.<sup>(54)</sup>

Diante disso, em 30 de abril de 2019 o relator, Ministro Alexandre de Moraes, suspendeu a eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher” dos incisos II e III do art. 394-A da CLT e, por meio do rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999, submeteu o processo diretamente ao Tribunal para julgamento definitivo da ação.

Em 29 de maio de 2019, por sua vez, o Tribunal reconheceu, por unanimidade, a ação e, por maioria, confirmou a medida cautelar. A ADI foi julgada procedente sob o argumento de que, em situações de manifesto prejuízo à saúde, o ônus de provar a necessidade de afastamento não deve caber à trabalhadora. Por sua vez, o encargo da demonstração probatória e

---

(52) Referente ao art. 394-A, inserida pela Lei n. 13.287/2016.

(53) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938*.

(54) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *ADI contra norma que permite trabalho de grávidas ou lactantes em atividades insalubres terá rito abreviado*. 21 maio 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378999>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

documental do risco da exposição ao ambiente insalubre representa um óbice ao exercício de seus direitos sociais.<sup>(55)</sup>

Desse modo, a nova redação dada pela ADI n. 5.938 aos incisos II e III do art. 394-A da CLT permitiu o afastamento da gestante ou da lactante do trabalho em ambiente insalubre quando conveniente.<sup>(56)</sup> Em contrapartida, o único membro do STF que manifestou entendimento diverso foi o Ministro Marco Aurélio. Para ele, “toda proteção alargada ao gênero feminino acaba prejudicando o gênero”, isto é, cria-se um obstáculo frente à contratação da mão de obra feminina, sendo razoável, portanto, a apresentação de atestado emitido por profissional da saúde que, de fato, demonstre a necessidade de afastamento.<sup>(57)</sup>

Com relação ao pagamento e ao eventual ônus do empregador, a regra geral é que o pagamento pelo adicional de insalubridade à gestante ou à lactante é realizado pelo empregador (art. 394-A, § 2º). Paralelamente, caso não seja possível realocar a gestante ou lactante para um local salubre da empresa, ambas as hipóteses serão compreendidas como gravidez de risco e ensejarão a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento, ou seja, o encargo do pagamento não será mais do empregador.

Ressalta-se que se considera a decisão do Supremo Tribunal Federal acertada, entretanto,

(55) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938*.

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

I – atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, que recomende o afastamento durante a gestação;

II – atividades consideradas insalubres em qualquer grau, que recomende o afastamento durante a lactação.

(57) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF invalida norma da Reforma Trabalhista que permitia trabalho de grávidas e lactantes em atividades insalubres. *Notícias STF*. 29 maio 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412571>>. Acesso em: 7 jun. 2019.

é preciso salientar um grande “porém” que restou: a redação atual dos incisos II e III passou a ser, *in verbis*:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017)

I – atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

II – atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, ~~quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;~~ (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017) (Vide ADIN n. 5.938)

III – atividades consideradas insalubres em qualquer grau, ~~quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.~~ (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017) (Vide ADIn n. 5938)

Denota-se que da composição realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobraram as expressões “que recomende o afastamento durante a gestação” e “que recomende o afastamento durante a lactação”. Qual o real significado das expressões “que recomende”? Cabe ao árbitro de Portarias? Normas Regulamentadoras? À Empresa? Ao médico da Empresa?

Advogasse no sentido de que tais expressões apenas restaram na legislação para particularizar por um lado a situação da gestante e por outro a da lactante, **não há a menor possibilidade de se admitir alguma “conveniência” para possibilitar o labor em atividade insalubre da gestante e da lactante, em qualquer grau.**

Caso argumente-se nesse sentido, mesmo após a declaração da invalidade do dispositivo, há a violação direta as proteções que a CRFB/88 confere à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º, inc. III e IV, respectivamente), à vida (art. 5º), à maternidade, ao trabalho (ambos dispostos no art. 6º), à proteção do mercado de trabalho da mulher, à redução

dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, inc. XX e XXII), à ordem social, que tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar<sup>(58)</sup> (art. 193), à saúde (art. 196), entre outras disposições.

Ademais, com relação aos legitimados para o controle de convencionalidade estes são as próprias partes, em processos próprios.<sup>(59)</sup> Já no controle de constitucionalidade, conforme dispõe o art. 103 da Constituição Federal de 1988, os legitimados para propor ações diretas de inconstitucionalidade, por exemplo, são: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Os legitimados para propor as ações de inconstitucionalidade difusas são as partes legítimas do processo, os juízes ou tribunais de ofício, terceiros admitidos no processo e os representantes do Ministério Público.<sup>(60)</sup>

Nesse sentido, observa-se o extenso rol de legitimados que poderiam ter contestado as alterações objeto deste trabalho. Entretanto, denota-se que, na vigência da reforma, apenas uma Ação Direta de Inconstitucionalidade foi

interposta sobre esse tema, enquanto 18 ações foram realizadas sobre o tema do “fim da contribuição sindical”.

Ressalta-se ainda que em nenhum momento foi realizado o controle de constitucionalidade preventivo, que possui como legitimados o próprio Poder Legislativo, por meio das Comissões de Constituição e Justiça, pelo Poder Executivo, através do veto jurídico, e excepcionalmente pelo Poder Judiciário.<sup>(61)</sup>

Em sede de Comissão de Constituição e Justiça, a Senadora Vanessa Grazziotin do PCdoB/AM propôs a completa supressão do referido art. 394-A do Projeto de Lei n. 38/2017 (posteriormente a Reforma Trabalhista).<sup>(62)</sup> Entretanto, apesar de a matéria ser discutida, ela não passou pelo filtro da Comissão, alcançando a realidade.

Fato é que é inadmissível que um tema tão alarmante não seja objeto do interesse dos diversos legitimados e esteja relegado às ações individuais em recursos próprios. Ou seja, forma-se o cenário para que as mulheres, em estado gravídico e de lactação, laborem em situações insalubres sem restrições. Considerando, ainda, a desatualização dos índices, somente no futuro poderá ser vislumbrado os resultados nefastos dessa exposição.

Para a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, esse tipo de exposição coloca em risco tanto as grávidas quanto seus fetos.<sup>(63)</sup> Tendo isso em vista e, diante das violações de dispositivos constitucionais e da

(58) Sobre o tema consulte: FERNEDA, Ariê Scherreier. El trabajo decente y el medio ambiente del trabajo como forma de protección de la salud mental del trabajador. In: *Congreso Internacional. El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el Trabajo Decente*, 2018, Granada. El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el Trabajo Decente, 2018. p. 1.079-1.090.

(59) Há posições mais progressistas, como de Valério Mazzuoli que entendem a possibilidade da propositura de ADI no caso de incompatibilidade com tratados, pactos e convenções internacionais, sobre o assunto, consulte: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

(60) LEAL, Saul Tourinho. *Controle de Constitucionalidade Moderno*. 3. ed. ver. e atual. Niterói: Impetus, 2014. p. 189.

(61) Sobre o tema consulte: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, abr./jun. 1999

(62) BRASIL, Comissão de Constituição e Justiça. *Proposta de Emenda n. 89 ao Projeto de Lei n. 38/2017 — Reforma Trabalhista*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5293736&ts=1559276839391&disposition=inline>> Acesso em: 10 maio 2019.

(63) Ginecologistas veem risco para grávidas em local insalubre. *Revista Veja*, Abril, 12 jul. 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/ginecologistas-veem-risco-para-gravidas-em-local-insalubre/>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

exposição da mulher e de sua prole ao risco, por que os legitimados e as instituições ainda permanecem silenciadas e permitem que tal disposição encontre a realidade?

Hoje o último filtro, o Supremo Tribunal Federal, corrigiu a situação. Esta correção, somente pela última via, comprova o desmonte do nosso sistema Constitucional por meio de seus legitimados que permite que uma legislação com potencial nefasto alcance a realidade.

#### 4. Considerações finais

É indiscutível que a Reforma Trabalhista repercutiu de modo intenso, fomentando diversas reações entre doutrinadores, magistrados, sociedade, entre outros segmentos, tanto pró quanto contra as alterações realizadas.

Ocorre que nem todas as inconstitucionalidades e inconveniências foram analisadas, embora muitos dos dispositivos da Reforma violem normas constitucionais e os direitos humanos. Diante dessa incompletude, o presente artigo buscou evidenciar a absurda permissão concedida à mulher grávida e/ou lactante para trabalhar em ambiente insalubre, salvo se apresentar atestado médico, caso em que será afastada do trabalho.

Até o momento, duas ADIs (ns. 5.605 e 5.938) sobre a temática foram ajuizadas com o fim resguardar a dignidade e os direitos da mulher e de sua prole. Ambas apresentam contradições entre si, sendo que a primeira é contrária à proibição nos moldes do antigo art. 394-A da Lei n. 13.287/2016; já a segunda sustenta que a nova norma é violadora de diversos dispositivos constitucionais.

Ainda, é interessante notar que a maioria das mulheres trabalhadoras não possuem conhecimentos e recursos suficientes para entender a real periculosidade de se submeter a ambientes insalubres enquanto gestantes e/ou lactantes. Além disso, com receio de perder a remuneração a título de adicional de insalubridade, muitas mulheres deixavam de recorrer a um médico para continuarem trabalhando

em condições de médio e baixo grau de insalubridade.

Com a ADI n. 5.938, por outro lado, o ônus de comprovar os efeitos danosos causados pela exposição ao ambiente insalubre foi retirado da gestante ou da lactante. Todavia, como se ressaltou anteriormente ao permanecer na legislação a expressão “que recomende o afastamento” poderá ensejar entendimento dúbios. O Supremo Tribunal Federal, enquanto último filtro constitucional repressivo, deixou em aberto essa situação.

Nesse sentido, percebe-se a deficiência da norma e da própria decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Desse modo, questiona-se: não seria razoável e ideal que os empregadores carreguem o ônus de comprovar que o ambiente não é prejudicial à mulher e ao nascituro ou criança? Salienta-se, ainda, que este seria o único ônus suportado pelo empregador, já que não possui o encargo financeiro quanto ao salário-maternidade<sup>(64)</sup>, sequer referente ao adicional de insalubridade da empregada afastada ou deslocada para atividade em ambiente salubre.<sup>(65)</sup> Ainda, é imprescindível a atualização na Norma Regulamentadora n. 15 que dispõe sobre os graus

(64) Ressalta-se que o salário-maternidade, “mesmo sendo pago à empregada afastada na folha salarial mensal da empresa empregadora, ficará sob ônus efetivo do INSS, mediante a compensação mensal desse custo, pelo empregador, no conjunto dos recolhimentos previdenciários feitos mensalmente pela empresa”. DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2018. p. 155.

(65) Nesse caso, percebe-se a desoneração do empregador com base nos §§ 2º e 3º do art. 394-A da CLT: § 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. § 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do *caput* deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.

de insalubridade, pois, desde 1978 não sofreu alterações significativas.

A necessidade de proteção do direito ao trabalho digno da mulher gestante e/ou lactante é urgente. A Reforma Trabalhista, em determinados pontos, alterou a legislação de forma cruel, confrontando preceitos constitucionais e violando tratados e convenções internacionais. O destinatário dessa crueldade foi, nesse caso, a mulher gestante e lactante.

Dentre todas as possibilidades jurídico-combatíveis, o controle de convencionalidade e o de constitucionalidade se posicionam como uma alternativa. Entretanto, como vislumbrado no presente trabalho, os legitimados que podem exercer esse poder de questionamento estão predominantemente silenciados, e assim, o encargo resta direcionado para ações (longínquas) individuais.

Os resultados desse silêncio serão percebidos em algum momento, próximo ou futuro, e as doenças, mortes e incapacidades recairão sobre as mãos dos responsáveis silenciados ou daqueles que atuaram de forma insuficiente.

## 5. Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. *Revista de Derecho Político*, n. 93, p. 321-381, maio/ago. 2015.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE HIGIENISTAS OCUPACIONAIS. *Seminário da Pós-Graduação da FUNDACENTRO aborda a NR-15*. Disponível em: <<http://www.abho.org.br/seminario-da-pos-graduacao-da-fundacentro-aborda-a-nr-15/>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

BARBA FILHO, Roberto Dala. *Reforma trabalhista & direito material do trabalho*: atualizada de acordo com a MP n. 808 de 14.11.2017. Curitiba: Juruá, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BATISTA, Homero. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Voto no Ministro Gilmar Mendes no RE n. 466.343. Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 5.6.2009.

\_\_\_\_\_. Comissão de Constituição e Justiça. *Proposta de Emenda n. 89 ao Projeto de Lei n. 38/2017-Reforma Trabalhista*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5293736&ts=1559276839391&disposition=inline>>. Acesso em: 10 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Consolidação das Leis do Trabalho. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil – 1988*.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.605*.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938*.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *ADI contra norma que permite trabalho de grávidas ou lactantes em atividades insalubres terá rito abreviado*. 21 maio 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378999>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *STF invalida norma da Reforma Trabalhista que permitia trabalho de grávidas e lactantes em atividades insalubres*. 29 maio 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412571>>. Acesso em: 7 jun. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à Reforma Trabalhista*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 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.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *A reforma trabalhista no Brasil*: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

FERNEDA, Ariê Scherreier. El trabajo decente y el medio ambiente del trabajo como forma de



protección de la salud mental del trabajador. In: *Congreso Internacional. El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en um panorama de reformas estructurales: Desafíos para el Trabajo Decente*. 2018, Granada, 2018.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999

FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; VILLATORE, Marco Antônio César. A superação da política da monetização do risco e a insalubridade: uma ótica comparativa apresentada pelo Direito Italiano. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 13, n. 1, p. 103-132.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Análise de gênero da saúde e segurança do trabalho: a necessária aplicação expansiva das normativas internacionais aos ordenamentos internos. In: FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; VILLATORE, Marco Antônio César. (Orgs.). *Fronteiras & Horizontes do Direito do Trabalho*. Resultados de pesquisa do Núcleo de Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Socioeconômico. 2018, no prelo.

JORNADA NACIONAL. *Listagem dos Enunciados aprovados*. Disponível em: <<http://www.jornada-nacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

LEAL, Saul Tourinho. *Controle de Constitucionalidade Moderno*. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2014.

MANDALOZZO, Silvana. *A maternidade no Direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 1996.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A Reforma Trabalhista no Brasil. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano. *Desafios da Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_; GOMES, Luiz Flávio. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? *Revista de Direito*, v. 12, n. 15, p. 7-20, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOURÃO, Natália Lemos. O excesso da tutela estatal e a proteção do trabalho da mulher gestante. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano. *Desafios da Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEXO Jornal. *Por que mulheres brasileiras amamentam pouco*. 25 de mai. de 2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/05/25/Por-que-mulheres-brasileiras-amamentam-pouco>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REIS, Daniela Muradas. *Contributo ao direito internacional do trabalho: reserva implícita ao retrocesso sócio-jurídico do trabalhador nas Convenções a Organização Internacional do Trabalho*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2007.

ROCHA, Camilla Holanda Mendes. Do trabalho da mulher. In: ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. *Reforma Trabalhista interpretada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Caxias do Sul: Plenum, 2017.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos*. Ideas fuerza rectoras. Madrid, 2016. 638 f. Tese pós-doutoral. Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Externado de Colombia.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SIMÕES, Samuel Azzi. *Possíveis fraudes em laudos técnicos de condições ambientais do trabalho e laudos técnicos periciais de insalubridade e periculosidade: prejuízos causados ao trabalhador e à previdência social*. Monografia. Universidade do Vale do Itajaí. Tijucas, 2011.

TOLETO FILHO, Manoel Carlos. In: DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; FILHO, Manoel Carlos Toledo. *Comentários à Lei*

*da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional.* São Paulo: LTr, 2018.

UNICEF Brasil. *Aleitamento materno.* Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/pt/activities\\_10003.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/activities_10003.html). Acesso 28 de jan. 2019.

VEJA ABRIL. *Ginecologistas veem risco para grávidas em local insalubre.* 12 jul. de 2017. Disponível em:

<https://veja.abril.com.br/economia/ginecologistas-veem-risco-para-gravidas-em-local-insalubre/>>. Acesso em 20 jan. de 2019.

WORLD Health Organization. *Ten steps to successful breastfeeding (revised 2018).* Disponível em: <http://www.who.int/nutrition/bfhi/ten-steps/en/>>. Acesso em 28 de jan. de 2019.

# Honorários de sucumbência e direito intertemporal: por uma interpretação que considere a lógica do razoável

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

▶ A Lei n. 13.467/2017 entrou em vigor no dia 11.11.2017. Contudo, a chamada Reforma Trabalhista há de preservar os direitos adquiridos e as situações jurídicas consolidadas, tanto no campo do direito material quanto na seara processual. Neste breve artigo, serão analisadas as questões de direito processual, sob a perspectiva do direito intertemporal, sempre com atenção ao princípio da irretroatividade da lei. A questão mais complexa de direito transitório é a relacionada aos honorários de sucumbência, instituto que não era aplicável na Justiça do Trabalho, pelo menos nas demandas derivadas da relação de emprego. Há de se prestigiar, nessa temática, o princípio da causalidade, o princípio da vedação da decisão surpresa (arts. 9º e 10 do CPC/2015), a garantia inerente ao mínimo existencial e, em última medida, o princípio da dignidade humana. Também os princípios peculiares de cada fase processual, ou os gerais de processo, deverão guiar a solução quanto ao direito intertemporal nas fases recursal e de execução. Em suma, há de se preservar os direitos adquiridos e as situações jurídicas consolidadas quando da vigência da nova lei, procedendo-se a uma interpretação que leve em conta a lógica do razoável.

## Palavras-chave:

▶ Honorários de sucumbência — Direito intertemporal — Princípios e lógica do razoável.

## Abstract:

▶ Law n. 13,467/2017 began on 11.11.2017. However, the so-called Labor Reform must preserve acquired rights and consolidated legal situations, both in substantive and procedural law. In this brief article, the questions of procedural law will be analyzed, from the perspective of intertemporal law, always with attention to the principle of non-retroactivity of the law. The most complex issue of transitional law is the one related to the fees of succumbency, an institute that was not applicable in the Labor Court, at least

(\*) Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP). Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), na Espanha – Título revalidado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Obrigacional Público e

Privado pela UNESP. Membro do Conselho Técnico da Revista do TRT da 15ª Região (Subcomissão de Doutrina Internacional). Professor da Escola Judicial do TRT-15 e Professor Contratado do Departamento de Direito Privado da USP de Ribeirão Preto.

in the demands derived from the relation of employment. The principle of causality, the principle of closure of the surprise decision (articles 9 and 10 of CPC/2015), the guarantee of the existential minimum and, ultimately, the principle of human dignity must be honored in this area. Also the peculiar principles of each procedural phase, or the general ones of process, should guide the solution as far as the intertemporal right in the recursal and execution stages. In short, the acquired rights and consolidated legal situations must be preserved when the new law is in force, with an interpretation that takes into account the logic of the reasonable.

### Key-words:

- ▶ Honorary of success — Intertemporal law — Principles and logic of the reasonable.

### Índice dos Temas:

- ▶ 1. Nota introdutória
- ▶ 2. Vigência da Lei n. 13.467/2017 e os honorários de sucumbência
- ▶ 3. Honorários de sucumbência no processo do trabalho
  - ▶ 3.1. Data do ajuizamento da ação ou data da sentença?
    - ▶ 3.1.1. A teoria do mínimo existencial
    - ▶ 3.1.2. Os princípios da causalidade e da vedação da decisão surpresa
    - ▶ 3.1.3. A lógica do razoável
    - ▶ 3.1.4. O princípio da dignidade humana
  - ▶ 3.2. Honorários de sucumbência na fase recursal
  - ▶ 3.3. Honorários de sucumbência na fase de execução
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências

### 1. Nota introdutória

De partida, convém pontuar que, como largamente difundido no segmento justaba-lhista, não havia, em regra, condenação em honorários de sucumbência no processo do trabalho. Daí que a Lei n. 13.467/2017, mais conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, promoveu alteração de 180 graus nessa temática, ao prever, de modo generalizado, o cabimento de honorários de sucumbência nas demandas ajuizadas na Justiça do Trabalho.

Não bastassem as inúmeras dúvidas relacionadas à aplicação do instituto no processo do trabalho, quanto ao seu conteúdo (sen-tido) e alcance, exsurge como um dos mais intrincados problemas de hermenêutica no

que concerne à temática o que diz respeito à *aplicação no tempo* das novas regras insertas na Consolidação das Leis do Trabalho, com o acréscimo do art. 791-A e parágrafos.

Se não há mais dúvida quanto à data correta da *vigência* desta lei, de outra mirada há muita discussão doutrinária e na jurisprudência acerca da data de aplicabilidade do novo re-gramento dos honorários de sucumbência aos processos em curso na data de 11 de novembro de 2017.

Por isso, mister um estudo meticuloso do *direito intertemporal*, de seus princípios, bem como das melhores técnicas de interpretação da normativa posta, a fim de se definir com o mínimo de senso de justiça a questão que

se coloca: esse regramento dos honorários de sucumbência se aplica aos processos que estavam tramitando em 11.11.2017? E mais: haverá necessidade de uma regra de direito transitório para cada fase processual?

## 2. Vigência da Lei n. 13.467/2017 e os honorários de sucumbência

Como pontuei alhures, na Teoria Geral do Direito há que se distinguir entre os planos de validade, vigência e eficácia da lei.

A *validade* diz respeito ao aspecto formal da lei, ou, ainda, ao seu aspecto material. Como já se disse, na perspectiva da formalidade, há de se observar rigorosamente o processo legislativo, sob pena de *inconstitucionalidade formal*, caso em que a lei não será considerada válida. Também é possível analisar a validade na perspectiva material. Toda vez que a lei ignora uma norma ou um princípio constitucional, fala-se em *inconstitucionalidade material*. O plano de validade, portanto, diz respeito a essa esfera, ao processo legislativo e à constitucionalidade material da lei.

(...) Quanto à *vigência*, ela exige que se verifique um outro critério: a *publicação da norma*.

Destarte, o plano de *vigência* diz respeito à obrigatoriedade da lei, após sua publicação. Para que a lei obrigue é necessário que ela esteja em vigor e, assim, possa produzir efeitos. Normalmente, há uma coincidência entre a obrigatoriedade (vigência) e a eficácia, já na data de publicação ou vencido o prazo de *vacatio legis* para que a lei entre em vigor. Assim, em regra, a lei vigente produz seus efeitos. Entretanto, há exceções, como ocorre com as leis orçamentárias, que são publicadas e entram em vigor, mas produzem seus efeitos apenas no ano vindouro (...).

Assim sendo, *nem sempre há coincidência entre a vigência e a eficácia*. Essa sutil distinção se torna bastante clara quando se estudam as *classificações das normas constitucionais, quanto à sua eficácia*,

sobretudo no direito constitucional, falando-se em normas de *eficácia plena, limitada e contida ou restringível*. (...) Em suma, *eficácia formal diz respeito à aplicabilidade da lei*. (SILVA, 2011, p. 45-46)

A respeito da contagem do prazo de vacância e entrada em vigor da nova lei — vigência da lei —, assim explanei na obra citada:

De acordo com o *art. 1º da Lei de Introdução* às normas do Direito Brasileiro, Decreto n. 4.657/1942, “Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”. No entanto, sabe-se que “Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada” (§ 1º).

Ocorre que a *Lei Complementar n. 95/1998*, ao estabelecer normas para a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis no país, modificou essa diretriz. Com efeito, o art. 8º desta fonte normativa disciplina que a vigência da lei promulgada deve ser indicada “de forma expressa”, sendo que o prazo de *vacatio legis* assinado deve ser razoável, para que, da lei, seus destinatários tenham “amplo conhecimento”. Entrementes, permitiu-se que as leis de pequena repercussão possam entrar em vigor “na data de sua publicação”. Neste particular, muito interessante o § 1º do referido dispositivo, incluído pela Lei Complementar n. 107/2001, o qual estabelece forma de contagem do prazo de *vacatio legis*, merecendo ser transcrito: “A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”. (SILVA, 2011, p. 49)

Atenta a essa teoria, a melhor doutrina sustentou, com propriedade, que a data correta da vigência da Lei n. 13.467 seria o dia

11 de novembro de 2017, considerando-se que a lei foi publicada no Diário Oficial em 14 de julho, com prazo de *vacatio legis* de 120 dias. Incluindo-se o dia da publicação e o do vencimento do prazo, os 120 dias se esgotaram em 10 de novembro, entrando a lei em vigor no dia seguinte, 11 de novembro, um sábado.

Como ponderei algures, ainda que normalmente não haja expediente forense nesse dia, isso não muda a conclusão explanada, tendo em vista que não se trata de prazo processual, mas de prazo de vacância, necessário para a melhor compreensão do sentido e do alcance da novel legislação.

A propósito, foi a solução encontrada pelo Tribunal Superior do Trabalho, na edição da excepcional Instrução Normativa n. 41/2018, que buscou conferir um norte interpretativo seguro aos juslaboralistas, no que concerne ao direito intertemporal. Assim nos manifestamos sobre a referida IN:

De saída, a Instrução Normativa n. 41/2018 enuncia que a *vigência e eficácia* da Lei n. 13.467 foi “a partir de 11 de novembro de 2017”, como pontuamos na 1ª edição desta obra — e, aliás, a doutrina amplamente majoritária, senão uníssona —, destacando que a aplicação das normas processuais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, e alteradas pela referida lei, “é imediata”. Mas a questão não é tão simples assim. Por isso mesmo, ressaltou-se que essa aplicação imediata da nova lei não deve “atingir”, de modo algum, “situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada”. (SILVA *et al.*, 2018, p. 29)

Com efeito, ainda que a vigência geral da Lei da Reforma Trabalhista tenha sido o dia 11.11.2017, observamos em obra recente que, diante das *peculiaridades* do direito processual do trabalho, há de se perquirir inúmeras situações jurídicas, para não se cometer o desatino de violar o *princípio da irretroatividade das leis*, uma garantia constitucional albergada

no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil. (SILVA *et al.*, 2018, p. 291)

Bem se vê, portanto, que a questão da *aplicabilidade no tempo* da chamada Reforma Trabalhista não é tão simples quanto parece. Muito menos quanto às intrincadas questões que envolvem os *honorários de sucumbência*.

Com efeito, em regra, quanto à aplicabilidade da lei processual no tempo, o sistema jurídico brasileiro adota a *teoria do isolamento dos atos processuais*, de modo que se respeitam os atos jurídicos processuais já praticados segundo a lei antiga — os atos jurídicos perfeitos —, aplicando-se a lei nova, a partir de sua vigência, apenas aos atos processuais ainda não praticados. Todavia, a solução dos problemas de direito intertemporal ou transitório não é tão simples assim. Pode haver direito adquirido da parte a que o ato siga um ritual já previamente estabelecido, não se podendo olvidar, principalmente, das *situações jurídicas consolidadas*, tal como preconiza o art. 14 do CPC/2015. (SILVA *et al.*, 2018, p. 304-305)

Ademais, quanto aos honorários de sucumbência, há de se observar a fase em que o processo se encontra, porque, a título meramente exemplificativo, nas fases recursal e de execução (ou cumprimento de sentença) há marcos temporais específicos para se definir qual a lei aplicável, se a antiga ou a recém-publicada. Voltarei a essa temática. Agora, convém recordar quais são os principais efeitos das regras que tratam de *honorários de sucumbência no processo do trabalho*, para ao depois se definir com clareza os marcos de aplicabilidade da novel legislação.

### 3. Honorários de sucumbência no processo do trabalho

Quanto aos honorários de sucumbência, a Lei da Reforma Trabalhista promoveu uma verdadeira *revolução* na Justiça do Trabalho, com uma mudança de 180 graus, como já afirmado de maneira introdutória.

De todos é sabido que o Tribunal Superior do Trabalho sempre manteve jurisprudência arredia à possibilidade de haver condenação em honorários de sucumbência na Justiça especializada, como bem demonstram as Súmulas ns. 219 e 329 daquele Tribunal. Há de se recordar que a Súmula n. 219, em sua primeira versão, é anterior à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas o entendimento ali manifestado foi mantido sob a égide do novo regime constitucional, como se observa da análise da Súmula n. 329. Assim, ainda que o art. 133 da CF/88 tenha estatuído a *imprescindibilidade* da participação do advogado para se assegurar a plenitude dos direitos formais e materiais, com fulcro no velho *ius postulandi* que sempre foi uma das marcas registradas da Justiça do Trabalho, consubstanciado no art. 791 da CLT, a Corte Superior Trabalhista *nunca admitiu* a possibilidade de avanço nessa matéria, mantendo firme orientação de não cabimento de honorários de sucumbência no segmento especializado da Justiça, ainda que tenha admitido sua incidência em hipóteses excepcionais, como bem retrata a atual redação da Súmula n. 219. (SILVA *et al.*, 2018, p. 309)

Pode-se afirmar, portanto, sem receio de equívoco, que a água tanto bateu, que *furou a pétrea jurisprudência restritiva* do TST quanto aos honorários de sucumbência. O art. 791-A e parágrafos da CLT passou a ser um *divisor de águas* no processo do trabalho. Como se tem verificado na prática, mais de um ano após a vigência da novel legislação, é que os trabalhadores e seus advogados estão muito receosos, e sopesando com muita cautela os riscos da demanda, tendo em vista que, ainda que alguns direitos se tornem quase evidentes — por exemplo, o direito ao pagamento de salários e verbas rescisórias quando incontroversa a relação de emprego e afirmando o trabalhador que não houve o adimplemento —, outros dependem de prova convincente sobre sua existência. E quanto mais controversa se mostrar a situação fática que pode ou

não dar ensejo ao reconhecimento do direito material alegado, *maior o risco de sucumbência* na demanda, lembrando-se que haverá *sucumbência recíproca* quando o trabalhador não obtiver sucesso quanto a alguns dos direitos reivindicados (§ 3º do art. 791-A). (SILVA *et al.*, 2018, p. 309-310)

Por certo que se trata de *antiga reivindicação* dos advogados trabalhistas, a qual encontrava eco na doutrina, ainda que minoritária.

De se render aqui homenagem a Jorge Luiz Souto Maior, o jurista que sempre defendeu a possibilidade de condenação em honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, desde 1998. Ainda no século passado este grande jurista afirmava que a ausência de sucumbência no processo do trabalho “acaba por constituir, em verdade, uma verdadeira barreira ao acesso à ordem jurídica justa”. E sustentava que os dispositivos processuais aplicáveis no âmbito trabalhista (especialmente do CPC e da Lei n. 1.060/50) já forneciam plena possibilidade “de se adotar a sucumbência no processo do trabalho, como forma de concretização do movimento do acesso à justiça nesta especializada”. (MAIOR, 1998, p. 134-142)

Bem-vinda, pois, a novidade, não fosse a malsinada regra inserida no § 4º do art. 791-A, a permitir a “compensação” dos honorários de sucumbência do advogado do empregador com o crédito recebido pelo trabalhador, “ainda que em outro processo” e *mesmo que consiga o benefício da justiça gratuita*. Um despropósito!

O legislador reformista copiou literalmente a regra do § 3º do art. 85 do CPC/2015, segundo a qual ocorre a suspensão da exigibilidade do crédito resultante dos honorários de sucumbência até que o advogado credor possa demonstrar que o beneficiário da justiça gratuita adquiriu condições materiais de suportar tal despesa, no prazo de cinco anos após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Ainda que no processo do trabalho o prazo tenha sido reduzido a dois anos, *prazo geral da prescrição*

*trabalhista*, não se trata de regra benéfica ao trabalhador, que poderá ter descontado de seu crédito de natureza alimentar valor suficiente ao pagamento dos honorários de sucumbência em prol do advogado do empregador. Lógico que, decorridos esses dois anos sem a referida demonstração, dá-se o fenômeno da *prescrição intercorrente*, extinguindo-se a obrigação do trabalhador, beneficiário da justiça gratuita.

Como advertimos alhures, até aí nenhuma novidade, porquanto essa já era a diretriz desde a edição da Lei n. 1.060/50 (art. 12). O problema fica por conta da matreira intromissão de uma regra de “compensação” logo no início do citado § 4º, permitindo-se que os créditos obtidos pelo trabalhador no julgamento da demanda, “ainda que em outro processo”, possam ser “compensados” para o pagamento do advogado da parte contrária. E se os créditos obtidos forem de natureza nitidamente salarial, como saldo de salário e verbas rescisórias? E se essas verbas sequer tiverem sido objeto de controvérsia? Imaginem a situação do trabalhador que se viu forçado a contratar advogado para demandar seu ex-empregador a fim de receber aquelas sagradas verbas, diante de seu latente estado de necessidade, e resolve postular indenização por dano moral por conta dessa situação de penúria, mas o juiz entende que não há dano moral no caso. Exemplo: a) trabalhador ganha a demanda de R\$ 5.000,00 de saldo de salário e verbas rescisórias; b) mas sucumbe em relação à indenização de dano moral, sendo condenado a pagar 15% de R\$ 50.000,00 = R\$ 7.500,00; c) ele não receberá os incontroversos R\$ 5.000,00, e ainda ficará devendo R\$ 2.500,00 de honorários de sucumbência. Situação tão esdrúxula que não poderia ser aceita pela jurisprudência trabalhista. (SILVA *et al.*, 2018, p. 310)

No entanto, seingar a tese da plena possibilidade de “compensação” do crédito do trabalhador com os honorários de sucumbência do advogado do empregador, há de se ter em conta que até a vigência da nova lei os trabalhadores não tinham qualquer preocupação

quanto a eventual sucumbência — e menos ainda com a possibilidade de “compensação” —, porque a insistente jurisprudência trabalhista era no sentido de não haver condenação em honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, em casos gerais de demandas típicas das relações de emprego (Súmula n. 219, I e IV, do TST). Como poderia agora ser surpreendido com uma nova lei que lhe imponha esse pesado fardo?! Seria uma *surpresa inaceitável*. Daí que a doutrina e a jurisprudência hão de encontrar um caminho de *equidade* para essa drástica situação. De modo que a condenação em honorários de sucumbência no processo do trabalho não possa ser imposta nos processos em curso, ou, pelo menos, nos processos que já se encontram em grau avançado de percurso. (SILVA *et al.*, 2018, p. 310)

Não é só. *Também para o empregador* pode haver uma desagradável surpresa caso a Justiça do Trabalho resolva, no curso de processo instaurado anteriormente à vigência da Lei da Reforma Trabalhista, aplicar as novas regras e condená-lo ao pagamento de honorários de sucumbência. Imagine-se a situação do pequeno empresário que viu seu negócio ruir, dispensou seus empregados e não teve condições de honrar o pagamento das verbas rescisórias e de outros direitos dos trabalhadores, diante da difícil situação financeira por que passava a empresa no período que antecedeu a “quebra”. Em defesa, ele nem contestou, por lealdade, a dívida de saldo de salário, verbas rescisórias, diferenças de FGTS e da integralidade da multa de 40%; impugnou parte dos horários de trabalho, mas admitiu que não tinha condições de pagar as horas extras devidas; admitiu que havia insalubridade no meio ambiente de trabalho e fez acordo processual para pagar 20% sobre o salário-mínimo; contudo, recorreu da sentença porque havia sido condenado também ao pagamento de indenização por dano moral em valor muito alto. Imagine-se sua surpresa ao ver, em sede recursal, o tribunal afastar a condenação por dano moral, mas lhe aplicar uma condenação de 15% sobre o valor

da liquidação, quanto a todas as demais verbas, a título de honorários de sucumbência. Se ele já estava com dificuldades para honrar o pagamento das tantas verbas objeto de condenação e recorreu porque na época não havia aplicação de honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, matéria sumulada (Súmula n. 219 do TST), por que ser surpreendido dessa maneira?

Urge, portanto, que a jurisprudência busque uma solução justa para essa complexa questão, com fundamento nas *teorias do direito transitório*, mas fazendo opção pela que não cause às partes sensação de severa injustiça. Na sequência, pois, a análise dessas teorias.

### **3.1. Data do ajuizamento da ação ou data da sentença?**

A partir de *qual momento* se poderia cogitar da aplicação das novas regras a respeito dos honorários de sucumbência? Essa intrincada questão de *direito intertemporal* ou de direito transitório encontra *duas teorias* de maior aceitação:

1ª) *teoria da sucumbência*, de Chiovenda – segundo essa teoria, o *marco temporal* para a aplicação do regramento relativo aos honorários de sucumbência é a *data da prolação da sentença*, tendo em vista tratar-se a imposição de tais honorários de uma punição ao demandante que litiga sem razão, sem ter o direito material postulado (*princípio da sucumbência*), sendo a sentença de *natureza constitutiva* do direito aos honorários de sucumbência. Tendo a parte sucumbido em sua pretensão, deve arcar com os honorários do advogado da parte contrária. De outra mirada, se a sentença já tinha sido prolatada ao tempo da lei anterior, é a disciplina desta que deve ser aplicada até o final do processo, ainda que a lei posterior venha reduzir ou aumentar o campo de atuação em torno da questão. Foi o que ocorreu com o novo Código de Processo Civil, que ampliou as situações em que devidos honorários de sucumbência no processo civil (art. 85, §§ 1º e 11), além de

impor uma tabela (faixas) de percentuais de honorários de sucumbência em relação à Fazenda Pública (§ 3º do citado art. 85).

Nesse sentido decidiu o STJ em relação ao novo Código de Processo Civil, no julgamento do REsp n. 1.465.535/SP, em 21 de junho de 2016, por sua 4ª Turma. Após identificar que se tratava de um instituto de direito processual-material, a 4ª Turma, no citado recurso, “elegera a sentença como marco processual a separar a incidência do Código antigo da do Código novo”. (NÓBREGA, 2016, *on line*)

2ª) *teoria da causalidade* – por essa teoria, o *marco temporal* para a aplicação do novo regramento a respeito de honorários de sucumbência é a *data do ajuizamento da ação*, não importando se já houve decisão de fundo no processo. Ora, se a condenação em honorários de sucumbência decorre da ideia de punição ao demandante que não sopesou adequadamente os riscos do processo, devendo, por isso, ao sucumbir em sua pretensão, arcar com todas as despesas processuais, inclusive honorários de sucumbência, deve ser aplicada a *lei do tempo da demanda*, porque é nesse momento que o demandante *sopesa os riscos do processo*, tomando em conta todas as despesas que terá de suportar caso não saia vencedor, como custas, emolumentos, honorários de perito e, *principalmente*, honorários de sucumbência. De tal modo que ele não pode ser surpreendido posteriormente, recebendo “castigo” superior ao que divisara quando da propositura da demanda. (SILVA *et al.*, 2018, p. 311)

Já bastante difundido que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça prevalece a primeira teoria, que é amplamente majoritária na justiça comum. No entanto, a situação é completamente distinta da que se passa na Justiça do Trabalho. Lá desde sempre houve aplicação do princípio da sucumbência e todos os códigos de processo sempre contiveram extenso regramento sobre as hipóteses de

cabimento da condenação em honorários de sucumbência, dos percentuais aplicáveis e de outras situações jurídicas conexas. Tão extensa é a problemática relacionada aos honorários de sucumbência que o CPC de 2015 contém uma *normativa demasiadamente ampla sobre a matéria*, não somente no seu art. 85 e 19 parágrafos, mas também nos arts. 86 e 87, bem como em inúmeras outras passagens do Estatuto Processual.

Se no processo comum já causa certa surpresa que o Judiciário mande aplicar as novas regras a processos em curso quando da entrada em vigor no novo CPC, a menos que já houvesse sentença prolatada, não é difícil imaginar o *caos jurídico* que poderia ocorrer caso a Justiça do Trabalho resolva aplicar o novo regramento do art. 791-A e parágrafos da CLT — e ainda subsidiariamente outras regras do CPC — aos processos trabalhistas em curso, quando ambas as partes sequer divisavam essa possibilidade quando da propositura ou contestação da demanda.

Ademais, mesmo no processo civil, a doutrina tem sustentado que, a despeito de o STJ ter definido que o marco temporal para a questão é a data da prolação da sentença — porque é nesta que o crédito aos honorários de sucumbência é constituído, motivo pelo qual seria possível utilizar o novo regramento do CPC/2015 para as condenações em sentenças *ainda não proferidas* em 18 de março de 2016, data do início da vigência do novo Código de Processo Civil —, em nome do *princípio da causalidade*, o marco temporal deve ser a *data do ajuizamento da demanda*.

Com efeito, se o demandante é punido com o pagamento de honorários de sucumbência porque *deu causa ao processo* — como autor, réu ou terceiro interveniente, em sede de ação ou reconvenção —, ele não pode ser surpreendido com regramento que piora sua situação jurídica, não imaginada quando do sopesamento dos riscos de se demandar em juízo.

Guilherme Pupe da Nóbrega cita lição de Yussef Said Cahali, que em 1978 procurou

demonstrar a *insuficiência da teoria da sucumbência*, em seu livro *Honorários advocatícios* (Revista dos Tribunais), afirmando que “a raiz da responsabilidade está na relação causal entre o dano e a atividade de uma pessoa. Esta relação causal é denunciada segundo alguns indícios, o primeiro dos quais é a sucumbência; não há, aqui, nenhuma antítese entre o princípio da causalidade e a regra da sucumbência como fundamento da responsabilidade pelas despesas do processo: se o sucumbente as deve suportar, isto acontece porque a sucumbência demonstra que o processo teve nele a sua causa”. (NÓBREGA, 2016, *on-line*)

No *processo do trabalho* essa teoria é ainda mais necessária, porque neste sequer havia condenação em honorários de sucumbência nas lides derivadas das relações de emprego. Seria um *atentado* surpreender o trabalhador com a possibilidade de “compensação” de seus créditos para o pagamento dos honorários de sucumbência do advogado do empregador, em caso de sucumbência recíproca, que é a regra generalíssima na Justiça do Trabalho. Ainda que ele tenha um enorme sucesso e consiga sair vencedor em todas as suas pretensões, o que é raríssimo, em verdade ele não tinha a menor expectativa de que seu advogado pudesse receber honorários de sucumbência porque o instituto, repita-se, era *inaplicável* no processo do trabalho (Súmula n. 219 do TST).

Nesse sentido, Fabrício Lima Silva, com amparo, inclusive, na *teoria dos jogos*: “Neste ponto, importante a invocação da Teoria dos Jogos em âmbito processual. Segundo esta teoria, ao se compreender o processo como um jogo, em que também são esperados comportamentos de cooperação, disputa e conflito, em que o resultado não depende somente do fator sorte, mas da performance dos jogadores em face do Estado Juiz”. Ou seja, é preciso conhecer as regras do jogo antes do início da partida. Continua o referido autor:

“As condutas dos atores processuais, assim como nos jogos, são tomadas

conforme as regras pré-estabelecidas para o jogo.

Portanto, é imprescindível que (a) parte tenha ciência das consequências jurídicas do ajuizamento do processo ou da defesa apresentada, com a possibilidade de previsibilidade para avaliação das condutas processuais a serem adotadas.

Não seria razoável que o trabalhador ou a empresa, que tivessem ajuizado o processo ou apresentado defesa, enquanto vigente a legislação que não estabelecia a obrigatoriedade de pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no âmbito da Justiça do Trabalho, fossem surpreendidos com a condenação ao pagamento da referida parcela em benefício da parte contrária, com a aplicação do novo art. 791-A, da CLT. Tal conduta implicaria em afronta ao disposto no art. 10, CPC/15, com a configuração de decisão surpresa e violação aos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal.” (SILVA, 2017, *on-line*)

E, como já pontuado, *também o empregador pode ser duramente penalizado* caso seja condenado ao pagamento de honorários de sucumbência que, ao tempo da contestação, da audiência ou do recurso, não imaginava ser possível. Dito de outra maneira, se o empregador soubesse que poderia haver essa condenação, aumentando em até 15% o valor de seu débito, poderia ter avaliado melhor a possibilidade de celebrar um acordo. Igualmente, poderia ter sopesado um pouco mais o risco de recorrer, porque poderá obter a absolvição da condenação de uma verba cuja imposição considera totalmente injusta, mas, em contrapartida, diante do recurso adesivo do trabalhador, ser condenado ao pagamento de honorários de sucumbência sobre *todos os demais capítulos* da condenação.

Como observamos alhures, em boníssima hora o E. Tribunal Superior do Trabalho normatizou que “a condenação em honorários

advocatórios sucumbenciais”, no processo do trabalho, “será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017”, subsistindo, nas demandas ajuizadas anteriormente a esta data, “as diretrizes do art. 14 da Lei n. 5.584/1970 e das Súmulas ns. 219 e 329 do TST”, no art. 6º da Instrução Normativa n. 41/2018.

Para nosso gráudio, foi exatamente a tese que sustentamos na 1ª edição desta obra, na companhia da melhor doutrina a respeito do tema. (SILVA *et al.*, 2018, p. 313)

Convém, pois, definir com clareza os *fundamentos* pelos quais deve prevalecer a tese da *não aplicação* do novo regramento às demandas propostas até o dia 10.11.2017, não somente por um senso de equidade — que já seria o bastante —, mas também porque assim recomenda a *lógica do razoável*, que deveria nortear toda interpretação jurídica, em especial a relacionada ao direito transitório.

### 3.1.1. A teoria do mínimo existencial

O primeiro fundamento a ser esgrimido é o que toca à ideia do *mínimo existencial*, uma máxima no campo do direito internacional dos direitos humanos. Ora, se o trabalhador tem, para além dos direitos fundamentais inerentes a sua condição humana — os chamados direitos de liberdade ou de primeira dimensão —, *direitos sociais imprescindíveis* no megacampo da relação de trabalho, não pode o legislador editar uma lei que suprima tais direitos e, se o fizer, cabe ao intérprete mais destacado — o juiz, considerando-se que sua primeira tarefa é a de assegurar a plenitude dos direitos fundamentais — encontrar no vasto arcabouço das teorias jurídicas, teses que invalidem a normativa recente, ou que pelo menos amenizem seus efeitos deletérios. Em suma, se o trabalhador tiver que suportar a retirada de valores de créditos de natureza eminentemente alimentar para satisfazer o crédito de honorários de sucumbência em pro do advogado do empregador — a despeito de sua natureza igualmente alimentar —, isso, ao

fim e ao cabo, implica em *retirada de valores básicos*, essenciais à sobrevivência digna do trabalhador e de sua família. Isso, por certo, desencadeará uma *grave violação à garantia do mínimo existencial*.

Como se trata de uma doutrina densa, permito-me transcrever neste breve artigo uma síntese da explanação que fiz em obra na qual tratei do tema (SILVA, 2008, p. 73-78):

Procurando identificar esse mínimo existencial social, Robert Alexy (ALEXY, 2002, p. 495) se refere ao direito a uma *moradia simples*, à *educação escolar*, a uma *formação profissional* e a um “standard” mínimo de *assistência médica*. Cançado Trindade (TRINDADE, 1993, p. 99-100) faz alusão a “grupos vulneráveis”, aos quais o direito internacional dos direitos humanos deve propiciar uma proteção especial, diante da urgência do atendimento de suas *necessidades humanas básicas*. E anota:

Com efeito, a formulação do conceito de necessidades básicas (*basic needs*) remonta à Conferência Mundial da OIT sobre Emprego, Distribuição de Renda e Progresso Social, realizada em Genebra em junho de 1976, com a participação de delegações tripartites (representantes de governos, empregadores e empregados) de 121 Estados-membros. Ante o alarmante problema global do empobrecimento de vastos segmentos da humanidade (pobreza e desemprego), a Conferência desenvolveu a idéia central de que as políticas de desenvolvimento econômico e social devem redirecionar-se para o atendimento das necessidades básicas das populações.

Definiu-se que *as necessidades básicas* compreendem uma alimentação adequada, moradia, vestuário, água potável, saneamento, transporte público, *saúde*, educação e acesso à cultura.

(...)

A satisfação dos chamados direitos sociais, na implantação de um *autêntico* Estado social de Direito, é o caminho mais seguro para a *concretude da teoria do mínimo existencial*. Pelo menos a satisfação dos direitos básicos dos trabalhadores, empregados ou não, aqui incluídos os benefícios previdenciários, bem como do *direito à saúde* — e em particular do direito à saúde dos trabalhadores — e do direito à educação gratuita no nível fundamental. Sem a realização dos direitos sociais que configuram o chamado *patamar civilizatório mínimo*, na feliz expressão de Mauricio Godinho Delgado (DELGADO, 2005, p. 1321), não há falar em direitos humanos “sociais” ou de “segunda geração”, os quais desempenham dupla função, de limitar a autonomia do mercado e, em consequência disso, de *materializar a justiça distributiva*, especialmente por meio de um sistema de prestações e serviços públicos, para a satisfação das necessidades básicas da população.

(...)

*Em suma*, pode-se afirmar que a *Constituição brasileira definiu muito bem o tal mínimo existencial social*, quando no seu art. 6º consagrou os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança (social), à previdência social, à proteção da maternidade e da infância, e ainda à assistência social aos desamparados. Mais rigorosa ainda quando elencou as *necessidades vitais básicas* dos trabalhadores, urbanos e rurais, e de sua família, no inciso IV do seu art. 7º, as quais são identificadas como sendo a moradia, a alimentação, a educação, a *saúde*, o lazer, o vestuário, a higiene, o transporte e a previdência social, razão pela qual o salário mínimo fixado por lei *deveria* atender a todas estas necessidades, simplesmente porque *vitais*.

Bem se vê, portanto, que, na medida em que valores que seriam destinados ao pagamento de saldo de salário, verbas rescisórias e até mesmo horas extras e demais adicionais legais — verbas cuja natureza alimentar é indiscutível — sejam destinados ao pagamento de honorários de sucumbência em favor do advogado do empregador — na sucumbência recíproca —, isso implica, ao fim das contas, em *retirada de valores do patrimônio mínimo do trabalhador*. Por isso, ainda que se entenda constitucional essa “compensação”, ela não pode, em absoluto, ser aplicada nos processos que já estavam em curso quando da entrada em vigor do art. 791-A e parágrafos da CLT, porque, repita-se, o trabalhador não tinha a menor ideia de que, mais tarde, poderia ser punido pela sucumbência em parte dos pedidos formulados.

Não por outra razão, um dos principais fundamentos pelos quais se postula a declaração de inconstitucionalidade do § 4º do art. 791-A referido é justamente a *grave violação à garantia do mínimo existencial*.

Nos termos da ADI 5.766, créditos trabalhistas auferidos em demandas propostas por trabalhadores pobres assumem caráter de mínimo existencial, compatível com o princípio constitucional da dignidade humana (art. 1º, inciso III, da CF/88). “Essas verbas trabalhistas, marcadas pelo caráter alimentar, não diferem das prestações estatais de direitos sociais voltadas à garantia de condições materiais mínimas de vida à população pobre, a que o STF confere natureza de mínimo existencial”, destaca o ex-Procurador-geral da República Rodrigo Janot. (STF, 2017, *on-line*)

### 3.1.2. Os princípios da causalidade e da vedação da decisão surpresa

O segundo fundamento é o próprio *princípio da causalidade*, de ordem processual, já estudado anteriormente. Ora, a ideia de sucumbência tem como premissa básica uma certa punição ao demandante que não tinha razão, como autor, réu ou terceiro interveniente,

por onerar a parte contrária com despesas processuais e fazê-la suportar as agruras de um processo judicial, moroso e repleto de armadilhas formais, bem como por ocupar tempo indevido do Judiciário, assoberbado de processos de modo a não cumprir sua missão a tempo e modo. Destarte, não está na própria sucumbência o fundamento essencial da base da condenação, mas na *própria origem da demanda ou da resistência* à postulação, ou seja, na própria causa do processo — por, isso, *princípio da causalidade*, tão pouco estudado no segmento justrabalhista, talvez porque ainda não houvesse a aplicação genérica do princípio da sucumbência antes da Lei da Reforma Trabalhista.

Em certa medida, quando o juiz aplica o regramento novo sobre honorários de sucumbência num processo em que a expectativa a essa condenação fosse ínfima, colhe a parte sucumbente de surpresa, até porque toda a discussão travada anteriormente partia de uma premissa completamente distinta — teses a favor ou contra a aplicação da Súmula n. 219 do TST —, pois, por óbvio, a discussão sobre o regramento do art. 791-A e parágrafos só teve início com a Lei da Reforma Trabalhista, não antes de sua vigência, nos casos concretos.

Daí que o terceiro fundamento é justamente o *princípio da vedação da decisão surpresa*, insculpido como norma fundamental de todo o sistema processual brasileiro, mais precisamente nos arts. 9º e 10 do CPC/2015. Sobre esse importante princípio, assim tem se manifestado a doutrina:

Os artigos 9º e 10 do NCPC também inovam na ordem legal processual civil, não tendo equivalentes perfeitos no CPC de 1973. E, na mesma linha do art. 7º do NCPC (*supra*), recrudescem a garantia do contraditório no contexto das decisões judiciais. Sua finalidade básica é *evitar as “decisões-surpresa”* (também denominadas de *“decisões de terceira via”*) (WAMBIER, 2015, p. 81).

(...)

Pela literalidade do texto do art. 9º, nenhuma decisão prejudicial aos interesses de uma das partes processuais poderia ser prolatada sem a *prévia oitiva* dessa mesma parte. Em decisões judiciais que imponham alguma sucumbência, portanto, o contraditório haveria de ser sempre *prévio*, ressalvadas três exceções:

(a) as tutelas de urgência (arts. 300 a 310 do NCPC);

(b) as tutelas de evidência, mas somente aquelas previstas no art. 311, II e III (...);

(c) a decisão prevista no art. 701 do NCPC (= *mandado liminar em ação monitória*). (FELICIANO *et al.*, 2016, p. 35-36)

Como não há espaço para nenhuma das três exceções na questão ora analisada, a toda evidência, o juiz, desembargador ou ministro que pretenda impor condenação em honorários de sucumbência nos processos que já estavam em andamento em 11.11.2017 deverá, no mínimo, *oportunar às partes manifestação prévia sobre a temática*, para somente depois impor a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência. Assim, não haveria surpresa à parte sucumbente, que desde logo e com mais tempo ao preparar seu recurso contra a decisão respectiva, poderia explanar todos os seus argumentos contrários à condenação, tendo assegurado, portanto, o *princípio do contraditório*.

### 3.1.3. A lógica do razoável

Poder-se-ia trazer à colação ainda um *fundamento de ordem hermenêutica*, por não ser nada razoável que se aplique uma legislação punitiva de forma retroativa. Todas as regras de hermenêutica caminham na direção de impedir essa aplicação. A razão fundamental de se impor a condenação em honorários de sucumbência é a de impor uma penalidade ao demandante que não tinha razão jurídica, mas por ter dado causa à demanda, conforme já exposto em linhas pretéritas. Daí que não

se mostra adequado, num sistema de justiça, impor penalidade a quem não tinha dever legal de prevê-la, simplesmente por desconheçê-la. Mais, por estar respaldado por entendimento sumular da mais alta Corte Trabalhista, *ex vi* de sua Súmula n. 219, tantas vezes aqui mencionada. *A interpretação há de ser coerente e justa.*

A propósito, o grande jusfilósofo Recaséns Siches (SICHES, 1959, p. 660-663) propõe que “a única proposição válida que pode ser emitida sobre a interpretação é a de que o juiz, em todos os casos, deve interpretar a lei precisamente do modo que conduza à solução mais justa para resolver o problema apresentado à sua jurisdição”. De modo que o exercício do *logos de lo razonable* ou *de lo humano*, “aplicado à interpretação jurídica, supera a pluralidade de métodos” de interpretação. Diante de qualquer caso, *fácil ou difícil*, o juiz deve proceder com bom senso, verificando a realidade e os sentidos dos fatos, buscando os valores nos quais se inspira o ordenamento jurídico positivo, ou até mesmo complementando esses valores, com a produção de outros, em harmonia com o referido sistema. E, assim, conjugando todos esses princípios, chegar a *uma solução satisfatória*, considerando-se como tal a decisão no sentido “do que o ordenamento jurídico considera como senso de justiça”. O *cerne da questão* está, pois, em compreender que o conteúdo jurídico das normas prescritivas, proibitivas ou permissivas não pertence “ao pensamento regido pela lógica de tipo matemático, pelo racional”, mas a outro campo do pensamento, que está regido por outro tipo de lógica, pela *lógica de lo razonable, de lo humano* ou da razão vital e histórica. (SILVA, 2017, p. 182-186)

Se assim deve ser com a interpretação do sentido e alcance das normas de caráter prescritivo, proibitivo ou permissivo, quanto mais com a averiguação das *normas punitivas*, ainda

mais quando se trata de uma questão relacionada ao direito intertemporal. Portanto, o que se deve buscar nessa temática é a interpretação razoável, justa, equânime.

### 3.1.4. O princípio da dignidade humana

Enfim, exsurge o *fundamento ontológico* de todo o sistema jurídico, o *princípio da dignidade humana*. Por mais que soe estranho invocar esse princípio geral, havendo ainda a crítica de que ele não deve ser invocado de maneira açodada, como se fosse um remédio para todos os males do jurídico, toda vez que a interpretação da norma — ou de sua aplicação no tempo — conduza a um estrangulamento de direitos fundamentais, sobretudo se essenciais à sobrevivência digna das pessoas, haverá espaço para se buscar o princípio-guia, por não ser aceitável sua violação.

Nem se objete que se trata de uma questão processual, primeiro, porque os honorários de sucumbência pertencem ao campo do chamado direito material-processual; segundo, porque, na realidade cruenta da vida, a fatia suprimida do crédito alimentar do trabalhador para o adimplemento dos honorários de sucumbência do advogado do empregador — em processos nos quais ele jamais poderia imaginar tal situação jurídica, repita-se quantas vezes for necessário — implica, de fato, em *supressão de parte considerável de ingressos imprescindíveis à sua sobrevivência digna* e de sua família, como já se afirmou.

Enfim, por todos esses fundamentos, penso que a condenação em honorários de sucumbência no processo do trabalho somente será possível nas *ações aforadas a partir de 11.11.2017*. Do contrário, insistindo-se pura e simplesmente no princípio da sucumbência, o juiz do trabalho estará atentando contra o *princípio da causalidade*, o princípio da vedação da decisão surpresa (art. 10 do CPC/2015), a garantia inerente ao mínimo existencial e, em último grau, contra o *princípio da dignidade humana*. (SILVA *et al.*, 2018, p. 312)

### 3.2. Honorários de sucumbência na fase recursal

A despeito dos fundamentos antes analisados, pode ser que a jurisprudência se incline pela aplicação imediata do regramento do art. 791-A e parágrafos da CLT aos processos em curso, desafiando uma análise mais acurada das teorias aplicáveis nas fases processuais subsequentes, mormente nas fases recursal e de cumprimento de sentença (ou de execução). Neste tópico, passo ao exame da primeira questão. No seguinte, virá a investigação quanto ao procedimento executivo.

No que concerne ao direito transitório, a *fase recursal* normalmente é regida pela lei vigente ao tempo da publicação (entrega) da decisão objeto de recurso.

Nery observa que há *duas situações* a serem observadas: 1<sup>a</sup>) quanto ao *cabimento* e à *admissibilidade* do recurso se aplica a lei vigente à época da prolação da decisão, explicando que a data da decisão de primeiro grau é a da entrega em cartório (e não a da publicação no diário oficial), enquanto o marco temporal em segundo grau é a data da sessão de julgamento; 2<sup>a</sup>) quanto ao *procedimento* aplicável, o recurso é regido pela lei vigente na data da efetiva interposição do recurso. (NERY, 2015, p. 228-229)

Com efeito, tratando-se o recurso de uma retomada do curso do processo, em direção à instância superior — em regra — para que nesta se possa rever a decisão anteriormente tomada, questionada quanto à sua validade e/ou correção material — postulações de anulação e/ou de reforma —, não podem as partes ser surpreendidas com a supressão de possibilidade recursal quando já prolatada a decisão. Em tempos de PJe — Processo Judicial Eletrônico, há de se entender como data da decisão aquela na qual o texto respectivo é inserido no sistema, não a data da publicação, como adverte Nelson Nery. Tampouco se pode alterar o *procedimento recursal* depois de já interposto o recurso. Daí que, interposto o recurso no processo do trabalho, antes

de 11.11.2017, não se poderia, em absoluto, aplicar o novo regramento de honorários de sucumbência no processo em curso, pelos mesmíssimos fundamentos já amplamente investigados nos tópicos anteriores. Seria uma surpresa desagradável ao recorrente e/ou ao recorrido, que não tinham a menor expectativa, até então, de serem apenados com mais essa despesa processual.

A propósito, a respeito de custas e depósito recursal, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, nos arts. 4º e 20 da Instrução Normativa n. 41/2018, disciplinou que: 1º) a regra do art. 789, *caput*, da CLT será aplicável tão somente às decisões — interlocutórias, sentenças, acórdãos — “proferidas a partir da entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017”, no que se refere às *custas processuais* (art. 4º); 2º) a longa normativa dos §§ 4º, 9º, 10 e 11 do art. 899 da CLT — com a redação dada pela Lei da Reforma Trabalhista —, deverá ser observada apenas quando se tratar de “recursos interpostos contra as decisões proferidas a partir de 11 de novembro de 2017”. Bem se vê, portanto, que a *data da decisão* – e não de sua publicação no Diário Oficial – é que será tomada em conta para se averiguar questões relativas a *custas* — limite máximo — e *depósito recursal* — conta para depósito, correção monetária, redução pela metade ou isenção e, ainda, substituição por fiança bancária ou seguro garantia judicial. (SILVA *et al.*, 2018, p. 30)

A respeito dos honorários de sucumbência na fase recursal, o mesmo norte interpretativo deveria se utilizado.

*Friso*: se a sentença foi prolatada a partir de 11.11.2017, a se adotar o princípio da sucumbência como único fundamento para a solução da intrincada questão de direito transitório, poderia ser aplicado o novel regramento, como tem decidido o STJ; nesse caso, por óbvio, seguindo o tribunal a mesma linha de

raciocínio jurídico, poderia também aplicar as novas regras. E seria possível, adotando-se esse fundamento exclusivo, ao tribunal aplicar essas regras no recurso interposto a partir de 11.11.2017, ainda que a sentença não as tivesse aplicado anteriormente. Contudo, o tribunal *jamais poderia aplicar* o regramento do art. 791-A e parágrafos aos recursos interpostos até 10.11.2017, porque no procedimento respectivo não havia a menor expectativa de que, de súbito, fosse a instância superior apenar o recorrente — ou o recorrido — com a condenação em honorários de sucumbência. Se a parte pudesse antever essa situação, poderia optar por não interpor o recurso cabível.

É uma questão de justiça, não somente de regramento processual aplicável.

### **3.3. Honorários de sucumbência na fase de execução**

Quanto ao procedimento executivo, interessantes questões surgem quanto ao direito intertemporal, nessa matéria dos honorários de sucumbência.

Em se tratando de *processo de execução* em sentido estrito, por exemplo, a execução de termo de conciliação firmado junto à comissão de conciliação prévia, valem os mesmos fundamentos expostos anteriormente quanto à data do ajuizamento da ação. Se o processo de execução teve início antes de 11.11.2017, não há falar em honorários de sucumbência nos moldes do novo regramento da CLT; se a partir daquela data, as partes já sabiam da vigência das novas regras. E essa diretriz se aplica à execução de qualquer *título executivo extrajudicial*, não havendo espaço neste breve artigo para se enfrentar a questão de serem devidos ou não honorários de sucumbência nas demandas propostas pelo Ministério Público do Trabalho e pela União.

Poder-se-ia objetar que o legislador reformista não tratou de honorários de sucumbência na fase executiva, tanto que os parâmetros para a condenação se referem basicamente ao valor

da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou ao valor atualizado da causa (*caput* do art. 791-A). Assim, não haveria o menor espaço para condenação em honorários de sucumbência no procedimento executivo, nem mesmo nas ações cognitivas propostas incidentalmente na execução. Teria havido um *silêncio eloquente* do legislador.

De partida, contra esses argumentos, há de se pontuar um dado histórico. De todos sabido que a Lei da Reforma Trabalhista foi aprovada em tempo recorde, sem qualquer discussão com a sociedade ou com os atores sociais que militam na Justiça do Trabalho. Trata-se, em verdade, de uma lei feita às pressas, com uma atecnia exuberante, repleta de contradições, não havendo cientificidade alguma em se afirmar silêncio eloquente quanto a essa temática. Segundo, se o propósito era o de criar maior dificuldade à propositura de demandas, com a pecha de serem todas aventureiras, não se pode inocular aquele que propõe uma demanda executiva sem razão — ou que se defende sem razão alguma —, devendo, pois, o instituto se aplicar também nessas demandas. Terceiro, se o propósito foi o de premiar o advogado da parte que tinha razão, remunerando-se adequadamente seu trabalho, sobretudo se realizado com zelo e com emprego de tempo demasiado, não se pode ignorar o trabalho do advogado que milita nas causas executivas. Imagine-se uma execução de título extrajudicial proposta pela União, em cujo processo o advogado da empresa realiza um trabalho impecável, que culmina na declaração de nulidade ou de inexigibilidade do título, em sede de embargos à execução. Não haveria condenação em honorários de sucumbência nesse caso?

Alinhada a essa questão, surge a de serem ou não devidos honorários de sucumbência nos embargos à execução promovida pelo trabalhador ou na exceção de pré-executividade.

A respeito do tema, tomei uma decisão logo após a vigência da Lei da Reforma Trabalhista que, não sendo pioneira, talvez tenha sido uma das primeiras sobre essa intrincada questão.

Tomo a liberdade de transcrevê-la, pois entendendo que a sequência de argumentos seja necessária à compreensão de meu raciocínio jurídico. Eis a decisão:

### HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A Lei n. 13.467/2017 inseriu o art. 791-A na CLT, prevendo o cabimento de honorários de sucumbência no processo do trabalho. Penso que a referida condenação somente é possível nas ações aforadas a partir de 11.11.2017 (data da entrada em vigor da nova lei).

(...)

Ocorre que, na nova sistemática do processo civil restou ainda mais claro, após o advento do CPC/2015, que há possibilidade de o juiz arbitrar honorários de sucumbência nas fases processuais distintas, seja na fase recursal, seja na fase de cumprimento de sentença. Tanto é assim que o § 1º do art. 523 daquele Código prevê que o réu seja intimado, na pessoa de seu advogado (art. 513, § 2º, I), a pagar o valor da condenação no prazo de 15 dias, sob pena de multa de 10% e de honorários sucumbenciais de 10% sobre aquele valor.

Por conta disso, a jurisprudência do C. STJ se encaminhou no sentido de que não há possibilidade de condenação em honorários de sucumbência — ou de majoração de honorários já arbitrados anteriormente — na fase de cumprimento de sentença, exatamente porque esses honorários já são arbitrados no início da referida fase. De modo que seriam arbitrados honorários de sucumbência na fase de cumprimento apenas se o impugnante ou até um eventual excipiente — exceção de pré-executividade — fossem vencedores em sua pretensão, normalmente de extinção da execução em face de si. Além disso, a jurisprudência admite a majoração daqueles honorários de 10%, caso o réu pratique artimanhas para furtar-se ao cumprimento da obrigação, aumentando a carga de trabalho do advogado do credor.

Acontece que a defesa do executado, no processo do trabalho, não é feita por simples impugnação, cuja previsão legal vem inserida no art. 525 do CPC/2015, mesmo porque a jurisprudência do C. TST não vem acolhendo a aplicação, nesta seara, dos artigos inseridos no Código de Processo Civil quanto ao cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa.

No processo do trabalho, por força do art. 884 da CLT, a defesa do executado é feita por meio dos embargos à execução, os quais teriam natureza de ação autônoma e, sendo assim, entendendo cabível, no momento de seu julgamento, o arbitramento dos honorários de sucumbência. Explico: se no início da execução o Juiz do Trabalho não arbitra honorários de sucumbência para o caso de o devedor, citado na forma do art. 880 da CLT ou intimado nos termos do art. 523 do CPC, não pagar a dívida no prazo de 48 horas ou de 15 dias, respectivamente, não é possível que, uma vez opostos embargos à execução, demanda incidental de caráter cognitivo, o juiz não possa arbitrar honorários de sucumbência em favor do advogado do reclamante, que terá um sobretrabalho na defesa de seu cliente, não só na impugnação aos embargos, mas também ao ter que postular medidas executivas na sequência, diante da nova redação conferida ao art. 878 da CLT.

Dito tudo isso, considerando-se que os presentes embargos foram opostos em **13.11.2017**, é de se aplicar a diretriz anteriormente explanada.

Sendo assim, observando os critérios estabelecidos no art. 791-A, § 2º, da CLT, condeno o embargante ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência em prol do advogado do reclamante, **no percentual de 10%**.

Considerando que o valor líquido homologado foi fixado em **R\$ 144.760,12** e o valor líquido constante dos cálculos da ré juntados com os embargos à execução foi no importe de **R\$ 98.637,39**, entendo que a reclamada é sucumbente na pretensão de ver o valor da liquidação diminuído em **R\$ 46.122,73**.

Assim, **fixo os honorários de sucumbência, pela ré, em favor do advogado do(a) reclamante, no valor de R\$ 4.612,27 em 31.07.2017** (data dos cálculos). **Observe a Secretaria.**

Em suma, no *processo civil* não há dúvida quanto ao cabimento de honorários de sucumbência nas execuções de título extrajudicial (art. 827 e §§ do CPC) e também na fase de cumprimento de sentença (art. 523, § 1º, do CPC). Também não resta dúvida de que os honorários arbitrados de início podem ser majorados posteriormente, sobretudo quando *rejeitados os embargos à execução* (regra clara do § 2º do citado art. 827).

Já no *processo do trabalho* não é aplicável sequer a multa de 10% preconizada no § 1º do referido art. 523 — segundo tese jurídica fixada pelo Pleno do E. TST em sede de IRRR — Incidente de Recurso de Revista Repetitivo — nos autos do Proc. n. TST-IRR-1786-24.2015.5.04.0000 —, não sendo possível, portanto, que o juiz do trabalho cite (ou intime) o reclamado para pagar a quantia apurada em liquidação de sentença no prazo legal, sob pena de honorários de sucumbência de 10% sobre o referido valor. Entretanto, como é largamente sabido, há *inúmeros embargos à execução*, no processo do trabalho, opostos muitas vezes para procrastinar a solução definitiva do processo. O índice de *rejeição* dos embargos à execução e dos subsequentes agravos de petição é enorme, havendo o Judiciário de encontrar uma solução hermenêutica que torne mais onerosa essa prática de devedores contumazes, além de *premiar* o advogado do reclamante que tem um *sobretrabalho* para impugnar os embargos e contraminutar os agravos de petição, tendo de explicar a todo momento ao seu cliente porque, finalmente apurado o valor de seu crédito, ele não recebe o que a Justiça já reconheceu.

Como se não bastasse, conquanto discutível a natureza jurídica dos embargos à execução, penso que, no processo do trabalho, eles continuam tendo a feição de uma ação — ação constitutiva (ou desconstitutiva), na lição de Manoel Antonio (TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 2240) —, quando menos, de uma *demanda cognitiva incidental* na fase executiva. Nada justifica, pois, que não haja condenação em honorários de sucumbência no julgamento dos embargos à execução opostos a partir de 11.11.2017. Por coerência, se o trabalhador opuser impugnação à “sentença” de liquidação e sua pretensão se revelar infundada, também deve arcar com honorários de sucumbência em favor do advogado do empregador, em percentual a ser calculado sobre a diferença entre o valor que apresentar na impugnação e o valor correto da dívida.

Enfim, na *exceção de pré-executividade*, tal como se dá no processo civil — embora lá a medida tenha perdido a sua importância diante da inexigibilidade de garantia do juízo para a oposição da impugnação, de acordo com o *caput* do art. 525 do CPC/2015, a não ser na hipótese do § 11 deste mesmo artigo —, há de se observar a data da propositura da exceção para que se possa aplicar o novo regramento do art. 791-A e parágrafos da CLT. Contudo, somente haverá condenação em honorários de sucumbência se o excipiente for vencedor, porque nesse caso a decisão teria cunho de definitividade, desafiando, por isso mesmo, a interposição de agravo de petição. Se rejeitada a exceção, como é sabido, a decisão seria interlocutória, tanto que a matéria poderia ser renovada em sede de embargos à execução, nestes, sim, havendo espaço para honorários de sucumbência, em conformidade com os parâmetros já examinados.

#### 4. Considerações finais

De tudo quanto exposto até esta parte, há de se concluir que, em regra, a normativa da Reforma Trabalhista se aplica aos processos em curso, a *partir de 11.11.2017*, sobretudo na fase de conhecimento, em primeiro grau de jurisdição.

Contudo, há de se preservar os direitos adquiridos e as situações jurídicas consolidadas quando da entrada em vigor da Lei n. 13.467. Por isso, proponho que a doutrina e a jurisprudência criem *barreiras de contenção* em busca da preservação dos princípios ontológicos do processo do trabalho, mormente quanto às intrincadas questões que envolvem o instituto dos honorários de sucumbência.

Com efeito, apesar da inconstitucionalidade da regra que possibilita a “compensação” do crédito do trabalhador para o pagamento de honorários de sucumbência em prol do advogado do empregador, a se admitir essa possibilidade, que a regra seja aplicada somente nas *ações propostas a partir de 11.11.2017*, prestigiando-se o *princípio da causalidade*,

o princípio da vedação da decisão surpresa (arts. 9º e 10 do CPC/2015), a garantia inerente ao mínimo existencial e, em última medida, o *princípio da dignidade humana*.

E, para que não haja afronta ao *princípio da irretroatividade da lei*, na fase recursal, há de se verificar a *data da interposição do recurso*, porque o procedimento recursal deve ser regido pela lei vigente nessa data. Na fase executiva, tratando-se de processo de execução de título extrajudicial, há de se observar a *data da propositura da demanda* e, nas demandas incidentais de embargos à execução ou de exceção de pré-executividade, o marco para a aplicação do novo regramento do art. 791-A e parágrafos da CLT deve ser também a data da oposição da medida impugnativa, não sendo adequada a tese de não haver possibilidade de condenação em honorários de sucumbência nessas demandas, pelos fundamentos já expostos.

Enfim, é esperar para ver como a jurisprudência trabalhista vai se comportar quanto a essas delicadas questões, na expectativa de que a interpretação mais razoável e consentânea com a *natureza jurídica dos institutos* e os *princípios* da celeridade e da efetividade prevaleçam, recordando-se que a única razão de ser do Direito é a de propiciar o devido respeito à *dignidade da pessoa humana*, ainda que com uma dose de segurança jurídica.

#### 5. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução da 1. edição de *Theorie der Grundrechte*, por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

FELICIANO, Guilherme Guimarães *et al.* Comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho, *volume 1*: parte geral: arts. 1º ao 317: atualizado conforme a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: LTr, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *O STJ decidiu: a sentença é o marco-temporal processual para identificação das normas a regular os honorários. E aí?* Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoProcedimento/106,MI241493,31047-O+STJ+decidiu+a+sentenca+e+o+marco+temporalprocessual+para>>. Acesso em: 23 set. 2017.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofia del derecho*. 1. ed. México: Porrúa, 1959.

SILVA, Fabrício Lima. Aspectos processuais da reforma trabalhista. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/aspectos-processuais-da-reforma-trabalhista-20072017>>. Acesso em: 23 set. 2017.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008.

\_\_\_\_\_. *Magistratura e temas fundamentais do direito*. São Paulo: LTr, 2011.

\_\_\_\_\_. *Magistratura e temas fundamentais do direito: reforma trabalhista e direito intertemporal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira *et al.* *Comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho, volume 1: parte geral: arts. 1º ao 317:*

atualizado conforme a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: LTr, 2016.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTr, 1998.

STF. PGR questiona dispositivos da reforma trabalhista que afetam gratuidade da justiça. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353910>>. Acesso em: 23 set. 2017.

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

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

# Teoria dos sistemas e negociação coletiva após a reforma trabalhista: a possibilidade de prevalência do código econômico em face dos direitos sociais dos trabalhadores

Lincoln Simões Fontenele<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ Este artigo pretende fazer uma abordagem a partir do aporte teórico-metodológico da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Com esta perspectiva, analisa-se um novo paradigma de direitos fundamentais, que, será chamado de pós-social. Por enquanto, sem pretensão de considerá-lo pronto e acabado, fotografam-se algumas de suas manifestações. A partir de uma abordagem empírica e crítica do modelo sindical brasileiro, tem-se como recorte da Reforma Trabalhista brasileira (Lei n. 13.467/2017) realizado para este estudo a valorização da negociação coletiva. Realizada uma contextualização do atual quadro sindical, que possui histórico corporativista e seus resquícios jurídicos, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, percebe-se que o déficit de representatividade sindical pode ser uma porta de entrada para a corrosão e dificuldade de acesso aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, sendo, inclusive, um convite à prevalência do código econômico na sociedade e ao perigo da desdiferenciação funcional.

## Palavras-chave:

- ▶ Teoria dos sistemas — Paradigma pós-social — Negociado sobre o legislado — Corporativismo — Desdiferenciação funcional.

## Abstract:

- ▶ This article intends to do an approach from the theoretical-methodological contribution of Niklas Luhmann's Systems Theory. Through this landscape, a new paradigm of fundamental rights is analyzed, which will be called post-social. For now, without pretending to consider it ready and finished, some of its manifestations are photographed. Based on an empirical

(\*) Advogado. Mestrando em Direito, Constituição e Ordens Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Filosofia e Teoria do Direito

pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7).

and critical approach of the Brazilian union model, the Brazilian Labor Reform (Law No. 13,467/2017) has been used as a cut for the study the valuation of collective bargaining. After a contextualization of the current union structure, which has a corporatist history and its juridical remnants, even after the promulgation of the 1988 Constitution, it can be seen that the deficit of trade union representation can be a gateway to corrosion and difficult access to workers' fundamental social rights, including an invitation to the prevalence of the economic code in society and to the danger of functional dedifferentiation.

### Key-words:

- ▶ Systems Theory — Post-social paradigm— Negotiated over the legislated— Corporatist — Functional differentiation.

### Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O direito, a economia e a política: elementos sistêmicos e sociais das relações de trabalho
- ▶ 3. Paradigma pós-social dos direitos fundamentais
- ▶ 4. A valorização da negociação coletiva advinda com Lei n. 13.467/2017
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências

## 1. Introdução

As relações de trabalho podem ser melhor compreendidas e debatidas a partir de uma perspectiva teórico-sistêmica, posto que ela descreve a sociedade e permite uma análise transdisciplinar com seus vários sistemas. Dessa forma, a pesquisa parte dela por entender que uma análise das relações de trabalho precisa dialogar com a sociedade como um todo. Diante disso, a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann fornece um adequado suporte teórico e metodológico para a presente pesquisa.

Com esteio nesta perspectiva, a questão dos direitos fundamentais dos trabalhadores frente a uma tendência global de esgotamento do Estado Social entra em cena no mundo do trabalho. Trata-se de uma situação que permite apontar a construção de um novo paradigma de direitos fundamentais, o pós-social. Neste contexto, no Brasil, surge uma valorização pela prevalência do negociado como instrumento hábil a modificar a relação de trabalho, em detrimento da imposição política de limites

e possibilidades a ela. Tal modelo pode ser observado na Lei n. 13.467/2017, juntamente de sua Exposição de Motivos e do Voto do Relator, o Deputado Federal Rogério Marinho. A valorização desse instrumento tem esteio na tentativa de dar mais liberdade para a relação de trabalho se adequar aos diferentes setores da economia e às diferenciadas conjunturas econômicas.

## 2. O direito, a economia e a política: elementos sistêmicos e sociais das relações de trabalho

Debater as relações de trabalho demanda esclarecimentos de suas bases sociológicas para se compreender os fatores que nelas historicamente influem. Para tanto, será útil partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann para identificar tais fatores, tendo em vista que se trata de uma teoria com a pretensão de descrever a sociedade como um todo e seus sistemas internos. Dessa forma, é possível identificar três sistemas sociais que estão envolvidos na

relação trabalhista: o direito, a economia e a política.

O direito tem sua importância por manter estáveis as expectativas normativas das pessoas, de forma que, diante de desapontamentos, não sejam abandonadas nem modificadas<sup>(1)</sup>. Nesse sentido, uma relação de trabalho envolve obrigações de ambas as partes contratantes, comumente chamadas pela doutrina jurídica brasileira de obreiro e tomador de serviços. Tais obrigações possuem as qualidades necessárias para serem adimplidas por meio de mecanismos do próprio direito. Para tanto, este sistema faz uso de seu código binário lícito/ilícito orientado por seu programa condicional: “se forem preenchidas determinadas condições (se configurado um conjunto de fatos precisamente definidos), deve-se adotar uma determinada decisão”<sup>(2)</sup>.

O sistema econômico possui participação na relação de trabalho na medida em que lida com o problema da escassez por meio de operações que, enquanto dão acesso a determinados bens, limitam o acesso a estes mesmos bens às outras pessoas<sup>(3)</sup>. Diante disso, a economia opera com o código binário ter/não ter, estabelecendo a relação na qual se encontra o participante da economia face a todos os bens que podem ser objeto de acesso, de modo que a propriedade de Alter é necessariamente a escassez de Ego<sup>(4)</sup>.

Com o advento de uma moeda comum de troca — o dinheiro —, o ter/não ter tornou-se pagar/não pagar, porque se tem ou não se tem uma determinada quantidade de dinheiro, e esta operação é orientada por um programa, que, no caso do sistema econômico, é o preço,

o qual motivará ou não um pagamento<sup>(5)</sup>. Ou seja, o preço, conforme Luhmann, permitirá a formação de expectativas sobre a quantidade que se terá que pagar e a comunicação entre os atores econômicos sobre isso<sup>(6)</sup>. Portanto, para o autor, possibilita-se, assim, saber se alguém quer ou não pagar por algo ou se alguém pode ou não produzir a esse preço<sup>(7)</sup>, já que os preços permitem a observação de necessidades, desejos, falta de recursos, excessos de bens, novas tecnologias etc.<sup>(8)</sup>.

Ademais, para a construção da argumentação voltada à relação de trabalho, deve-se destacar desse sistema econômico o que Luhmann chama de “critério da ganância”<sup>(9)</sup>. Assim, considerando que existe uma relação na qual o pagamento de Alter destinado a Ego possibilita a este um futuro pagamento, já que, agora, possui dinheiro, a ganância é o elemento que proporciona, indiretamente, que Alter, mesmo se relacionando economicamente com Ego, continue a ter dinheiro e, conseqüentemente, mais condições de pagamento. É importante trazer esse conceito à presente investigação, porque Luhmann acrescenta no argumento que há razões ou finalidades diversas para se realizar pagamentos ligadas à ideia

(5) CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *GLU: glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidade Iberoamericana, 1996. p. 70.

(6) LUHMANN, Niklas. La economía de la sociedad como sistema autopoietico. Tradução de Hugo Cadenas. *Revista Mad*, [S.l.], n. 29, p. 8, ago. 2013.

(7) Luhmann ainda assevera que tal programa pressupõe a desigualdade de condições, uma vez que enquanto as necessidades dos atores econômicos são diferentes – resultando em bens que possuem o mesmo preço, mas são mais ou menos atrativos a depender dessa desigualdade – o dinheiro está repartido desigualmente entre eles (Idem, 1994, p. 111). Desse modo, os preços são considerados altos para uns e bem acessíveis para outros, ocasião em que o autor conclui que a igualdade seria uma entropia mortal para o sistema econômico (Idem, p. 112).

(8) CORREIA, José Gladston Viana. *Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 83.

(9) Cf. LUHMANN, Niklas. La economía de la sociedad como sistema autopoietico. Tradução de Hugo Cadenas. *Revista Mad*, [S.l.], n. 29, p. 9, ago. 2013.

(1) LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 56.

(2) *Ibidem*, 1985, p. 28.

(3) *Ibidem*, 1994, p. 179.

(4) Assim é representado o problema social da economia, que é o paradoxo da escassez, no qual o acesso a determinados bens por alguém é a redução destes mesmos bens para outro, ou seja, o acesso produz escassez (*Ibidem*, p. 98).

de “necessidade”<sup>(10)</sup>, que podem ser aquelas básicas humanas, aquelas que surgem caso se tenha dinheiro disponível para satisfazê-las<sup>(11)</sup> ou aquelas que demandam energia, insumos<sup>(12)</sup> e mão de obra<sup>(13)</sup>. Estas últimas — necessidades de produção — são imprescindíveis para consagrar a participação da economia nas relações de trabalho, pois o tomador dos serviços do obreiro, sob a égide do critério da ganância, almeja lucratividade ao procurar energia, insumos e mão de obra e verifica sua precificação no mercado. Portanto, as empresas possuem, nesta última necessidade, mais protagonismo. Enquanto os consumidores demandam bens e serviços finais mais pela utilidade direta que podem acarretar, as empresas os demandam em razão da produção e da receita que podem obter através do seu uso<sup>(14)</sup>, gerando mais condições de pagamento.

Fazendo-se uma análise econômica da relação de trabalho, conclui-se, diante do exposto, que o tomador dos serviços do obreiro, sob a égide do critério da ganância, procura aumentar cada vez mais suas próprias condições de pagamento, o que fará por meio da produção. Para tanto, demanda energia, insumo e mão de obra.

Assim, compreende-se como o direito e a economia são sistemas envolvidos na relação de trabalho: do ponto de vista jurídico, o contrato de trabalho contém obrigações de cada parte; do ponto de vista econômico, orientações marcadas pelo critério da ganância com relação à propriedade<sup>(15)</sup>. O contrato de trabalho será resultado da participação desses dois sistemas

que se sensibilizam entre si. Pode-se dizer, portanto, que se trata de um conflito social, que, historicamente<sup>(16)</sup>, percebeu-se ser dinâmico e protagonizado por sujeitos que têm interesses contrários na relação de trabalho, que demanda prestações jurídicas<sup>(17)</sup>. Destarte, o direito do trabalho tem o papel de regular essa relação conflituosa, mantendo estáveis as expectativas que tais atores possuem.

Contudo, não se pode deixar de mencionar que há um forte traço do sistema político ao se analisar as relações de trabalho, posto que suas decisões coletivamente vinculantes podem resolver problemas que a luta individual não consegue por si só<sup>(18)</sup>, trazendo limites e possibilidades ao desenvolvimento dessas relações trabalhistas<sup>(19)</sup>. Ou seja, para além da vontade das próprias partes em construir o contrato, há fronteiras que a política insere nessa relação. Daí a atuação do Estado, como organização política, para a implementação de direitos sociais<sup>(20)</sup>.

Nessa tríade entre direito, economia e política, os direitos fundamentais, especificamente os trabalhistas, entram em cena para garantir a diferenciação destes sistemas, como é a sua função na sociedade<sup>(21)</sup>. Isto quer dizer que,

(10) As necessidades podem ser biológicas, psíquicas ou propriamente econômicas.

(11) Luhmann as entende como necessidades de luxo (Cf. *Ibidem*, p. 11).

(12) Tradução livre do termo *materiales* contido na fonte em espanhol.

(13) *Idem*.

(14) SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. *Economia*. Tradução de Elsa Fontinha e Jorge Pires Gomes. 19. ed. Porto Alegre: AMGH, 2012. p. 205.

(15) LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger e Alexandre Agnolon. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 623.

(16) Remontando aos antecedentes pré-industriais do trabalho subordinado moderno, cf. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado do direito do trabalho*: parte 1: dogmática geral. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 50-56.

(17) LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Direito do trabalho e ideologia*. Tradução de Antônio Moreira. Lisboa: Almedina, 2001. p. 18.

(18) LUHMANN, Niklas. *Sociologia política*. Tradução de Iván Ortega Rodríguez. Madri: Editorial Trotta, 2014. p. 38.

(19) Sobre o direito do trabalho surgindo como reação à desigualdade de fato, cf. ABRANTES, José João. Sobre a constituição e a crise do favor laboratoris em direito do trabalho. In: OTERO, Paulo; QUADROS, Fausto de; SOUSA, Marcelo Rebelo de (Coords.). *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 269-284.

(20) CORREIA, José Gladston Viana. *Sociologia dos direitos sociais*: escassez, justiça e legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 88-89.

(21) LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*: aportación a la sociología política. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 297.

enquanto garantem a satisfação econômica de necessidades, impedem que o código econômico prepondera em relação aos códigos dos outros sistemas, impedindo, desse modo, a desdiferenciação funcional.

### 3. Paradigma pós-social dos direitos fundamentais

Quando se fala do direito que regula a relação do trabalho, afetando, conseqüentemente, o contrato de trabalho, sabe-se que o seu programa condicional, analisado no tempo, é dinâmico, já que é reflexo de um conflito social. Sua mudança é representada pela consagração de novos paradigmas do direito. E é deste conflito que emanam os tipos de expectativas que deverão ser estabilizadas pelo sistema jurídico<sup>(22)</sup>.

Sarmiento aponta que, sob o impacto da globalização<sup>(23)</sup>, há uma debilitação do Estado na medida em que perde força sobre as variáveis econômicas, o que acaba por refletir no seu papel de implementação de políticas públicas e de garantia da eficácia dos direitos sociais<sup>(24)</sup>. Torna-se insustentável, então, manter o contrato da relação de trabalho em limites e possibilidades ventilados pelo paradigma social<sup>(25)</sup>, porque os efeitos da

(22) Vez que a função do direito é a de manter estáveis as expectativas normativas congruente e generalizadas, ou seja, expectativas que as pessoas têm e que não podem ser desapontadas (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 116-123).

(23) A globalização é para onde tendem os sistemas funcionais, não sendo o território do Estado um fator que limite suas operações, com exceção da política, caso em que os limites territoriais ainda se mostram como barreiras a sua atuação (*Ibidem*, 2007. p. 641).

(24) SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 396.

(25) Paradigma no qual foram consagrados os chamados direitos sociais, o que inclui os direitos trabalhistas. Parte-se, portanto, do pressuposto de que tais direitos fazem parte da categoria de direitos fundamentais. Sobre como os direitos sociais podem ser trabalhados dentro de uma dogmática unitária de direitos fundamentais cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 1. ed. Coimbra:

globalização desterritorializaram ainda mais as comunicações da economia, incentivando a expatriação da produção<sup>(26)</sup>. Conseqüentemente, as obrigações assumidas contratualmente sob a perspectiva do paradigma retro são, do ponto de vista econômico, contraprestações que podem, facilmente, ser substituídas por outras que permitem maiores condições de pagamento, principalmente se o interesse for de produção. Isto é, o preço das relações de trabalho, resultado de obrigações jurídicas mantidas sob as possibilidades e os limites que as decisões políticas estabelecem (legislação trabalhista brasileira), concorre com o preço que se obtém ao se analisar a relação de trabalho regulada por outros programas jurídicos (legislação trabalhista de outros países), que podem sofrer maior ou menor intervenção por decisões políticas.

Permite-se que a economia possa se tornar cada vez mais livre dos territórios, o que possibilita o investimento cada vez mais concentrado em locais capazes de proporcionar maior lucratividade para as empresas, gerando concorrência entre os agentes econômicos em níveis transnacionais, de modo que os força a buscar a redução de seus custos a qualquer preço<sup>(27)</sup>. Inclusive, aponta o autor que a “mobilidade dos meios de produção atua hoje no sentido de libertar os agentes econômicos transnacionais das amarras do direito interno dos países em que operam”<sup>(28)</sup>, concluindo que,

Coimbra Editora, 2010. p. 251-331. Sobre como direitos sociais afetam relações entre particulares cf. ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 65-142 e cf. SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 332-350. Pontualmente sobre a eficácia vinculativa perante terceiros dos direitos fundamentais dos trabalhadores cf. CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Lisboa: Almedina, 1985. p. 147-179.

(26) Cf. HARVEY, David. *O enigma do capital: e as crises do capitalismo*. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 21-22.

(27) SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 397.

(28) *Ibidem*, p. 398.

dessa forma, o Estado vai perdendo condições de controlar os fatores econômicos e sociais que influem na sociedade territorialmente nele localizada<sup>(29)</sup>. Ele acrescenta, ainda, que os “países que não adaptam o seu direito interno às exigências comuns do mercado internacional são imediatamente abandonados, pois o capital sem pátria tem como buscar abrigo nos Estados cujas leis lhe favoreçam”<sup>(30)</sup>. Nesse cenário<sup>(31)</sup>, a dinamicidade da relação entre direito, economia e política tendeu a mudar, apontando para emersão de um paradigma pós-social dos direitos fundamentais<sup>(32)</sup>, que pode ser pensado como um caminho para a “deslegalização das normas protetoras dos trabalhadores, despolitizando as relações de trabalho e as reduzindo a uma simples ordem de troca contratual”<sup>(33)</sup>.

Diante disso, é possível trabalhar com a ideia de que os contratos e seus limites e possibilidades acabam por demandar mudanças, sob pena de serem, no mercado, maus investimentos<sup>(34)</sup>. Isto porque as grandes empresas,

muito além de procurar apenas mão de obra barata, diante deste nível de concorrência, também sofrem pressão para se adaptar e inovar na sua administração<sup>(35)</sup>, o que também vai demandar conformidade jurídica.

#### 4. A valorização da negociação coletiva advinda com Lei n. 13.467/2017

Enquanto a política consegue trazer limites e possibilidades aos contratos de trabalho, o conflito social e dinâmico entre capital e trabalho perdura. Não é que nessa relação se desconheça a direção<sup>(36)</sup> como um trabalho, como alguns podem querer criticar Marx nesse sentido, mas o fato é que esse lado da relação é o polo que lucra porque tem mais poder de barganha, e não porque recebe exatamente pelo próprio trabalho, sendo essa relação de espoliação, num primeiro momento, moralmente inaceitável<sup>(37)</sup>. E, pelo motivo de o empreendedor ser o árbitro e regulador do trabalho, estabelecendo as condições de acordo com seu interesse pessoal, ao revés do operário, a quem não resta senão concordar, parte-se dessa relação para fundamentar o debate sobre propriedades legítimas e ilegítimas,

(29) *Idem*.

(30) *Ibidem*, p. 399.

(31) Acaba-se aumentando as práticas de dumping social, no sentido de se ter uma situação na qual o tomador de serviços se vale de um contrato dentro de possibilidades e limites diferentes e mais vantajosos permitidos pela política de um Estado-nação diferente dos concorrentes, resultando no fato de que suas prestações são consideravelmente inferiores àquelas praticadas por outros atores no mercado (MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranúlio; e SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 10).

(32) Sobre dados da precarização do trabalho no Brasil, cf. DRUCK, Graça. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios?. *Caderno CRH*, Salvador, v. 24, n. 01, p. 44-54, 2011. E sobre a crise do modelo social europeu, cf. WHITEHEAD, Daniel Vaughan. The european social model in times of crisis: an overview. In: WHITEHEAD, Daniel Vaughan (Ed.). *The european social model in crisis: is Europe losing its soul?*. Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2015. p. 1-65).

(33) FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 229.

(34) A pressão competitiva se acirra com a entrada da China, da Índia, do Vietnã, da Indonésia, do Camboja, da Tailândia, de Bangladesh e de outros países recém-industrializados no mercado com ilimitado suprimento de empregos a baixo custo (STANDING, Guy. *O precariado: a*

nova classe perigosa. Tradução de Cristina Antunes. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014. p. 49-52).

(35) O recurso ao modelo toyotista de produção foi um fator que afetou profundamente as relações de trabalho e as direcionou para a flexibilização. Com origem na empresa japonesa Toyota e criado por seu engenheiro industrial, Taiichi Ohno, tal sistema visa o aumento de produção ao mesmo tempo em que aumenta a quantidade de diversos modelos de produtos (PINTO, Geraldo Augusto. *A organização do trabalho no século XX: taylorismo, fordismo e toyotismo*. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 61-62). Para tanto, a “autonomação”, a polyvalência, a celularização e o *just in time* foram a combinação perfeita para aumentar a capacidade produtiva da empresa por meio de sua flexibilização, sem que se precisasse aumentar os salários e o número de postos de trabalhadores, aos quais foram direcionadas exigências de jornadas flexíveis e de horas extras (*Ibidem*, p. 67-71).

(36) O termo “direção” está empregada no sentido de gestão da atividade econômica realizada pelo tomador de serviços.

(37) BATTAGLIA, Felice. *Filosofia do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1958. p.187-188.

enquanto derivadas do trabalho e da conquista, respectivamente<sup>(38)</sup>.

Em razão desse conflito entre lados com forças de barganha desiguais, a associação de trabalhadores como instrumento de modificação de sua realidade contratual vem suprir a demanda por uma maior força por parte deles. Seguindo nessa linha, o Brasil adota um modelo misto, no qual há a própria ordem estatal e a negociação coletiva como fontes do direito, tendo a CF/88, no art. 7º, XXVI, reconhecido a força normativa do instrumento coletivo.

A Exposição de Motivos da Lei n. 13.467/2017 reconhece a valorização do instrumento normativo coletivo e do combate ao questionamento judicial de sua autonomia, sob o fundamento de que as relações de trabalho precisam ter esse mecanismo de adequação aos diferentes setores da economia e às diferenciadas conjunturas econômicas<sup>(39)</sup>.

A prevalência da norma mais favorável, disposta no *caput* do art. 7º da CF/88, comporta exceções, que são as negociações sobre o salário e a jornada, respectivamente os incisos VI e XIII daquele mesmo artigo. Com a vigência da Lei n. 13.467/2017, a valorização da negociação coletiva e a expressa disposição do art. 611-A da CLT, afirmando que “a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei”, apontam para uma maior segurança jurídica, na medida em que elenca o que pode ser objeto de negociação. Ademais, o art. 611-B da CLT, também oriundo da lei *supra*, já estabelece de antemão o que poderia ser objeto ilícito de negociação. Desta feita, uma maior abertura à prevalência do negociado oriunda da Reforma Trabalhista significa uma menor imposição de limites à relação de trabalho estabelecidos pelo sistema político<sup>(40)</sup>.

(38) MAZZINI apud BATTAGLIA, Felice. *Filosofia do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 190-191.

(39) BRASIL. *Exposição de Motivos n. 00036/2016 MTB*.

(40) José Eduardo Faria destaca que movimentos como esse são oriundos da diminuição de poder do Estado em centralizar as situações sociais e atividades econômicas, resultando em duas estratégias: (i) ampla revisão da

Compreendida a possibilidade da prevalência da norma coletiva na flexibilização de direitos fundamentais dos trabalhadores, resta trazer ao debate a crítica ao modelo sindical brasileiro. Já em 2001, o Poder Executivo apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 5.483/01, que tendia a dar prevalência do negociado sobre o legislado, porém, diferentemente da sancionada Reforma Trabalhista, não elencou as situações em que seria possível. Ele acabou por ser arquivado sob o argumento de que o referido projeto demandaria uma alteração profunda no sistema sindical brasileiro, de forma que seria imprudente atribuir tal tarefa aos sindicatos enquanto permanecessem fracos e carentes de representatividade<sup>(41)</sup>. A atual Reforma Trabalhista conseguiu passar ao alvedrio deste argumento, posto que ainda não houve significativa mudança desse quadro. Ela ainda tenta tocar no sistema sindical ao retirar a obrigatoriedade da contribuição sindical, tornando-a facultativa, mas ainda passa longe de eliminar os resquícios do corporativismo.

Falar em corporativismo remonta à política econômica getulista, com auge no Estado Novo, em que o dirigismo fora acompanhado de controle do conflito entre capital e trabalho<sup>(42)</sup>. Para tanto, foi adotada (i) a estrutura da unicidade sindical; (ii) a proibição de sindicalização dos funcionários públicos; (iii) a proibição de atividades políticas e propagandas de ideologias consideradas sectárias, de caráter social ou religioso; (iv) a necessidade do reconhecimento do sindicato pelo Estado; (v) as contribuições sindicais obrigatórias;

política legislativa e redefinição das fontes de direito; e (ii) garantia aos diferentes atores sociais de condições de discussão entre si e definição consensual do conteúdo das normas (FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica: direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53-55).

(41) BULGUERONI, Renata Orsi. *Negociação coletiva e fontes do direito do trabalho: propostas para a prevalência do negociado sobre o legislado nas relações de emprego*. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 190.

(42) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 121-122.

(vi) a proibição da greve; (vii) a intervenção do Estado no sindicato quando deixasse de observar a lei, se recusasse a cumprir Ato do Presidente da República ou normas das autoridades corporativas atinentes às diretrizes da política econômica; (viii) a criação de regras sobre a administração do sindicato; (ix) o poder normativo da Justiça do Trabalho; e (x) a criminalização da incitação à cessação coletiva do trabalho no setor público e a tipificação de vários atos como crimes contra a segurança nacional relacionados com a greve nos serviços públicos ou nas atividades essenciais<sup>(43)</sup>.

Com esse histórico e com a sobrevivência da estrutura de unicidade sindical, até hoje, os sindicatos ainda possuem sua representatividade sendo vista com muita desconfiança. Com o poder que suas negociações terão com a prevalência do negociado sobre o legislado, os direitos fundamentais dos trabalhadores que aceitam tal flexibilização (salário e jornada) estarão em risco. Portanto, mister é entrar no debate sobre a possibilidade de essa abertura atacar os direitos sociais trabalhistas, o que permitiria concluir pela manifestação de um novo paradigma dos direitos fundamentais: o pós-social. É nele em que os direitos fundamentais dos trabalhadores sofrerão corrosão e terão barreiras de acesso pela fraca posição sindical no momento da negociação dos termos da relação de trabalho, permitindo conjecturar uma certa inflação do sistema econômico, cujo código começa a ganhar mais espaço de atuação em detrimento da diferenciação funcional<sup>(44)</sup>.

## 5. Considerações finais

Parte-se da possibilidade de as relações de trabalho poderem ser descritas a partir de uma

(43) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 123-129.

(44) Por isso, pode-se falar que o Brasil se encontra na periferia da sociedade mundial, uma vez que sua diferenciação recebe orientação primariamente econômica (NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução por Antônio Luz Costa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 105).

perspectiva teórico-sistêmica, destacando-se os contatos entre os sistemas do direito, da economia e da política e sua influência no contrato de trabalho.

Os direitos fundamentais que influem nessa relação, na economia globalizada, acabam por, gradualmente, sofrer uma mudança de paradigma. Talvez ainda seja muito cedo para tratá-la como pronta e acabada, mas já é possível identificar algumas manifestações, principalmente após a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017).

O recorte do presente artigo foi a valorização da negociação coletiva promovida pela referida reforma. E, contextualizando com o atual quadro sindical brasileiro, percebe-se que há, na verdade, um potencial de corrosão e dificuldade de acesso aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Conclui-se nesse sentido porque há um déficit de representatividade no sindicalismo brasileiro, podendo-se apontar como causas o histórico corporativista que envolve o conflito entre capital e trabalho e os seus resquícios jurídicos que, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, ainda persistem.

Então, a soma entre a valorização da negociação coletiva e o contexto sindical brasileiro pode ser considerada uma manifestação do paradigma pós-social dos direitos fundamentais, o que será mais uma porta de entrada à prevalência do código econômico na sociedade. A desdiferenciação funcional como um risco é uma hipótese que já merece ser pensada, inclusive para muito além desta Reforma Trabalhista e para muito além do Brasil, se pensadas as mudanças em termos de legislação do trabalho em outros países.

## 6. Referências

ABRANTES, José João. Sobre a constituição e a crise do favor laboratoris em direito do trabalho. In: OTERO, Paulo; QUADROS, Fausto de; SOUSA, Marcelo Rebelo de (Coords.). *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. Contrato de trabalho e direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

BATTAGLIA, Felice. Filosofia do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1958.

BRASIL. Exposição de Motivos n. 00036/2016 MTB. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=84D70DA0F9AE5F290F2A87E25922009F.proposicoesWebExterno2?codteor=1520055&filename=PL+6787/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=84D70DA0F9AE5F290F2A87E25922009F.proposicoesWebExterno2?codteor=1520055&filename=PL+6787/2016)>. Acesso em: 8 jul. 2017.

BULGUERONI, Renata Orsi. Negociação coletiva e fontes do direito do trabalho: propostas para a prevalência do negociado sobre o legislado nas relações de emprego. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-28112016-165416/>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

CAUPERS, João. Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição. Lisboa: Almedina, 1985.

CORREIA, José Gladston Viana. Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *GLU: glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidade Iberoamericana, 1996.

DRUCK, Graça. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios? *Caderno CRH*, Salvador, v. 24, n. spe 01, p. 37-57, 2011. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/ccrh/v24nsp1/a04v24nsp1.pdf](http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v24nsp1/a04v24nsp1.pdf)>. Acesso em: 9 jun. 2017.

FARIA, José Eduardo. Sociologia jurídica: direito e conjuntura. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. O direito na economia globalizada. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

HARVEY, David. O enigma do capital: e as crises do capitalismo. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011.

LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

\_\_\_\_\_. La economía de la sociedad como sistema autopoiético. Tradução de Hugo Cadenas. *Revista Mad*, [S.l.], n. 29, p. 1-25, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.revistamad.uchile.cl/index.php/>

[RMAD/article/view/27342/29369](http://www.revistamad.uchile.cl/index.php/RMAD/article/view/27342/29369)>. Acesso em: 29 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *La sociedad de la sociedad*. 1. ed. México: Herder, 2007.

\_\_\_\_\_. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2010.

\_\_\_\_\_. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger e Alexandre Agnolon. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016

\_\_\_\_\_. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. *Sociología política*. Tradução de Iván Ortega Rodríguez. Madri: Trotta, 2014.

LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Direito do trabalho e ideologia*. Tradução de Antônio Moreira. Lisboa: Almedina, 2001.

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

NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução por Antônio Luz Costa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PINTO, Geraldo Augusto. *A organização do trabalho no século XX: taylorismo, fordismo e toyotismo*. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado do direito do trabalho: parte 1: dogmática geral*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. *Economia*. Tradução de Elsa Fontinha e Jorge Pires Gomes. 19. ed. Porto Alegre: AMGH, 2012.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 375-414.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranúlio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Tradução de Cristina Antunes. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

WHITEHEAD, Daniel Vaughan. The european social model in times of crisis: an overview. In: WHITEHEAD, Daniel Vaughan (Ed.). *The european social model in crisis: is Europe losing its soul?* Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2015, p. 1-65

# A execução trabalhista e a Lei n. 13.467/2017: o desafio da efetividade processual

Luiza Catarina Sobreira de Souza<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O presente artigo se propõe a abordar a fase de execução no Processo do Trabalho à luz das alterações provocadas pela Lei n. 13.467/2017 à Consolidação das Leis do Trabalho, após a sua entrada em vigor, tecendo considerações acerca do desafio da efetividade processual. Para tanto, propõe-se a analisar as principais características da fase de execução, evidenciando suas nuances e os reflexos do Código de Processo Civil de 2015, bem como da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho no desafio da garantia do crédito trabalhista ao credor, que em 80% dos casos não logra êxito na execução. Outrossim, serão abordados os principais artigos da Lei n. 13.467/2017, observando os nefastos desdobramentos que recaem sobre a efetividade da execução trabalhista.

## Palavras-chave:

- ▶ Execução trabalhista — Novo CPC — Lei n. 13.467/2017 — Efetividade Processual.

## Abstract:

- ▶ This article proposes to approach the implementation phase, in the Labor Process, in light of the changes that will be brought about by Law 13,467/2017 to the Consolidation of Labor Laws after its entry into force, making challenge of procedural effectiveness. In order to do so, it proposes to analyze the main characteristics of the execution phase, evidencing its nuances and the reflexes of the new Code of Civil Procedure, as well as the jurisprudence of the Superior Labor Court in the challenge of guaranteeing labor credit to the creditor, almost 80% of the cases do not succeed in execution. In addition, the main articles of Law No. 13,467/2017 will be addressed, observing the nefarious consequences that fall on the effectiveness of labor enforcement.

## Key-words:

- ▶ Labor enforcement — New CPC — Law n. 13.467/2017 — Process Effectiveness.

(\*) Mestranda em Criminologia pela Universidade Fernando Pessoa – UFP (Porto/Portugal). Especialista em Direito Previdenciário e Trabalhista pela Universidade Regional do Cariri – URCA (Crato/CE). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG (Sousa/

PB). Advogada regularmente inscrita na OAB/PE sob o n. 39.089, com atuação na área trabalhista. Professora de Prática Jurídica da Faculdade de Ciência Humanas do Sertão Central – Fachusc (Salgueiro/PE).

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O processo de execução na Justiça do Trabalho
  - ▶ 2.1. A execução como um fenômeno essencialmente patrimonial
  - ▶ 2.2. O processo de execução trabalhista
    - ▶ 2.2.1. Os requisitos necessários e os procedimentos da execução trabalhista
    - ▶ 2.2.2. Da legitimidade passiva
- ▶ 3. A aplicabilidade do Novo Código de Processo Civil e da Jurisprudência do TST no processo de execução
  - ▶ 3.1. Os reflexos do Novo CPC na execução trabalhista
  - ▶ 3.2. O tratamento dispensado à execução na Jurisprudência do TST
  - ▶ 3.3. A validade da aplicação dos entendimentos jurisprudenciais após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017
- ▶ 4. A Lei n. 13.467/2017 e a execução trabalhista: inovação legislativa ou retrocesso social?
  - ▶ 4.1. Responsabilidade solidária e grupo econômico
  - ▶ 4.2. Responsabilização do sócio retirante e sucessão de empregadores
  - ▶ 4.3. Prescrição intercorrente
  - ▶ 4.4. Desconsideração da personalidade jurídica
  - ▶ 4.5. Execução de ofício e atualização de créditos
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências

### 1. Introdução

A efetividade da prestação jurisdicional é uma garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LXXVIII da Carta Magna de 1988, que afirma ser assegurado a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

No que concerne à execução trabalhista, esta se encontra disciplinada em quatro normas legais: na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na Lei n. 5.584/70 (que deu nova redação ao art. 888 da CLT e cuida da remissão, arts. 12 e 13), na Lei n. 6.830/80 (que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública) e no Código de Processo Civil (CPC).

Neste sentido, destaca-se, ainda, a Lei n. 13.467 que foi promulgada no dia 13 de julho

de 2017 e alterou de forma substancial a CLT, provocando dúvidas e questionamentos no mundo jurídico acerca da efetividade da fase de execução no Processo do Trabalho após a sua entrada em vigor (no dia 11.11.2017).

Apesar da aludida lei ter entrado em vigor há pouco mais de um ano, haja vista que passou a vigorar apenas 120 dias após a sua promulgação, é de extrema importância que a ineficácia da execução trabalhista, já tão evidenciada, seja tratada com a dignidade que a garantia da satisfação do crédito do trabalhador exige, sendo este, portanto, o objeto de estudo do presente artigo. Sendo assim, surge o seguinte questionamento: na execução, a Reforma Trabalhista surge como um retrocesso normativo ou como uma inovação legal mais vantajosa?

Neste aspecto, o objetivo geral deste trabalho foi identificar no texto legal as principais

dificuldades e empecilhos ao andamento da execução trabalhista. Já no que se refere aos objetivos específicos, foram estes: analisar a execução, especificamente tratando da sua natureza, conceito, procedimentos e legitimidade; discorrer acerca da disciplina do CPC e da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre o desafio da garantia do crédito trabalhista; e, por fim, analisar a disposição da Lei n. 13.467/2017 a respeito da fase de execução.

Quanto ao procedimento metodológico utilizado neste trabalho, tem-se que foi realizada uma pesquisa bibliográfica, com consulta a livros e artigos científicos já publicados. Outrossim, a pesquisa teve ainda um caráter descritivo e explicativo, tendo em vista que buscou identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ineficácia da execução trabalhista.

## 2. O processo de execução na Justiça do Trabalho

A Justiça do Trabalho é reconhecida em todo o país por sua celeridade e presteza, qualidades ainda mais evidenciadas diante dos dados disponibilizados pelo Relatório Geral da Justiça do Trabalho<sup>(1)</sup>, constando-se que o julgamento dos processos em primeira e segunda instância, no ano de 2017, não demoram mais do que sete e oito meses, respectivamente, para ocorrer.

Todavia, identificou, ainda, que a grande dificuldade do Processo do Trabalho está na fase de execução, tendo em vista que o cômputo médio do tempo entre o ajuizamento de uma ação e o seu encerramento nas Varas do Trabalho é de 7 meses e 28 dias na fase de conhecimento e de 2 anos, 9 meses e 22 dias na fase de execução.

Além do tempo em espera, a execução trabalhista tem maior chance de insucesso, o que

(1) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Relatório Geral da Justiça do Trabalho (2017)*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

muitas vezes torna vão todo o esforço intentado na fase de conhecimento. Neste aspecto, segundo o aludido Relatório, as execuções iniciadas em 2017 somadas às execuções de anos anteriores totalizaram 3.355.378 processos, desses, apenas cerca de 20% foram encerrados, ou seja, 671.912. Em contrapartida, em 2018 houve um aumento de 0,7% do resíduo na fase de execução, dados contabilizados de janeiro a 31 de outubro<sup>(2)</sup>.

Esse número, além de preocupante, evidencia o fato que em quase 80% dos processos o credor trabalhista, apesar de ter tido seu direito reconhecido na fase de conhecimento, não consegue receber seu crédito, o que provoca frustração e descrédito à Justiça do Trabalho, uma vez que o não cumprimento do direito deferido equivale a uma negação de justiça.

Diante do exposto, antes de adentrar propriamente na análise da Lei n. 13.467/2017 e da efetividade da execução trabalhista, é de primordial importância entender as nuances desta, tratando do seu conceito e procedimentos.

### 2.1. A execução como um fenômeno essencialmente patrimonial

No Direito Romano, a execução incidia sobre a própria pessoa do devedor, não podendo atingir seu patrimônio, isto é, caso àquele não cumprisse sua obrigação perante o credor, poderia ser condenado à escravidão ou à morte como forma de pagamento<sup>(3)</sup>. Todavia, para tanto, seria essencial o reconhecimento do crédito em uma sentença ou confissão (Lei das XII Tábuas).

Isto ocorria em face de o direito real ser absoluto, somente sendo possível tocar no patrimônio após a morte do devedor. Outrossim,

(2) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Movimentação Processual das Varas do Trabalho (2018)*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/vt/movimentacao-processual>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

(3) PAULA, Alexandre Sturion. *Evolução histórica do processo de execução na Justiça do Trabalho*. 2008, p. 1. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/02/02/2008>>. Acesso em: 18 set. 2018.

tem-se ainda o caráter privado da execução, não sendo realizada pela figura do magistrado, mas pelo próprio credor.

Destarte, no século V, com a *Lex Poetelia*, a execução começou a ganhar novos contornos, sendo abolida desta a pena sobre o próprio corpo do devedor e passando a incidir sobre o conjunto de bens economicamente avaliáveis deste<sup>(4)</sup>.

Desde então, a execução vem se tornando um processo essencialmente patrimonial, isto é, incidindo sobre o patrimônio e não sobre a pessoa do devedor, pelo menos é o que dispõe o art. 769 do Código de Processo Civil: “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”

Entretanto, a Constituição Federal, no art. 5º, LXVII, prevê duas hipóteses em que a execução alcançará a pessoa do devedor, ou seja, que poderá ocorrer a prisão civil por dívida, no caso de inadimplemento de obrigação alimentícia e quando configurada a situação do depositário infiel, esta última considerada ilegal pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula Vinculante n. 25), vejamos:

Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (n. 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por

tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão “depositário infiel”, e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto.<sup>(5)</sup>

Sendo assim, no que concerne à execução, conclui-se que esta vincula o patrimônio do devedor ao pagamento da dívida, podendo ser este presente ou futuro. Tal disposição evidencia o caráter essencialmente patrimonial do aludido processo, que ao longo dos anos aboliu qualquer tipo de pena a ser aplicada sobre o próprio devedor, à exceção da prisão civil por inadimplemento da obrigação de prestar alimentos, que não se aplica na execução trabalhista.

## 2.2. O processo de execução trabalhista

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), naturalmente, constitui a fonte primeira de disciplina da execução trabalhista, discorrendo acerca do Processo de Execução dos arts. 876 ao 892. Outrossim, tem-se que dos seus 922 artigos, apenas 20 disciplinam a execução, o que por si só demonstra a superficialidade com que o tema foi tratado, conseqüentemente prenunciando a existência de muitas lacunas.

Neste aspecto, sendo omissa a CLT, o Processo de Execução será regido subsidiariamente pela Lei n. 6.830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública (art. 889 da CLT); e pelo Código de Processo Civil, que é apontado como fonte subsidiária tanto pela CLT (art. 769) quanto pela aludida lei (art. 1º).

Todavia, além da omissão, é necessário que haja a compatibilidade das normas invocadas com os preceitos do direito processual do trabalho, assim assevera o já mencionado art. 769 da CLT: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

(5) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 25*. RE n. 466.343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 25 set. 2018

(4) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Execução no processo do trabalho*. 9. ed. São Paulo, LTr, 2005. p. 53.

Ante o exposto, segue-se com a explanação acerca da execução trabalhista propriamente dita, abordando os requisitos necessários para a realização da execução, bem como os seus procedimentos e legitimidade

### 2.2.1. Os requisitos necessários e os procedimentos da execução trabalhista

No que concerne ao início da execução, a legislação é unânime no entendimento de que ele está condicionado à concorrência de dois requisitos fundamentais: o inadimplemento do devedor e a existência de título executivo, esta é a disciplina do art. 786 do Código de Processo Civil: “A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo”.

Além desses pressupostos, Teixeira Filho<sup>(6)</sup> discorre que: “(...) a execução, como as ações em sentido estrito, não dispensa a presença do interesse de agir, da legitimidade *ad causam* e da viabilidade jurídica do pedido, ou seja, das condições necessárias ao exercício do direito de invocar a tutela jurisdicional do Estado”.

Destarte, os títulos executivos, capazes de iniciar a execução, estão previstos no art. 876 da CLT e se classificam em: judiciais, sendo as decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo e os acordos, quando não cumpridos; e extrajudiciais, que são os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia.

Já no que se refere a forma de execução, a prevalência na Justiça do Trabalho é da execução por quantia certa, que de acordo com o art. 880 da CLT tem por objetivo a expropriação de um bem do devedor para pagamento do credor. Em sendo assim, uma vez iniciada a execução, o executado será citado para cumprir a sentença ou o acordo, que diferentemente do

processo civil (art. 513, § 1º, do CPC) poderá ser determinada de ofício pelo juiz (art. 878 da CLT).

Outra diferença em relação ao processo civil (art. 513, § 2º, do CPC), é que na execução trabalhista a citação será feita em relação ao executado e não na pessoa do seu advogado, mesmo que este esteja constituído nos autos. Além disso, deverá ser feita por oficial de justiça no endereço do executado, ou seja, não poderá ocorrer por Diário Oficial, meios eletrônicos ou carta com aviso de recebimento (art. 880, § 2º, do CPC).

Nesta oportunidade, tem-se que é possibilitado ao executado pagar a importância reclamada, nos trâmites do art. 881 da CLT, ou garantir a execução mediante depósito do valor atualizado da condenação ou nomeação de bens à penhora (art. 882). No entanto, não se valendo de qualquer dessas hipóteses, será procedida a penhora de bens:

Art. 883 da CLT – Não pagando o executado, nem garantindo a execução, seguir-se-á penhora dos bens, tantos quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora, sendo estes, em qualquer caso, devidos a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial.

Uma vez penhorado bens, ou garantida a execução, o executado terá o prazo de 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação (art. 884), ocasião onde serão discutidas as alegações de cumprimento da decisão ou acordo, quitação e prescrição da dívida, bem como poderá ser impugnada a sentença de liquidação e a própria regularidade da penhora. Isso se dá em face do art. 889 da CLT permitir ao executado suscitar, além das matérias instituídas no art. 884, § 1º, da CLT, as matérias indicadas no art. 525, § 1º, do CPC, sendo estas:

Art. 525. (...) § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

- I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;
- II – ilegitimidade de parte;

(6) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Execução no processo do trabalho*. 9. ed. São Paulo, LTr, 2005, p. 179.

III – inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV – penhora incorreta ou avaliação errônea;

V – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

VI – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VII – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

Entretanto, caso não sejam encontrados bens ou garantida a execução no prazo de um ano, o juiz poderá mandar arquivar o processo, que pode ser desarquivado a qualquer tempo se houver o surgimento de bens ou do devedor. Neste sentido, leciona Sérgio Pinto Martins:

[...] o juiz também poderá mandar arquivar os autos quando decorrido o prazo máximo de um ano, sem ser localizado o devedor ou encontrados os bens penhoráveis (§ 2º do art. 40 da Lei n. 6.830/80). Encontrados, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução, sendo o (§ 2º do art. 40 da Lei n. 6.830/80). No processo do trabalho serão aplicáveis os prazos dos parágrafos do art. 40 da Lei n. 6.830/80, por força do art. 889 da CLT<sup>(7)</sup>.

Diante de exposto, conclui-se que mesmo diante do arquivamento do processo, o credor trabalhista não será prejudicado, podendo, a qualquer tempo, caso surjam, indicar empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, como veremos no tópico abaixo, que discorrerá sobre os legitimados passivos do processo de execução trabalhista.

### 2.2.2. Da legitimidade passiva

Em conformidade com o art. 880 da CLT, uma vez requerida a execução ou iniciada de ofício pelo juiz (art. 878 da CLT), este mandará expedir mandado de citação do executado,

para que ele cumpra a decisão ou o acordo no prazo estipulado; ou, quando se tratar de condenação pecuniária, pague ou garanta a execução em 48 horas, sob pena de penhora.

A priori, tem-se que o executado é o responsável pelo cumprimento da condenação trabalhista, todavia, também poderá ser legitimado passivo da execução, de acordo com o art. 4º da Lei n. 6.830/80, o fiador, o espólio, a massa falida, o responsável e os sucessores a qualquer título.

No que concerne ao executado, pessoa jurídica, os direitos adquiridos do trabalhador não serão afetados por qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa, mesmo que haja mudança de propriedade (arts. 10 e 448 da CLT). Neste aspecto, tem-se a aplicação, ao processo de execução trabalhista, dos arts. 1.003 e 1.032 do Código Civil, que preveem a responsabilidade subsidiária do sócio retirante pelos débitos trabalhistas contraídos à época em que integrava o quadro societário da empresa, até dois anos depois de averbada a correspondente alteração.

Outrossim, tem-se ainda a figura da sucessão trabalhista, que não exclui a responsabilidade solidária dos antigos sócios, afinal, dispõe o parágrafo único do art. 1.003 do Código Civil que o cedente responderá solidariamente com o cessionário, até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

Por fim, ressalta-se o disposto tanto no art. 2º, § 2º, da CLT quanto no art. 3º, § 2º, da Lei n. 5.889/73 (que estatui normas reguladoras do trabalho rural), que preveem, nas relações de emprego, a responsabilidade solidária de uma ou mais empresas que estejam sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural.

Diante do exposto, conclui-se que o empregado/exequente poderá exigir obrigação

(7) MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 676.

de qualquer uma das empresas pertencentes ao grupo, o que se traduz num importante passo para a efetivação da fase de execução trabalhista, que na maioria dos casos é vítima da fraude contra credores.

### **3. A aplicabilidade do Novo Código de Processo Civil e da Jurisprudência do TST no processo de execução**

A Lei n. 13.105, promulgada em 16 de março de 2015, mais conhecida como o Novo Código de Processo Civil brasileiro, entrou em vigor em março de 2016 trazendo diversas alterações e inovações à seara processual, inclusive, positivando as garantias constitucionais do devido processo legal, do direito à ampla defesa com todos os recursos próprios, do direito de petição, entre outros.

Donizetti, em relação ao art. 1º do NCPC, que dispõe sobre a Constitucionalização do Processo Civil, ressalta que:

[...] esse dispositivo consiste na materialização das características do neoconstitucionalismo: normatividade da constituição (força normativa), superioridade (material) da constituição, centralidade da constituição (a constituição está no centro do ordenamento jurídico), rematerialização da constituição (constituições mais prolixas, já que tratam de diversas matérias), ubiquidade da constituição (onipresença da constituição em todos os ramos do Direito), constelação plural de valores (adoção de diversos princípios não homogêneos), onipotência judicial (no lugar da autonomia do legislador ordinário), valoração dos princípios (utilização maior da ponderação)<sup>(8)</sup>.

Surgindo, desse modo, a discussão acerca da efetividade do regramento processual sob

(8) DONIZETTI, Elpídio. *A constitucionalização do direito processual civil*. 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/elpidionunes/2012/04/11/expressa-constitucionalizacao-do-direito-processual-civil-positivacao-do-%E2%80%9Ctotalitarismo-constitucional%E2%80%9D/>>. Acesso em: 2 out. 2018.

a ótica da Constituição Federal, devendo, portanto, serem analisados os reflexos do NCPC na execução trabalhista. Por sua vez, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa n. 39/2016, visando promover a segurança jurídica ao jurisdicionado e aos aplicadores do direito em relação à aplicação subsidiária das normas do direito processual comum no Processo do Trabalho.

Outrossim, tem-se que não é a primeira vez que a instância superior da justiça do trabalho atua no sentido de promover a resolução de controvérsias e lacunas na legislação trabalhista, pelo contrário, diligentemente vem editando súmulas e orientações jurisprudenciais com o fim de trazer maior celeridade e efetividade ao Processo do Trabalho.

Sendo assim, será analisado, no presente capítulo, o enfoque dado no NCPC e na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho à execução trabalhista.

#### **3.1. Os reflexos do Novo CPC na execução trabalhista**

A priori, ressalta-se que apesar da boa vontade do TST em editar a IN n. 39/2016, esta não conseguiu exaurir todos os dispositivos do NCPC, traçando, apenas, em linhas gerais, os artigos não aplicáveis ao Processo do Trabalho, bem como àqueles que detêm compatibilidade com as normas do Direito do Trabalho frente à omissão legislativa.

Neste sentido, estabeleceu-se de acordo com o art. 3º da aludida Instrução Normativa, que seriam aplicados ao Processo do Trabalho, sem prejuízo de outros, os preceitos do CPC que dispõem sobre: obrigação de o executado indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos para promover a execução (art. 805); bens impenhoráveis (art. 833); ordem preferencial de penhora (art. 835, incisos e §§ 1º e 2º); procedimento quando não encontrados bens penhoráveis (art. 836, §§ 1º e 2º); intimação da penhora (art. 841, §§ 1º e 2º); Bacenjud (art. 854); pagamento parcelado do lanço

(art. 895); parcelamento do crédito exequendo (art. 916) e rejeição liminar dos embargos à execução (art. 918).

Sendo assim, tem-se que o art. 805 do CPC regulamentou a indicação por parte do executado de outros meios menos onerosos e mais eficientes à execução trabalhista, visando coibir requerimentos irresponsáveis que pudessem atrapalhar ainda mais o andamento processual. Não é por menos que o disposto no art. 792 do CPC também pode ser aplicado, dispondo sobre a ineficácia, em relação ao exequente, da alienação em fraude à execução (§ 1º), todavia, desde que haja no registro do bem alienado a averbação da pendência em processo de execução. A inovação, nesta hipótese, ficou a cargo da desnecessidade de registro nos casos de bens semoventes, cabendo ao terceiro adquirente comprovar que agiu com boa-fé, diferentemente do CPC de 1973, em que o ônus da prova era do credor.

No que concerne ao art. 835, incisos e §§ 1º e 2º do CPC, salienta-se que houve a alteração da ordem preferencial de penhora, preservando-se em primeiro lugar a penhora em dinheiro e acrescentando a essa relação os bens semoventes (VII) e os direitos adquiridos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia (XII). Tal modificação teve por fim arrolar em primeiro lugar os bens com maior liquidez, de modo a garantir ao jurisdicionado celeridade no trâmite da execução.

Destarte, é importante destacar que a IN n. 39/2016 também conferiu aplicabilidade ao art. 854, §§ 1º e 2º, do CPC, que regulamentam o chamado Bacenjud, mais popularmente conhecido como penhora *on-line*. De acordo com o texto legal, o juiz, para possibilitar a penhora de dinheiro, a requerimento do exequente e sem a prévia ciência do ato por parte do executado, determinará às instituições financeiras que tornem indisponíveis ativos financeiros existentes em nome deste último, limitando-se ao valor indicado na execução.

Este ato será realizado por meio de um sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional e possibilitará a concessão da indisponibilidade de valores no prazo 24 (vinte e quatro) horas. Caso haja alguma eventual indisponibilidade excessiva, determinará o juiz, em igual prazo, que seja feito o seu cancelamento. Por outro lado, tem-se que o executado só tomará conhecimento acerca da realização da penhora, após tornados indisponíveis seus ativos financeiros.

### **3.2. O tratamento dispndido à execução na Jurisprudência do TST**

A execução trabalhista além de possuir uma multiplicidade de fontes, é cercada por lacunas, o que por si só contribui para o surgimento de entendimentos conflitantes no âmbito do judiciário, restando para a jurisprudência a tarefa de pacificação.

Em relação a este tema, discorre Cassio Colombo Filho:

A uniformização da jurisprudência na execução/cumprimento da decisão é até mais imperativa que na fase de conhecimento, pois dela depende a hegemonia e efetividade das decisões judiciais. Nela está reservada a consagração da atividade exclusiva do Poder Judiciário de apreender e expropriar bens à força, de impor a entrega de coisas ou o cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer, e enfim, materializar o direito sonogado por um ou mais membros da sociedade<sup>(9)</sup>.

Nesse sentido, salienta-se que o neoprocessualismo decorrente do neoconstitucionalismo disposto neste capítulo, trouxe para o processo

(9) COLOMBO FILHO, Cassio. *Os atuais rumos da execução trabalhista à luz da uniformização da jurisprudência — as Orientações Jurisprudenciais da Seção Especializada do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, 2016, p. 4-5. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/94667/2016\\_colombo\\_filho\\_cassio\\_atuais\\_rumos.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/94667/2016_colombo_filho_cassio_atuais_rumos.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 10 out. 2018.

de execução, em especial, a imposição de acessibilidade, celeridade e efetividade na materialização do direito, o que terminou por modificar alguns posicionamentos firmados pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Em relação ao tratamento dispensado à execução trabalhista no TST, salienta-se que existem cerca de 47 (quarenta e sete) súmulas e orientações jurisprudenciais sobre a fase de execução, das quais algumas foram canceladas em parte, atualizadas e/ou criadas após a entrada em vigor do NCPC.

A princípio, tem-se a Súmula 417 (Res. n. 212/2016), que teve alterado seu item I, atualizado seu item II e cancelado seu item III, modulando-se os efeitos de tais modificações para atingir unicamente as penhoras em dinheiro em execução provisória efetivada a partir da vigência do NCPC, ou seja, 18 de março de 2016.

Destarte, a jurisprudência atual do TST, para fins de efetivar a realização prioritária da penhora em dinheiro, não faz mais distinção entre execução provisória e execução definitiva, ou seja, antes do cancelamento do item III da referida súmula, caso houvesse na execução provisória outros bens nomeados à penhora, a determinação de penhora em dinheiro feriria direito líquido e certo do executado, uma vez que a execução deveria se processar de forma menos gravosa a este, nos termos do art. 620 do CPC. (ex-OJ n. 62 da SBDI-II – inserida em 20.9.2000)

Todavia, a teor do § 1º do art. 835 do CPC de 2015, mesmo na execução provisória o exequente tem direito subjetivo à penhora em dinheiro, ainda que o executado indique bens à penhora. Tal posicionamento é corroborado por Élisson Miessa<sup>(10)</sup> que diz: “Assim, referido dispositivo é expresso em priorizar o dinheiro, permitindo a alteração da ordem apenas nos demais casos, relativizando o princípio da

menor onerosidade para o devedor (art. 805 do NCPC)”.

Outrossim, é importante frisar que no novo CPC surge também a possibilidade de o valor penhorado nesta última ser levantado, isto é, de acordo com o art. 899 da CLT a execução provisória é permitida até a penhora, todavia, o art. 520, IV, do CPC, além de permitir a alienação do bem penhorado, possibilita o recebimento do valor quando se tratar de depósito em dinheiro, isto mediante caução ou independentemente de caução quando se tratar de execução de crédito de natureza alimentar (art. 521, I, do CPC).

Desse modo, surge o questionamento acerca de que tais preceitos são aplicáveis supletivamente à execução trabalhista, conforme disposição dos arts. 15 do CPC e 769 da CLT. Neste aspecto, Mauro Schiavi<sup>(11)</sup>, ao falar sobre a aplicação supletiva do CPC ao Processo do Trabalho, discorre que esta se dará “quando, apesar da lei processual trabalhista disciplinar o instituto processual, não for completa. Nesta situação, o Código de Processo Civil será aplicado de forma complementar, aperfeiçoando e propiciando maior efetividade e justiça ao processo do trabalho”.

Todavia, no que concerne à possibilidade de alienação do bem penhorado, bem como acerca do levantamento total ou parcial do depósito em dinheiro, o Ministro do TST, Mauricio Godinho Delgado, afirmou em julgado da 3ª Turma que:

É certo que, segundo o art. 899 da CLT, «os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora». Daí se extrai, tão somente, que a lei não admite a disposição dos bens que foram objeto da penhora, assim

(11) SCHIAVI, Mauro. *Novo Código de Processo Civil: a aplicação supletiva e subsidiária ao Processo do Trabalho*. 2015. Disponível em: <[http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO\\_CODIGO\\_DE\\_PROCESSO\\_CIVIL\\_-\\_APLICACAO\\_SUPLETIVA\\_E\\_SUBSIDIARIA.pdf](http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_-_APLICACAO_SUPLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2018.

(10) MIESSA, Élisson. *Impactos do Novo CPC nas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 116.

como proíbe a liberação de eventual depósito efetuado como garantia na execução. Em outras palavras, o que a norma veda é a prática de atos que impliquem em alienação do patrimônio do devedor. No entanto, tal limitação não significa que haja qualquer impedimento legal ao manejo de recursos e atos processuais afetos a incidentes da penhora, em sede de execução provisória, dentre os quais incluídos os embargos à execução opostos contra a sentença de liquidação, impugnação à liquidação e, inclusive, agravo de petição.<sup>(12)</sup>

Portanto, é evidente que o entendimento até então adotado pelo TST é no sentido de que a expressão “até a penhora” utilizada no art. 899 da CLT, visa impedir a alienação do bem penhorado, embora não obstaculize a análise jurisdicional de eventual controvérsia que se origine da execução instaurada, como é o caso dos embargos de terceiro ou do agravo de petição. Já em relação à possibilidade de liberação total ou parcial do valor depositado, existe controvérsia na doutrina, principalmente, com a entrada em vigor do NCPC, em março de 2016, e da Lei n. 13.467/17 em novembro de 2017.

Outrossim, tem-se, ainda, que a OJ n. 93 da SDI-II<sup>(13)</sup> foi alterada em decorrência do NCPC, isto é, a aludida orientação jurisprudencial permitia que ocorresse a penhora sobre a renda mensal ou faturamento de empresa, limitado tão somente a determinado percentual e desde que não compromettesse o desenvolvimento regular de suas atividades. Todavia, com a entrada em vigor do art. 866 do NCPC, acresceu-se ao texto a condição de que não haja outros bens penhoráveis no caso, ou, havendo, que eles sejam de difícil alienação ou insuficientes para satisfazer o crédito executado.

(12) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 29492920105020078*. 3ª Turma. Julgamento: 17.9.2013. Rel. Ministro Mauricio Godinho Delgado. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24208264/recurso-de-revista-rr-29492920105020078-2949-2920105020078-tst/inteiro-teor-111918999?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 9 out. 2018.

(13) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *OJ n. 93 da SDI-II*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_2/n\\_S5\\_81.htm](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_2/n_S5_81.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2019.

Além dessa mudança, houve a atualização da OJ n. 153 da SDI-II, que manteve a redação do texto, ou seja, ratificou a impossibilidade de bloqueio de numerário existente em conta salário, apenas referenciado o CPC de 1973, vejamos:

Ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC de 1973 contém norma imperativa que não admite interpretação ampliada, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC de 1973 espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista<sup>(14)</sup>.

Por fim, mas não menos importante, ressalta-se a inaplicabilidade da prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho (Súmula n. 114 do TST), que como veremos no próximo capítulo se tornou obsoleto com a entrada em vigor da Lei n. 13.467/17, que prevê a sua aplicação na execução trabalhista.

### **3.3. A validade da aplicação dos entendimentos jurisprudenciais após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017**

De acordo com o art. 8º, § 2º, da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017: “Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”.

Nestes termos, observando superficialmente os princípios da legalidade (art. 5º, II, da CF) e da separação dos poderes (art. 2º da CF), considera-se que a jurisdição exercida pelos tribunais não permite que estes legislem, ao passo que ninguém está obrigado a fazer ou

(14) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *OJ n. 153 da SBDI-II*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_2/n\\_S6\\_141.htm](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_2/n_S6_141.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2019.

deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

No entanto, salienta-se que na visão de Gustavo Filipe Barbosa Garcia<sup>(15)</sup>, direito não é sinônimo de lei, isto é, a função jurisdicional não pode ficar aprisionada à aplicação literal e isolada dos preceitos legais, pelo contrário, deve interpretar a lei em conformidade com a evolução social.

Isto posto, tem-se que o disposto nos arts. 489, § 1º, VI, e 927 do NCPC fortalece a ideia da aplicação obrigatória e, em diversas situações, com força vinculante da jurisprudência. Não é à toa que o art. 926, do mesmo diploma, delega aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Em contrapartida, foram acrescidos ao texto da CLT, através da Lei n. 13.467/17, o § 3º do art. 8º (que disciplina a atuação da Justiça do Trabalho pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva) e o § 3º do art. 702 (que prevê maior rigor nos requisitos exigidos para a aprovação e modificação de súmula e outros enunciados da jurisprudência trabalhista); ao passo que houve a revogação dos §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896, que tratava do dever dos TRTs de proceder, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicar, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência.

Diante do exposto, conclui-se que o incidente de uniformização de jurisprudência deixa expressamente de existir no âmbito da Justiça do Trabalho, o que revela o seu total descompasso com as diretrizes instituídas pelo novo CPC. Neste aspecto, segue recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N. 13.467/2017. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. Após

(15) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 19-20.

a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, foram revogados expressamente os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896 da CLT, que dispunham acerca dos procedimentos dos Incidentes de Uniformização no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho. Logo, embora os atos já realizados permaneçam imunes à eficácia nova, aos que ainda não o foram, como é o caso, deve ser aplicada a nova Lei, não se cogitando em direito adquirido à observância de uma determinada norma processual anterior em matéria de Incidente de Uniformização. Por corolário, não mais existindo em nosso sistema normativo jurídico o instituto do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, não há como prosseguir com o julgamento do presente feito, diante da perda superveniente do interesse processual em instaurar o presente IUJ, por ausência de amparo legal<sup>(16)</sup>.

Este também foi o entendimento do TRT da 23ª Região<sup>(17)</sup>, que proferiu acórdão em caso análogo no mesmo sentido, extinguindo o processo por perda superveniente do interesse processual em instaurar o incidente. Por fim, a Instrução Normativa n. 41 do TST, publicada no dia 21 de junho de 2018, regulamentou a situação dos incidentes suscitados antes da vigência da Lei n. 13.467/2017, que deverão observar e serem concluídos sob a égide da legislação vigente ao tempo da interposição do recurso (art. 18, § 1º). Todavia, caso não julgados até a sua edição, não mais seriam aplicadas as disposições dos §§ 3º a 6º do art. 896 da CLT (art. 18, § 2º)<sup>(18)</sup>.

(16) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. *Processo n. 0000460-04.2017.5.06.0000 (IUJ)*. Julgamento: 5.6.2018. Relª. Desª. Maria das Graças de Arruda França. Disponível em: <<http://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/exibirInteiroTeor?documento=6428772&tipoProcesso=eletronico>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

(17) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. *Processo n. 0000134-70.2017.5.23.0000 (IUJ)*. Rel. Edson Bueno, Data de Julgamento: 22.2.2018, Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/exibirInteiroTeor?documento=6428772&tipoProcesso=eletronico>>. Acesso em: 12 jan. 2019 TRT-23 -

(18) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 221, de 21 de junho de 2018 [Instrução Normativa n. 41]. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2501, 21 jun. 2018. Caderno Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, p. 26-28.

#### 4. A Lei n. 13.467/2017 e a execução trabalhista: inovação legislativa ou retrocesso social?

A Lei n. 13.467/17, que aprovou o texto da Reforma Trabalhista, passou a vigorar no dia 11 de novembro de 2017 provocando diversas alterações significativas ao texto da Consolidação das Leis do Trabalho. Estas mudanças, em grande parte, incidiram sobre a fase de execução trabalhista, acarretando diversos questionamentos acerca do agravamento do problema acerca da efetividade da execução trabalhista, o que será analisado neste capítulo.

A Anamatra — Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, através do Enunciado 1 (Comissão 1), aprovada na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, entendeu pela ilegitimidade da Lei n. 13.467/17, tanto no sentido formal quanto no material.

Foram estas as palavras utilizadas como fundamentação da Ementa:

A conclusão só pode ser a de que a Lei n. 13.467/17 não é uma lei trabalhista. Suas regras, porque ferem a proteção que justifica e legitima a existência do Direito do Trabalho, são qualquer coisa, menos normas jurídicas trabalhistas. Expressam um desejo de destruição que certamente será rechaçado por quem lida diariamente com essa relação social, por quem convive com trabalhadores que relatam situações de doença, assédio, desrespeito e descumprimento contumaz de direitos elementares, por todos aqueles que tem a missão institucional de seguir aplicando o Direito do Trabalho à luz de uma ordem de valores claramente estabelecida desde a gênese desse ramo do Direito, e fortalecida pela Constituição de 1988. É, então, forçoso concluir que a Lei n. 13.467/17 não poderá ser aplicada. Ao contrário, deverá ser completamente rejeitada, expulsa – formal e materialmente – do ambiente jurídico do Direito do Trabalho, como uma célula cancerígena que se não for neutralizada e extirpada o quanto antes, poderá provocar a morte do corpo que habita.<sup>(19)</sup>

(19) ANAMATRA. *Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017)*. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados.asp>>. Acesso em: 23 out. 2018.

Em que pese diversos enunciados terem sido aprovados condenando a aplicação da Lei n. 13.467/17, revelando o temor da associação dos magistrados em relação as alterações promovidas por ela, que segundo eles, revela-se, em sua maioria, inconstitucional, é importante fazer uma análise imparcial sobre a temática.

#### 4.1. Responsabilidade solidária e grupo econômico

Em conformidade com a redação do art. 2º, § 2º, da CLT, antes da reforma:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada um das subordinadas.

Tal disposição trata do conceito de grupo econômico, necessitando, para sua configuração, da existência de mais de uma empresa, cada qual com personalidade jurídica própria, que estejam sob controle/administração de outra, havendo relação de dominação/subordinação. Todavia, admitia-se também tal situação em um plano horizontal, ou seja, sem que existisse “a relação de dominação entre elas, havendo apenas certa unidade ou direção única, no sentido de buscarem objetivos comuns”<sup>(20)</sup>.

Todavia, com a alteração introduzida pela Reforma Trabalhista, que acrescentou ao art. 2º um parágrafo terceiro, este disciplinou que a mera identidade de sócios não é capaz de caracterizar o grupo econômico, sendo necessária para a sua configuração a demonstração de três requisitos: interesse integrado, efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta das empresas deles integrantes. Tal alteração, além de tornar quase impossível para o empregado

(20) FARACO, Marcela. *A caracterização de grupo econômico na esfera trabalhista e suas implicações*. 2014. Disponível em: <<http://marcelafaraco.jusbrasil.com.br/publicacoes>>. Acesso em: 9 out. 2018.

a comprovação de tais requisitos, possibilitará aos empregadores meios para fraudar cada vez mais a execução trabalhista.

O Tribunal Superior do Trabalho, em decisão proferida no dia 12 de dezembro de 2018 (RR 4789820135090673), discorreu sobre a conexão funcional entre as empresas do grupo econômico, ou seja, sobre a utilização conjunta ou integrada de seus estabelecimentos, entendendo que existindo nexos de coordenação, impõe-se o reconhecimento da existência do grupo. Isso se dá em razão de que a posse de ações, por se tratar de uma sociedade empresarial, decorre da existência de um objetivo comum econômico, isto é, é inegável que seus acionistas participam da empresa com claro intuito de lucro<sup>(21)</sup>.

Ainda de acordo com o referido julgado:

[...] para fins de configuração da figura jusnaturalista do grupo econômico, não se prestam os aspectos legais da Lei n. 6.404/1976, ou da legislação empresarial, para impedir-lhe o reconhecimento. O objetivo da figura jusnaturalista do grupo econômico é aumentar a garantia dos créditos do trabalhador e, sob este aspecto, o relacionamento interempresarial é suficiente para a responsabilização do Recorrente, ainda que decorrente dos percentuais acionários indicados pela 16ª Ré<sup>(22)</sup>.

Em contrapartida, houve o alargamento do conceito legal de grupo econômico, isto é, além do grupo econômico por subordinação, já definido na CLT, foi reconhecido o grupo econômico por coordenação (quando cada empresa guarda sua autonomia), este último derivado da Lei do Trabalhador Rural (art. 3º, § 2º, da Lei n. 5.889/73).

Não é por menos que a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho,

(21) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 4789820135090673. Julgamento: 12/12/2018. Rel. Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659749132/recurso-de-revista-rr-4789820135090673/inteiro-teor-659749152?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

(22) *Idem*.

aprovou, na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, o Enunciado n. 5 (publicado no dia 19.10.2017):

#### **GRUPO ECONÔMICO TRABALHISTA. DISTRIBUIÇÃO RACIONAL DO ÔNUS DA PROVA**

I. A Lei n. 13.467/2017 reconheceu expressamente a figura do grupo econômico trabalhista por coordenação (art. 2º, § 2º) e estabeleceu requisitos subjetivos (interesse integrado e comum) e objetivos (atuação conjunta) para a caracterização do grupo, a serem verificados no caso concreto pelo juízo (art. 2º, § 3º); II. Nas hipóteses restritas de aplicação do parágrafo 3º do art. 2º da CLT, a mera identidade de sócios entre as empresas integrantes, embora não baste à caracterização do grupo econômico, constitui indício que autoriza a inversão ou redistribuição do ônus da prova, nos termos do art. 818 § 1º da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017. Incumbe então ao empregador o ônus de comprovar a ausência de interesses integrados, da comunhão de interesses e/ou da atuação conjunta das empresas. Aplicação dos princípios da aptidão para a prova e da paridade de armas em concreto (isonomia processual).<sup>(23)</sup>

Sendo assim, discorreu-se que constituiria prova diabólica a exigência de que o trabalhador demonstrasse em juízo os requisitos para a configuração do grupo econômico, o que violaria totalmente o princípio da isonomia processual<sup>(24)</sup>. Devendo ser aplicada, portanto, a teoria dinâmica do ônus da prova, cabendo às empresas reclamadas o ônus de demonstrar a não configuração do grupo econômico.

#### **4.2. Responsabilização do sócio retirante e sucessão de empregadores**

Segundo disposição do primeiro capítulo deste artigo, serão aplicados ao processo de execução trabalhista os arts. 1.003 e 1.032 do Código Civil, que preveem a responsabilidade

(23) ANAMATRA. *Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017)*. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados.asp>>. Acesso em: 23 out. 2018.

(24) *Idem*.

subsidiária do sócio retirante pelos débitos trabalhistas contraídos à época em que integrava o quadro societário da empresa, até dois anos depois de averbada a correspondente alteração (artigos 10 e 448 da CLT).

Todavia, há entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, acerca da inaplicabilidade dos preceitos destes artigos na Justiça do Trabalho, conforme demonstrado por Mauro Schiavi:

Parte da jurisprudência se mostrava refratária à aplicação do art. 1.003 do CC ao Processo do Trabalho, argumentando que a responsabilidade do sócio retirante persiste para fins trabalhistas, mesmo depois de dois anos, pois se o sócio retirante estava na sociedade à época da prestação de serviço e usufruiu da mão de obra do trabalhador é justo que seu patrimônio responda pelos débitos trabalhistas. Além disso, argumentam incompatibilidade com os princípios protetor, da natureza alimentar e da irrenunciabilidade do crédito trabalhista<sup>(25)</sup>.

No que se refere à Reforma Trabalhista, esta prevê no seu art. 10-A que o sócio retirante responderá subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, limitando-se às ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato. Além disso, elaborou uma ordem de preferência na execução, do qual a empresa devedora ocupa o primeiro lugar, logo em seguida vem os sócios atuais e, por fim, os sócios retirantes, que só responderão solidariamente quando ficar comprovada fraude na alteração societária.

Apesar de parecer, a princípio, que os preceitos da Lei n. 13.467/17 coadunam com o texto do Código Civil, tem-se que o primeiro trouxe de forma expressa a ordem

de responsabilização na execução. Sobre isso dispõe Homero Batista Mateus da Silva<sup>(26)</sup>: “Ninguém começa a execução pelo ex-sócio. Normalmente, a citação ao ex-sócio ocorre em casos de desespero, em que houve o completo desaparecimento do fundo de comércio, do empreendimento e dos responsáveis.”

No entanto, a maior controvérsia desta alteração reside no fato de que o art. 10-A limitou a responsabilidade do sócio retirante “*ao período que figurou como sócio*”, ou seja, o artigo não especificou a responsabilidade pelos créditos anteriores à sua admissão como tal.

Outrossim, tem-se ainda a figura da sucessão trabalhista, anteriormente prevista apenas nos arts. 10 e 448 da CLT, dispondo que qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados, nem mesmo a mudança na propriedade. Neste aspecto, a Lei n. 13.467/17 introduziu ao texto da CLT o art. 448-A, vejamos: “Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor”.

Portanto, a responsabilidade pelos créditos trabalhistas contraídos à época em que os empregados trabalhavam para o sucedido será do sucessor, respondendo apenas solidariamente àquele no caso de fraude comprovada. Todavia, tal disposição encontra dissenso com o parágrafo único do art. 1.003 do Código Civil, uma vez que prevê que o cedente responderá solidariamente com o cessionário, até dois anos depois de averbada a modificação.

Outrossim, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, aprovou, na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, o Enunciado n. 8, que evidenciou

(25) SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 127.

(26) SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 28.

a contrariedade de tal dispositivo da reforma com o art. 1.146, também do Código Civil:

SUCESSÃO TRABALHISTA. A teor do art. 1.146 do Código Civil, aplicável ao Direito do Trabalho (CLT, art. 8º), é solidária a responsabilidade do sucedido e do sucessor pelos créditos trabalhistas constituídos antes do trespasse do estabelecimento, independentemente da caracterização de fraude<sup>(27)</sup>.

Sendo assim, conclui-se que, neste ponto, existem controvérsias acerca do papel da Reforma Trabalhista, ou seja, se ela buscou modernizar a legislação para promover certa segurança jurídica e maior efetividade à Justiça do Trabalho ou se constitui um retrocesso normativo, prejudicando o direito do trabalhador.

### 4.3. Prescrição intercorrente

Por expressa previsão da Súmula n. 114 do TST, entende-se ser inaplicável a Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente. Todavia, tem-se que é admitida a aplicação excepcional desta nas hipóteses envolvendo execução de multas administrativas impostas pela fiscalização do trabalho (art. 642 da CLT), uma vez que o texto legal é expresso em afirmar que tal cobrança obedecerá ao disposto na Lei de Execuções Fiscais (art. 40 da Lei n. 6.830/80)

Entretanto, o art. 11-A da Lei n. 13.467/17 trouxe uma modificação substancial nesse tema, possibilitando a ocorrência da prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos. De acordo com o texto legal, a fluência do prazo iniciará quando o exequente deixar de cumprir determinação judicial no curso da execução e será declarada através de requerimento ou de ofício em qualquer grau de jurisdição.

Nestes termos, conclui-se que muitas são as controvérsias acerca da aplicação desta prescrição na Justiça do Trabalho, principalmente, no que diz respeito a sua declaração de

(27) ANAMATRA. *Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017)*. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados.asp>>. Acesso em: 23 out. 2018.

ofício, uma vez que por se tratar de instituto de direito material, deve observar os princípios protetivos, a irrenunciabilidade de direitos, não retrocesso social, além dos fins sociais da lei e as exigências de bem comum<sup>(28)</sup>.

Este tem sido o entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N. 11.496/2007. RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. PRONÚNCIA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 219, § 5º, DO CPC COM O PROCESSO DO TRABALHO. O art. 219, § 5º, do CPC, que possibilita a pronúncia de ofício da prescrição pelo juiz, não se aplica subsidiariamente ao Processo do Trabalho, porque não se coaduna com a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e com o princípio da proteção ao hipossuficiente. Precedentes desta Subseção Especializada. Recurso de embargos conhecido e não provido.<sup>(29)</sup>

Destarte, embora inicialmente tenha sido difícil visualizar de que forma tais entendimentos iriam prevalecer com a entrada em vigor da Lei n. 13.467/17, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) publicou no dia 24 de julho de 2018 a Recomendação n. 3, que contém orientações sobre os procedimentos a serem seguidos pelos magistrados para a aplicação do instituto ao caso concreto, sendo estas: a prescrição somente pode ser reconhecida após expressa intimação do exequente para cumprir determinação judicial (art. 1º), o que deverá ser indicado com precisão pelo juiz ou relator, com expressa cominação das consequências do descumprimento (art. 2º).

Outrossim, o fluxo da prescrição intercorrente será contado a partir do descumprimento da aludida determinação judicial, desde que expedida após a entrada em vigor da reforma

(28) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 482-483.

(29) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *TST-RR 82841-64.2004.5.10.0016. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Julgamento: 20/02/2014. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI265535,11049-Prescricao+intercorrente+e+declaracao+de+oficio+da+prescricao+no>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

trabalhista (art. 3º), no entanto, antes disso, o juiz ou relator concederá prazo à parte interessada para se manifestar sobre o tema (art. 4º). Salienta-se, por fim, que não correrá o prazo nas hipóteses em que devedor ou bens não forem localizados (art. 5º), sendo os autos remetidos ao arquivo provisório, todavia, não antes de serem realizados atos de pesquisa patrimonial, com uso dos sistemas eletrônicos, bem como a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade reclamada, quando pertinente.

Ante o exposto, é provável que haja uma extinção em massa de processos de execução trabalhista, nos termos do art. 924, V do CPC, tendo em vista a maioria das execuções são frustradas, em grande parte derivadas de fraudes ou simplesmente por não serem encontrados bens ou recursos em nome do executado.

#### **4.4. Desconsideração da personalidade jurídica**

Destaca-se, entre as inovações citadas, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica cuja aplicação no Processo do Trabalho foi introduzida pelo art. 6º da Instrução Normativa n. 39/2016. A inovação, no aludido caso, tem a ver com a regulamentação do procedimento para tal instituto, uma vez que antes só havia previsão deste no Código de Defesa do Consumidor (§ 5º do art. 28), no Código Civil (art. 50) e no Código Tributário Nacional (art. 135).

Em suma, o incidente da desconsideração será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público (art. 133 do CPC), nos casos em que houver a prática de atos ilícitos pela pessoa jurídica, ou o chamado abuso de personalidade jurídica, a exemplo da fraude, passando os sócios a responderem com seus bens particulares pelos danos causados a terceiro (art. 50 do CC),

Neste sentido, o incidente de desconsideração passou a ser cabível em todas as fases do processo (art. 134 do CPC), sendo imediatamente comunicada ao distribuidor para as

anotações devidas (§ 1º) e dispensada quando for requerida na petição inicial (§ 2º). Além disso, a instauração do procedimento suspende o andamento do processo (§ 3º), devendo o requerente demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos (§ 4º).

Entretanto, em relação à compatibilidade do aludido procedimento com o Processo do Trabalho, contrariamente dispôs Ben-Hur Silveira Claus, vejamos:

A necessidade de iniciativa da parte (art. 133), a previsão de automática suspensão do processo (art. 134, § 3º), a atribuição ao credor do ônus da prova quanto à presença dos pressupostos legais que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade (art. 134, § 4º), a exigência de contraditório prévio (art. 135) e a previsão de recurso autônomo imediato da decisão interlocutória respectiva (art. 136 e parágrafo único) tornam o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 e seguintes do NCPD incompatível com o processo do trabalho, por revelar-se, na prática, manifestamente contrário aos princípios jurídicos trabalhistas do impulso oficial, da concentração dos atos, da celeridade e da efetividade, da simplicidade das formas e da irrecorribilidade autônoma das decisões interlocutórias, incompatibilidade essa que inviabiliza a aplicação subsidiária desse incidente — burocrático e ineficaz — à execução trabalhista (CLT, arts. 769 e 889).<sup>(30)</sup>

Diante do exposto, ressalta-se, no entanto, que o texto da Lei n. 13.467/2017 (art. 855-A)

(30) CLAUD, Bem-Hur Silveira. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o Direito processual do trabalho*. 2015, p. 15. Disponível em: <[http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2015/11/TD14\\_Ben\\_Hur\\_Silveira\\_Claus\\_4\\_O-incidente-de-desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-jur%C3%ADica-previsto-no-novo-CPC.pdf](http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2015/11/TD14_Ben_Hur_Silveira_Claus_4_O-incidente-de-desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-jur%C3%ADica-previsto-no-novo-CPC.pdf)>. Acesso em: 5 out. 2018.

trouxe em seu bojo a previsão da aplicação deste procedimento no Processo do Trabalho, coibindo de certo modo a discussão acerca da compatibilidade ou não do referido.

#### **4.5. Execução de ofício e atualização de créditos**

Neste ponto, o prejuízo causado pela Reforma Trabalhista é evidente, uma vez que a nova redação do art. 878 da CLT deixa claro que “a execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado”.

Sendo assim, tem-se que deixa de existir na seara trabalhista a figura da execução de ofício pelo juiz como regra, ou seja, antes da alteração promovida pela Lei n. 13.467/17, a execução trabalhista prescindia de requerimento expresso do credor, podendo ser iniciada de forma automática pelo juiz. Com a reforma, admite-se tal instituto apenas como uma exceção, o que de certo modo reduz a celeridade de uma fase processual que por si só é a mais lenta e ineficaz da seara trabalhista.

Por fim, mas não menos importante, salienta-se que houve a inclusão do §7º no art. 879 da CLT, que modificou o índice de atualização dos créditos trabalhistas decorrentes de condenação judicial para a Taxa Referencial (TR). Ressalta-se que este índice é infinitamente menor aos já utilizados (IPCA e IGPM), segundo Breno Teixeira (2017), o que beneficiará aos credores trabalhistas, que procurarão meios para prolongar ainda mais a fase de execução.

Entretanto, já existe entendimento da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho que reconhece a inconstitucionalidade do referido índice<sup>(31)</sup>, com base na decisão proferida pelo Pleno do TST no julgamento do processo ArgInc-479-60.2011.5.04.0231,

(31) TST-RR-7-17.2016.5.04.0641. Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Delaide Miranda Arantes. Julgamento: 23.5.2018.

DEJT 14.8.2015, que declarou a inconstitucionalidade do art. 39 da Lei n. 8.177/1991, determinando, em consequência, a adoção do IPCA-E para atualização dos créditos trabalhistas, em substituição à TRD.

Por fim, tem-se que a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.867 no Supremo Tribunal Federal, ainda não julgada, questionando a aplicação da correção do depósito recursal no processo trabalhista com os mesmos índices da caderneta de poupança, o que seria o pior investimento existente, em detrimento das partes e em benefício de uma instituição financeira (a Caixa Econômica Federal, única recebedora dos depósitos recursais), onerando o processo trabalhista<sup>(32)</sup>.

#### **5. Conclusão**

O presente artigo começou abordando o Relatório Geral da Justiça do Trabalho, do ano de 2017, que apontou que em quase cerca de 80% dos processos, o credor trabalhista, apesar de ter tido seu direito reconhecido na fase de conhecimento, não consegue receber seu crédito, o que gera para o trabalhador descrédito para com o Judiciário.

Destarte, abordou-se, no segundo capítulo, que a Lei n. 13.105/15 começou a vigorar no ano de 2016 trazendo diversas alterações e inovações à seara processual, o que de certo modo provocou alterações em diversos entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho, que editou a Instrução Normativa n. 39/16, visando promover a segurança jurídica ao jurisdicionado e aos aplicadores do direito em relação à aplicação subsidiária das normas do direito processual comum no Processo do Trabalho.

Outrossim, antes mesmo de a jurisprudência pacificar alguns entendimentos e

(32) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5.867. Relator: Ministro Gimar Mendes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5335099>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

modificações advindas com o NCPD, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei n. 13.467/2017, intitulada como Reforma Trabalhista. A aludida lei, que em parte consagra procedimentos já previstos na legislação comum e utilizados na Justiça do Trabalho, também trouxe inovações que colocam em evidência alguns posicionamentos do Tribunal Superior do Trabalho que até então eram contrários a sua aplicação na seara trabalhista, como é o caso da prescrição intercorrente e da execução de ofício.

Apesar de a Reforma Trabalhista ter como pretexto atualizar a legislação de 1943, segundo entendimento da ANAMATRA ela tem nuances de retrocesso social e jurídico, principalmente em relação ao § 2º que foi incluído ao art. 8º da CLT, que de forma velada tenta aprisionar a função jurisdicional à aplicação literal e isolada dos preceitos legais. Ademais, tem-se, ainda, que foi criado o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva pela Justiça do Trabalho (art. 8º, § 3º), estabelecendo-se maior rigor nos requisitos exigidos para a aprovação e modificação de súmula e outros enunciados (art. 702, § 3º), bem como revogando o dever dos TRT's de proceder, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência (§§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896).

Todas estas alterações contrariam o disposto nos artigos 489, § 1º, VI, e 927 do NCPD, que fortalecem a ideia da aplicação obrigatória e, em diversas situações, com força vinculante da jurisprudência, revelando, desse modo, o seu total descompasso com as diretrizes instituídas pelo novo CPC.

Diante do exposto, conclui-se, num primeiro olhar, que apesar de a Lei n. 13.467/17 ter sido criada com o pretexto de trazer maior segurança jurídica as relações de trabalho, revela mais uma visão protecionista do executado do que efetivamente da garantia do crédito do exequente. No entanto, não se pode ignorar que à exemplo do reconhecimento do grupo

econômico por coordenação; da elaboração de uma ordem de preferência na execução, nos casos da responsabilização do sócio retirante; e da regulamentação da prescrição intercorrente na justiça do trabalho, finalizando a controvérsia que havia na jurisprudência do STF e do TST; tal legislação também veio modernizar o arcabouço jurídico da Justiça do Trabalho.

Nestes termos, tem-se que o presente trabalho não teve o intuito de finalizar esta discussão, muito menos apresentar uma resposta definitiva ao questionamento inserido na introdução, principalmente, por ainda não ter entrado em vigor a intitulada Reforma Trabalhista. Pelo contrário, a finalidade deste artigo foi provocar o início de um debate que apenas está começando no mundo acadêmico e profissional.

## 6. Referências

- ANAMATRA. *Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017)*. Disponível em: <<http://www.jornadana-nacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados.asp>>. Acesso em: 23 out. 2018.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- BRASIL. *Código Civil*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 4 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. *Código de Defesa do Consumidor*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 4 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 4 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. *Convenção Coletiva do Trabalho de 1943*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018.
- \_\_\_\_\_. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 set. 2018.
- \_\_\_\_\_. *Lei n. 13.467*, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>

ccivil\_03/\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 4 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 25*. RE 466343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 25 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 5867*. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5335099>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 221, de 21 de junho de 2018 [Instrução Normativa n. 41]. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, n. 2501, 21 jun. 2018. Caderno Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, p. 26-28.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Resolução n. 203*, de 15 de março de 2016 (Instrução Normativa n. 39). Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 3 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Relatório Geral da Justiça do Trabalho (2017)*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Movimentação Processual das Varas do Trabalho (2018)*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/vt/movimentacao-processual>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 29492920105020078*. 3ª Turma. Julgamento: 17.9.2013. Rel. Ministro Mauricio Godinho Delgado. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24208264/recurso-de-revista-rr-29492920105020078-2949-2920105020078-tst/inteiro-teor-111918999?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 9 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *TST-RR 71720165040641*. 2ª Turma. Julgamento: 23.5.2018. Relª. Ministra Delaíde Miranda Arantes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/embargada-tst-afasta-correcao-monetaria-trazida-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *TST-RR 82841-64.2004.5.10.0016*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Julgamento:

20.2.2014. Relª. Ministra Dora Maria da Costa. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI265535,11049-Prescricao+intercorrente+e+declaracao+de+oficio+da+prescricao+no>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Recomendação n. 3/GCGJT*, de 24 de julho de 2018. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2525, 25 jul. 2018. Caderno Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, p. 8-9.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 4789820135090673*. Julgamento: 12.12.2018. Rel. Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659749132/recurso-de-revista-rr-4789820135090673/inteiro-teor-659749152?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *OJ n. 93 da SDI-II*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_2/n\\_S5\\_81.htm](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_2/n_S5_81.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *OJ n. 153 da SBDI-II*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_2/n\\_S6\\_141.htm](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_2/n_S6_141.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. *Processo n. 0000460-04.2017.5.06.0000 (IUI)*. Julgamento: 5.6.2018. Relª. Desª. Maria das Graças de Arruda França. Disponível em: <<http://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/exibirInteiroTeor?documento=6428772&tipoProcesso=eletronico>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

CALDEIRA, Ronan Leal. *Do incidente da desconsideração da personalidade jurídica na justiça*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239678,21048-Do+incidente+da+desconsideracao+da+personalidade+juridica+na+Justica>>. Acesso em: 5 out. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense; 2017.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o direito processual do trabalho*, 2015, p. 15 Disponível em: <[http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2015/11/TD14\\_Ben\\_Hur\\_Silveira\\_Claus\\_4\\_O-incidente](http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2015/11/TD14_Ben_Hur_Silveira_Claus_4_O-incidente)>

-de-desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-jur%C3%ADdica-previsto-no-novo-CPC.pdf.> Acesso em: 5 out. 2018.

DONIZETTI, Elpidio. *A constitucionalização do direito processual civil*. Disponível em: <<http://atualidadesdireito.com.br/elpidionunes/2012/04/11/expressa-constitucionalizacao-do-direito-processual-civil-positivacao-do-%E2%80%9Ctotalitarismo-constitucional%E2%80%9D/>>. Acesso em: 2 out. 2018.

FARACO, Marcela. *A caracterização de grupo econômico na esfera trabalhista e suas implicações*, 2014. Disponível em: <<http://marcelafaraco.jusbrasil.com.br/publicacoes>>. Acesso em: 9 out. 2018.

FILHO, Cassio Colombo. *Os atuais rumos da execução trabalhista à luz da uniformização da jurisprudência* — as Orientações Jurisprudenciais da Seção Especializada do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/94667/2016\\_colombo\\_filho\\_cassio\\_atuais\\_rumos.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/94667/2016_colombo_filho_cassio_atuais_rumos.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 10 out. 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 19-20.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 676.

MIESSA, Élisson. *Impactos do Novo CPC nas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 116.

PAULA, Alexandre Sturion. *Evolução histórica do processo de execução na Justiça do Trabalho*. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/02/02/2008>. Acesso em: 18 set. 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 28.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014.

\_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil: a aplicação supletiva e subsidiária ao processo do trabalho*, 2015. Disponível em: <[http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO\\_CODIGO\\_DE\\_PROCESSO\\_CIVIL-\\_APLICACAO\\_SUPLETIVA\\_E\\_SUBSIDIARIA.pdf](http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL-_APLICACAO_SUPLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2018.

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

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Execução no processo do trabalho*. 9. ed. São Paulo, LTr, 2005.

# O vínculo empregatício no mundo tecnológico e o conflito de interesses que o circunda: a busca por uma solução a partir de análise do “caso UBER”

Marcelo Gouvêa Almeida Martins<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

▶ O cerne do presente artigo consiste em analisar o conflito de interesses que circunda o vínculo empregatício no mundo tecnológico, principalmente quanto aos serviços solicitados por clientes via aplicativos de *smartphones*. Essa análise é feita a partir do “caso UBER”, tema já bastante debatido entre os juristas de todo o mundo. Entende-se que uma solução na problemática da “uberização” seria perfeitamente aplicável aos casos similares. A intenção é antecipar uma solução para possíveis problemas futuros sobre o instituto da relação de emprego. Para isso, são respeitados os requisitos implícitos no *caput* dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, observando as alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Observa-se também as disposições da Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017 que, mesmo já tendo encerrada a sua vigência por inércia legislativa, trouxe a regulamentação do contrato de trabalho intermitente, esse que será usado como esboço para elaboração de um novo contrato de trabalho como solução. Para tal, é importante ter uma visão geral dos impactos causados pela prestação de serviços enraizados no avanço tecnológico, em vários setores da sociedade, cada um com interesses bem distintos, mas todos pertinentes e merecedores de minuciosa atenção.

## Palavras-chave:

▶ Reforma trabalhista — Relação de emprego — UBER — Contrato de trabalho.

## Abstract:

▶ The core of this article is to analyze the conflict of interests that surrounds the employment relationship in the technological world, especially regarding the services requested by clients through smartphone applications. This analysis is based on the “UBER case”, a

(\*) Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Bacharel em Direito pela Universidade

Federal de Juiz de Fora. Advogado pela OAB/MG. Sócio do escritório Alexandre Atalla & Gouvêa Advocacia Associada.

theme that has already been widely debated among lawyers around the world. A solution to the problem of “uberização” could perfectly fit similar cases. The aim is to anticipate a solution for possible future problems among employment relationship. For this, the implicit requirements of the Articles 2º and 3º captions of the “Consolidação das Leis do Trabalho”, are respected, considering the changes by the Labor Reform, Law n. 13,467 of July 13, 2017. The instructions of Provisional Measure N. 808 of November 14, 2017, are also considered, which, even though its validity had finished due to legislative inertia, brought the regulations of the intermittent labor contract, which will be used as a sketch to elaborate a new employment contract. In order to do this, it is important to have an overview of the impacts caused by the provision of services, rooted in the technological advance in several sectors of society, each with very distinct interests, but all of them relevant and worthy of careful attention.

### Key-words:

▶ Labor reform — Employment relationship — UBER — Labor contract.

### Índice dos Temas:

- ▶ 1. Prefácio
- ▶ 2. Introdução
- ▶ 3. Uma breve síntese dos fatos que deram início ao “caso UBER”
- ▶ 4. Proposta de solução para o conflito “relação de emprego no caso UBER” e similares
  - ▶ 4.1. O contrato de trabalho intermitente por convocação: modelo-base para se construir uma solução
  - ▶ 4.2. Comparações da realidade fática do motorista de UBER com o trabalhador aos moldes do contrato de trabalho intermitente por convocação
  - ▶ 4.3. Novo modelo de contrato de trabalho: contrato de trabalho intermitente por produção
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências

### 1. Prefácio

A Reforma Trabalhista, Lei n.13.467/17, completou, em novembro de 2018, um ano de vigência.

Dentre as novidades trazidas (não cabendo ao presente artigo discutir se tal novidade é uma afronta ou um avanço aos direitos trabalhistas), cita-se a criação de um novo modelo de contrato de trabalho, o chamado Contrato de Trabalho Intermitente.

Como dito, tal modalidade contratual entrou em vigor em 11.11.2017, pela Reforma

Trabalhista, mais precisamente pela alteração da Consolidação das Leis Trabalhistas (Lei n. 5.452/43) nos arts. 443, *caput*, e § 3º; e 452-A.

A abordagem a essa nova modalidade de contrato de trabalho ficou rasa, sem muito aprofundamento pela Lei. Da maneira como se encontrava, ficava extremamente difícil o empregador adequar o contrato de trabalho de seu colaborador sem que cometesse nenhum erro jurídico, o que poderia lhe custar caro posteriormente.

Em razão dessa falta de regulamentação específica, de detalhamento, esse novo contrato

de trabalho seria ineficaz, tendo como função, somente, ocupar um espaço a mais no corpo da CLT.

Compreendendo que este seria um possível triste fim para um contrato de trabalho que, na mente dos legisladores que o aprovaram, poderia ser uma solução alternativa a muitas situações laborais informais, de imediato, a presidência da república tratou de editar Medida Provisória para tentar “salvar a novidade”.

Dessa forma, foi editada a Medida Provisória n. 808 de 14 de novembro de 2017. Tal medida modificou e inseriu na CLT alguns artigos para executarem a tarefa de detalhar tal modelo de contrato de trabalho. Para tanto, foram feitas mudanças e acréscimos no art. 452-A e foram inseridos os arts. 452-B até 452-H e 911-A na CLT.

Sobre o trâmite, eficácia e vigência de uma Medida Provisória, em linhas simplificadas pelo próprio sítio eletrônico da Câmara dos Deputados Federais, entende-se:

A Medida Provisória (MP) é um instrumento com força de lei, adotado pelo presidente da República, em casos de relevância e urgência. Produz efeitos imediatos, mas depende de aprovação do Congresso Nacional para transformação definitiva em lei. Seu prazo de vigência é de sessenta dias, prorrogáveis uma vez por igual período. Se não for aprovada no prazo de 45 dias, contados da sua publicação, a MP tranca a pauta de votações da Casa em que se encontrar (Câmara ou Senado) até que seja votada.

[...] As normas sobre edição de Medida Provisória estão no art. 62 da Constituição Federal. (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. (Org.). **Medida Provisória**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/comunicacao/assessoria-de-imprensa/medida-provisoria>>. Acesso em: 25 jan. 2019.)

Destarte, era sabido pelos legisladores, ou deveria ser, que existia um prazo para que tal MP entrasse em pauta para sua transformação em lei.

Por motivos políticos<sup>(1)</sup>, por conflitos de interesses, tanto na esfera pública quanto na

esfera privada, por “falta de negociação” ou por qualquer tipo de influência não noticiada, fato é que a Medida Provisória n. 808/17 não entrou em pauta para votação, terminando sua vigência e perdendo sua eficácia a partir 23 de abril de 2018<sup>(2)</sup>.

O resultado é exclusão dos artigos incluídos pela Medida Provisória da CLT, retornando às alterações da Reforma Trabalhista como únicas disposições legais acerca do contrato de trabalho intermitente.

Volta-se, assim, à insegurança dos empregadores e a ineficácia de um modelo contratual novo inserido pela Lei n. 13.467/17.

Por tal motivo, como medida para se tentar evitar futuros conflitos jurídicos, o Ministério do Trabalho e Emprego publicou uma Portaria n. 349, de 23 de maio de 2018<sup>(3)</sup>, para estabelecer regras e normatizar a execução da CLT acerca, entre outros, do contrato de trabalho intermitente.

Verifica-se em tal Portaria que o MTE não inovou a legislação, nem excedeu seu limite de “expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos” como consta no art. 87, parágrafo único, II, da CF/88.

Dessa forma, há que se frisar que tal contrato, como consta na CLT, deficiente de detalhamento legal, é capaz sim de produzir efeitos jurídicos. Mas, como dito, por falta dessa regulamentação específica, mesmo com disposições emitidas pelo MTE, o empregador e o empregado se sentem inseguros em razão da imprevisibilidade jurídica.

---

noticias/materias/2018/04/20/medida-provisoria-que-altera-reforma-trabalhista-perde-a-validade-nesta-segunda>. Acesso em: 25 jan. 2019

(2) PANTALEÃO, Sergio Ferreira. *Medida Provisória n. 808/2017 perde a validade e muda as regras da reforma trabalhista*. 2018. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/mp808-2017-perde-a-validade.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

(3) MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Portaria n. 349, de 24 de maio de 2018*. Estabelece regras voltadas à execução da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, no âmbito das competências normativas do Ministério do Trabalho. Portaria n. 349, de 23 de maio de 2018: Publicada no DOU de 24.5.2018.

---

(1) BRASIL. SENADO FEDERAL. (Org.). *Medida Provisória que altera reforma trabalhista perde a validade nesta segunda*. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/>

Diante essa situação de criação de um modelo de contrato de trabalho que, por desídia do legislativo, tornou-se inseguro juridicamente e, por isso, ineficiente perante a sociedade empresarial e sua mão de obra, não houve o impacto trabalhista-econômico que se esperava, nem resolveu problemáticas laborais recorrentes no país.

O presente artigo busca, portanto, utilizar-se de uma base jurídica social-econômica que fundamentou disposições legais para a criação de um contrato de trabalho que foi, de certa forma, infrutífero, para elaborar uma proposta de criação de um novo contrato de trabalho na tentativa de solucionar uma situação que é, de fato, um problema até hoje para a Justiça do Trabalho: vínculo laboral entre empregados e empregadores fornecedores de serviços por meio de aplicativos de *smartphones*.

Para isso, será tomada como exemplos-chave a situação no país da sociedade empresária UBER do Brasil Tecnologia Ltda., partindo-se do pressuposto de que o vínculo empregatício realmente existe, evitando adentrar em tal discussão, já que não é o objetivo para o presente artigo.

Serão consideradas as disposições constantes na CLT, incluindo a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17), e a Medida Provisória n. 808/17, mesmo que revogada. Além disso, para uma exposição mais didática, pelo fato de o novo contrato de trabalho que será apresentado também priorizar a característica de intermitência, será feita uma divisão de denominação, a qual será explicada ao longo do artigo, da seguinte maneira:

- Contrato de Trabalho Intermitente por Convocação (atual modelo existente)
- Contrato de Trabalho Intermitente por Produção (novo modelo proposto)

## 2. Introdução

Este artigo, ao contrário de uma grande parte dos trabalhos existentes que tratam sobre o

tema<sup>(4)</sup>, não tem o objetivo principal de travar discussão doutrinária sobre a existência ou não de vínculo empregatício entre a sociedade empresária UBER do Brasil Tecnologia Ltda. e seus motoristas cadastrados. Não se entrará em análises profundas dos elementos fáticos-jurídicos (requisitos) componentes da relação de emprego e da base principiológica da justiça do trabalho.

Será adotado e demonstrado, desde o início, para dar partida a uma busca de uma possível solução para o conflito, que tal vínculo realmente existe entre as partes mencionadas.

Ou seja, partir-se-á do pressuposto que os cinco requisitos<sup>(5)</sup> caracterizadores de uma relação de emprego foram preenchidos, esses que estão implícitos basicamente no *caput* dos arts. 2º e 3º da CLT.<sup>(6)</sup>

---

(4) Como exemplos: **(a)** SILVA, Larissa Mariana Dias Nápoles da. O (não) reconhecimento do vínculo empregatício entre motorista e UBER pela Justiça do Trabalho em Belo Horizonte. 2017. 42 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Faculdade de Sabará, Sabará, 2017. **(b)** MIAHIRA, Luciene. Configuração do vínculo de emprego dos motoristas do UBER. 2016. 47 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2016. **(c)** Análise juslaboral da relação de trabalho entre motoristas por aplicativo e a sociedade empresária UBER: aspectos e consequências sociojurídicos. Brasília: Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho, 2017. **(d)** MANS, Matheus. Motorista do UBER tem vínculo empregatício, diz MPT. O Estado de S. Paulo – SP. São Paulo, p. 16-16. 13 jan. 2017. **(e)** TOSS, Luciane; EINLOFT, Denis. Uber: uma abordagem crítica. Disponível em: <<http://www.dntemdebate.com.br/uber-uma-abordagem-critica/>>. Acesso em: 29 maio 2018.

(5) Segundo DELGADO (2018), são os requisitos: I – Pessoa Física: a relação de emprego só se caracteriza por meio de um contrato de trabalho celebrado entre uma pessoa física com um empregador; II – Pessoaalidade: a pessoa física empregada não pode se fazer substituir por terceiros, sendo o contrato de trabalho personalíssimo; III – Onerosidade: obrigatoriedade de contraprestação pelos serviços prestados pelo empregado; IV – Subordinação: o poder de direção, coordenação e fiscalização do empregador incidirá sobre o empregado, fazendo com que o segundo esteja submetido às ordens e disposições do primeiro; V – Não eventualidade: labor de forma permanente, mesmo que por curto período de tempo, não prestando serviços eventuais, mas de maneira habitual.

(6) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*: obra revista, atualizada e ampliada conforme Lei n. 13.417/17 E MP n. 808/17. 17. ed. São Paulo: LTR, 2018. p. 337.

Destarte, o ponto central do artigo é elaborar uma solução, não só para o “caso UBER”, mas também, prevendo um futuro tecnológico, para toda situação similar que tenha como ponto crítico a discussão sobre vínculo empregatício.

Para alcançar esse objetivo, pretende-se verificar que o princípio protetivo da Justiça do Trabalho, nos dias atuais, vai de encontro aos interesses dos próprios “protegidos”, muitos desses que não estão desejando a relação de emprego, entendendo que a “proteção” atual teria impacto economicamente negativo.

A relevância de abordar o conflito de interesses entre as partes envolvidas na discussão é que, mesmo depois da reforma Trabalhista ter completado um ano de vigência, não houve inovação que fosse capaz de solucionar a alta taxa de informalidades laborais no país. Será verificado que a desídia do legislador acaba por esvaziar materialmente a lei vigente, uma vez que seus “destinatários” estão preferindo não se utilizar da mesma por entenderem ser ela mais prejudicial economicamente. Dessa forma, os trabalhadores ficam desamparados juridicamente por opção. Isso pode gerar, futuramente, uma avalanche de reclamações trabalhistas que dificilmente terão julgamento pacificado, uma vez que a lei atual não atende, ao mesmo tempo, os anseios da Justiça do Trabalho, dos próprios trabalhadores, dos empregadores e do interesse público social. Por esse motivo, será apresentado, por fim, uma sugestão de solução, baseada no modelo de Contrato de Trabalho Intermitente inserido na CLT pela Reforma Trabalhista, na tentativa de amenizar o conflito já existente e evitar possíveis novas problemáticas nesse futuro tecnológico.

A metodologia geral utilizada no presente artigo partiu do método dialético de interpretação, já que os objetivos do estudo passam, necessariamente, por uma compreensão da realidade fática vivida em nosso país:

“A dialética fornece as bases para uma interpretação dinâmica e totalizante

da realidade, já que estabelece que os fatos sociais não podem ser entendidos quando considerados isoladamente, abstraídos de suas influências políticas, econômicas, culturais etc. Por outro lado, como a dialética privilegia as mudanças qualitativas, opõe-se naturalmente a qualquer modo de pensar em que a ordem quantitativa se torne norma. Assim, as pesquisas fundamentadas no método dialético distinguem-se bastante das pesquisas desenvolvidas segundo a ótica positivista, que enfatiza os procedimentos quantitativos.”<sup>(7)</sup>

Dessa forma, a abordagem do tema seguiu uma ordem qualitativa, evidenciando o conflito existente entre o caso concreto e o sentido teleológico das disposições legislativas.

As pesquisas bibliográficas e documentais foram enfatizadas no trabalho, mas os dados levantados não foram isentos de análise crítica, essa que se faz necessária para a compreensão dos números e das informações diante o contexto tecnológico atual.

Como o trabalho envolve um estudo do conflito de diversos interesses que circundam o “caso UBER”, será explicitado que os envolvidos extrapolam os limites do polo ativo e polo passivo de uma lide judicial. Também são interessados a classe dos taxistas e a própria população brasileira, essa que roga por facilidades tecnológicas em seu cotidiano<sup>(8)</sup>. Tal caso é utilizado como exemplo-base para justificar a necessidade de criação de um novo modelo de contrato de trabalho que seja capaz de solucionar, não só o conflito que envolve a sociedade empresária UBER, mas todos os outros casos possíveis advindos de prestação de serviços por meio de aplicativos. Assim, como

(7) GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 14.

(8) PRUDENCIO, Marcus. *A tecnologia do dia a dia*. Autor supervisionado por Tais Braga. Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2018/03/13/interna\\_tecnologia,665761/a-tecnologia-do-dia-a-dia.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2018/03/13/interna_tecnologia,665761/a-tecnologia-do-dia-a-dia.shtml)>. Acesso em: 29 maio 2018.

dito, será buscado a criação de um novo modelo de contrato de trabalho que atenda a todos os interesses dos trabalhadores, sem onerar excessivamente o empregador, e ao interesse público de usufruto dos serviços prestados por empresas ativas por meio de aplicativos. Inicialmente, após um panorama geral dos fatos que deram início ao “caso UBER”, será feita uma sucinta exposição dos pontos jurídicos que devem ser observados durante a análise do conflito. Para isso, serão utilizadas referências teóricas, principalmente, do distinto doutrinador Mauricio Godinho Delgado.

### 3. Uma breve síntese dos fatos que deram início ao conflito “UBER”

A UBER do Brasil Tecnologia Ltda. é uma sociedade empresária que se define seus serviços como:

1.16. “Serviços da Uber” significa os serviços de intermediação digital da Uber prestados por meio de plataforma tecnológica, sendo intermediação sob demanda e serviços relacionados que permitem que prestadores(as) de transporte busquem, recebam e atendam solicitações de Serviços de Transporte feitas por Usuários(as) que procurarem tais Serviços de Transporte; [...] (UBER do Brasil Tecnologia Ltda., 1º de junho de 2016, p. 2, 1.16.)

Começou a atuar no Brasil em maio de 2014, na cidade do Rio de Janeiro, RJ. Em seguida, expandiu para São Paulo, SP e Belo Horizonte, MG. Desde então, a sociedade empresária vem se expandindo cada vez mais, alcançando cidades do interior de todos os estados brasileiros.<sup>(9)</sup>

O sucesso está principalmente ligado ao baixo custo aos seus clientes se comparado aos outros serviços de transporte particulares existentes, como é o caso do serviço de táxi.

(9) Uber do Brasil Tecnologia Ltda. (2018) ; Informação contida no site da sociedade empresária; disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

A não existência, inicialmente, de vínculo empregatício entre a UBER e os motoristas nela cadastrados reduzem drasticamente os valores repassados aos clientes. A sociedade empresária atua nas cidades sem pagar taxas de licença, como são obrigados a pagar os taxistas, em razão da Lei n. 12.468/11 que assim os obriga, também não onerando os clientes com esse gasto. Além disso, a manutenção e o combustível dos veículos são suportados pelos próprios motoristas, assim como todos os gastos para a prestação do serviço de transporte.

Isso é possível porque a própria empresa define em seu contrato que:

O(A) Cliente reconhece e concorda que a Uber fornece serviços de tecnologia, não fornece como uma empresa de transporte e nem opera como um agente para o transporte de passageiros. (UBER do Brasil Tecnologia Ltda., 1º de junho de 2016, p. 1)

Dessa forma, ela se exime de todas as responsabilidades, sejam elas laborais, fiscais ou administrativas, podendo, assim, fornecer um serviço a baixo custo.

O baixo custo, aliado a certa segurança que a sociedade empresária passa para seus clientes (em virtude do controle de qualidade realizado pela própria) e a insatisfação geral da maioria da população de todas as cidades brasileiras com os serviços prestados por motoristas de táxi<sup>(10)</sup>, criaram o solo fértil para a UBER garantir aceitação imediata de clientes e criar uma expansão sem precedentes.

Não tardou para que motoristas de táxi começassem a manifestar sua indignação contra essa desleal concorrência<sup>(11)</sup>. O argumento era basicamente o de que a sociedade empresária estaria atuando de forma ilegal no país, já que

(10) GALDINO, Renata. *Elevado índice de insatisfação com táxis explica aceitação ao Uber em BH*. Disponível em: <<http://hojeemdia.com.br/horizontes/elevado-índice-de-insatisfação-com-táxis-explica-aceitação-ao-uber-em-bh-1.315527>>. Acesso em: 29 maio 2018.

(11) *Vide* notas de rodapé ns. 5, 6 e 7.

a Lei n. 12.468/11 que os regulamenta define expressamente que

Art. 2º É atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros.

Assim, alegam que a UBER não se enquadra por agir de maneira ardilosa, driblando a legislação brasileira.

Até que providências fossem tomadas, taxistas de diversas cidades organizaram movimentos<sup>(12)</sup> contra a suposta prestação ilegal dos serviços, não tendo como manter competitividade em virtude das caras licenças que a lei os obriga a pagar. Diversas notícias correram no país sobre motoristas cadastrados na plataforma que sofriam agressões verbais e físicas por taxistas.<sup>(13)</sup>

Sobre tal situação de “guerra” entre as duas classes, prefeituras de algumas cidades cederam ao apelo e reconheceram<sup>(14)</sup> a ilegalidade dos serviços prestados pela UBER, não permitindo que o aplicativo funcionasse em seu território. A consequência óbvia desse ato foi a indignação dos possíveis clientes que rogavam por serviços mais acessíveis e de qualidade, o que não vinha sendo feito pelos taxistas. Como

(12) G1 DF. *Taxistas estacionam em frente ao Congresso em protesto contra Uber*: Motoristas protestam contra projeto de lei que tramita no Senado para regularização dos serviços de transporte por aplicativo, como Uber e Cabify. Trânsito não foi afetado, diz Polícia Militar. 17.10.2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/taxistas-estacionam-em-frente-ao-congresso-em-protesto-contra-uber.ghtml>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

(13) G1 GLOBO.COM. *Entenda a briga entre taxistas e motoristas do aplicativo Uber*: Repórter do Fantástico se disfarça de motorista do Uber e é ameaçado de morte por taxista em São Paulo.. 26.7.2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/07/entenda-briga-entre-taxistas-e-motoristas-do-aplicativo-uber.html>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

(14) THIAGO AMANCIO. *Uber enfrenta cerco na Grande SP, e motoristas tentam driblar blitz*. 13.9.2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1812710-uber-enfrenta-cerco-na-grande-sp-e-motoristas-tentam-driblar-blitze.shtml>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

a população e o benefício da economia falaram mais alto, muitas dessas prefeituras voltaram atrás e permitiram o uso do aplicativo.<sup>(15)</sup>

Em meio a esse conflito de interesses e discussões legais entre taxistas, clientes e UBER, para agravar a confusão, surge um problema mais complexo. Muitos motoristas da plataforma ingressaram na Justiça do Trabalho requerendo a declaração de existência de vínculo de emprego com a sociedade empresária e, conseqüentemente, seus consectários legais<sup>(16)</sup> (salário, adicionais legais, horas extras, 13º salário, férias, etc).

A grande questão é que ainda não foi apresentada uma solução jurídica para esse conflito da relação de emprego. Essa solução não foi atingida, porque as decisões tomadas com a base na legislação vigente sempre acabam por prejudicar um dos lados envolvidos na situação, sejam eles a UBER, sejam os motoristas cadastrados na plataforma, sejam os possíveis clientes.

O fato é que muitos motoristas estão preferindo não ter vínculo empregatício basicamente por dois motivos centrais: o fato de terem liberdade de horário para trabalhar e o medo da sociedade empresária não conseguir suportar os encargos advindos do vínculo, levando-a a evadir do país. Mesmo que a UBER sobreviva, o preço ao cliente certamente seria elevado, causando, assim, a evasão dos clientes a outras plataformas.

No caso em tela, percebe-se, assim, que existem alguns núcleos de interesse em seu entorno. De imediato, podemos identificar todos os interessados.

(15) UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. *Cidades UBER em todo mundo*. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/cities/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

(16) HELTON SIMÕES GOMES. *Uber enfrenta ações trabalhistas de motoristas e entra na mira do MPT*: Motoristas reclamam que sociedade empresária não arca com direitos trabalhistas. Procuradores de Rio, SP e Brasília formam grupo para averiguar denúncias.. 13/10/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/10/uber-enfrenta-acoes-trabalhistas-de-motoristas-e-entra-na-mira-do-mpt.html>>. Acesso em: 26 abr. 2018

Seriam eles: (I) a UBER, com o interesse de lucrar no Brasil, fornecendo direta ou indiretamente o serviço de transporte para a população, fiscalizando seu padrão de qualidade e economizando enormes gastos com mão de obra, motivos pelos quais se consegue levar baixos custos a seus clientes e se manter em primeiro lugar no mercado; (II) o motorista cadastrado na plataforma, com o interesse de continuar trabalhando para a UBER sem controle de jornada, tendo em vista que assim pode garantir seu sustento ou “fazer um dinheiro extra” no final do mês; (III) o motorista de táxi, que não quer perder sua clientela, tendo em vista que não consegue, devido à legislação vigente, manter concorrência com a sociedade empresária; (IV) a Justiça do Trabalho, com o interesse de continuar seguindo seus princípios para a proteção da dignidade humana do trabalhador, sem que isso acarrete o prejuízo para os demais interessados; (V) e, por fim, o próprio interesse público, que roga pelo apoio da tecnologia para lhe promover melhores prestações de serviços por meio de baixo custo, eficiência e segurança.

O presente trabalho parte do pressuposto de que o reconhecimento do vínculo empregatício aos moldes da legislação trabalhista atual, sob um contrato de trabalho simples de prazo indeterminado, possivelmente seria causador da evasão da UBER do Brasil, tendo em vista que a mesma não fez o planejamento necessário para assim atuar.

Nos moldes atuais, a cada viagem feita pelo motorista, a UBER retém 25% do valor da viagem e repassa ao motorista 75%<sup>(17)</sup>. Supondo que um motorista que trabalhe 8 horas por dia de segunda a sexta-feira e 4 horas em um sábado ganhe, hoje, em média, R\$ 500,00 por

semana, logo, R\$ 2.000,00 por mês, a sociedade empresária recebe R\$ 666,66 reais nesse mesmo mês.

Nessa situação, encontram-se cadastrados, no Brasil, mais de 500 mil<sup>(18)</sup> motoristas. Como, desde o início, a UBER não tinha encargos trabalhistas calculados em seu passivo, caso isso ocorra de uma hora para outra, possivelmente a sociedade empresária não terá condição de arcar com tamanha carga financeira ou não será de seu interesse, levando à sua evasão.

Essa situação poderia agradar a Justiça do Trabalho, que manteria ativo seu princípio protetivo, e os motoristas de táxi, que voltariam a ter o monopólio da prestação de serviços de transporte particular municipal. Algumas hipóteses de consequências poderiam ser imaginadas:

I – a UBER poderia encerrar suas atividades no Brasil, o que afeta diretamente os interesses dos motoristas que, apesar da exploração, fazem questão do montante que hoje conseguem arrecadar; afeta o interesse público, que, indignado, será obrigado a se submeter ao monopólio dos taxistas, sob altos preços e serviços ineficazes; ou

II – a sociedade empresária poderia repassar ao consumidor os altos custos dos encargos, o que prejudica o interesse público, já que teria um serviço com custos possivelmente até maiores que os de táxi. Dessa forma, deixariam de usar o aplicativo e voltariam para usar o serviço dos taxistas. Logo, os motoristas da UBER deixariam de se cadastrar no aplicativo por não ser vantajoso, vendo seu “dinheiro extra” ir por água abaixo; ou

III – a empresa poderia redefinir seus contratos com os motoristas, revendo os valores de porcentagem para cada um. Diminuindo

(17) UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. *TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS DOS SERVIÇOS DE INTERMEDIACÃO DIGITAL*. 1º de junho de 2016. Disponível em: <[https://www.academia.edu/29424079/TERMOS\\_E\\_CONDIC\\_O\\_ES\\_GERAIS\\_DOS\\_SERVIC\\_OS\\_DE\\_INTERMEDIAC\\_A\\_O\\_DIGITAL\\_-\\_2016.06?ends\\_sutd\\_reg\\_path=true](https://www.academia.edu/29424079/TERMOS_E_CONDIC_O_ES_GERAIS_DOS_SERVIC_OS_DE_INTERMEDIAC_A_O_DIGITAL_-_2016.06?ends_sutd_reg_path=true)>. Acesso em: 25 abr. 2018.

(18) Uber do Brasil Tecnologia Ltda (2018); Informação contida no site da sociedade empresária; disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

o valor da porcentagem dos motoristas, os mesmos não veriam vantagem em continuar prestando os serviços, evadindo do aplicativo para outras atividades. Sem eles, o aplicativo seria falho, quando não inútil, deixando os usuários desamparados, afetando, mais uma vez, o interesse público.

Como se pode perceber, a Justiça do Trabalho, agindo de acordo com a lei vigente, acarretaria, provavelmente, um grande *stress* nesse setor da economia. Inevitavelmente, as partes seriam gravemente prejudicadas.

Por essa enorme quantidade de interesses envolvidos, o grande desafio é encontrar uma solução que não desagrade por completo alguma parte, tendo em vista que todos são essenciais para a manutenção da economia, da paz e da justiça.

Portanto, em virtude dessa insegurança jurídica trabalhista, o presente trabalho terá por finalidade, ao contrário de artigos já publicados<sup>(19)</sup>, que somente analisavam a existência ou não de vínculo empregatício à luz da lei atual, apresentar, ineditamente, uma possível solução para o conflito, partindo de um modelo de contrato de trabalho já existente, com o objetivo de atender aos anseios de todos os envolvidos.

#### **4. Proposta de solução para o conflito “relação de emprego no caso UBER” e similares**

Como mencionado, a solução que será formulada pelo presente artigo consiste na elaboração de um novo modelo de contrato de trabalho.

Entende-se que os avanços tecnológicos que circundam o “caso UBER” são inevitáveis e revolucionários. O uso de aplicativos para a prestação e solicitação de serviços é a nova realidade. Hoje, já são solicitados serviços de transporte via aplicativo (UBER, CABFY), serviços de entrega de mercadoria (PLAY-DELIVERY, VAIMOTO, EASYDELIVER),

de alimentação (IFOOD, ROBINFOOD), serviços de reserva de estadia (AIRBNB), entre outros. O futuro, possivelmente, proporcionará todo tipo de serviço via aplicativo. Uma gama inimaginável de possibilidades poderá existir nas mãos da população.

Cientes dessa situação, consegue-se imaginar que os serviços requeridos de autônomos no presente poderão facilmente ser solicitados via aplicativo no futuro. Precisando de reparos em uma instalação elétrica, bastaria chamar o eletricitista disponível mais próximo por aplicativo. Tendo problemas com vazamentos no cano que passa pela cozinha, bastaria chamar o bombeiro civil disponível mais próximo por aplicativo. Precisando pintar o apartamento o mais rápido possível para alugá-lo, bastaria chamar o pintor disponível mais próximo por aplicativo.

Diante dessas circunstâncias fáceis de se imaginar, o legislador não deveria aguardar para assistir as consequências se desdobrarem.

O mesmo aguardou no “caso UBER”. O resultado foi um conflito generalizado entre os mais diversos interesses dentro da sociedade.

Na tentativa de tentar amenizar o problema, ao menos na esfera do Direito do Trabalho, será apresentada uma proposta para solucionar o debate sobre o “vínculo empregatício”.

Para a criação de um modelo de contrato de trabalho que possa atender a todas as demandas dos trabalhadores e dos empregadores, as intenções de cada parte devem ser destacadas.

O trabalhador deseja trabalhar quando bem entender, pelo tempo que quiser, sem controle de jornada e de ponto. Desse modo, o mesmo pode adequar sua fonte de renda alternativa na sua rotina normal de trabalho, caso tenha fonte de renda principal diversa.

O empregador deseja pagar os empregados por porcentagem por serviço prestado, já que os gastos com o salário por hora à disposição e seus reflexos trabalhistas são demasiadamente altos.

(19) Vide nota de rodapé n. 4, do presente artigo.

Tendo essas intenções bem claras, pode-se começar a planejar o novo contrato de trabalho.

#### **4.1. O contrato de trabalho intermitente por convocação: modelo-base para se construir uma solução**

Pela análise superficial dos contratos já existentes, percebe-se que o contrato de trabalho do empregado intermitente é o que mais se assemelha à demanda atual. Por outro lado, o mesmo não pode ser aplicado em sua íntegra porque possui peculiaridades que não se encaixam com o modelo pretendido.

No contrato de trabalho intermitente<sup>(20)</sup>, como o próprio nome diz, o trabalho do empregado não se dá de forma contínua. Dessa forma, pode ocorrer do trabalhador não laborar nenhum dia do mês, ou mesmo por meses, e seu contrato de trabalho continuará ativo. O contrato é celebrado por escrito e a CTPS deve ser anotada, constando a função e o valor da hora ou do dia trabalhado. Os valores pagos devem obedecer proporcionalmente o salário-mínimo. O empregador convoca o empregado com, no mínimo, três dias de antecedência, para o trabalho, informando a jornada que deverá ser cumprida. O trabalhador pode ou não aceitar o chamado. Logo após a prestação do serviço, o empregado receberá de seu empregador sua remuneração, já com todos os acréscimos legais (férias proporcionais com acréscimo do terço constitucional, 13º salário proporcional e adicionais legais). Ao final do

(20) A regulamentação detalhada do contrato de trabalho intermitente se encontrava na CLT (BRASIL. *Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, Consolidação das Leis do Trabalho*. Brasília, DF), incluída pela MEDIDA PROVISÓRIA N. 808 de 2017 (BRASIL, *Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, Aprovada Pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília.), que teve sua vigência encerrada no dia 23 de abril de 2018 por escoamento de prazo para conversão em lei (BRASIL. *Ato Declaratório n. 22, de 24 de abril de 2018*. Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017: prazo de vigência encerrado). Remanescem na CLT, principalmente no art. 452-A, somente disposições gerais sobre esse modelo de contrato de trabalho.

mês, o empregador deverá recolher, por exemplo, FGTS e INSS, sobre a remuneração paga ao trabalhador naquele mês. Se não houver trabalho, o empregador não recolhe nada. Sobre o INSS, não recolhendo nada ou recolhendo sobre o valor de trabalho que inferior a 1 salário-mínimo em tal mês, o empregado deve recolher o restante necessário para completar o recolhimento mínimo. Dessa forma, pode ocorrer situação em que o recolhimento ao INSS será feito tanto pelo empregador (limitado à remuneração paga no mês ao intermitente), quanto pelo empregado (completando o valor mínimo de recolhimento). O período de inatividade não será considerado como tempo à disposição ao empregador.

Em suma, são essas as disposições que se aplicam ao contrato de trabalho intermitente.

#### **4.2. Comparações da realidade fática do motorista de UBER com o trabalhador aos moldes do contrato de trabalho intermitente por convocação**

A partir do modelo apresentado alhures, pode-se perceber que existem algumas semelhanças e diferenças do contrato de trabalho do intermitente com os interesses expostos no presente artigo.

O motorista da UBER, por exemplo, é um trabalhador, em sua essência, intermitente. Ou seja, ele não trabalha de forma contínua, com jornada engessada e pré-definida.

Por outro, lado há que se verificar uma grande diferença. O trabalhador intermitente, sob os moldes atuais, é CONVOCADO pelo empregador. Só há prestação de serviço quando o seu patrão lhe convoca com tantos dias de antecedência. Isso não ocorre com o motorista da UBER. Ele trabalha para a sociedade empresária quando ele quer, não quando a mesma o convoca. Entretanto, mesmo no momento em que ele está *on-line*, ele tem a opção de recusar corridas, o que, nesse ponto, se assemelha com o intermitente por convocação.

Outro ponto semelhante é que, quando o motorista fica inativo da plataforma por muito tempo, seu vínculo com a sociedade empresária é cortado (é cancelado seu cadastro no aplicativo). O mesmo ocorre com o intermitente por convocação que, após 1 ano sem ser convocado pelo empregador, seu contrato será considerado rescindido de pleno direito.

Mais uma vez, por outro lado, há que se verificar um ponto do intermitente por convocação que não deve ser levado aos motoristas da UBER. Extinto o contrato de trabalho do intermitente por convocação em razão do prazo supra, o trabalhador recebe pela metade aviso prévio indenizado e indenização sobre o saldo do FGTS. Essa disposição entende que a rescisão só ocorreu porque o empregador não convocou o empregado, tendo o primeiro culpa pelo ocorrido. No caso da UBER, como o motorista não é convocado e trabalha quando quer, não seria razoável dizer que a rescisão do contrato em razão do tempo inativo se deu por culpa da sociedade empresária. Logo, já adiantando, tal disposição não deveria ser aplicada. O mesmo acontece quanto à possibilidade de movimentação da conta do FGTS. Não sendo culpa do empregador, ressalvadas as exceções previstas na lei do FGTS, não seria possível tal movimentação pelo motorista.

Outra diferença seria quanto à base para pagamento do salário. O intermitente por convocação recebe por hora ou dia trabalhados. Isso não seria possível ao motorista, que pode ficar *on-line* o dia todo e não fazer nenhuma viagem. Caso isso ocorresse, estaríamos claramente diante de uma situação de tempo à disposição, o que se quer evitar. Por isso, o mais razoável seria o pagamento do motorista por porcentagem sobre viagem realizada, assim como já vem sendo feito. Isso encontra respaldo na doutrina quando se analisa o instituto do “salário por peça” ou “salário por unidade de obra”:

O salário por unidade de obra é aquele cujo cômputo adota como parâmetro a produção alcançada pelo empregado.

A produção realizada (número de peças produzidas, por exemplo) é o critério essencial para cálculo do salário pactuado, independentemente do tempo de trabalho despendido pelo empregado, ou do tempo à disposição do empregador. [...] Tem também caráter de salário por unidade de obra o pagamento pactuado à base de percentagens ou comissões, que se calculam sobre o montante da produção realizada pelo empregado (vendas, por exemplo).<sup>(21)</sup>

Na situação do motorista, ele não produz peça, ele presta serviço. Assim, nada mais justo que atribuir percentagem sobre o valor do serviço prestado.

Tendo se caracterizado o pagamento por percentagem sobre o serviço prestado, a UBER recolheria, ao final do mês, FGTS, INSS e adicionais legais somente sobre o valor percebido pelo motorista. Isso é de extrema importância, porque, na legislação atual, somente seria possível o pagamento por hora. Isso nos levaria a uma situação em que a UBER seria obrigada a pagar o trabalhador e recolher os encargos devidos mesmo sem o mesmo ter feito nenhuma viagem, estando apenas *on-line*, à disposição. Se a UBER pagar somente se o empregado produzir, seus gastos serão extremamente reduzidos e, principalmente, serão previsíveis.

Também, de forma diferente do intermitente por convocação, não seria razoável que o pagamento ao trabalhador se desse imediatamente após a prestação do serviço. Aos moldes do que já acontece hoje, seria possível e aconselhado o pagamento ao motorista de forma semanal ou mensal, sempre acrescidos dos encargos legais (férias + 1/3 proporcional, 13º salário proporcional, etc).

Seria justo, assemelhando-se ao intermitente por convocação, que o motorista fizesse o

(21) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*: obra revista, atualizada e ampliada conforme Lei n. 13.417/17 e MP n. 808/17. 17. ed. São Paulo: LTR, 2018. p. 882.

recolhimento previdenciário em conjunto com o empregador caso não houvesse sido atingido o recolhimento mínimo. Assim, cumprindo os demais requisitos, a aposentadoria seria garantida e o tempo de serviço seria contado.

Expostas as comparações acima, serão feitas as disposições compiladas que congregariam o novo modelo de contrato de trabalho, definido, até então, como contrato de trabalho intermitente por produção.

#### **4.3. Novo modelo de contrato de trabalho: contrato de trabalho intermitente por produção**

Diante todo o exposto, conclui-se que uma possível solução para o conflito de interesses existente no momento seria a criação de um novo modelo de contrato de trabalho.

Essa possibilidade, além de solucionar o problema do vínculo empregatício no “caso UBER”, poderia prevenir diversas outras situações possíveis no futuro próximo. Como dito, possivelmente, vamos nos deparar com diversos aplicativos que permitirão a solicitação dos mais variados tipos de serviços. Quando as sociedades empresárias, prestadoras de serviços por meio de aplicativos, imprimirem subordinação a seus empregados cadastrados, como é o caso da UBER, já teríamos uma previsão legal para adequar os serviços do trabalhador e garantir os seus direitos.

Dessa forma, tendo como molde o contrato de trabalho do intermitente por convocação, serão elencadas abaixo possíveis disposições adequáveis ao novo modelo de contrato de trabalho, até então definido como contrato de trabalho intermitente por produção:

I – O contrato de trabalho intermitente por produção deve ser celebrado por escrito e deve conter a porcentagem (sobre o valor pago pelo serviço prestado ou pelo produto produzido ou vendido) que será destinado ao empregado. Tal porcentagem não pode ser inferior àquela devida aos demais empregados da empresa que exerçam a mesma função, em contrato intermitente ou não.

II – O empregado não seguirá jornada de trabalho fixa ou determinada pelo empregador. O mesmo fará sua própria jornada como bem entender. Será devido o adicional noturno quando o início do serviço específico se der em período noturno estabelecido em lei.

III – Mesmo o empregador solicitando os serviços do empregado, a recusa não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente por produção.

IV – A jornada de trabalho será limitada a 8 horas diárias e 44 horas semanais. Para a contagem do tempo de trabalho, será computado somente o tempo em que o trabalhador estiver prestando efetivo serviço.

V – No contrato de trabalho intermitente por produção, o período improdutivo não será considerado tempo à disposição ao empregador e não será remunerado. Restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente por produção caso haja remuneração por tempo à disposição no período improdutivo. Durante o período de inatividade ou improdutivo, o empregado poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros empregadores ou tomadores de serviços, que exerçam ou não a mesma atividade econômica, utilizando um dos contratos de trabalho intermitente, ambos ou outra modalidade de contrato de trabalho. Decorrido o prazo estipulado pelo empregador sem qualquer prestação de serviço ou produção por parte do empregado, contado a partir da data da celebração do contrato ou do último dia de prestação de serviços, o que for mais recente, será considerado rescindido de pleno direito o contrato de trabalho intermitente por produção.

VI – Ao final de cada semana ou mês de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento das seguintes parcelas:

1. Remuneração (porcentagem ou tarifa sobre o total arrecadado pelo empregado);

2. Férias proporcionais com acréscimo de um terço (sobre a remuneração percebida);
3. Décimo terceiro salário proporcional (sobre a remuneração percebida);
4. Repouso semanal remunerado (sobre a remuneração percebida);
5. Adicionais legais.

VII – O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas acima referidas. O pagamento não poderá ser estipulado por período superior a um mês, contado a partir do primeiro dia de produção ou serviço prestado.

VIII – A cada doze meses, o empregado adquire direito de usufruir, nos doze meses subsequentes, a um mês de férias, período que não será contado no prazo estipulado pelo empregador para a rescisão por inatividade.

IX – O auxílio-doença será devido ao segurado da Previdência Social a partir da data do início da incapacidade, vedada a aplicação do disposto § 3º do art. 60 da Lei n. 8.213, de 1991 (BRASIL, 1991).

X – O salário-maternidade será pago diretamente pela Previdência Social, nos termos do disposto no § 3º do art. 72 da Lei n. 8.213, de 1991.

XI – Em regra, não serão devidas as verbas rescisórias de natureza indenizatória, como o aviso prévio indenizado e multa calculada sobre o saldo do FGTS, salvo se a dispensa do trabalhador se der sem justa causa enquanto ainda esteja correndo prazo da dispensa por inatividade.

XII – A permissão para a movimentação da conta do FGTS pelo trabalhador se dará aos moldes da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990.

XIII – A extinção do contrato de trabalho intermitente por produção, em decorrência do fim do prazo de inatividade estipulado pelo empregador, não autoriza o ingresso

do empregado no Programa de Seguro-Desemprego.

XIV – As verbas rescisórias e o aviso prévio indenizado (se for o caso) serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente por produção. No cálculo da média, serão considerados apenas os meses durante os quais o empregado tenha recebido parcelas remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente por produção, se este for inferior.

XV – Não há um prazo que deva ser respeitado pelo empregador entre uma contratação e outra do mesmo empregado.

XVI – O empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do trabalhador e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal, fornecendo ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

XVII – Os segurados enquadrados como empregados que, no somatório de remunerações auferidas de um ou mais empregadores no período de um mês, independentemente do tipo de contrato de trabalho, receberem remuneração inferior ao salário-mínimo mensal, poderão recolher ao Regime Geral de Previdência Social a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário-mínimo mensal, em que incidirá a mesma alíquota aplicada à contribuição do trabalhador retida pelo empregador. Na hipótese de não ser feito o recolhimento complementar, o mês em que a remuneração total recebida pelo segurado de um ou mais empregadores for menor que o salário-mínimo mensal, não será considerado para fins de aquisição e manutenção de qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social nem para cumprimento dos períodos de carência para concessão dos benefícios previdenciários.

Diante todo o exposto, entende-se que as disposições acima poderiam contribuir para a regulamentação jurídica de prestadores de serviços e trabalhadores autônomos que estejam sob fiscalização e subordinação de empresas tecnológicas operantes por aplicativo, reconhecendo-os como legítimos empregados e amparando-os com direitos trabalhistas que hoje lhe são defesos.

Não deixando de analisar os demais efeitos dessa regulamentação, considera-se também que, possivelmente, não haveria impacto econômico negativo para tais empresas tecnológicas, já que os encargos trabalhistas consequentes seriam mínimos. Também não recairiam prejuízos aos consumidores finais, já que, mesmo havendo repasse de despesa, ainda sim poderia ser mais vantajoso financeira e qualitativamente (no caso UBER, frente aos serviços prestados pelos taxistas, por exemplo).

Resta, portanto, aguardar a quebra de inércia e a manifestação do legislador quanto ao assunto, torcendo para que os olhos não se fechem para os direitos e princípios trabalhistas conquistados com muita luta ao longo dos anos.

## 5. Conclusão

O ponto central do presente artigo foi a apresentação de uma possível solução para o conflito de interesses que circunda o tema “relação de emprego” entre empregados e empregadores fornecedores de serviços por meio de aplicativos de *smartphones*. Para isso, foi tomado como exemplo-chave a situação da UBER no país.

Muitos outros trabalhos já foram feitos sobre a análise da existência ou não do vínculo empregatício no “caso UBER”. Entretanto, uma solução alternativa ainda não foi apresentada.

Na busca por uma solução, foi necessário fazer uma análise dos possíveis interesses conflitantes que circundam o problema. Foi exposto o interesse da UBER, como exemplo, que busca prestar serviço de qualidade e de

baixo custo, exercendo fiscalização sobre suas atividades sem ter que remunerar o tempo que os motoristas estão à sua disposição, o que seria mais dispendioso para a mesma. Foi visto o interesse dos motoristas cadastrados na plataforma que desejam trabalhar sem controle de jornada, buscando fonte de renda alternativa para incrementar sua renda ao final do mês. Também foi colocado o interesse da Justiça do trabalho em continuar seguindo seus princípios protetivos, consagrando os direitos humanitários do trabalhador brasileiro. Foi destacado o interesse dos taxistas, específico do caso UBER, esses que não conseguem competir no mercado em virtude do alto custo que têm devido à regulamentação de seus serviços. Por fim, foi explicitado o interesse público que deseja poder contar com serviços a preços acessíveis e de qualidade, já que a crise econômica obriga todos a economizarem onde possível.

Partiu-se do entendimento de que os pressupostos caracterizadores da relação de emprego, ao menos no caso UBER, estão sim presentes. Estando-os presentes, foi necessário reconhecer que a aplicação da legislação trabalhista atual fatalmente acarretaria um transtorno enorme na sociedade. Como observado, diversas situações poderiam acontecer, como a evasão da sociedade empresária do país, a evasão dos trabalhadores da plataforma ou a evasão dos próprios tomadores dos serviços, tudo isso acarretando diretamente prejuízo ao interesse público.

Percebendo essas possibilidades, lamentando a inércia do legislador, foi elaborada, aos moldes do contrato de trabalho intermitente por convocação presente na CLT, uma solução que não prejudica demasiadamente os interessados, principalmente, o interesse público.

Essa possível solução, até então denominada contrato de trabalho intermitente por produção, atende ao trabalhador que deseja trabalhar quando bem entender, sem controle de ponto e jornada; atende à empresa, que não sofrerá com enormes encargos e poderá continuar

exercendo seu controle de qualidade; atende à Justiça do Trabalho, que dará regulamentação e assegurará direitos ao trabalhador; atende aos taxistas (no caso UBER), que verão a atividade alheia sendo regulamentada ao menos na parte trabalhista, melhorando a competição no mercado; e atende ao interesse público, que continuará gozando de serviços de qualidade com baixo custo, ainda que venha a ocorrer um repasse aos usuários pela sociedade empresária em razão dos encargos sobrevivendo.

Como frisado, a solução apresentada não limita a sua aplicação ao “caso UBER”. A mesma pretende prever e erradicar possíveis conflitos futuros, ao menos no âmbito trabalhista, todos advindos do avanço tecnológico que possibilitará a prestação de serviços por meio de aplicativos.

## 6. Referências

BRASIL. *Ato Declaratório n. 22, de 24 de abril de 2018*. Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017: prazo de vigência encerrado.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990*. Brasília, DF. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Brasília, DF. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 12.468, de 26 de agosto de 2011*. Brasília, DF. Regulamenta a profissão de taxista; altera a Lei n. 6.094, de 30 de agosto de 1974; e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017*. Brasília, DF. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, Aprovada Pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília.

\_\_\_\_\_. CÂMARA DOS DEPUTADOS. (Org.). *Medida Provisória*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/comunicacao/assessoria-de-imprensa/medida-provisoria>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. SENADO FEDERAL. (Org.). *Medida Provisória que altera reforma trabalhista perde a validade nesta segunda*. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/04/20/medida-provisoria-que-altera-reforma-trabalhista-perde-a-validade-nesta-segunda>>. Acesso em: 25 jan. 2019

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Portaria n. 349, de 24 de maio de 2018. Estabelece regras voltadas à execução da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, no âmbito das competências normativas do Ministério do Trabalho. *Portaria n. 349, de 23 de maio de 2018*: Publicada no DOU de 24.5.2018.

PANTALEÃO, Sergio Ferreira. *Medida Provisória n. 808/2017 perde a validade e muda as regras da reforma trabalhista*. 2018. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/mp808-2017-perde-a-validade.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*: obra revista, atualizada e ampliada conforme Lei n. 13.417/17 e MP n. 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 70, n. 06, jun. 2006, p. 667.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1.621.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GALDINO, Renata. *Elevado índice de insatisfação com táxis explica aceitação ao Uber em BH*. Disponível em: <<http://hojeemdia.com.br/horizontes/elevado-índice-de-insatisfação-com-táxis-explica-aceitação-ao-uber-em-bh-1.315527>>. Acesso em: 29 maio 2018.

KRAMER, Josiane Caldas. *A economia compartilhada e a uberização do trabalho: utopias do nosso tempo?* 2017. 128 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

MANS, Matheus. *Motorista do UBER tem vínculo empregatício, diz MPT*. O Estado de S. Paulo – SP. São Paulo, p. 16-16. 13 jan. 2017.

MIAHIRA, Luciene. *Configuração do vínculo de emprego dos motoristas do uber*. 2016. 47 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: LTr/ EDUSP, 1976. p. 351.

OIT. *Recomendação n. 198*. 2006. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55\\_TYPE,P55\\_LANG,P55\\_DOCUMENT,P55\\_NODE:REC,es,R198,/Document](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,/Document)>. Acesso em: 27 abr. 2018.

PRUDENCIO, Marcus. *A tecnologia do dia-a-dia*. Autor supervisionado por Tais Braga. Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2018/03/13/inter-na\\_tecnologia,665761/a-tecnologia-do-dia-a-dia.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2018/03/13/inter-na_tecnologia,665761/a-tecnologia-do-dia-a-dia.shtml)>. Acesso em: 29 maio 2018.

SILVA, Larissa Mariana Dias Nápoles da. *O (não) reconhecimento do vínculo empregatício entre motorista e UBER pela Justiça do Trabalho em Belo*

*Horizonte*. 2017. 42 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Faculdade de Sabará, Sabará, 2017.

TELÉSFORO, Rachel Lopes. *Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória*. 2016. 107 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas Escola de Direito do Rio de Janeiro Fgv Direito Rio, Rio de Janeiro, 2016.

TOSS, Luciane; EINLOFT, Denis. *UBER: uma abordagem crítica*. Disponível em: <<http://www.dmte-mdebate.com.br/uber-uma-abordagem-critica/>>. Acesso em: 29 maio 2018.

UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. *A UBER no Brasil*. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Termos e condições gerais dos serviços de intermediação digital*. 1º de junho de 2016. Disponível em: <[https://www.academia.edu/29424079/TERMOS\\_E\\_CONDIC\\_O\\_ES\\_GERAIS\\_DOS\\_SERVIC\\_OS\\_DE\\_INTERMEDIAC\\_A\\_O\\_DIGITAL\\_-\\_2016.06?ends\\_sutd\\_reg\\_path=true](https://www.academia.edu/29424079/TERMOS_E_CONDIC_O_ES_GERAIS_DOS_SERVIC_OS_DE_INTERMEDIAC_A_O_DIGITAL_-_2016.06?ends_sutd_reg_path=true)>. Acesso em: 25 abr. 2018.

# Da constitucionalidade da extinção do caráter compulsório da contribuição sindical

Maria Priscila Soares Berro<sup>(\*)</sup> e Rafaela Gonçalves Alves<sup>(\*\*)</sup>

## Resumo:

► O sindicalismo no Brasil emergiu a fim de buscar melhores condições de trabalho ao obreiro. Atualmente os sindicatos encontram respaldo constitucional como legítimos representantes dos trabalhadores, precisamente no Capítulo II da Lei Maior, que trata de direitos sociais, embora anteriormente a legislação infraconstitucional já concedesse aos sindicatos prerrogativas-deveres, como representação e assistência aos trabalhadores. Derivada dessas prerrogativas surgiu a necessidade de uma função arrecadatória e com esta a contribuição sindical. A contribuição sindical é responsável por grande parte do custeio da estrutura sindical, o que por si só demonstra sua importância para o sindicalismo brasileiro. Entretanto, com o advento da Lei n. 13.467/2017, de obrigatoria, sua cobrança passou a ser facultativa, objeto analisado pela Suprema Corte brasileira, que decidiu pela constitucionalidade. Porém, essa mudança no sistema de custeio sindical, apresenta risco ao futuro do sindicalismo, de modo que os sindicatos obreiros, a fim de sobreviverem, terão de retornar às suas origens reivindicatórias, buscando maior representatividade e apoio do trabalhador. A metodologia de pesquisa empregada teve um enfoque dogmático valendo-se da perspectiva zetética. Quanto à técnica de pesquisa, o procedimento adotado foi o de pesquisa bibliográfica.

## Palavras-chave:

► Lei n. 13.467/2017 — Direitos sociais — Contribuição sindical — Sindicalismo.

## Abstract:

► The Syndicalism in Brazil emerged in order to seek better labor conditions to the worker. Currently the unions find constitutional endorsement as legitimate representatives of the workers, necessarily in Chapter II of the Federal Constitution, that deals with social rights, although previously the infra constitutional legislation already granted to the unions

(\*) Pós-Doutora em Direito Processual no Sistema Ítalo-Germano e Latino-Americano pela Università Degli Studi Di Messina – Itália. Doutora e Mestre pelo Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino (ITE), Bauru-SP, em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos. Professora Adjunta da Fundação Universidade

Federal de Rondônia (UNIR) – *Campus* “Professor Francisco Gonçalves Quiles”, Cacoal-RO.

(\*\*) Bacharela em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR) – *Campus* “Professor Francisco Gonçalves Quiles”, Cacoal-RO.

prerogative-duties, as representation and assistance to the workers. Derivative of these prerogatives appeared the necessity of collect function and with this the union dues. The checkoff is responsible for great part of the expenditure of the syndical structure, what by itself demonstrates its importance for the Brazilian trade unionism. However, with the advent of Law 13,467/2017, the obligatoriness factor, its collection started to be facultative, object analyzed for the Supreme Brazilian Court that decided for the constitutionality. This change in the system of syndical expenditure, presents risk to the future of the syndicalism, in way that the workers unions, in order to survive, they will have to return to its claims origins, searching bigger representation and support of the worker. The research methodology employed had a dogmatic approach using zetetic perspective. To the research technique, the adopted procedure was of bibliographical research.

### Key-words:

- ▶ Law 13.467/2017 — Social rights — Checkoff — Trade unionism.

### Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Breve historicidade do surgimento do sindicalismo no Brasil
  - ▶ 2.1. Do sindicalismo em âmbito constitucional
- ▶ 3. Da função social do sindicato
  - ▶ 3.1. Das funções de representação e assistência
  - ▶ 3.2. Da função de arrecadação
    - ▶ 3.2.1. Contribuição sindical
- ▶ 4. Da constitucionalidade da Lei n. 13.467/2017 no que tange à extinção do caráter obrigatório da contribuição sindical
- ▶ 5. Impactos à estrutura sindical brasileira — reflexões
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências

### 1. Introdução

O sindicalismo é um movimento social que emergiu no ocidente visando o reconhecimento de direitos e garantias aos trabalhadores. No Brasil, esse movimento foi, em um primeiro momento, influência de imigrantes europeus que vieram ao país fornecer sua força de trabalho no fim do século XIX. No decorrer das décadas os sindicatos — associação de trabalhadores livres — foram ganhando espaço e prerrogativas frente ao ordenamento jurídico pátrio, conquistando respaldo constitucional expresso desde a Constituição de 1934. A

Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo a livre associação sindical como um direito social, presente no Título II que trata de direitos e garantias fundamentais.

Além de proteção, a Lei Maior eleva o sindicato como legítimo representante do trabalhador ao estabelecer que cabe àquele a defesa dos interesses, tanto individuais quanto coletivos da categoria, seja em âmbito judicial ou extrajudicial. Ademais, a legislação infraconstitucional incumbe aos entes sindicais a prestação de funções representativas e assistenciais. Dessas funções surgiu a necessidade

de uma terceira: a de arrecadação. Esta é responsável por garantir formas de custeio para a manutenção do sistema sindical brasileiro. Dentre as formas de custeio, está a contribuição sindical.

A contribuição sindical foi instituída pelo Texto Constitucional de 1937 e logo após regulamentada pela Consolidação das Leis do Trabalho (1943). Com o advento da Lei n. 13.467/2017 — a reforma trabalhista — houve uma alteração substancial acerca da contribuição supracitada: de obrigatória sua cobrança passou a ser facultativa, com prévia anuência do trabalhador. A referida mudança foi alvo de discussões acadêmicas e jurídicas quanto à constitucionalidade ou não da reforma trabalhista, objeto de dissenso. A fim de garantir segurança jurídica, tendo em vista o número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) sobre o tema e decisões divergentes proferidas pelos Tribunais, a Suprema Corte votou e decidiu pela constitucionalidade da extinção do caráter compulsório da contribuição sindical.

Sendo a contribuição sindical uma fonte de custeio importante para a manutenção do sindicalismo no Brasil e estando há quase oito décadas incutida no ordenamento jurídico pátrio como uma receita compulsória, indaga-se: quais os possíveis impactos causados por sua facultatividade à estrutura sindical brasileira?

O tema é relevante à medida que trata do financiamento de entidades responsáveis pela representação e assistência dos trabalhadores, hipossuficientes e amparados pelo Texto Constitucional de 1988, bem como os sindicatos que os representam. A atualidade do tema (a reforma trabalhista entrou em vigor no país em 11 de novembro de 2017) e a incerteza da dimensão dos efeitos que podem ser causados pelas alterações da Lei n. 13.467/2017, deram azo à presente pesquisa.

Ademais, a falta de uma regra de transição para que o sistema sindical se adequasse às novas normas gerou críticas ao legislador infraconstitucional, que, aparentemente, não se atentou aos efeitos negativos que uma retirada

brusca da obrigatoriedade do pagamento da contribuição sindical causaria ao sindicalismo brasileiro, haja vista que a contribuição faz parte de um tripé constitucional.

No que diz respeito à metodologia de pesquisa, esta teve enfoque dogmático, visto que se baseia precipuamente em normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, bem como em posicionamentos jurisprudenciais; e, juntamente com o método dogmático, vale-se da perspectiva zetética, tendo em vista a análise acerca da evolução histórica do sindicalismo brasileiro, sua função social e as reflexões acerca dos impactos que podem decorrer da lei. O procedimento técnico adotado foi o da pesquisa bibliográfica, baseada em fontes primárias (a Constituição de 1988 e as legislação que abrange o tema) e fontes secundárias (artigos, doutrinas, os materiais pertinentes ao estudo do tema e que já foram publicados).

## 2. Breve historicidade do surgimento do sindicalismo no Brasil

As primeiras aparições do movimento sindical brasileiro surgiram de forma modesta, de modo que as associações entre trabalhadores ainda não eram tidas como sindicatos.

As primeiras associações de trabalhadores livres, mas assalariados, mesmo que não se intitulando *sindicatos*, surgiram nas décadas finais do século XIX, ampliando-se a experiência associativa ao longo do início do século XX. Tratava-se de ligas operárias, sociedades de socorro mútuo, sociedades cooperativas de obreiros, enfim, diversos tipos de entidades associativas que agregavam trabalhadores por critérios diferenciados. Na formação e desenvolvimento dessas entidades coletivas teve importância crucial a presença da imigração europeia, que trouxe ideias e concepções plasmadas nas lutas operárias do velho continente<sup>(1)</sup>.

(1) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.543.

Percebe-se que o surgimento do movimento sindical no Brasil não foi diretamente motivado pelos trabalhadores brasileiros, mas pelos imigrantes europeus que trouxeram a força do trabalho e também parte de sua cultura para o solo brasileiro no fim do século XIX e início do século passado. Nessa linha de raciocínio:

No Brasil, o movimento sindical foi mais lento do que na Europa, pois, dada a predominância do trabalho servil em uma economia agrícola, o clima não era propício às associações de trabalhadores. Com a abolição da escravatura e a necessidade de trazer estrangeiros para substituir o trabalho escravo, teve o Estado de criar “regalias” para os imigrantes, que temiam os maus-tratos dos patrões, habituados a conviver com escravos.<sup>(2)</sup>

Cassar reitera que o sindicalismo brasileiro:

[...] teve início com a Liga Operária, criada por volta de 1879 e, depois, com a União Operária em 1880. Todavia, não representavam o interesse da profissão, pois seus quadros eram abertos a estranhos alheios à atividade profissional. Raramente e de forma tímida, demonstravam o protesto e representavam a reivindicação do grupo.<sup>(3)</sup>

Embora a escravidão no Brasil tenha sido abolida em 1888 pela Lei Áurea (Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888, responsável por extinguir a escravidão no Brasil), o país ainda se encontrava em fase de “transição”, já que passou a maior parte de sua história sendo uma terra escravocrata, dessa forma, os trabalhadores ainda não tinham direitos resguardados e eram tratados, na maioria das vezes, com descaso e viviam em situações subumanas, conseguindo apenas o suficiente para uma manutenção precária.

O movimento sindical brasileiro passou por fases, começando pela fase do anarcossindicalismo, que contestava a autoridade do Estado,

com influência dos ideais anarquistas que os imigrantes europeus trouxeram para o país entre 1890 e 1920.<sup>(4)</sup>

Doutrinadores<sup>(5)</sup> no Direito do Trabalho não chegam a uma data exata de quando surgiram os primeiros movimentos que desencadearam o sindicalismo, mas é notável a influência dos imigrantes nesse sentido. Leite aborda que: “A expressão ‘sindicato’ passou a ser largamente utilizada a partir de 1903, sendo os primeiros sindicatos criados por normas estatais de 1903 (Decreto n. 979 – trabalhadores rurais) e de 1907 (Decreto n. 1.637 – trabalhadores urbanos)”<sup>(6)</sup>.

A segunda fase do sindicalismo no Brasil foi intitulada como fase intervencionista, em que havia amplo controle estatal. Segundo Nascimento foi a fase que teve mais durabilidade e se iniciou:

[...] a partir de 1930, com o Estado Novo de Getúlio Vargas, a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio nesse ano, a política de *nacionalização do trabalho*, com a *Lei dos Dois Terços*, restritiva da presença do operariado estrangeiro nas empresas, a *Lei dos Sindicatos* (Decreto n. 19.770, de 1931), fiel aos princípios corporativistas [...] <sup>(7)</sup>.

O sindicalismo brasileiro não pode ser visto como puro, de modo que não surgiu sem influências externas. Todo o movimento, em seu início, foi baseado em algo que já existia no exterior, só que de maneira mais obsoleta.

(4) 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, 2011.

(5) Nesse sentido, BARROS (2016), CAIRO JR. (2017), CASSAR (2017), DELGADO (2017), LEITE (2017) E NASCIMENTO (2011).

(6) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 670.

(7) 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, 2011. p. 1.245.

(2) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 794.

(3) CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 1239.

Enquanto os países europeus já evoluíam para uma proteção sindical, com reconhecimento das ações representativas desses entes e resguardo dos direitos dos mesmos, o Brasil ainda engatinhava e passava por uma fase em que o Estado intervinha fortemente.

Nascimento elenca as normas precípua desse período no que tange ao modelo sindical:

[...] a) o agrupamento das profissões idênticas, similares e conexas em categorias organizadas pelo Estado por meio da comissão de Enquadramento Sindical do então Ministério do Trabalho; b) a exigência do número mínimo de 30 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; d) a proibição da transferência do diretor do sindicato pela empresa para outra localidade; e) a proibição de sindicalização do funcionário público e de filiação de qualquer sindicato a organizações internacionais sem autorização do Ministério do Trabalho; f) a permissão para que os interessados, observados alguns requisitos, criassem Federações e Confederações<sup>(8)</sup>.

Passada a segunda fase corporativista, com controle estatal exacerbado e com os principais ideais do movimento sindical mitigados, visto que a sindicalização sofria grandes restrições, reprimindo e burocratizando a associação de determinados grupos de trabalhadores, surge a terceira fase, que vem a ser denominada como sindicalismo autônomo<sup>(9)</sup>. Fase marcada por abertura política e maior familiaridade entre

os representantes dos trabalhadores (sindicatos) e o Estado, enquanto que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi considerada a maior referência do sindicalismo brasileiro.

## 2.1. Do sindicalismo em âmbito constitucional

Ter direitos resguardados pela Constituição, faz com que os detentores desses direitos tenham mais segurança quanto à sua existência. Ao longo das décadas, os sindicatos dos trabalhadores tiveram uma evolução modesta nos Textos Constitucionais brasileiros.

A Constituição de 1891 (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil) nada dispôs sobre sindicatos, mas no título IV, em sua seção II, onde tratava da declaração de direitos, trazia em seu art. 72, § 8º que: “A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública”<sup>(10)</sup>. A liberdade de associação assegurada constitucionalmente foi o primeiro passo para um futuro amparo constitucional aos sindicatos.

O Texto Constitucional de 1934 foi o primeiro a abordar expressamente sobre sindicatos, desde então todas as Constituições posteriores passaram a tratar o assunto. O Capítulo II, Título IV, que tratava da ordem econômica e social dispunha expressamente que: “art. 120 – Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos em conformidade com a lei”<sup>(11)</sup>.

Três anos depois surgia a controversa Constituição de 1937 (considerada antidemocrática por ter fortalecido o Poder Executivo com funções do Poder Legislativo nas mãos do Chefe daquele Poder, o que era característica de regimes totalitários)<sup>(12)</sup>. O texto continuava

(8) 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, 2011. p. 1.245-1.246.

(9) 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, 2011.

(10) BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 12 set. 2018.

(11) BRASIL. *Op. cit.*

(12) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

a tratar acerca dos sindicatos, porém, não como anteriormente, pois, inclusive, suprimiu direitos básicos do trabalhador, como a greve e o *lockout*.

Seguindo a tradição de dispor em seus Textos Constitucionais sobre o direito sindical, a Constituição de 1946 trazia em seu Capítulo II, Título V, art. 159, que “É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público”<sup>(13)</sup>.

Após a Constituição de 1946, entrava em vigor a Lei Magna brasileira de 1967. O país encontrava-se sob um governo militar, mas o direito sindical continuou sendo regulado pela Constituição. O Título III da Constituição estabelecia a livre associação sindical, o voto obrigatório nas eleições sindicais e como função delegada a arrecadação de contribuições aos sindicatos e a greve foi mantida como direito do trabalhador.

Após duas décadas, houve a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo esta considerada o marco da democracia brasileira, pois responsável pela quebra do regime político militar que a antecedeu. Com o advento deste Texto Constitucional, os direitos atinentes aos trabalhadores foram elencados como direitos fundamentais, mais precisamente no capítulo II onde trata dos direitos fundamentais sociais<sup>(14)</sup>.

(13) BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 12 set. 2018.

(14) [...] distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, não obstante tenha também ocorrido uma confusão entre os dois termos (...) Neste particular, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (...) Em que pese sejam ambos os termos comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos

Os sindicatos, legítimos representantes dos trabalhadores, constam no Texto Constitucional como defensores de direitos e interesses, seja coletivamente ou individualmente, dos membros de sua categoria e essa defesa se dá tanto judicialmente quanto administrativamente. A livre associação profissional ou sindical foi reiterada, porém, de maneira mais incisiva visto que está atrelada aos direitos fundamentais sociais.

A Lei Maior visando exaltar o princípio da isonomia, buscou garantir aos hipossuficientes a plena representação de seus interesses de forma que a ampla defesa e o contraditório não ficassem à mercê de um sucateamento, além de almejar que os direitos básicos para uma subsistência digna aos trabalhadores fossem resguardados constitucionalmente. A vontade do constituinte reflete o período instável em que a democracia se colocava no Brasil e, por isso, elencar constitucionalmente direitos trabalhistas era um meio de protegê-los, visando uma segurança jurídica, visto que se regulados em infraconstitucionais poderiam facilmente sofrer supressão.

### 3. Da função social do sindicato

O aspecto constitucional do sindicato se encontra expresso na Constituição Federal de 1988, no Capítulo II, que trata dos direitos sociais. Entre os direitos sociais e, dentre eles, no art. 6º tem-se que “[...] são direitos sociais

e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29. Sendo que a Declaração relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho de 1998 é um marco internacional que ressalta como fundamentais, dentre outros, a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva.

a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho [...]”<sup>(15)</sup>, sendo o trabalho um dos pilares da sociedade brasileira, protegido como direito fundamental pelo poder constituinte originário.

Diante do trabalho como direito social fundamental constitucionalmente estabelecido, surge a necessidade de proteger o representante do trabalhador, no caso, o sindicato e, o constituinte resguardou os direitos básicos dos trabalhadores, legitimando o sindicato como representante daqueles.

A função social do sindicato deriva de suas funções representativas e assistenciais, amparadas pela Constituição Federal de 1988 e pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O trabalhador, visto pelo ordenamento jurídico como hipossuficiente, carece de ampla proteção contra o empregador, detentor do capital e “dono” da força do trabalho.

### 3.1. Das funções de representação e assistência

A função de representação do sindicato deriva (em parte) do art. 8º da Constituição Federal de 1988 que dispõe no inciso III: “[...] ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”<sup>(16)</sup>. Nota-se que o constituinte se preocupou em deixar claro que o sindicato é o ente protetor tanto de interesses coletivos, quanto individuais, além disso, a defesa não fica adstrita apenas ao âmbito judicial, mas abarca de igual modo questões administrativas.

Essa função representativa é tida como prerrogativa pelo art. 513, alínea “a”, da CLT. Como dispõe o artigo supracitado, cabe aos sindicatos representar os interesses gerais de

uma categoria ou profissão liberal, bem como interesses individuais dos associados referentes à atividade ou profissão exercida. Essa representação é feita perante as autoridades administrativas ou judiciárias.

Sob uma visão social, Arouca destaca que:

O sindicato é instituição que compõe a sociedade pluralista, como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Como tal possui representação ampla e poder, quando sua participação é exigida compulsoriamente nas negociações coletivas de trabalho<sup>(17)</sup>.

Observa-se que os sindicatos devem atuar no âmbito da negociação coletiva do trabalho, estabelecida no inciso VI, do art. 8º da Constituição Federal de 1988 como parte “[...] é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”. O constituinte, mais uma vez, se preocupou em proteger os trabalhadores de eventuais abusos, garantindo a presença de seu representante em negociações coletivas para resolução de conflitos via autocomposição, concedendo mais uma prerrogativa-dever aos sindicatos.

Destaque-se que das negociações coletivas é que derivam as convenções e acordos coletivos de trabalho, sendo essa prerrogativa concedida aos sindicatos, portanto, um dos pilares do Direito Coletivo do Trabalho<sup>(18)</sup>. Essa função de representação contida no art. 8º constitucional seria a principal função dos sindicatos, vista de modo amplo em que:

[...] o sindicato organiza-se para falar e agir em nome de sua categoria; para defender seus interesses no plano da relação de trabalho e, até mesmo, em plano social mais largo [...].

Essa função representativa, *lato sensu*, abrange inúmeras dimensões. A privada,

(15) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 5 set. 2018.

(16) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 5 set. 2018.

(17) AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2006. p. 22.

(18) CAIRO JR., José. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

em que o sindicato se coloca em diálogo ou confronto com os empregadores, em vista dos interesses coletivos da categoria [...]. A administrativa, em que o sindicato busca relacionar-se com o Estado, visando a solução de problemas trabalhistas em sua área de atuação. A pública, em que ele tenta dialogar com a sociedade civil, na procura de suporte para suas ações e teses laborativas. A judicial, em que atua o sindicato também na defesa dos interesses da categoria ou de seus filiados.<sup>(19)</sup>

Assim, o aspecto social do sindicato é o que o legitima como representante dos trabalhadores. Seu histórico reivindicativo de direitos o tornou ente responsável pelo zelo das garantias atinentes aos seus representados, que sob uma visão ampla, não abarca somente um grupo determinado de pessoas. Nesse caso:

O sindicato [...] deve, assim, defender o grupo com um todo, não só o trabalhador atual, com ou sem carteira assinada, isto é, mesmo que se situe no chamado trabalho informal, mas também o desempregado, o aposentado, o menor, o adolescente, que um dia serão empregados, a mulher do lar, a viúva. Seriam, portanto, seus fins: 1) fundamentais: a) defesa dos interesses individuais; b) defesa dos interesses coletivos; c) defesa dos interesses inerentes à cidadania; d) promoção da ascensão social; e) resistência contra práticas danosas do regime capitalista, praticadas pelo Estado ou pelo patronato, redutoras de direitos ou impeditivas do avanço dos trabalhadores como classe. 2) secundários: a) preenchimento de fins educacionais e culturais; b) prestação de serviços. Nota-se que a representação deve ser ampla, inclusive em sua extensão, de modo a envolver todos quantos integrem o grupo, independentemente

de filiação, diante de qualquer pessoa física ou jurídica.<sup>(20)</sup>

Juntamente com a função de representação, tão importante quanto, há a função assistencial. Ambas as funções emanam da finalidade, bem como dos objetivos precípuos que devem ser buscados pelo sindicato obreiro, a fim de promover condições satisfatórias e melhorias tanto no ambiente laboral, quanto na vida (fora do trabalho) dos representados.<sup>(21)</sup>

No que tange à função de assistência que o ente sindical deve prestar, a mesma se traduz em serviços que são concedidos “[...] 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”.<sup>(22)</sup> Essa função está disposta no art. 514, da CLT como um dever dos sindicatos.

O dispositivo legal supramencionado trata de serviços como: assistência judiciária, colaboração com o poder público a respeito de solidariedade social, promover conciliação nos dissídios coletivos, a tentativa de manutenção de um assistente social em seu quadro de pessoal, a promoção de cooperativas de crédito e de consumo, bem como a fundação e manutenção de escolas de alfabetização e pré-vocacionais.

Há outros dispositivos legais esparsos na legislação brasileira que tratam da assistência prestada pelo sindicato que demonstram a notoriedade da referida função (como exemplo: arts. 500 e 592 da CLT e Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970). Essa incumbência disposta tanto em lei quanto nos próprios estatutos dos sindicatos, demonstra o caráter social do ente sindical, que busca auxiliar o progresso e a dignidade da pessoa humana<sup>(23)</sup>.

(20) AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2006. p. 26.

(21) CAIRO JR., *op. cit.*

(22) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.528.

(23) 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, 2011.

(19) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.527-1.528.

Justamente por ter funções como representação e assistência é que surge a necessidade de uma terceira função precípua: a de arrecadação. Todos os serviços que devem ser prestados aos representados possuem um custo e este é arcado por uma fonte de custeio que mantém os sindicatos. Para que haja o cumprimento de sua função social, buscando realizar o seu verdadeiro fim, as entidades sindicais precisam de fontes de arrecadação, assunto que será abordado no tópico seguinte.

### 3.2. Da função de arrecadação

Os sindicatos possuem uma função social e esta é incumbida de estabelecer prerrogativas (deveres) aos entes sindicais. Dentre essas prerrogativas, como visto, estão as funções de representação e assistência, porém, para o cumprimento de ambas é necessária a concretização da função de arrecadação, que é responsável por suprir os custos de manutenção da estrutura sindical. Para que os representados possam usufruir dessas prerrogativas, o sindicato precisa ser forte e não correr o risco de ter sua estrutura debilitada por falta de recursos. Por essa razão, a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional trataram de estabelecer as fontes de custeio dos sindicatos.

O âmbito do Direito Coletivo do Trabalho faz alusão a tipos diferentes de fontes que custeiam a estrutura dos sindicatos. Dentre elas estão: a contribuição confederativa, a contribuição assistencial, as mensalidades dos associados e a contribuição sindical<sup>(24)</sup>, focando-se nesta última.

#### 3.2.1. Contribuição sindical

A contribuição sindical é prevista constitucionalmente no art. 8º, inciso IV, da CF/88 quando preceitua: “[...] independentemente da contribuição prevista em lei”<sup>(25)</sup>. Desde o

seu aparecimento na Constituição de 1937, a contribuição sindical nas Constituições subsequentes foi marcada por não vedação de sua cobrança (1946) ou por trazer expressamente em seu texto acerca de sua exigência (1967-1969). Salienta-se que o atual Texto Constitucional dispõe sobre necessidade de Lei para a regulamentação da referida contribuição, no caso, o diploma celetista<sup>(26)</sup>. A finalidade dessa receita possui cunho assistencialista, como se extrai do art. 592 da norma supracitada.

Ocorre que a contribuição sindical passou por mudanças radicais com o advento da Lei n. 13.467/2017 — a reforma trabalhista. A contribuição sindical é disciplinada pelos arts. 578 a 610 do diploma celetista (mas se encontra em outros dispositivos esparsos). O Capítulo III, da CLT, trata expressamente da contribuição sindical. Antes das mudanças, sua principal característica era a obrigatoriedade do pagamento “[...] por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo [...]”<sup>(27)</sup>.

Os dispositivos legais modificados pela reforma, suprimindo o então caráter obrigatório da contribuição sindical (quanto aos empregados), foram os arts. 545, 578, 579, 582, 583 e 602, todos da CLT. A nova redação dos artigos mencionados destaca a aquiescência prévia e expressa do trabalhador para a cobrança, que demonstra a intenção do legislador infraconstitucional de retirar efetivamente o caráter compulsório dessa contribuição. Quanto à forma de pagamento, a contribuição continua sendo recolhida anualmente, em uma única parcela, correspondente à remuneração de um dia de trabalho para os empregados.

O recolhimento da contribuição sindical é feito à Caixa Econômica Federal, ao Banco

(24) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017.

(25) BRASIL *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 5 set. 2018.

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

(27) BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm)>. Acesso em: 1º set. 2018.

do Brasil ou a outro estabelecimento bancário que seja integrado ao sistema de arrecadação de tributos federais, caso em que o valor será repassado à Caixa Econômica Federal, sob as orientações do Conselho Monetário Nacional, nos termos do art. 586, *caput*. De acordo com o art. 588, *caput*, cada entidade sindical possui em seu nome, pela Caixa Econômica Federal, uma conta corrente onde são mantidos os valores arrecadados.

Em relação às divisões dos valores, no que tange ao pago pelos trabalhadores, preceitua o art. 589, inciso II, que 60% (sessenta por cento) da receita vai para o sindicato beneficiado; 15% (quinze por cento) para a federação; 10% (dez por cento) para a central sindical; 10% (dez por cento) para a Conta Especial de Emprego e Salário e 5% (cinco por cento) para a confederação.

Uma das entidades que recebem recursos da conta especial é o Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT), que custeia programas de seguro-desemprego, abono salarial, financiamento de ações para desenvolvimento econômico e geração de trabalho, emprego e renda.<sup>(28)</sup>

Feitas tais considerações acerca da contribuição sindical, de se atentar para a extinção do caráter compulsório do pagamento da referida receita, que, por ter sido uma mudança que influencia toda a estrutura sindical, foi alvo de dissenso pelos Tribunais pátrios no que tange à constitucionalidade da Lei n. 13.467/2017, bem como matéria de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI).

#### **4. Da constitucionalidade da Lei n. 13.467/2017 no que tange à extinção do caráter obrigatório da contribuição sindical**

Diante das mudanças que decorreram da Lei n. 13.467/2017, a supressão do caráter compulsório da contribuição sindical, desde

(28) SENADO FEDERAL. *Contribuição sindical*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/contribuicao-sindical>>. Acesso em: 1º nov. 2018. s.p.

que passou a vigorar em 11 de novembro de 2017, deu azo a um dissenso no ordenamento jurídico pátrio. Tal controvérsia gerou insegurança jurídica, visto que os Tribunais Trabalhistas, aplicando entendimentos diferentes a um mesmo diploma legal.

A voluntariedade de pagamento da contribuição sindical foi tão controvertida que virou alvo de várias das ADIs como: ADI n. 5.934, n. 5.887 e n. 5.945. Houve também um considerável número de decisões pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT), a exemplo do processo n. 0005385-57.2018.15.0000, julgado pelo TRT da 15ª Região. O TST atuou em favor dos dispositivos da reforma trabalhista, suspendendo liminares concedidas pelos TRTs, como o caso da decisão proferida em sede de Correção Parcial n. 1000201-23.2018.5.00.0000<sup>(29)</sup>.

Discutiu-se a constitucionalidade da facultatividade de pagamento da contribuição sindical tanto por seu caráter de tributo quanto por sua tutela constitucional (constitucionalidade formal e material). A fim de solucionar as controvérsias existentes e garantir segurança jurídica ao ordenamento brasileiro, o Supremo Tribunal Federal incluiu em seu calendário de julgamento, no dia 25 de maio de 2018, a pauta referente à inconstitucionalidade da Lei n. 13.467/2017 em relação à extinção do caráter obrigatório da contribuição sindical.

Um dos principais fundamentos que os sindicatos buscavam demonstrar a fim de alcançar o pleiteado (continuar cobrando a contribuição de forma compulsória) era que a mudança na Lei n. 13.467/2017 possuía vício de inconstitucionalidade formal. Tal argumento se baseava no fato da contribuição sindical ter natureza jurídica tributária e o art. 146, inciso III, alíneas “a” e “b”, da CF/88 definir que cabe à Lei Complementar a definição de tributos e suas espécies, além da obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

(29) Dados coletados em acompanhamento processual nos sites do STF, TST e TRTs.

Ocorre que a reforma trabalhista é uma Lei Ordinária, possuindo procedimento diverso de uma Lei Complementar (a primeira pode ser aprovada por maioria simples e a segunda deve ser aprovada por maioria absoluta), o que sob a análise de quem acionou o Poder Judiciário, gerava uma inconstitucionalidade formal — vício no procedimento de votação da lei.

Tal argumento foi acolhido por juízes de primeira instância, que entenderam, em sede de Ação Civil Pública, que a supressão do caráter compulsório da contribuição sindical feria diretamente o Texto Constitucional, dessa forma, tais decisões permitiram que os sindicatos continuassem a descontar na folha de pagamento o valor referente à contribuição (a exemplo dos processos n. 0001193-78.2017.5.12.0007, 0001183-34.2017.5.12.0007, 0010362-66.2018.5.03.0052 e 1000100-93.2018.5.02.0205). No âmbito da segunda instância trabalhista também tiveram decisões, em sede de Mandado de Segurança, seguindo essa linha (como o caso do já mencionado processo n. 0005385-57.2018.15.0000 do TRT da 15ª Região). Porém, quando se tratava do TST, este Tribunal entendia pela aplicação integral dos dispositivos legais modificados pela reforma trabalhista<sup>(30)</sup>.

A discussão acerca da inconstitucionalidade da extinção do caráter obrigatório da contribuição sindical não ficava restrita somente à inconstitucionalidade formal, mas abrangia de igual modo a inconstitucionalidade material. O fundamento era de que havia ferimento ao art. 8º, *caput*, incisos III e IV e art. 47 da CF/88, por haver restrição do dever de representação sindical em face dos trabalhadores. Alegavam, também, que a organização sindical, por ter proteção constitucional a título de direito fundamental, se constituía em cláusula pétrea, não podendo ser alterada<sup>(31)</sup>.

Visando maior celeridade e por haver identidade de objetos, o STF apensou à ADI

(30) Informações obtidas por meio de acesso ao sistema de Processo Judicial Eletrônico (PJE) da Justiça do Trabalho.

(31) Fundamentação presente na ADI n. 5.900.

n. 5.794 as demais ações atinentes ao tema<sup>(32)</sup>. O Julgamento da referida ADI foi incluído no calendário no dia 25 de maio de 2018 e a data do julgamento ficou marcada para o dia 28 de junho de 2018.

O Ministro Edson Fachin, relator da ação, foi quem deu início à votação e em trecho de seu voto destacou que:

O regime sindical estabelecido pela Constituição de 1988 está sustentado em três pilares fundamentais: a unicidade sindical (art. 8º, II, da CRFB), representatividade compulsória (art. 8º, III, da CRFB) e a contribuição sindical (art. 8º, IV, parte final, da CRFB). [...]

Releva salientar que a Constituição de 1988 é apontada como precursora de novos tempos no que tange ao direito sindical, principalmente em virtude do princípio da não intervenção e não interferência do Estado na organização sindical (art. 8º, I, da CRFB), que permitiu a ampliação do número de entidades sindicais, estimulou a extinção da Comissão de Enquadramento Sindical e propiciou a criação do Cadastro Nacional das Entidades Sindicais do Brasil.

[...] ressalta-se que a discussão sobre a constitucionalidade, ou não, da desconstituição da compulsoriedade da contribuição sindical há de ser ambientada nessa sistemática sindical integral, sob pena de desfiguração do regime sindical constituído em 1988 e frustração de toda a gama de direitos fundamentais sociais, os quais de forma direta ou indireta, nele estão sustentados<sup>(33)</sup>.

Em sua argumentação o r. relator salientou a natureza tributária da receita sindical, de modo que sua alteração sem que houvesse cuidado aos requisitos mínimos, gerava inconstitucionalidade formal. Quanto à inconstitucionalidade material suscitada nas ADIs, visou elencar as

(32) ADI n. 5.912, ADI n. 5.923, ADI n. 5.859, ADI n. 5.865, ADI n. 5.813, ADI n. 5.885, ADI n. 5.887, ADI n. 5.913, ADI n. 5.810, ADC n. 55, ADI n. 5.811, ADI n. 5.888, ADI n. 5.892, ADI n. 5.806, ADI n. 5.815, ADI n. 5.850, ADI n. 5.900, ADI n. 5.950 e ADI n. 5.945.

(33) BRASIL. STF. Íntegra do voto do relator na ADI n. 5.794 (Min. Edson Fachin). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADI5794.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2018. Plenário. Data de julgamento: 29.6.2018. DJE: 31.7.2018.

circunstâncias que fazem com que o sistema sindical tenha caráter de direito fundamental social resguardado na Constituição Federal de 1988:

[...] ao manter-se, na sistemática constitucional vigente, a unicidade sindical e a obrigação de representação de toda a categoria, incluindo associados e não associados, a inexistência de uma fonte de custeio obrigatória inviabiliza a atuação do próprio regime sindical.

[...]

A unicidade sindical e a representatividade obrigatória, por consequência, sem o custeio estatal, por meio de um tributo autorizado constitucionalmente de forma expressa (art. 8º, IV, *in fine*) arrostam o modelo sindical brasileiro, caracterizando-se, ainda que de forma diferida, como restrição ao âmbito de proteção do direito constitucionalmente reconhecido a um regime sindical.

Se não há controvérsia acerca do reconhecimento da existência desse direito constitucional a um regime sindical pelo poder constituinte originário, também é preciso reconhecer, por decorrência lógica, o dever fundamental, dirigente e vinculante aos poderes constituídos, da obrigação impositiva de exercer seu *múnus*, no caso, o exercício da competência legislativa impositiva de manter a contribuição sindical, essencial à existência e atuação dessas entidades<sup>(34)</sup>.

Costurando sua linha de raciocínio o relator concluiu que a Lei n. 13.467/2017 era inconstitucional tanto formalmente quanto materialmente.

Em voto divergente o Ministro Luiz Fux entendeu que a contribuição não é matéria constitucional, sustentando que “[...] não há na Constituição qualquer comando que determine a compulsoriedade”, e ressaltando o excessivo número de sindicatos no país, que surgiram visando a contribuição obrigatória, de forma que o “[...] legislador constatou que a contribuição compulsória vinha gerando uma oferta excessiva e artificial de organizações sindicais, o que configura uma perda social em detrimento dos trabalhadores”, além de defender que “[...] esse número estratosférico

de sindicatos não se traduzia em aumento de bem-estar de qualquer categoria”<sup>(35)</sup>.

O julgamento foi suspenso no dia 28 de junho de 2018, prosseguindo no dia seguinte, sendo que o entendimento contido no voto do Min. Luiz Fux foi seguido pelos ministros: Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Cármen Lúcia, que concordaram que a facultatividade da contribuição sindical não causa afronta à Constituição Federal de 1988. Assim, o julgamento findou-se com 6 (seis) votos a favor da constitucionalidade a 3 (três), ante a ausência justificada de 2 (dois) ministros, tendo-se decidido pela constitucionalidade da Lei n. 13.467/2017 no que tange à extinção do caráter obrigatório da contribuição sindical.

## 5. Impactos à estrutura sindical brasileira — reflexões

Com a decisão da Suprema Corte, o que antes era discutido com incerteza, haja vista o dissenso acerca da constitucionalidade da Lei n. 13.467/2017, passou a ser uma preocupação real: o futuro dos sindicatos brasileiros frente à nova realidade de suas receitas.

É certo que a contribuição sindical já vinha sendo criticada pela doutrina brasileira<sup>(36)</sup> por ter raízes corporativistas, de interferência estatal, entretanto, a falta de transição entre obrigatoriedade e facultatividade gera um efeito de proporções desconhecidas até então. M. Delgado e G. Delgado enxergam a mudança como um abalo ao sindicalismo brasileiro, de modo que “[...] a ausência de uma regra de transição para o fim da compulsoriedade dessa contribuição sindical torna difícil o processo de adaptação do sindicalismo”<sup>(37)</sup>.

(35) BRASIL. STF. Íntegra do voto do relator na ADI n. 5.794 (Min. Edson Fachin). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADI5794.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2018. Plenário. Data de julgamento: 29.6.2018. DJE: 31.7.2018.

(36) Nesse sentido: BARROS (2016), CASSAR (2018), DELGADO (2017), NASCIMENTO (2011) entre outros.

(37) 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. 45.

(34) BRASIL. STF. *Op. cit.*

Os impactos, mesmo antes da pacificação do tema pela Suprema Corte do Brasil, já eram sentidos pelos sindicatos. As mídias de comunicação brasileiras colheram dados diversos para a demonstração dos efeitos da reforma trabalhista. Em uma das matérias publicadas, há um índice preocupante: seis meses após a reforma trabalhista houve uma diminuição das receitas sindicais em 88% (oitenta e oito por cento). Os dados foram obtidos por meio do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). A matéria destaca que “As mudanças nas leis trabalhistas drenaram recursos dos sindicatos. Apenas em abril, o volume total arrecadado pelas associações que representam trabalhadores foi de R\$ 102,5 milhões — uma queda de 90% em relação ao mesmo mês de 2017”<sup>(38)</sup>.

Segundo o boletim de informações Salariômetro, da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe), a contribuição para sindicatos de trabalhadores foi uma das três cláusulas mais negociadas de 2018. A contribuição em uma proporção em relação às negociações coletivas no mês foi pauta em 17,8% (dezessete vírgula oito por cento) das negociações. Já a proporção referente ao número de negociações ao ano é de que a contribuição foi pauta em 40,7% (quarenta vírgula sete por cento) das negociações coletivas. A contribuição sindical foi responsável por 5,9% (cinco vírgula nove por cento), em proporção anual, das discussões acerca de contribuições pelos sindicatos dos trabalhadores<sup>(39)</sup>.

A busca de alternativas ao fim da compulsoriedade da contribuição sindical é um efeito claro à reforma trabalhista. Entretanto, mesmo

sendo tema recorrente nas negociações coletivas de trabalho, ainda não há fonte de custeio que se equipare à receita supracitada.

Antes da entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, o sindicalismo brasileiro já passava por crise financeira, derivada do alto índice de desemprego no Brasil, pois sem emprego não tinha como o trabalhador contribuir com um dia de seu salário aos sindicatos. Em dados obtidos pela Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) e do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), o sistema sindical, à época da matéria, empregava mais de 150.000 (cento e cinquenta mil) pessoas com carteira assinada e desse número, mais de 117.000 (cento e dezessete mil) eram empregados pelos sindicatos de trabalhadores<sup>(40)</sup>.

Em 2018, o que era apenas uma perspectiva do que poderia acontecer no cenário pós-reforma trabalhista, virou realidade demonstrada por dados. Pesquisas realizadas pelo CAGED revelaram que entre dezembro de 2017 e maio de 2018, os sindicatos tiveram uma redução de 3.140 (três mil cento e quarenta) vagas formais de trabalho, uma queda estimada em 600% (seiscentos por cento) comparada ao mesmo período entre 2016 e 2017<sup>(41)</sup>.

Observando esses impactos, nota-se que o legislador infraconstitucional, visando uma flexibilização da Consolidação das Leis Trabalhistas e menos interferência do Estado nas relações de trabalho, não se atentou à importância de uma gradação dessas mudanças. Retirar a obrigatoriedade de uma contribuição que é responsável não apenas por custear os sindicatos

(38) GRAVAS, Douglas. Seis meses após reforma trabalhista, arrecadação de sindicatos desaba 88%. *Estadão*. São Paulo, 4 jun. 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,seis-meses-apos-reforma-trabalhista-arrecadacao-de-sindicatos-desaba-88,70002336300>>. Acesso em: 5 nov. 2018. s.p.

(39) FIPE - FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS. *Salariômetro – mercado de trabalho e negociações coletivas*. Set. 2018. Disponível em: <[http://salariometro.org.br/assets/boletins/pdfs/boletim\\_2018\\_09.pdf](http://salariometro.org.br/assets/boletins/pdfs/boletim_2018_09.pdf)>. Acesso em: 4 nov. 2018.

(40) MOTA, Camilla Veras. Como a reforma trabalhista pode afetar os sindicatos e seus 150 mil funcionários. *BBC Brasil*. São Paulo, 31 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40676314>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

(41) CASTANHO, William; MUZZOLON, Paulo. Corte de vagas de trabalho cresce 600% nos sindicatos após fim de imposto. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 16 jul. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/07/corte-de-vagas-de-trabalho-cresce-600-nos-sindicatos-apos-fim-de-imposto.shtml>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

(legítimos representantes dos trabalhadores), mas também ser uma fonte de financiamento do Fundo de Amparo ao Trabalhador, pode gerar um efeito cascata com prejuízos inestimáveis ao longo dos anos.

Certo que o sistema sindical brasileiro está longe da perfeição. Apresenta falhas em suas funções precípuas, o que gera críticas como quanto a quantidade exorbitante de sindicatos. Essa quantidade é considerada, por quem defende a facultatividade da contribuição, como consequência da alta receita que era gerada pela compulsoriedade, já que mesmo os trabalhadores não sindicalizados tinham que contribuir.

Dois argumentos costumam ser levantados em favor dessas mudanças: 1) o trabalhador de hoje não é mais aquele operário ingênuo e desinformado do começo do século XIX; 2) existem, no Brasil, mais de 17 mil sindicatos, a maioria deles sem qualquer atuação em prol da categoria e apenas com o intuito de abocanhar os recursos da contribuição sindical<sup>(42)</sup>.

O fato de o trabalhador ter mais acesso à informação do que quando emergiu o movimento sindical no Brasil, não retira a necessidade de que possa usufruir de ampla defesa, garantia constitucional primordial a qualquer ser humano. Tal argumento não leva em conta o processo de décadas para a conquista de direitos básicos ao obreiro e que este ainda é amparado pelo ordenamento jurídico como hipossuficiente, tendo em vista o contraste de poder econômico entre empregador e trabalhador. Ademais, é preciso reconhecer que existem problemas graves no sistema sindical, que demandam outras ações que não o sucateamento dos sindicatos, afinal, eles continuam

(42) DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Fim da contribuição sindical obrigatória: consequências para as entidades sindicais e categorias representadas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, n. especial, p. 271-287, nov. 2017. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/127095>>. Acesso em: 20 ago. 2018. p. 281.

sendo elencados na Constituição Federal de 1988 como os legítimos representantes dos trabalhadores e uma vez que se prejudica o representante, o representado é diretamente afetado.

O Ministro Luiz Fux, a fim de sustentar sua fundamentação contra a obrigatoriedade da contribuição sindical, defendeu que na falta do sindicato, a Defensoria Pública seria responsável pela assistência judiciária gratuita ao trabalhador<sup>(43)</sup>.

Ocorre que não há Defensoria Pública Trabalhista. Há na legislação infraconstitucional (Lei Complementar n. 80/94), uma tímida disposição sobre a atuação oriunda da Defensoria Pública da União (DPU) em âmbito do Direito do Trabalho, destacando que essa atuação:

[...] nas causas trabalhistas é prevista constitucionalmente e tem apoio do Judiciário com vistas à proteção ao trabalho da mulher (estabilidade gravídica), do menor e do empregado doméstico, aos casos de acidentes de trabalho, além de outros à defesa do reclamado hipossuficiente. [...] um projeto piloto realizado na DPU do Distrito Federal, criou quatro escritórios trabalhistas para atender as demandas da população carente. Com o passar dos anos, o projeto foi transformado em ação. Hoje, diante da grande procura pela área trabalhista, foram abertos mais dois escritórios trabalhistas. Assim, a DPU do Distrito Federal conta com seis escritórios trabalhistas. Infelizmente essa ação não pode ser expandida aos demais órgãos de atuação em virtude da falta de força de trabalho para operacionalizar a demanda<sup>(44)</sup>.

A própria Defensoria Pública da União reconhece que não há condições de atender às demandas trabalhistas em âmbito nacional. Estima-se que há um *déficit* de Defensores

(43) BRASIL. STF. Íntegra do voto do relator na ADI n. 5.794 (Min. Edson Fachin). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADI5794.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2018. Plenário. Data de julgamento: 29.6.2018. DJE: 31.7.2018.

(44) DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU). *Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da Defensoria Pública da União*. 3. ed. Brasília: DPU, 2018. Disponível em: <[http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Panorama\\_Atuacao\\_mapa\\_DPU.pdf](http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Panorama_Atuacao_mapa_DPU.pdf)>. Acesso em: 5 nov. 2018. p. 31.

Públicos Federais de 2ª categoria, em nível nacional, de 71% (setenta e um por cento). Além disso, estudos demonstram que o nível de cobertura da DPU à sua população alvo (até dois salários mínimos), não abrange 32.876.329 (trinta e dois milhões oitocentos e setenta e seis mil trezentos e vinte e nove) pessoas divididas em municípios do país<sup>(45)</sup>.

Levando em conta os dados acima, é de se indagar como a Defensoria Pública seria uma alternativa ao sindicato do trabalhador no que tange à função de representação em âmbito judicial (sem levar em consideração as demais funções atribuídas ao ente sindical). Não há o que se discutir quanto ao trabalho prestado pela citada Defensoria Pública da União, que busca fazer o melhor na medida de suas limitações. Porém, o trabalhador não pode contar com a sorte quando pleiteia seus direitos. E embora persista o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, só poderá ser exercido em vias ordinárias, não sendo possível em sede recursal à instância superior. Sendo assim, enquanto não há alternativa realmente viável para a defesa dos interesses do trabalhador, há a necessidade de atuação do sindicato como substituto processual, para que a garantia de ampla defesa estabelecida no bojo do Texto Constitucional não seja mitigada.

A reforma, sob análise constitucional, é destoante da Constituição Federal de 1988 quando se interpreta que a função de defesa do sindicato é ampla, abarcando não só trabalhadores sindicalizados como toda a categoria<sup>(46)</sup>. Nesse ponto, os efeitos decorrentes das mudanças substanciais na Consolidação das Leis Trabalhistas poderão afetar toda estrutura respaldada constitucionalmente, que foi pensada e implantada pelo constituinte originário

como um instrumento de busca por melhores condições aos hipossuficientes.

Segundo dados do Instituto de Geografia e Estatística (IBGE), a taxa de desemprego no Brasil, no segundo trimestre de 2018, foi estimada em 12,4% (doze vírgula quatro por cento) da população com idade para trabalhar — que representava 81,5% (oitenta e um vírgula cinco por cento) da população total, no mesmo período. Houve uma queda de apenas 0,6% (zero vírgula seis por cento) em relação ao segundo trimestre de 2017.<sup>(47)</sup> Nota-se pelos dados que, 1 (um) ano pós-reforma trabalhista, a mesma não cumpriu seu principal objetivo com a flexibilização e menos intervenção do Estado: a geração de mais vagas de emprego.

Os sindicatos se ligam à dignidade da pessoa humana quando o Texto Constitucional dispõe que cabe ao sindicato a defesa dos interesses tanto individuais quanto coletivos da categoria (art. 8º, III, CF/88), já que a própria CF/88 traz em seu bojo a garantia fundamental à assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, CF/88), a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, CF/88) e o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88). Tais garantias são responsáveis por propiciar que o ser humano não seja privado de seus direitos básicos. Além disso, há na legislação infraconstitucional um rol de funções assistenciais que são uma prerrogativa-dever que cabe aos sindicatos e não foi revogada pela Lei n. 13.467/2017. Há certa incoerência quando se espera que o sindicato dê o seu melhor para o cumprimento de suas funções representativas e assistenciais, ao passo que mitigam sua principal fonte de sobrevivência.

Após tais considerações, é preciso analisar a Lei n. 13.467/2017 como constitucional (enquanto vigente) e buscar traçar qual o melhor

(45) DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU). *Op. cit.*

(46) DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Fim da contribuição sindical obrigatória: consequências para as entidades sindicais e categorias representadas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, n. especial, p. 271-287, nov. 2017. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/127095>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

(47) INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA — IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Segundo Trimestre de 2018*. Ago. 2018. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact\\_2018\\_2tri.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2018_2tri.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2018.

caminho para os sindicatos diante do abalo estrutural em que se encontram.

Um primeiro ponto a ser analisado é de que o trabalhador brasileiro, diante da crise político-econômica em que o país se encontra e a alta taxa de desemprego, está desacreditado do sindicato e não quer qualquer desconto em seu salário (mesmo que de um dia de trabalho, que é o caso da contribuição sindical). Desse modo, o sindicato obreiro deverá retomar suas origens reivindicatórias para reconquistar a confiança do trabalhador. Em estudo realizado pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), no ano de 2015:

Entre os 83,1 milhões de não sindicalizados (80,9% do total de trabalhadores), o principal motivo apontado (26,4%) para a não associação era o desconhecimento do sindicato que representava sua categoria. São tantos os sindicatos sem representatividade que os empregados sequer sabem da sua existência. Outras razões citadas foram o sindicato não ter serviços que lhes interessavam (23,6%); descrédito no sindicato ou entendimento de que ele não representava seus interesses (16,6%); e o não conhecimento sobre como se associar (11,8%)<sup>(48)</sup>.

A insatisfação do trabalhador deve ser vista como agravante à atual situação do sindicalismo brasileiro. Tal descontentamento é o que pode ter dado azo ao legislador infraconstitucional de retirar da Consolidação das Leis Trabalhistas a obrigatoriedade de pagamento da contribuição sindical (e consequentemente, fez com que o Supremo Tribunal Federal concordasse). Os sindicalistas se perderam em seus objetivos, acreditando cegamente que graças à Constituição Federal de 1988, sua tutela financeira seria mantida (sem os devidos

esforços). Sendo assim, resta aos sindicatos (na medida do possível, já que estão sucateados) buscar reunir sua força com a do trabalhador, como foi no início do sindicalismo pátrio, propondo ideais que vão de encontro ao sentimento obreiro, com maior divulgação (ora, o Brasil vive a era das redes sociais, portais de fácil acesso) de suas funções e serviços, para que retome a confiança esquecida em tempos remotos.

Um segundo ponto remete ao princípio da liberdade sindical, que dá ao sindicato ampla autonomia, sem que haja interferência estatal. Ocorre que no Brasil tal princípio não é pleno, visto que a Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>(49)</sup> não foi ratificada pelo país.

Os dois resquícios da era corporativista que restavam no sindicalismo brasileiro eram: a unicidade sindical e a contribuição sindical. Dos dois, apenas um permaneceu e não foi a contribuição sindical (pelo menos não a sua obrigatoriedade). Se a intenção do legislador infraconstitucional era ampla liberdade e autonomia aos sindicatos, não se atentou que mantendo a unicidade sindical e a representação de toda a categoria houve um total desequilíbrio que mais prejudicou do que ajudou a estrutura sindical, o que por óbvia consequência, prejudica o trabalhador pelos motivos já citados nos capítulos anteriores.

O futuro do sindicalismo pátrio passa por uma prova de resistência jamais sentida. A esperança dos sindicalistas era sustentada na incerteza sobre a inconstitucionalidade ou não da Lei n. 13.467/2017, porém, com o julgamento do STF e a pacificação do então tema demasiado controvertido, restou o conformismo. Este deve se referir apenas ao cumprimento da lei e não às lutas por meios idôneos que os sindicatos terão que percorrer para a manutenção de sua sobrevivência.

(48) MIZIARA, Raphael. O futuro dos sindicatos e do direito coletivo do trabalho no governo do presidente eleito Jair Bolsonaro. *Migalhas*. 1<sup>o</sup> nov. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI290270,41046O+futuro+dos+sindicatos+e+do+direito+coletivo+do+trabalho+no+governo>>. Acesso: 10 nov. 2018.

(49) Convenção que assegura a liberdade sindical e a proteção ao direito de sindicalização, aprovada em 9 de julho de 1948.

No mais, resta aguardar o que o futuro reserva a mais uma fase histórica do sindicalismo brasileiro — e se este será mesmo capaz de enfrentar os tantos percalços à sua primordial existência na busca de melhorias no âmbito laboral.

## 6. Considerações finais

No decorrer desta pesquisa visou-se demonstrar a importância do sindicalismo, sua ascensão constitucional no ordenamento jurídico pátrio, bem como suas funções de representação, assistência e arrecadação que são interligadas. Desse modo, foi possível chegar ao ponto da pesquisa: refletir acerca da constitucionalidade da extinção do caráter compulsório da contribuição sindical e seus possíveis impactos na estrutura sindical brasileira. A relevância do tema foi demonstrada pelo amparo constitucional que o constituinte originário concedeu aos direitos sociais, elevando-os a verdadeiros direitos fundamentais, posto que foram incluídos estrategicamente no Título II da Lei Maior (que trata dos direitos e garantias fundamentais).

A associação sindical é amparada constitucionalmente com *status* de direito fundamental social. O Texto Constitucional incumbiu aos sindicatos a defesa de interesses e direitos individuais e coletivos, seja em âmbito judicial ou extrajudicial (art. 8º, inciso III). Verifica-se que o constituinte originário preocupou-se em resguardar os sindicatos como representantes legítimos dos trabalhadores, a fim de garantir a segurança jurídica necessária para a manutenção de direitos e garantias fundamentais à existência do obreiro, este visto pelo ordenamento jurídico brasileiro como hipossuficiente.

Com o objetivo de atingir seus fins precípuos — a defesa dos interesses do trabalhador —, observou-se que o sistema sindical possui uma função arrecadatória, que visa a manutenção de sua estrutura para a prestação das prerrogativas-deveres que a CF/88 e a legislação infraconstitucional atribuíram aos entes sindicais. Dentre as fontes de custeio

se destacam: a contribuição confederativa, a contribuição assistencial, as mensalidades dos associados e a contribuição sindical. A importância da última foi demonstrada de modo que seis meses após a reforma trabalhista já havia uma diminuição das receitas sindicais em 88% (oitenta e oito por cento), de acordo com dados do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Ademais foram realizadas pesquisas pelo Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) que revelaram uma redução de 3.140 (três mil cento e quarenta) vagas formais de trabalho nos sindicatos entre dezembro de 2017 e maio de 2018, uma derrisão estimada em 600% (seiscentos por cento) comparada ao mesmo período entre 2016 e 2017.

Esse impacto financeiro levou os sindicatos a discutirem sobre contribuições em negociações coletivas de forma elevada, como consta no boletim de informações Salariômetro, da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE), que constatou ser a contribuição para sindicatos de trabalhadores uma das três cláusulas mais negociadas de 2018. De fato, a reforma trabalhista ainda é considerada recente — completou 1 (um) ano no dia 11 de novembro de 2018 —, porém, os dados, embora escassos, demonstram um impacto financeiro substancial às entidades sindicais, o que prejudica diretamente a prestação de seus serviços ao trabalhador.

O impacto à estrutura sindical se confirma à medida que houve mitigação de suas receitas desde o advento da Lei n. 13.467/2017, o que causou desestabilidade aos entes sindicais. Entretanto, não há como estimar de forma precisa a dimensão da mudança em um cenário futuro, haja vista não ter uma base considerável de pesquisas sobre o tema em tela, posto que muito recente.

Outro ponto verificado é de que o sindicato falhou na busca de sua verdadeira finalidade, visto que deixou de buscar a aprovação e participação do trabalhador para a formação de ideias, gerando descontentamento, algo

que pode ter dado azo à decisão do legislador infraconstitucional de tornar a contribuição sindical facultativa.

Assim, os sindicatos obreiros, a fim de sobreviverem, terão de retornar às suas origens reivindicatórias, buscando maior representatividade e apoio do trabalhador.

Conclui-se que a constitucionalidade da contribuição sindical facultativa é passível de impactos negativos ao sistema sindical pátrio, entretanto, ainda não há como afirmar se os sindicatos serão ou não capazes de sobreviver às mudanças advindas da reforma trabalhista. Aguarde-se o futuro e os estudos decorrentes dessa nova fase do sindicalismo brasileiro.

## 7. Referências

AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2006.

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

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 12 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 12 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 12 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm)>. Acesso em: 5 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 1º set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5794/DF – Distrito Federal. Rel. Min. Edson Fachin. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>>. Acesso em: 1º nov. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Relatório, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.794/DF* – Distrito Federal. Rel. Min. Edson Fachin. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314546704&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Íntegra do voto do relator na ADI n. 5.794 (Min. Edson Fachin)*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADI5794.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

CAIRO JR., José. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Método, 2017.

CASTANHO, William; MUZZOLON, Paulo. Corte de vagas de trabalho cresce 600% nos sindicatos após fim de imposto. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 16 jul. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/07/corte-de-vagas-de-trabalho-cresce-600-nos-sindicatos-apos-fim-de-imposto.shtml>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Fim da contribuição sindical obrigatória: consequências para as entidades sindicais e categorias representadas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, n. especial, p. 271-287, nov. 2017. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/127095>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU). *Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da Defensoria Pública da União*. 3. ed. Brasília: DPU, 2018. Disponível em: <[http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Panorama\\_Atuacao\\_mapa\\_DPU.pdf](http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Panorama_Atuacao_mapa_DPU.pdf)>. Acesso em: 5 nov. 2018.

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

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

FIPE - FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS. *Salariômetro — mercado de trabalho e negociações coletivas*. Set. 2018. Disponível em: <[http://salariometro.org.br/assets/boletins/pdfs/boletim\\_2018\\_09.pdf](http://salariometro.org.br/assets/boletins/pdfs/boletim_2018_09.pdf)>. Acesso em: 4 nov. 2018.

GRAVAS, Douglas. Seis meses após reforma trabalhista, arrecadação de sindicatos desaba 88%. *Estadão*. São Paulo, 4 jun. 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,seis-meses-apos-reforma-trabalhista-arrecadacao-de-sindicatos-desaba-88,70002336300>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA — IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Segundo Trimestre de 2018*. Ago. 2018. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact\\_2018\\_2tri.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2018_2tri.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2018.

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

MIZIARA, Raphael. O futuro dos sindicatos e do direito coletivo do trabalho no governo do presidente eleito Jair Bolsonaro. *Migalhas*. 1<sup>o</sup> nov. 2018.

Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI290270,41046O+futuro+dos+sindicatos+e+do+direito+coletivo+do+trabalho+no+governo>>. Acesso: 10 nov. 2018.

MOTA, Camilla Veras. Como a reforma trabalhista pode afetar os sindicatos e seus 150 mil funcionários. *BBC Brasil*. São Paulo, 31 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40676314>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

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, 2011.

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

SENADO FEDERAL. *Contribuição sindical*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/contribuicao-sindical>>. Acesso em: 1<sup>o</sup> nov. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

# O procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho

Ricardo Jorge Medeiros Tenório<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O presente artigo tem como objetivo analisar o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho sob o enfoque do ônus da prova. Para tanto se averiguará as regras estáticas e dinâmicas do ônus da prova e o cabimento da dinamização do IDPJ. A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica e legislativa. O que se pretende demonstrar neste artigo é o cabimento da inversão do ônus da prova no Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica como forma de equilibrar a relação processual trabalhista nos casos em que o sócio ou a empresa estiverem em melhores condições de produzir a prova.

## Palavras-chave:

- ▶ Incidente de desconsideração da personalidade jurídica — Processo do trabalho — Ônus de prova.

## Abstract:

- ▶ This article aims to analyze the procedure of the incident of disregard of legal personality in the labor process under the burden of proof approach. For this, the static and dynamic rules of the burden of proof and the dynamization of the IDPJ will be investigated. The methodology given was the bibliographical and legislative research. What is intended to demonstrate in this article is the inclusion of the reversal of the burden of proof in the Incident of Disregard of Legal Personality as a way of balancing the labor process relationship in cases in which the partner or company are better able to produce the evidence.

## Key-words:

- ▶ Incident of disregard of legal personality — Labor process — Burden of proof.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução

---

(\*) Advogado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Professor Universitário.

- ▶ 2. O que é a desconsideração da personalidade jurídica?
- ▶ 3. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho
- ▶ 4. Conceito e distinção entre ônus e obrigação
- ▶ 5. O procedimento do incidente e o ônus probatório
- ▶ 6. Possibilidade de dinamização do ônus da prova no IDPJ
- ▶ 7. Da jurisprudência
- ▶ 8. Conclusão
- ▶ 9. Referências

## 1. Introdução

A Reforma trabalhista positivou o instituto da desconsideração de personalidade jurídica no direito processual do trabalho, colocando um fim à breve discussão doutrinária surgida com o advento do novo código de processo civil sobre a aplicação ou não do incidente de desconsideração, ali previsto, no processo do trabalho.

O presente artigo busca apresentar o procedimento do IDPJ no processo do trabalho, com enfoque nas fases do procedimento e no ônus da prova, verificando-se a possibilidade de inversão do ônus no incidente. Para tanto, em princípio será apresentado o conceito de desconsideração da personalidade jurídica e posteriormente as fases do procedimento.

## 2. O que é a desconsideração da personalidade jurídica?

O estudo da desconsideração da personalidade jurídica, mesmo em seu aspecto procedimental, não pode ser realizado sem uma breve apresentação da própria personalidade jurídica.

A regulamentação das pessoas jurídicas está contida, em regra, do título II do Código Civil de 2002, precisamente nos arts. 40 e seguintes, abordando as pessoas jurídicas de direito público, interno, externo e as pessoas jurídicas de direito privado. Neles estão descritos o nascimento, encerramento, classificação e consequências do abuso da personalidade.

Flavio Tartuce<sup>(1)</sup> apresenta o seguinte conceito de pessoa jurídica:

As pessoas jurídicas, denominadas *pessoas coletivas, morais, fictícias* ou *abstratas*, podem ser conceituadas como sendo conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal. Apesar de o Código Civil não repetir a regra do art. 20 do CC/1916, a pessoa jurídica não se confunde com seus membros, sendo essa regra inerente à própria concepção da pessoa jurídica.

O instituto da personalidade jurídica tem origem remota e possui fundamento no interesse em conjugar esforços para a realização de determinados fins. Neste sentido precisa é a lição de Silvio de Salvo Venosa<sup>(2)</sup> que diz:

O ser humano, pessoa física ou natural, é dotado de capacidade jurídica. No entanto, isoladamente é pequeno demais para a realização de grandes empreendimentos. Desde cedo percebeu a necessidade de conjugar esforços, de unir-se a outros homens, para realizar determinados empreendimentos, conseguindo, por meio dessa união, uma polarização de atividades em torno do grupo reunido. Daí decorre a atribuição de capacidade

(1) TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 112.

(2) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 239.

jurídica aos entes abstratos assim constituídos, gerados pela vontade e necessidade do homem. As pessoas jurídicas surgem, portanto, ora como conjunto de pessoas, ora como destinação patrimonial, com aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.

Alguns doutrinadores<sup>(3)</sup> afirmam que o instituto da pessoa jurídica é uma técnica de separação patrimonial, ou seja, a pessoa jurídica detém patrimônio distinto do patrimônio de seus membros. Igualmente, baseado no princípio da autonomia da pessoa jurídica, é ela que realiza negócios jurídicos, que possui direitos e deveres, e que responderá, com o seu patrimônio perante as obrigações assumidas em seu nome. A regra geral é a da responsabilidade subsidiária, como bem colocou Flávio Tartuce<sup>(4)</sup>: “primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica para depois, e desde que o tipo societário adotado permita, os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica serem executados”.

Os requisitos apontados<sup>(5)(6)</sup> para a constituição da pessoa jurídica normalmente são três: vontade humana criadora; observância das condições legais para a sua formação e finalidade lícita. Carlos Roberto Gonçalves<sup>(7)</sup> acrescenta um quarto requisito, que na verdade é uma subdivisão do segundo requisito acima descrito, que seria o ato constitutivo e seu registro em órgão competente.

Ocorre que, em que pese os benefícios advindos da criação deste instituto jurídico e que

a grande maioria das empresas sejam criadas para finalidades lícitas, algumas pessoas começaram a se utilizar da personalidade jurídica como um véu protetor de fraudes e ilicitudes praticadas. Afinal, uma vez reconhecida a fraude, a responsabilização se limitaria ao patrimônio da empresa, deixando os sócios acobertados pela separação patrimonial havida quando da criação da empresa.

Para combater esse desvio de finalidade e abuso da personalidade jurídica foi criado o instituto da desconsideração. Conforme leciona Caio Mario da Silva Pereira<sup>(8)</sup> o *disregard doctrine* significa:

(...) na essência, que em determinada situação fática a Justiça despreza ou “desconsidera” a pessoa jurídica, visando a restaurar uma situação em que chama à responsabilidade e impõe punição a uma pessoa física, que seria o autêntico obrigado ou o verdadeiro responsável, em face da lei ou do contrato.

O tema tem como origem alguns julgamentos históricos como o “caso *Salomon vs. Salomon & Co.*”, julgado na Inglaterra em 1897, e o caso *State vs. Standard Oil Co.*, julgado pela Corte Suprema do Estado de Ohio, Estados Unidos, em 1892”<sup>(9)</sup>.

No Brasil o debate sobre a teoria da desconsideração foi iniciado pelo jurista “Rubens Requião, em conferência proferida na Universidade do Paraná, intitulada — Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica”<sup>(10)</sup>.

Os requisitos para a desconsideração estão positivados em vários diplomas legais, entretanto, os dois principais são o CDC no art. 28

(3) COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: parte geral*. Volume 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

(4) TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 126.

(5) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 240.

(6) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 250.

(7) GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. Volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 212.

(8) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 277.

(9) TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 126.

(10) NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. Volume 1. 11.a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 262.

e o CC no art. 50. Os dispositivos elencados tratam das duas principais teorias, a teoria maior e a teoria menor. Na primeira, a “desconsideração, para ser deferida, exige a presença de dois requisitos: o abuso da personalidade jurídica + o prejuízo ao credor. Essa teoria foi adotada pelo art. 50 do CC/2002”<sup>(11)</sup>; Por sua vez, a teoria menor está prevista no Código de Defesa do Consumidor e na Lei n. 9.605/98 — exigindo “um único elemento, qual seja o prejuízo ao credor”<sup>(12)</sup>.

A desconsideração, todavia, não significa a extinção da empresa, que seria denominada de despersonalização, e é importante anotar que ela é pontual, concreta e temporária, além de ser medida excepcional sob pena de destruir o próprio instituto da personalidade jurídica. Essa ressalva é feita pelos Professores<sup>(13)</sup> Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze:

Claro está que a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade que serviu como escudo para a prática de atos fraudulentos, abusivos, ou em desvio de função não pode significar, ressalvadas hipóteses excepcionais, a sua aniquilação. A empresa é um polo de produção e de empregos. O afastamento da personalidade deve ser temporário e tópico, perdurando, apenas no caso concreto, até que os credores se satisfaçam no patrimônio pessoal dos sócios infratores, verdadeiros responsáveis pelos ilícitos praticados. Ressarcidos os prejuízos, sem prejuízo de simultânea responsabilização administrativa e criminal dos envolvidos, a empresa, por força do próprio *princípio da continuidade*, poderá, desde que apresente condições jurídicas e estruturais, voltar a funcionar.

(11) TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 127.

(12) *Idem*.

(13) GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. Volume 1. 14. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 237.

Aqui cabe pontuar que o IDPJ — Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica é instituto do direito processual. Os requisitos são institutos de direito material. O NCPC, arts. 133-137, e a Reforma Trabalhista art. 878 da CLT, tratam, apenas, do procedimento e não dos requisitos materiais.

Há ainda um importante instituto denominado de desconsideração inversa que foi desenvolvido inicialmente no direito de família. Carlos Roberto Gonçalves<sup>(14)</sup> apresenta a seguinte conceituação:

Caracteriza-se a *desconsideração inversa* quando é afastado o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio, como, por exemplo, na hipótese de um dos cônjuges, ao adquirir bens de maior valor, registrá-los em nome de pessoa jurídica sob seu controle, para livrá-los da partilha a ser realizada nos autos da separação judicial. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge do sócio.

Em síntese, a desconsideração da personalidade jurídica autoriza o magistrado, presente os requisitos legais, a flexibilizar o princípio da autonomia patrimonial e estender ao patrimônio dos membros da pessoa jurídica a responsabilização pelas obrigações e débitos da sociedade.

Se no âmbito cível a desconsideração foi aceita, muito mais na seara laboral. A natureza alimentar dos créditos trabalhistas e a peculiaridade desta relação desigual, com a regra geral de hipossuficiência do empregado, levaram à aplicação da desconsideração no processo do trabalho, com resultados bem satisfatórios ante as fraudes e violações aos direitos do trabalhador.

(14) GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. Volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 240-241.

### 3. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho

O novo Código de Processo Civil de 2015 instituiu o procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica, especificamente nos arts. (15) 133 a 137. Por sua vez, a Reforma Trabalhista — Lei n. 13.467/2017 — disciplinou o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no art. 855-A da CLT.

O novo dispositivo celetista se limitou a afirmar a aplicação ao processo do trabalho do IDPJ previsto no NCPC, bem como a dispor sobre a recorribilidade diante da decisão interlocutória que acolhe ou rejeita o incidente. Por fim, o parágrafo segundo trata da possibilidade de concessão de tutela de urgência de natureza cautelar, mesmo com a suspensão do processo enquanto tramita o incidente.

#### (15) DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

O art. 855-A<sup>(16)</sup> da Consolidação remete aos arts. 133-137 do NCPC, assim, é deste diploma normativo que se extrai o procedimento do incidente.

### 4. Conceito e distinção entre ônus e obrigação

A doutrina<sup>(17)</sup> conceitua o ônus da prova como o “*encargo de provar os fatos de seu interesse, sob pena de o fato alegado ser havido por inexistente (regra de julgamento)*”. Este seria o aspecto subjetivo do ônus. Por sua vez, o aspecto objetivo pode ser descrito como “*regras dirigidas ao órgão jurisdicional, que, em caso de ausência de prova, deve julgar de forma contrária àquele que detinha o ônus e dele não se desincumbiu*”<sup>(18)</sup>.

A distinção conceitual entre obrigação e ônus é de grande relevância para a compreensão do papel dos sujeitos processuais. Na lição de Paulo Osternack Amaral<sup>(19)</sup>:

(16) Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente: (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação; (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo; (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

III – cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

(17) DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 249.

(18) BERNARDES, Felipe. *Manual de processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 486.

(19) AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 45.

O conceito de ônus não se confunde com o de obrigação. A relação obrigacional consiste no vínculo jurídico por meio do qual um sujeito pode exigir de outro o cumprimento de uma prestação, sob pena de uma sanção. Aqui interessa mais propriamente o sujeito passivo da obrigação. Aquele que se encontra em relação de sujeição e que suportará as consequências da inobservância de determinado comando legal. Disso decorre que o sujeito que descumprir um ônus não cometerá conduta ilícita, mas eventuais consequências desfavoráveis serão suportadas exclusivamente por ele. Sob essa perspectiva é que se afirma que o onerado é livre para realizar ou não o ato contemplado pela norma. Já o descumprimento da obrigação caracterizará ato ilícito, passível de reparação, assim, como de cumprimento específico.

Como se observa são institutos diversos com finalidades distintas. A produção da prova não é nem um dever e muito menos uma obrigação para a parte. É, na verdade, um ônus processual.

## 5. O procedimento do incidente e o ônus probatório

Nos termos do art. 133<sup>(20)</sup> do NCPC o incidente será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, ou seja, não há previsão legal para a sua instauração de ofício. Neste sentido é a lição de Humberto Theodoro Jr.<sup>(21)</sup>, “*Destaque-se que o NCPC só permite a desconsideração a requerimento da parte, não havendo lugar para que o incidente seja determinado de ofício pelo juiz, como deixa claro o*

(20) Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

(21) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume I. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 421-421.

art. 133, caput”. Alexandre Câmara<sup>(22)</sup> é ainda mais enfático afirmando que: “*Fica claro, então, que a desconsideração da personalidade jurídica jamais poderá ser decretada de ofício, dependendo, sempre, de provocação*”.

Em âmbito trabalhista, Gustavo Filipe Barbosa Garcia<sup>(23)</sup> admite a instauração de ofício para os casos em que as partes estiverem exercendo o *jus postulandi*:

Logo, pode-se dizer que a iniciativa do juiz do trabalho na fase de execução, inclusive quanto à instauração (de ofício) do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ficou restrita às hipóteses em que as partes estiverem exercendo o *jus postulandi*, ou seja, quando não estiverem representadas por advogado.

O § 1º<sup>(24)</sup> afirma que é necessária a demonstração da presença dos pressupostos previstos “em lei”, isto é, a legislação processual apenas se limita a tratar dos aspectos procedimentais do incidente, cabendo ao direito material o tratamento dos requisitos da desconsideração. Aqui é possível extrair a necessidade de demonstração do cumprimento dos requisitos materiais da desconsideração. Logo, o ônus da prova cabe à parte que requereu a instauração do incidente.

A petição em que se requer a instauração do incidente é o local e momento adequado para a apresentação do preenchimento dos pressupostos materiais autorizadores da desconsideração, conforme o parágrafo quarto<sup>(25)</sup> do art. 134 do NCPC.

(22) CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 91.

(23) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 366.

(24) § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

(25) § 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Como se trata de uma demanda incidental os requisitos presentes nos arts. 319 e seguintes, do NCPC, deverão ser observados.<sup>(26)</sup>

De igual modo, é possível o indeferimento da petição inicial se houver a presença de uma das hipóteses do artigo 321 da legislação processual civil<sup>(27)</sup>. Neste sentido é a lição de Christian Garcia-Vieira<sup>(28)</sup>: “*Sua apresentação está condicionada ao protocolo de uma petição específica para esse fim, inclusive com obediência à estrutura e aos requisitos dispostos pelo art. 319 e seguintes do CPC/15 que versam sobre a petição inicial*”. Com entendimento semelhante Alexandre Câmara<sup>(29)</sup> ratifica que:

(26) Art. 319. A petição inicial indicará:

I – o juízo a que é dirigida;

II – os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV – o pedido com as suas especificações;

V – o valor da causa;

VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII – a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

§ 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.

§ 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.

Art. 320. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

(27) Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

(28) GARCIA-VIEIRA, Christian. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 106.

(29) CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 93.

Assim, vindo a petição a juízo, deverá ser realizado um juízo de sua admissibilidade e, caso seja o mesmo negativo, não se instaurará o incidente. Assim, deve-se considerar instaurado o incidente apenas a partir do momento em que se profira decisão admitindo-o.

No que concerne à apresentação das provas já com a petição inicial do incidente ressalte-se que não se trata de exigência de prova pré-constituída conforme a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>(30)</sup>:

Como toda petição postulatória, a petição que veicula o pedido para a instauração do incidente processual de desconconsideração da personalidade jurídica deve conter fundamentação (pressupostos letais para a desconconsideração) e pedido (desconconsideração da personalidade jurídica e penhora sobre o bem do sócio) [...]. Na realidade, o requerente não deve demonstrar, mas apenas alegar o preenchimento dos requisitos legais para a desconconsideração, tendo o direito a produção de prova para convencer o juízo de sua alegação.

Dado seguimento ao estudo do procedimento do IDPJ, o art. 135 do NCPC dispõe que o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias. O dispositivo legal é claro ao descrever que o sócio será citado para expor sua manifestação, o que por óbvio indica que o autor do incidente elencou em sua peça inicial o preenchimento dos requisitos materiais autorizadores da desconconsideração.

Logo, o sócio será citado e terá a oportunidade de se opor à instauração do incidente demonstrando a ausência total ou parcial dos requisitos materiais da desconconsideração, a capacidade financeira, a existência de bens da pessoa jurídica e demais fatos e fundamentos

(30) NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 378.

que achar necessário, além de apresentar suas provas ou requerer a produção delas.

Importante pontuar que a citação prevista no art. 135 do NCPC “é restrita para integrar o réu apenas à demanda incidental e não à principal” conforme lição de Garcia-Vieira<sup>(31)</sup>. Somente após a decisão do incidente é que o sócio será integrado à ação principal, na hipótese de procedência na demanda incidental.

Ainda no artigo 135 do NCPC<sup>(32)</sup> é previsto o cabimento do requerimento de produção de provas, visto que há instrução probatória no incidente. Na lição de Alexandre Câmara<sup>(33)</sup> é cabível a produção de todos os meios de prova, típicos ou atípicos, *in verbis*:

Todos os meios de prova, típicos ou atípicos (desde que moralmente legítimos), poderão ser produzidos, já que a decisão acerca da desconsideração deve basear-se em cognição exauriente. Em outros termos, deverá o juiz proferir sua decisão com base em juízo de certeza, de modo a afirmar se estão ou não presentes os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica e, por consequência, permitir que se estenda a atividade executiva (já iniciada ou ainda por iniciar-se) ao patrimônio do sócio ou da sociedade, conforme o caso.

Desse modo, caso o autor requeira a instauração do incidente e não apresente os fatos e fundamentos jurídicos, bem como as provas que possui ou mesmo o requerimento de produção de provas, o juiz está autorizado, nos termos do art. 321 do NCPC, a determinar que o autor emende a inicial. Se o autor do incidente não proceder com a emenda, o juiz indeferirá a petição inicial.

(31) GARCIA-VIEIRA, Christian. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo CPC*: natureza, procedimentos e temas polêmicos. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 127.

(32) Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

(33) CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 97.

Evidente que na hipótese de não configuração dos requisitos materiais da desconsideração, insuficiência de provas e outros, o juiz vai decidir o caso de posse das regras de julgamento, ou seja, não se desincumbido o autor de seu ônus probatório, a consequência será a improcedência da demanda incidental.

Em síntese, o autor requer a instauração do incidente, apresenta a fundamentação jurídica, as provas que já possui e as que pretende produzir, além dos pedidos de citação e procedência da desconsideração com a inclusão dos sócios na ação principal e a penhora dos seus bens para fins de responsabilização. O juiz, ao receber a demanda incidental de desconsideração, faz juízo de admissibilidade, e sendo positivo, determina a citação do sócio. Este, por sua vez, apresenta sua defesa além das provas que possui e as que pretende produzir. Por fim, o magistrado julga procedente ou improcedente a demanda incidental. Aqui, é precisa a lição de Ernane Fidelis dos Santos<sup>(34)</sup> ao fazer diferenciação entre o julgamento de mérito da ação principal e o julgamento de mérito da demanda incidental, *in verbis*:

O incidente não julga mérito do processo principal. Neste caso, a lide incidente fica limitada apenas à desconsideração pedida, ou seja, com o julgamento de procedência, sócios e administradores passam a integrar o feito principal, a eles devendo abrir prazo de defesa, a não ser que tenha sido proposta ação contra a pessoa jurídica e o sócio. No processo de execução, prazo para pagamento ou apresentação de embargos no momento próprio.

## 6. Possibilidade de dinamização do ônus da prova no IDPJ

Como demonstrado no tópico anterior, o ônus da prova no Incidente de desconsidera-

(34) SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. volume 1: processo de conhecimento. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2017. p. 329.

ção da personalidade jurídica é do autor, art. 373, I, do NCPC<sup>(35)</sup> e art. 818, I, da CLT<sup>(36)</sup>. Ao requerido caberia alegar fatos extintivos, modificativos e impeditivos ao direito do autor. Trata-se da regra da distribuição estática do ônus da prova, que tem como pressuposto a igual condição das partes para a produção da prova, conforme a doutrina de Humberto Theodoro Jr.,<sup>(37)</sup>:

A aplicação da partilha estática do ônus da prova se vale da premissa de que as partes litigam em condições equânimes de acesso à prova, de maneira que os encargos em questão seriam objeto de repartição legal equilibrada. No entanto, a realidade aponta para rumos diferentes, pois não são raros os casos em que a parte encarregada pela lei do *onus probandi* não se acha, *in concreto*, em condições favoráveis de acesso aos meios demonstrativos da verdade acerca dos fatos alegados na fase postulatória, relevantes para o juiz chegar à solução justa do litígio.

Todavia, conforme a doutrina moderna sobre o ônus da prova, em determinadas situações é admitida a sua dinamização, isto é, a distribuição de determinado ônus probatório para o sujeito processual que estiver mais apto para sua produção.

Com a Reforma Trabalhista a CLT passou a disciplinar, em seu art. 818, nos incisos I e II<sup>(38)</sup>

(35) Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

(36) Art. 818. O ônus da prova incumbe: (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017)

I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

(37) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume I. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 921.

(38) Art. 818. O ônus da prova incumbe: (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017)

I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

II – ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

as regras estáticas, e no parágrafo primeiro, segundo e terceiro, as regras dinâmicas do ônus da prova.

Entendemos ser perfeitamente cabível a aplicação dos parágrafos do art. 818 da CLT no Incidente de descon sideração da personalidade jurídica, ou seja, é cabível a dinamização do ônus da prova no incidente, desde que a decisão que atribuir o ônus de modo diverso seja proferida antes da abertura da instrução, conforme exposto no parágrafo segundo do art. 818 da CLT.

Tal entendimento é corroborado pelos ensinamentos de Christian Garcia-Vieira<sup>(39)</sup>, que diz: “*Dependendo das particularidades do caso concreto o juiz poderá distribuir o ônus da prova para quaisquer das partes (CPC/15, art. 373, § 1º)...*”.

Caminhando para a conclusão é importante destacar que a doutrina faz uma classificação sobre a dinamização do ônus da prova, e aqui é possível mencionar uma diferenciação nos dispositivos celetistas em comparação ao texto do NCPC.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>(40)</sup> existem três espécies de inversão

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

(39) GARCIA-VIEIRA, Christian. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo CPC*: natureza, procedimentos e temas polêmicos. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 174.

(40) NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 737.

do ônus da prova: a convencional; a legal e a judicial. A inversão convencional seria “*decorrente de um acordo de vontades entre as partes, que poderá ocorrer antes ou durante o processo, nos termos do § 4º do art. 373 do Novo CPC*”. A inversão legal é a que vem expressamente prevista em lei, como nos casos descritos no CDC, arts. 12, § 3º; 14, § 3º e outros.

Sobre a inversão judicial Marcelo Moura<sup>(41)</sup> leciona que:

A inversão judicial também depende de lei, sendo que a fonte normativa prevê a possibilidade do julgador, no caso concreto, inverter o ônus probatório, desde que preenchidas as circunstâncias previstas na norma. [...] E continua “A regra do art. 818, § 1º, da CLT, consagra, indubitavelmente, hipótese de inversão judicial.

O ponto de divergência entre o processo do trabalho e o processo civil está na inversão convencional, pois, para parcela da doutrina esta não seria cabível na esfera trabalhista.

Para Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Antonio Hajel Filho<sup>(42)</sup> diante da incidência do princípio da proteção a inversão convencional estaria obstada no processo do trabalho:

O § 3º do art. 373 do CPC trata da inversão convencional do ônus da prova, ressaltando algumas questões. A convenção pode ser celebrada antes ou durante o processo. No nosso entender essa regra não é compatível com o processo do trabalho, sobretudo em virtude do princípio da proteção, bem como por ter a CLT, em seu art. 818, contemplado de forma plena as regras sobre o ônus da prova no processo do trabalho.

No mesmo sentido é a lição de Marcelo Moura<sup>(43)</sup> que fundamenta a não aplicação da inversão convencional com base na escolha política do legislador Reformador em não prever no texto celetista a regra de dinamização convencional, *in verbis*:

Todavia, diante da alteração do art. 818 da CLT, pela Lei n. 13.467, de 13.7.2017, há uma expressa escolha por um procedimento legal de distribuição de ônus da prova, absorvendo conceitos e regras consagradas no processo civil, sem que o texto trabalhista mencionasse a possibilidade de convenção das partes sobre o ônus da prova. Assim, diante da atual redação do art. 818, o legislador fez uma escolha política que nos parece ser, diante de seu silêncio, a de afastar a possibilidade de convenção sobre ônus da prova prevista no art. 373, § 3º, I e II, do CPC/2015.

Manuel Antonio Teixeira Filho<sup>(44)</sup>, e seu livro “*Comentários do Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*”, posiciona-se contra a aplicação do parágrafo terceiro do art. 373 do NCP. Elenca várias razões para a não aplicação da inversão convencional, dentre as quais citaremos apenas uma que diz respeito ao fato de que

essa convenção pode ser feita extrajudicialmente (antes do processo), o que significa que admitir-se a sua incidência no processo do trabalho seria reconhecer, *ipso facto*, a possibilidade de ser feita na vigência do contrato de trabalho, ou seja, quando o trabalhador ainda se encontra formalmente subordinado ao comando volitivo do empregador em decorrência de um inerente estado de sujeição que se origina no exato momento em que o contrato é firmado.

(41) MOURA, Marcelo. *Reforma trabalhista: comentários à Lei n. 13.467/2017*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 289.

(42) SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 449-450.

(43) MOURA, Marcelo. *Reforma trabalhista: comentários à Lei n. 13.467/2017*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 289.

(44) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil: sob a perspectiva do processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 504.

Em síntese, pode-se concluir que é perfeitamente cabível a inversão legal ou a inversão judicial no Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Ressalvado o não cabimento da inversão convencional. A jurisprudência trabalhista admite a dinamização do ônus da prova tendo inclusive súmulas do TST neste sentido, como por exemplo, os enunciados das Súmulas ns. 212 e 338.

## 7. Da jurisprudência

Em âmbito jurisprudencial é possível encontrar decisões defendendo a aplicação do IDPJ no processo do trabalho mesmo antes da Reforma Trabalhista. Interessante julgado do Tribunal Superior do Trabalho afirma expressamente o cabimento do Incidente, utilizando como um dos argumentos o disposto na Instrução Normativa n. 39/2016, mais precisamente o art. 6º, § 1º, inciso II, *verbis*:

B) RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. RECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE INDEFERE A INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. APLICABILIDADE DO CPC DE 2015. DECISÃO ANTERIOR À INCLUSÃO DO ART. 855-A DA CLT PELA LEI N. 13.467/2017. O Regional entendeu que não era cabível a interposição do Agravo de Petição porque a reclamada pretendia contestar decisão de cunho interlocutório, não terminativa do feito, relativa à instauração do incidente de desconsideração de personalidade jurídica, razão pela qual aplicou ao caso o disposto no art. 893, § 1º, da CLT e na Súmula n. 214 do TST. **Ocorre que a disposição contida no art. 6º, § 1º, II, da IN n. 39/2016 do TST, chancelada pelo art. 855-A, § 1º, II, da CLT, é expressa ao fixar o cabimento do agravo de petição na fase de execução contra a decisão que acolher ou rejeitar o incidente.** Dessa forma, na hipótese dos autos, não restam dúvidas de que **era cabível a interposição do agravo de petição** contra a decisão que indeferiu a instauração do incidente, porque, **embora à época da decisão impugnada não vigesse a alteração implementada pela Lei n. 13.467/2017**, que incluiu o art. 855-A à CLT, já vigia o novo Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao processo do Trabalho. Por conseguinte, não há falar em decisão interlocutória não recorrível de imediato, de modo que o Regional, ao não conhecer do

agravo de petição da executada, feriu os postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Recurso de revista conhecido e provido. (ARR – 344-52.2011.5.10.0111, relª. Ministra Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 10.10.2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15.10.2018) (Grifos nossos)

Nos Tribunais Regionais também é possível encontrar acórdãos<sup>(45)</sup> no sentido da observância obrigatória do IDPJ mesmo no lapso temporal entre o NCP e a Reforma Trabalhista, bem como, em menor número, encontra-se julgados<sup>(46)</sup> no sentido da inaplicabilidade do Incidente antes da Reforma.

## 8. Conclusão

Este trabalho analisou as alterações no processo do trabalho oriundas da Reforma Trabalhista, Lei n. 13.467/2017, com ênfase em dois institutos: o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o ônus da prova e a possibilidade de dinamização no incidente. O rito procedimental do incidente foi estudado, com detalhamento, utilizando a tradicional divisão em fases postulatória, instrutória e decisória, com atenção especial ao ônus probatório.

Não basta o requerente pleitear a instauração do IDPJ sem que fundamente o pedido e apresente as provas ou requeira a sua produção. Sobre o pedido de instauração deve o magistrado proceder ao juízo de admissibilidade. Foi demonstrado que não há impedimento à dinamização do ônus probatório no incidente. Conclui-se pela possibilidade da dinamização

(45) Pela observância obrigatória: TRT6 – AP: 00100261320135060001, Data de Julgamento: 4.10.2018, Quarta Turma; TRT20- AP: 0002081520115200002, Data Publicação: 19.6.2018; TRT1 – AP: 00690007220055010224, Segunda Turma, Data de Publicação: 1º.8.2018; TRT3 – AP: 00805007420075030139, Data de Publicação: 9.10.2018; TRT17 – AP: 00008967920165170003, Data de Publicação: 7.6.2018; TRT7 – AP: 00018864420155070016, Data de Publicação: 13.10.2017.

(46) Pelo não cabimento do incidente no período anterior a Reforma Trabalhista: TRT4- AP: 00200462620145040020, Data de Julgamento: 20.11.2018; TRT17 – AP: 000137339220155170003, Data de Publicação: 24.8.2018;

judicial do ônus da prova desde que respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é um instituto compatível com a sistemática processual laboral, que não trará danos aos requerentes, visto que é plenamente cabível a utilização de medidas de urgência. A aplicação do incidente concretiza o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa quando do redirecionamento da execução trabalhista para os sócios e administradores da empresa.

Neste cenário, a dinamização do ônus probatório é instituto eficaz e com pretensão de trazer celeridade ao procedimento do incidente e facilitar a produção das provas necessárias.

## 9. Referências

- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.
- BERNARDES, Felipe. *Manual de processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. A desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC e seus reflexos no processo do Trabalho. In: *Revista Eletrônica – O novo CPC e o Processo do Trabalho III*. TRT 9ª Região, v. 6. n. 55. out./nov, 2016. Disponível em: <[http://www.mflip.com.br/temp\\_site/edicao-e7ba053d8ba932b77348b3987ea0e40b.pdf](http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-e7ba053d8ba932b77348b3987ea0e40b.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2019, 19:20h.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: ALWIN, Angélica Arruda *et al.* (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: parte geral*. Volume 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle, CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva: 2016.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- GARCIA-VIEIRA, Christian. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. Volume 1. 14. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. Volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MOURA, Marcelo. *Reforma trabalhista: comentários à Lei n. 13.467/2017*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. Volume 1. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil: sob a perspectiva do processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume I. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. volume 1: processo de conhecimento. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SCALÉRCIO, Marcos; MINTO, Túlio Martinez. *CLT: comparada conforme a reforma trabalhista*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

# A limitação ao poder de sumular do Tribunal Superior do Trabalho

Isabela Murta de Ávila<sup>(\*)</sup> e Ricardo José Leite de Sousa<sup>(\*\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ No contexto brasileiro atual, em que os direitos dos trabalhadores têm sofrido restrições por normas legislativas, especialmente nos dois últimos anos, sobressaem as disposições da Lei n. 13.467/2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”, que alterou substancialmente o texto da CLT que até então vigia, ameaçando o primado do trabalho em sua ordem interpretativa. Considerando que, em sua atividade jurisdicional, o Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho buscam conferir normatividade aos seus precedentes jurisprudenciais, diante do dinamismo e mutabilidade da sociedade, mostra-se relevante o processo de formação e concretização do precedente judicial. No entanto, o poder de sumular dos tribunais acima referidos foi severamente restrito pela Reforma Trabalhista. Com isso em vista, dialoga-se, neste artigo, com a teoria dos precedentes judiciais, a fim de demonstrar a força e importância do poder sumular para conferir segurança jurídica e estabilidade social na seara do Direito do Trabalho.

## Palavras-chave:

- ▶ Reforma trabalhista — Lei n. 13.467/2017 — Poder de sumular — Teoria dos precedentes.

## Abstract:

- ▶ Currently in Brazil, worker’s rights have been restricted by legislative regulations, especially in the last two years. In that matters, the provisions of Law n. 13,467/2017, popularly known as “Labor Reform”, have substantially changed the text of the CLT (Consolidation of Labor Laws), threatening the primacy of labor in its interpretive order. Considering that, in its jurisdictional activity, the Superior Labor Court and the Regional Labor Courts seek to confer normativity to their jurisprudential precedents, given the dynamism and mutability of society, it is relevant the process of formation and implementation of the judicial precedent. However, the power to stabilsh legal precedentes by the aforementioned courts was severely hampered by the Labor Reform. With that in mind, this article discusses the theory of judicial precedents in order to demonstrate the strength and importance of

(\*) Mestre em Direito do Trabalho pela UFMG. Especialista em Direito do Trabalho Italo-Brasileiro pela *Università Degli Studi Roma Tor Vergata*. Advogada.

(\*\*) Mestre em Direito de Empresas e Atividades Econômicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade

do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando em Direito do Trabalho e Previdenciário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.



the power to to stabilsh legal precedentes, to confer legal certanty and social stability in Labor Law matters.

### Key-words:

- ▶ Labour Reform — Law n. 13.467/2017 — Power to epitomize seeking jurisprudence standardization — Theory of precedents.

### Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A força dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro
- ▶ 3. Os óbices trazidos ao poder de sumular por parte da reforma trabalhista
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências

## 1. Introdução

A Reforma Trabalhista, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 13.467/2017, possui dispositivos que almejam indubitavelmente limitar a atividade interpretativa dos Tribunais, criando obstáculos ao seu poder de sumular. A alteração de mais de cem artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), promovida pela referida lei, reduziu expressivamente os direitos do trabalhador brasileiro, em um evidente processo de desconstrução do primado do trabalho em sua ordem interpretativa.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) e os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), especialmente após a edição da Lei n. 13.015/2014, que alterou substancialmente a sistemática recursal trabalhista, privilegiando formas mais amplas e céleres de decidir um grande número de demandas que versem sobre um mesmo tema, como a instituição do incidente de uniformização de jurisprudência regional e o incidente de julgamento de recursos repetitivos, se viram notavelmente fortalecidos em sua atividade de editar precedentes jurisprudenciais, seja na forma de súmulas ou de teses prevaletentes, conferindo-se assim normatividade à jurisprudência pacificada.

Nesse contexto, pretende-se no presente artigo analisar o texto do § 2º do art. 8º e o da

alínea “f” do art. 702, ambos introduzidos à CLT, por força da Lei n. 13.467/2017, de forma a compreender os óbices impostos ao poder sumular do TST e dos TRTs, a partir de um diálogo com a teoria dos precedentes judiciais.

## 2. A força dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro

O século XX foi marcado pelo positivismo jurídico, de modo que a aplicação do Direito pelos tribunais foi reduzida à afirmação da discricionariedade judicial, especialmente nos países de tradição continental europeia, ou *civil law*, fundada na ideia de justiça trazida por Hans Kelsen (1998)<sup>(1)</sup>. Assim, a interpretação e a fundamentação eram aspectos secundários no processo de formação da decisão.

Ao lado do positivismo jurídico, a codificação também afirmava-se como um instrumento que conferia certeza e segurança, e tinha como base a ideia de que os códigos deveriam se antecipar a todas as situações jurídicas e estabelecer regras claras para sanar qualquer problema com o respaldo prévio do Poder Legislativo.

O cenário aqui descrito começa a se alterar quando se intensifica o surgimento, nos ordenamentos jurídicos de *civil law*, das chamadas

(1) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que demandam do magistrado uma atividade que vai além da simples constatação da incidência de uma norma sobre determinado fato. Exigem dele uma maior atividade interpretativa; ampliando-se, assim, o número de resultados possíveis em um determinado julgamento. Como consequência, há uma natural redução da certeza e segurança quando ao resultado último da prestação jurisdicional.

O Direito contemporâneo, mais precisamente sua prerrogativa racional, coloca a teoria e a dogmática jurídicas diante de uma difícil tarefa a ser cumprida: a de garantir a racionalidade da legislação e a aplicação jurídica. Logo, teoria e dogmática seriam, analogamente, como construções que evocam de forma caricata e dúbia a imagem do arquiteto jurídico na mesa de desenho, sobre a qual são projetados modelos, sistemas conceituais e métodos.

Quando se edita uma lei, ela atua nesta realidade, mas já ciente de que não se pode abarcá-la por completo, sem deixar aspectos a serem normatizados. Resta sempre uma “sobra”, que a generalidade e a abstração da linguagem deontica não podem cobrir.

O discurso da lei, posto às claras na interpretação, ressalta a justiça como valor e tem de superar a oposição entre interesses diversos. Colocar esse valor em seu devido lugar na cultura humana, harmonizando-o com o universo político social, é o trabalho da interpretação.

Se ao Poder Legislativo cabe editar as leis que compõem o ordenamento, à ciência do Direito competem os meios de racionalizá-lo, de modo a responder aos desafios permanentes, causados pelas mudanças sociais. O Judiciário, por sua vez, tem a função de dar sentido à lei, em conformidade com a evolução dos anseios da sociedade e de acordo com as características do caso concreto.

Considerando esse contexto, parte-se do pressuposto de que as decisões judiciais são fontes jurídicas. Não criam, mas recriam a lei, acrescentando-lhe a camada histórica, que

provem dos julgamentos e da experiência dos tribunais.

Quando o conflito deixa de fundar-se apenas nos fatos, para envolver também a linguagem e o significado das leis, seu texto fica exposto à insegurança. Requer esclarecimento e delimitações. Entra aqui o trabalho criativo da jurisprudência, somando-lhe o que falta para o desempenho efetivo de reger a conduta na prática da vida.

Nesse sentido, Ronald Dworkin<sup>(2)</sup> acrescenta que:

Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz da maneira complexa. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas a variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras.

Existe atualmente um movimento nos Estados ocidentais voltado à flexibilização das fronteiras e à convergência entre as duas tradições<sup>(3)(4)</sup>, seja pelo aumento da codificação no sistema *common law*, para a regulação das condutas sociais, seja pela implementação de

(2) DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 452.

(3) MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 240.

(4) Embora grande parte dos autores se refira ao *common law* e ao *civil law* como ‘sistemas’, a doutrina mais recente tem utilizado a terminologia ‘tradições’. Segundo Paulo Henrique Dias Drummond e Priscila Soares Crocetti, a utilização do “[...] termo “tradição” em vez de “sistema” não é impensada ou casual, isso porque no presente trabalho concebe-se o Common Law quanto o Civil Law não como sistemas passíveis de uma análise objetiva, como sistemas expressos em instituições, normas e práticas concretas passíveis de uma didática descrição. [...] e sim como dois grandes complexos de experiência jurídica (DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *Common Law* e de *Civil Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 11-12). Nesse sentido, optou-se no presente artigo pelo uso do termo ‘tradições’.

técnicas processuais de vinculação de precedentes de padronização decisória no *civil law*.<sup>(5)</sup>

A valorização da jurisprudência no Brasil como fonte normativa do Direito é uma expressão da aproximação da tradição *common law* com a tradição *civil law*, que, por serem dois grandes complexos de experiência jurídica existentes, e de tradição preponderante no Direito, traduzem a experiência jurídica<sup>(6)</sup>.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni assevera que o precedente judicial é um elemento estabilizador das demandas; possuindo, portanto, a dimensão da estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta no Estado de Direito<sup>(7)</sup>.

É a jurisprudência que dá às leis o ajuste necessário e o “último sentido”, para reger a realidade, funcionando como a ponte ideal entre a norma e os fatos. Esta realidade faz parte da vida cotidiana dos que lidam com as leis. A lei contém o material básico e inesgotável do pensamento genérico e abstrato. Dessa forma, os tribunais retiram dela a matéria básica direcionando-a para a vida.

A jurisprudência assim cristalizada é o resultado da função decisória dos tribunais ao aplicar as leis. Cabe a eles decidir — e nesta atividade assume-se uma posição interpretativa em relação à matéria e às partes — sobre a controvérsia, para orientação do próprio tribunal.

Os precedentes judiciais advêm da ideia de uniformizar os julgamentos repetitivos,

---

(5) O *common law* é fundado na tradição e na teoria dos precedentes, ao passo que o *civil law* é fundado nas codificações. (MACHADO, Daniel Carneiro. A (in) compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 240)

(6) DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROSETTI, Priscila Soares. *Op. cit.*, p. 11.

(7) MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 211.

funcionando como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade e carentes de interpretação. É trabalho do aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma. Mas a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação constituem algo ainda fortemente controvertido. Talvez seja este o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda teoria jurídica presente na tradição *common law*.

Todavia, a despeito de sua importância, a teoria jurídica dos precedentes foi pouco – ou quase nada – desenvolvida no Direito brasileiro durante os séculos XIX e XX. Aponta Thomas da Rosa de Bustamante, ao acompanhar o posicionamento de Luís Roberto Barroso, que “vigora na tradição romano-germânica um modelo de Estado Legislativo assentado sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade [...]”<sup>(8)</sup>.

Por conseguinte, na tradição brasileira da *civil law*, poucas são as ferramentas metodológicas para a interpretação e aplicação dos precedentes<sup>(9)</sup>.

Sendo assim, diante da já apontada inserção de instrumentos processuais da *common law* na sistemática processual brasileira no final do século XX, foi necessário volver para a experiência dos países filiados à referida tradição, de modo a aproveitar, naquilo que fosse possível, seu cabedal teórico.

Isso porque, preocupada com as garantias de segurança e previsibilidade do ordenamento jurídico, a literatura especializada tentou racionalizar o uso dos precedentes, por meio da doutrina do *stare decisis*<sup>(10)</sup>. Em tempo, é importante

---

(8) BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 252.

(9) BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, p. 252.

(10) Sobre o tema, afirmam Aline Hadad Ladeira e Alexandre Melo Franco Bahia (2014, p. 280): “Como consectário lógico de uma tradição de direito jurisprudencial, a doutrina do *stare decisis* foi estabelecida com o propósito de racionalizar o uso dos precedentes e, como consequência,

destacar que na *common law* inexistia sinónima entre “doutrina dos precedentes” e *stare decisis*. Como apontam Aline Hadad Ladeira e Alexandre Melo Franco Bahia, a eficácia vinculante dos precedentes tem recente assento na *common law*, que existiu por séculos sem o *stare decisis*<sup>(11)</sup>.

Por conseguinte, o conceito de *stare decisis* deve ser esclarecido, até mesmo porque nem toda decisão judicial pode ser considerada um precedente vinculante, ou seja, uma decisão com *binding effect*. Para que a decisão atinja tal condição, deve ser dotada de determinadas características específicas, que a distinguem das demais manifestações judiciais.

Jim Evans (1987, p. 35) elucida que a doutrina do precedente consolidou-se no século XIX<sup>(12)</sup>. No final do século XVIII, era reconhecida a prática de seguir o precedente, identificado como importante o suficiente para servir de referência para decisões posteriores, mas a doutrina do *stare decisis* ainda não se fazia presente, uma vez que não haviam sido identificadas suas regras de aplicação e as situações nas quais o precedente era estritamente vinculativo ou poderia ser afastado<sup>(13)</sup>.

Com o passar dos anos, a teoria do *stare decisis* consolidou-se, destacadamente em razão do ocaso do positivismo jurídico e da ascensão da argumentação jurídica. Assim, o fundamento do caráter de vinculação do precedente deixou de ser a autoridade da Corte que o proferiu, e passou a ser sua capacidade

---

conferir certeza ao sistema jurídico. Sua forma e concepção moderna remontam essencialmente do Direito inglês como consequência direta das falhas procedimentais da doutrina do precedente (anterior ao *stare decisis*)”.

(11) LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico. *Revista de Processo: RePro*, ano 39, n. 234, p. 282, ago. 2014.

(12) EVANS, Jim. Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century. In: GOLDSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1987. p. 35.

(13) EVANS, Jim. *Op. cit.*, p. 45.

de persuasão. Como afirma Thomas da Rosa de Bustamante:

Devemos seguir precedentes não mais apenas porque eles constituem Direito positivo formalmente produzido por alguma autoridade institucionalmente autorizada a criar Direito, mas porque os precedentes passam a ser vistos como uma exigência da própria ideia de “razão prática”. Não pode haver um sistema jurídico racional sem um método universalista e imparcial de aplicação do Direito positivo.<sup>(14)</sup>

Assim, o precedente judicial nos países de *common law* detém caráter de vinculação de acordo com sua capacidade de produzir convencimento, e não simplesmente em decorrência da autoridade da Corte que proferiu a decisão. Nesse passo, o precedente assumiu a função de fonte do Direito, seja em razão do princípio da universalidade, como fundamento moral no sentido kantiano, seja em decorrência da própria configuração de estrutura hierarquizada que possui no Poder Judiciário o fundamento institucional, que inclusive dispõe de mecanismos de uniformização de jurisprudência.<sup>(15)(16)</sup>

Não obstante, é necessário verificar a capacidade de vinculação do precedente (*binding effect*), tanto ao mesmo tribunal que proferiu a decisão, quanto aos demais tribunais de instâncias inferiores. Sugere Thomas da Rosa de Bustamante que:

Podemos observar, portanto, que após esses pequenos ajustes a classificação de Peczenik passa a corresponder à

---

(14) BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, p. 235

(15) *Ibidem*, p. 298

(16) A título de exemplo, basta mencionar o incidente de uniformização da jurisprudência previsto no art. 476, do antigo CPC, de 1973. Todavia, o referido incidente não teve continuidade no Novo CPC, de 2015. Entretanto, vale mencionar a hipótese de interposição de recurso especial com fundamento na alínea “c”, inc. III, do art. 105 da CF/88, com evidente finalidade de uniformização da jurisprudência.

classificação estabelecida por Aarnio para as fontes do Direito em geral: Os precedentes vinculantes em sentido forte (1) são considerados fontes do Direito em grau máximo (*must-sources*); os vinculantes em sentido frágil (2), fonte *prima facie* obrigatórias (*should-sources*); e os *not formally binding and not having a force but providing further support*, que prefiro denominar simplesmente de precedentes persuasivos (3), valem apenas como fontes do Direito permitidas (*may-sources*).<sup>(17)</sup>

O precedente promove a unificação, não a restrição do processo hermenêutico do julgador. Conduz a uma conclusão lógica e objetiva, que é a síntese resultante da liberdade de dois ou mais juízes, pensando livremente sobre o mesmo tema. A redução à síntese e a universalização são atributos formais de qualquer raciocínio científico.

Para se manter o equilíbrio do ordenamento jurídico, são necessárias complementações e acréscimos para situações concretas, ditadas pela fluidez do momento vivido, permitindo assim a plena correspondência da norma ao fato e do fato à norma. Se há discrepância, a ciência do Direito se serve de instrumentos jurídicos, como a utilização da jurisprudência, para buscar a complementação e suprir a falha. Daí a importância do precedente judicial e da força normativa atribuída aos Tribunais Superiores.

A estrutura constitucional de determinado ordenamento jurídico possui elevada importância para aferir o peso de um precedente. A forma como ocorre a separação de poderes – em especial a legitimidade dos juízes de revisar os atos legislativos –, o modo como o próprio Poder Judiciário percebe sua atividade e as regras existentes no Direito positivo contribuem para determinar a força do precedente<sup>(18)</sup>.

(17) BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, p. 301

(18) *Ibidem*, p. 314

Por fim, o que é concreto, perene e mutável é a sociedade humana. E as instituições que o homem cria para explicá-la — entre as quais o Direito se situa — não podem paralisá-la, porque são dela uma decorrência e não um fato gerador. Nesse sentido, há que se considerar a importância do precedente judicial para fundamentar a necessidade da atividade interpretativa de modo a trabalhar o real impacto da Reforma Trabalhista, trazida pela Lei n. 13.467/2017, em relação ao poder de sumular do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho.

### 3. Os óbices trazidos ao poder de sumular por parte da Reforma Trabalhista

No Brasil, a jurisdição é una e exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário, sendo, portanto, uma expressão da democracia participativa com a ampliação do acesso à justiça previsto na Constituição Federal de 1988.

Para além do pressuposto constitucional, as liberdades democráticas têm conduzido a uma maior consciência dos cidadãos em relação a seus direitos, convergindo numa maior litigiosidade, abrindo assim margem para uma postura mais ativa do Judiciário.

Nessa esteira, o Tribunal Superior do Trabalho, em especial, assumiu um papel vanguardista na ordem jurídica vigente, na medida em que, em suas atividades legislativas, sobretudo na edição de súmulas, orientações jurisprudenciais e demais normas, regula matérias de Direito Material e Processual do Trabalho. Ante o papel normatizador e peculiar de todos os tribunais, muitas decisões reiteradas no âmbito trabalhista possuem o caráter de aplicação majoritária, considerando a inexistência de normas específicas e adequadas para tratamento da matéria. Ademais, o viés protetivo do Direito do Trabalho impacta sobremaneira nas decisões do TST, visto que, por ser um Tribunal “proativo”<sup>(19)</sup>, restou construído, ao

(19) Proativo no sentido de que visa antecipar futuros problemas, necessidades ou mudanças; antecipatório.

longo de sua história, o perfil efetivador de direitos e garantias fundamentais, arraigados na própria dinâmica do Processo do Trabalho.

Com o advento da Reforma Trabalhista, incorporada à ordem legal em vigor pela Lei n. 13.467/2017, percebe-se uma limitação ao poder de sumular do TST, na medida em que se veda a ele, e aos TRTs, a possibilidade de criação de normas, indo de encontro aos diplomas normativos constantes no ordenamento jurídico brasileiro<sup>(20)</sup>.

A eficácia normativa contida no § 2º do art. 8º da referida lei prestigia o afastamento dos pilares fundantes do processo hermenêutico próprio do Direito do Trabalho, uma vez que limita de forma velada a proatividade do Judiciário Trabalhista. Veja-se:

Art. 8º (...)

[...] § 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos **nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.** [...] <sup>(21)</sup>

De outro vértice, a alínea “f” do art. 702, introduzida à CLT por força da Lei n. 13.467/2017 cria obstáculos objetivos quase intransponíveis ao poder de sumular das Cortes Trabalhistas:

Art. 702 – Ao Tribunal Pleno compete:

[...] f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus

(20) Nesse sentido, cumpre destacar que o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), especificamente nos artigos que tratam da sentença fundamentada (art. 927 e seguintes), prestigia a utilização dos precedentes judiciais de modo a caminhar para decisões fundamentadas na jurisprudência dominante.

(21) BRASIL. 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 1943, e as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, 14 jul. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 18 out. 2017.

membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial;<sup>(22)</sup>

Destaca-se que a Lei n. 13.467/2017 possui elementos de flexibilização dos direitos trabalhistas e, por isso, deve ser pensada criticamente.

Considerando que o processo histórico de luta do direito do trabalho é um elemento social que se reflete em toda dinâmica processual que envolve a matéria<sup>(23)</sup>, o texto da lei, os dois artigos acima mencionados, têm um conteúdo axiológico que permite entender como retrocesso ao poder de sumular, na medida em que restringe a atividade interpretativa dos Tribunais de forma quase intransponível.

Ressalte-se, ademais, como marcos desse retrocesso social e expressiva desconstrução dos pilares protetivos do Direito do Trabalho, em 2016 e 2017, sendo exemplo disso: a alteração da lei do trabalho temporário (Lei n. 6.019/1979) com a inserção do regulamento da terceirização pela Lei n. 13.429/2017, a redução de custos destinados à manutenção da Justiça do Trabalho e, por fim, a alteração dos dispositivos celetistas pela Reforma Trabalhista.

Nesse cenário, a busca por elementos processuais para a estabilização das decisões é uma característica que na contemporaneidade tem sido bastante utilizada para que se alcance segurança jurídica.

Acompanhando essa tendência, o TST tem fundamentado suas decisões levando em conta as construções normativas próprias do Direito do Trabalho, de modo a garantir não apenas o acesso ao Judiciário, mas também o elemento

(22) *Idem*.

(23) HOBBSAWM, Eric J. *Os trabalhadores: o estudo da história do operariado*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 429-445

de certeza que conforta o jurisdicionado. Segundo Marinoni:

O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia do comportamento daqueles que podem contestar o direito e tem o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades.<sup>(24)</sup>

A força dos precedentes judiciais não exclui a influência de fatores inovadores; nesse sentido, cabe ao TST conferir normatividade às questões próprias do Direito do Trabalho, por meio da edição de súmulas e textos extraídos da jurisprudência majoritária.

Além disso, a lei, conhecida como Reforma Trabalhista trouxe em sua redação normas que, se interpretadas hermeneuticamente, conduzem ao inexorável entendimento de redução de direitos dos trabalhadores, já afetados de maneira negativa pela precarização das relações de trabalho.

Neste cenário, a atividade normativa dos Tribunais é de suma relevância, de modo a garantir a revisão de súmulas e orientações que estejam em descompasso com o momento vivido. Denota-se que a superação do precedente judicial pode ser determinada pelos tribunais superiores, assim como acontece no fenômeno do *overruling*, com a modulação dos efeitos de acordo com os anseios da sociedade. No entanto, os óbices impostos pela Reforma Trabalhista ao poder de sumular impedem, até mesmo, a adequação dos precedentes à nova legislação.

(24) MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 212.

Ademais, o *overruling* pode ter efeitos pretéritos ou prospectivos. Quando possui efeitos pretéritos (*ex tunc*) gera insegurança jurídica e instabilidade social, pois representa, muitas vezes, a criação desarrazoada de passivo trabalhista. Por outro lado, quando é aplicado com efeitos prospectivos, o novo entendimento vigora da data da decisão para frente (*ex nunc*) ou de outro marco temporal estabelecido pelo Tribunal, preservando-se a segurança jurídica e a paz social.

Segundo a sistemática processual civil, o § 3º do art. 927 do Código de Processo Civil (CPC) estabelece que, na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do STF e do TST, haverá modulação dos efeitos; e o § 1º do referido artigo determina que haverá aplicação do princípio da não surpresa nas decisões judiciais, confirmando, assim, a importância da teoria do precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>(25)</sup>

A proposta de modulação dos efeitos das decisões tem a virtude de valorizar os fatos para a definição do precedente, mas acaba ignorando a fundamentação da decisão<sup>(26)</sup>. Embora possa ser importante a definição de um método para se alcançar a *ratio decidendi*, é praticamente impossível definir um único método infalível<sup>(27)</sup>, até porque a *ratio decidendi* é norma que pressupõe interpretação, seja para criá-la, seja para aplicá-la no futuro.

Segundo essa tendência, a *ratio decidendi* é encontrada após o levantamento de todos os fatos fundamentais da decisão tomada pelo juiz, ou seja, devem ser destacados todos os fatos utilizados pelo julgador identificando-se, em seguida, quais deles foram substanciais (materiais) para a decisão.

(25) BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 18 out. 2017.

(26) PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 175

(27) PEIXOTO, Ravi. *Op. cit.*, p. 183.

Por fim, os fatores extrainstitucionais são decorrentes dos elementos racionais que influenciam na formulação da decisão judicial, relacionados às concepções jurídico-teóricas que impactam na prática jurídica e na tomada de posição pelo juiz.

Quando o legislador, propositalmente, obstaculiza o poder de sumular de uma Corte Superior, em especial do Tribunal Superior do Trabalho, deixa claro o seu objetivo: interferir na autonomia dos Tribunais afetados pela norma.

Sem adentrar na questionável constitucionalidade da medida, em razão do que dispõe o art. 96, I, da Constituição Federal de 1988, o que salta aos olhos é que, a alteração legislativa terá impactos deletérios na prestação jurisdicional, afetará negativamente a segurança jurídica e impedirá a própria revisão de textos sumulados que não guardem mais correspondência com as alterações legislativas promovidas.

#### 4. Considerações finais

A importância do papel da jurisprudência no Direito é indiscutível, seja porque é fruto das provocações ao Judiciário por parte dos advogados, seja por constituir uma atividade interpretativa dos julgadores para decidir questões idênticas.

A uniformização da jurisprudência – por meio de súmulas e orientações jurisprudenciais – não significa o engessamento do Direito, especialmente do Direito do Trabalho, tendo grande relevância na atividade interpretativa para julgamento das demandas específicas em que a lei por si só não garante a segurança jurídica. Daí a importância do precedente judicial para conferir segurança jurídica e estabilidade social.

Não obstante essa relevância, a Lei n. 13.467/2017, criou obstáculos efetivos ao poder de sumular do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho. Comprometeu, assim, atividade legislativa

extremamente importante para adequar o fato à norma e a norma ao fato. O dispositivos inseridos no texto celetista com o objetivo de paralisar o poder de sumular das Cortes Trabalhistas, aliado a considerável número de supressões de artigos da CLT promovidas pela Lei, vem reduzir expressivamente os direitos do trabalhador brasileiro, tornando-se mais um marco do retrocesso social do Direito do Trabalho, junto com a alteração da lei do trabalho temporário (Lei n. 6.019/1979) com a inserção do regulamento da terceirização pela Lei n. 13.429/2017, e a redução de custos destinados à manutenção da Justiça do Trabalho.

A par disso, os obstáculos impostos ao poder de sumular podem significar a própria incapacidade de as Cortes Trabalhistas adequarem os textos já sumulados à nova realidade imposta pela alteração legislativa.

Desta forma, seja qual for o ângulo pelo qual se analise a questão, os efeitos que decorrerão da efetiva paralização do poder de sumular das Cortes Trabalhistas tende a ser socialmente deletério e juridicamente indesejável.

#### 5. Referências

BRASIL. 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 1943, e as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho*. Diário Oficial da União, 14 jul. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 18 out. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 11-51.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EVANS, Jim. Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century. In: GOLDSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1987. p. 35-72.

HOBBSAWM, Eric J. *Os trabalhadores: o estudo da história do operariado*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 429-445.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico. *Revista de Processo: RePro*, ano 39, n. 234, p. 275-301, ago. 2014.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas*

*com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 211-226

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 299-313.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015.

WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of adjudication and the status of stare decisis*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coords.). *Interpreting statutes: a comparative study*. Brulington: Asgate Publishing, 1991. p. 73-87.

# Violação dos direitos humanos das mulheres e reforma trabalhista

Thamíris Evaristo Molitor<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ A pesquisa pretende abordar as principais alterações trazidas pela reforma trabalhista brasileira de 2017 à luz do arcabouço jurídico de direitos humanos e direito do trabalho em vigor em nosso país. Para tanto, inicialmente irá fazer uma breve recuperação histórica do conceito de direitos humanos e das normativas internacionais que o Brasil aceitou fazer parte, principalmente as relacionadas à proteção de direitos sociais e dos direitos das mulheres. Após, irá analisar as normas acerca de proteção social e de gênero nas normativas nacionais, principalmente na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho. Por fim, analisará alguns itens da Lei n. 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, que tem afetado principalmente as mulheres.

## Palavras-chave:

- ▶ Direitos humanos — Direito do trabalho — Mulheres — Reforma trabalhista.

## Abstract:

- ▶ The research intends to address the main changes brought by the Brazilian labor reform of 2017 in the light of the legal framework of human rights and labor law in force in our country. To do so, it will initially make a brief historical recovery of the concept of human rights and international norms that Brazil has accepted to be a part of, especially those related to the protection of social rights and women's rights. Afterwards, it will analyze the rules on social and gender protection in national regulations, mainly in the Federal Constitution and in the Consolidation of Labor Laws. Finally, it will analyze some of the items of the Law number 13.467/2018, known as labor reform, that has mainly affected women.

## Key-words:

- ▶ Human rights — Labor law — Women — Labor reform.

---

(\*) Doutoranda em direito do trabalho pela Universidade de São Paulo. Mestra em direitos humanos pela mesma instituição. Pesquisadora do grupo de pesquisa Direitos Humanos, Centralidade do Trabalho e Marxismo (DHCTEM). Professora Substituta na Universidade Federal de Lavras. Advogada. São Paulo – SP, Brasil.



## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Direitos humanos das mulheres e o mundo do trabalho
- ▶ 3. O direito brasileiro e o trabalho da mulher: igualdade formal tardia
- ▶ 4. A reforma trabalhista e o trabalho das mulheres
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências

### 1. Introdução

Trata a presente pesquisa acerca dos direitos humanos das mulheres no âmbito do trabalho no Brasil. Será feita uma análise dos tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil ou não, que tratem sobre a questão da desigualdade de gênero em especial no que se refere ao trabalho das mulheres. Também será analisada a legislação laboral brasileira sobre o tema — constitucional e infraconstitucional — e, por fim, a reforma trabalhista (Lei Federal n. 13.467 de 13 de julho de 2017). Assim, pretende-se analisar a lei da reforma trabalhista brasileira, no que se refere ao trabalho da mulher, à luz das normativas internacionais e também das normas brasileiras sobre o assunto, principalmente a Constituição Federal.

Para tanto, inicialmente será feito um breve histórico sobre o próprio conceito de direitos humanos, indicando seus marcos iniciais e o processo de aceitação pelos países de sua força normativa. Após, será estabelecido a partir de qual momento os direitos humanos passam a ser entendidos como normas que devem proteger as mulheres de maneira mais enfática, como, por exemplo, a Conferência de Direitos Humanos de Viena em 1993, que reconheceu que os direitos humanos das mulheres e das meninas também são direitos humanos. Assim, passa a indicar as normas internacionais que tratam sobre o trabalho da mulher, com ênfase às normas instauradas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e sua aplicação ou não no Brasil, considerando que alguns tratados não foram, ainda, ratificados pelo nosso país.

Será discutida nesse contexto a legislação laboral brasileira sobre o trabalho da mulher. A própria Constituição Federal estabeleceu elementos de diferenciação na proteção do trabalho das mulheres, assim como a Consolidação das Leis Trabalhistas também estabeleceu um capítulo especial para tratar desse assunto. Será feito um breve histórico da instauração dessas normas de proteção no âmbito do direito brasileiro.

Por fim, serão analisadas as alterações advindas pela reforma trabalhista de 2017. À luz das normativas apresentadas, tanto os tratados internacionais ratificados pelo Brasil quanto as normas constitucionais e infraconstitucionais, a presente pesquisa refletirá acerca dos possíveis retrocessos para a proteção do trabalho da mulher trazidos pela nova normativa laboral. Dessa forma, o trabalho será encaminhado para sua conclusão.

### 2. Direitos humanos das mulheres e o mundo do trabalho

Apesar de haver divergência sobre quais seriam os grandes marcos da história dos direitos humanos, diversos teóricos estabelecem que seriam a Declaração Americana de Virgínia de 1776 (BOBBIO, 1992, p. 90), a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão francês de 1789 (BOBBIO, 1992, p. 27), a lei de *Habeas Corpus* de 1679 e a *Bill of Rights* de 1689 do Reino Unido (BOBBIO, 1992, p. 122-123). Alguns juristas chegam a considerar a Carta Magna de 1215, promulgada pelo rei João Sem Terra, também na Inglaterra, como o primeiro marco da história dos direitos humanos (COMPARATO, 2001, p. 67).

É de rigor perceber que desde o início do desenvolvimento da história dos direitos humanos existiram limitações sobre quais grupos de pessoas que seriam protegidos por essas declarações. Em tese, tais documentos históricos seriam declarações de direitos considerados “naturais”, ou seja, direitos sobre as quais todos os seres humanos seriam investidos ao nascer. Ocorre que mulheres e trabalhadores, por exemplo, ficaram despojados de muitas dessas garantias individuais. A maioria das declarações citadas acima assumia o direito à propriedade como sagrado e acima de vários outros direitos igualmente “naturais”.

Não se pode desconsiderar, então, para a análise da construção do conceito de direitos humanos das mulheres, o fato de que não houve pretensão, principalmente no início da história do que entendemos enquanto direitos humanos, em se construir igualdade material ou igualdade de gênero entre os cidadãos e as cidadãs. Sobre essa questão, destacamos que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, abarcava, de fato, apenas as pessoas do sexo masculino e, em geral, os proprietários dos meios de produção. Os proletários e as mulheres não poderiam recorrer a tal documento para alcançar essa suposta proteção jurídica. Nesse sentido, um grupo de mulheres francesas, nesse período, cobrou sua inclusão como cidadãs na vida pública e a resposta que receberam foi a guilhotina. Veja-se o seguinte excerto:

A igualdade entre os sexos foi desconsiderada. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão referia-se de fato ao homem, ou seja, à pessoa do sexo masculino. As mulheres não tiveram seus direitos reconhecidos. Olympe de Gouges, revolucionária francesa articulada com milhares de mulheres, decidiu por fazer a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã. Por isso, foi condenada à morte na guilhotina. A sentença que proferiu sua condenação dizia que

ela ‘(...) se imiscuiu nos assuntos da República, esquecendo-se das virtudes de seu sexo (...)’. Nascida no interior da França, em 1748, aos dezesseis anos já se encontrava viúva e mãe de uma criança. Foi para Paris e participou ativamente da Revolução Francesa. Mobilizou mulheres, fundou vários ‘clubes femininos’, que propugnaram a defesa da igualdade de direitos das mulheres com os homens, o acesso à educação e o direito ao divórcio. Apesar de sua participação intensa nas ações revolucionárias, foi ridicularizada, contestada e reprimida. (TELES, 2011, p. 18)

Os revolucionários franceses rejeitavam a ideia de que os “direitos do homem” deveriam também se aplicar às mulheres. Utilizando-se do jusnaturalismo, acreditavam que existiam direitos básicos e mínimos, entretanto, que deveriam ser respeitados apenas para homens. Dessa maneira, “a sociedade de classes privou a mulher da igualdade com os homens, discriminando-a não somente de fato, mas também no plano formal do Direito” (SAFFIOTI, 2013, p. 108).

Além da questão das mulheres, a proteção à classe trabalhadora também demorou a se tornar uma preocupação da matéria dos direitos humanos. Seus grandes marcos foram a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, a Constituição Mexicana, de 1917 (COMPARATO, 2001, p. 183), e a Constituição de Weimar, em 1919 (COMPARATO, 2001, p. 195). Após esse período de aparente avanço nos direitos dos trabalhadores, ocorrem as grandes guerras mundiais. Após as guerras e os horrores experimentados em decorrência do nazi-fascismo, há uma tentativa de reconstrução dos direitos humanos no século XX com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 (RAMOS, 2013, p. 58-59).

Esse documento é entendido no direito internacional enquanto *soft law*, uma indicação

de como os países deveriam começar a produzir suas normas a partir daquele momento. Decorre disso, então, e da tensão entre os países do bloco capitalista e do bloco socialista, dois pactos separados sobre direitos chamados de primeira geração e segunda geração em 1966. Os pactos foram chamados de Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

A elaboração de dois tratados e não de um só, compreendendo o conjunto dos direitos humanos segundo o modelo da Declaração Universal de 1948, foi o resultado de um compromisso diplomático. As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abusos e interferências dos órgãos estatais na vida privada. Já os países do bloco comunista e os jovens países africanos preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos, que têm por objeto políticas públicas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas, deixando na sombra as liberdades individuais. Decidiu-se, por isso, separar essas duas séries de direitos em tratados distintos, limitando-se a atuação fiscalizadora do Comitê de DH unicamente aos direitos cíveis e políticos, e declarando-se que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, ‘até o máximo dos recursos disponíveis’ (Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 2º, alínea 1). (COMPARTATO, 2001, p. 278)

O art. 3º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>(1)</sup>, promulgado no Brasil em 1992, estabelece que os Estados Partes se comprometeriam “a assegurar a homens e mulheres igualdade no

gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais” enumerados nesse instrumento normativo. Também estabelece no ponto 2 do art. 2º que os Estados se comprometeriam a garantir o exercício dos direitos previstos naquele pacto sem nenhuma distinção de “raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza”. Por fim, o art. 7º desse mesmo pacto prevê que os Estados Partes reconhecem o “direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis” e que assegurassem especialmente salário mínimo e remuneração igual por um trabalho de igual valor sem distinção e, em particular, “as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles, por trabalho igual”.

Nessa toada, importante também citar a Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, conhecida como CEDAW, ratificada pelo Brasil em 1984<sup>(2)</sup>. Os dispositivos distribuídos em 6 partes visam assegurar a igualdade de gênero, sendo que a parte III trata sobre os direitos sociais. É previsto no seu art. 10º que os Estados Partes devem assegurar “as mesmas condições de orientação em matéria de carreiras e capacitação profissional (...)”, assim como eliminação de conceitos estereotipados sobre papéis masculinos e femininos, mesmas oportunidades de acesso e redução da taxa de abandono dos estudos das mulheres, dentre outras medidas (GOMES, 2010).

Ainda nesse artigo, seu item 2 lista medidas que os Estados Partes devem tomar a fim de impedir a discriminação contra a mulher no trabalho por razões de casamento e maternidade, sendo elas: proibir a demissão por motivo de gravidez, licença-maternidade ou estado civil, implementar a licença-maternidade, o fornecimento de serviços de apoio para que os pais possam combinar suas vidas profissionais

(1): Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2018.

(2): Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2018.

com a vida familiar e proteção especial às gestantes que estejam em trabalhos prejudiciais à sua condição.

Na sequência dos documentos internacionais importantes para a mulher no mundo do trabalho, também se deve citar que a Conferência de Direitos Humanos em Viena, de 1993, reconheceu que os direitos das mulheres e meninas também são direitos humanos. É simbólico, inclusive, que tenha sido preciso escrever literalmente que mulheres também são seres humanos (TELES, 2006, p. 32).

Foi também assinada a Convenção de Belém do Pará ou Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, de 1994, sendo que o art. 5º prevê que “toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos [...] sociais” e que os Estados Partes reconheceriam que a violência contra a mulher impediria o exercício dos direitos subjetivos; e o art. 8º prevê medidas específicas que os Estados deveriam adotar progressivamente como formular programas educacionais a fim de combater estereótipos de gênero (TELES, 2006, p. 100).

Após, em 1995, foi assinada a Declaração de Pequim (PIOVESAN, 2012, p. 75), que estabelece “compromissos” dos governos objetivando o “empoderamento” das mulheres, a igualdade de direitos, “a plena implementação dos direitos humanos das mulheres e meninas, como parte inalienável, integral e indivisível de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”, prevenir e eliminar as formas de discriminação contra as mulheres e meninas, assegurar às mulheres o acesso a recursos econômicos como crédito, ciência e tecnologia etc.

Por fim, também existem as normas da Organização Internacional do Trabalho. A Convenção n. 3, sobre o emprego das mulheres antes e depois do parto, hoje revogada, foi redigida em 1919, ano da criação da OIT. As Convenções que estão em vigor nesse órgão e que tratam sobre os direitos das mulheres são as de ns.100, 111, 156, 171, 183 e 189. Dessas,

o Brasil apenas não ratificou as Convenções de número 156 e 183, que tratam respectivamente sobre trabalhadores com responsabilidades familiares e sobre proteção à maternidade. A principal novidade da Convenção n. 183 em relação à n. 103 (a qual o Brasil ratificou) em relação ao amparo à maternidade é que a n. 183 alarga o conceito de trabalhadora para as mulheres que não estão no mercado formal<sup>(3)</sup> (GOMES, 2010, p. 156-157).

As convenções ratificadas pelo Brasil tratam sobre igualdade de remuneração para homens e mulheres por trabalho de igual valor, discriminação em matéria de emprego e ocupação e trabalho noturno das mulheres. Sobre trabalho noturno, foi inicialmente aprovada a Convenção número 4 sobre trabalho noturno das mulheres, revisada pela Convenção n. 41, pela n. 89 e depois pela n. 171. A última padroniza a regulamentação sobre trabalho noturno, igualando os gêneros no que se refere a esse turno de trabalho, com ressalvas à maternidade e à gestação. Algumas autoras discutem o fato de que seria necessário um esforço por parte da OIT que visasse “não dificultar ainda mais a entrada e permanência da mulher no mercado de trabalho, ao limitar a disposição da sua força de trabalho pelo empregador e elevar o custo desse trabalho”, devendo diminuir as disposições especiais para as mulheres como, por exemplo, com relação ao “trabalho noturno e as atividades insalubres e perigosas” (GOMES, 2010, p. 157). É uma questão complicada, visto que entendemos que o ideal seria melhorar as disposições para todas as pessoas e não “piorar” ou “deixar de tratar” condições mais favoráveis de trabalho às mulheres.

Dessa maneira, essas são as principais normas internacionais adotadas pelo Brasil visando à maior igualdade no mundo do trabalho entre homens e mulheres. Várias dessas

(3) O texto dessa Convenção está disponível para consulta em espanhol em: <[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312328](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312328)>. Acesso em: 29 nov. 2018.

normativas foram incorporadas à legislação brasileira, conforme veremos no próximo item.

### 3. O direito brasileiro e o trabalho da mulher: igualdade formal tardia

A Constituição Federal, promulgada em 1988, foi comemorada como a “constituição cidadã” que assegurou direitos para vários segmentos da população, assim como incluiu os direitos sociais no rol dos direitos fundamentais. Vários foram os direitos sociais conquistados, assim como a igualdade jurídica entre homens e mulheres. Também foram várias as disposições discriminatórias constantes em normas do direito brasileiro que foram revogadas com o advento dessa constituição. Mesmo a igualdade formal entre homens e mulheres é recente na normativa brasileira como, por exemplo, a revogação expressa do art. 446<sup>(4)</sup> da CLT ocorreu apenas em 1989, pela Lei n. 7.855/1989. O processo da constituinte nos mostra algumas pistas sobre a motivação para este documento normativo ser um marco no tratamento da mulher na sociedade brasileira:

É verdade que a inclusão de muitas das reivindicações das mulheres durante o processo constituinte deve-se à ampla participação já salientada e que, no caso das mulheres, contou com uma ‘Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes’, fruto da articulação do movimento feminista no Brasil e que contribuiu para a redação de alguns dispositivos constitucionais, tais como a igualdade geral entre homens e mulheres (art. 5º, I), a proteção contra a discriminação no trabalho por sexo ou estado civil (art. 7º,

(4) Tal artigo previa que: “Presume-se autorizado o trabalho da mulher casada e do menor de 21 anos e maior de 18. Em caso de oposição conjugal ou paterna, poderá a mulher ou o menor recorrer ao suprimento da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único: Ao marido ou pai é facultado pleitear a rescisão do contrato de trabalho, quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família, perigo manifesto às condições peculiares da mulher ou prejuízo de ordem física ou moral para o menor” (sic).

XX), a licença-maternidade ampliada para 120 dias (art. 7º, XVIII), o título de domínio e a concessão de uso de áreas urbanas adquiridos por usucapião conferidos ao homem ou mulher, bem como em relação à distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária (arts. 183, § 3º, e 189) e, em especial, o tratamento à família, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º), os direitos inerentes à sociedade conjugal, exercidos pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º), o planejamento familiar (art. 226, § 7º) e o dever do Estado de coibir a violência na família (art. 226, § 8º), entre outros. (COSTA, 2010, p. 85-86)

Nesse sentido, uma das principais disposições na constituição acerca da igualdade de gênero é o art. 5º, inciso I. É a partir desse dispositivo que irão emergir os outros, citados pela autora. Com relação à igualdade no mundo do trabalho, importante considerar o art. 7º, em que estão previstas as disposições sobre a proteção do trabalho da mulher. O inciso XVIII determina que a licença gestante não pode causar prejuízo ao emprego ou ao salário da mulher e deve durar no mínimo 120 dias. No inciso XIX está prevista a licença-paternidade, sem período mínimo, com a indicação de que o período deveria ser fixado por lei. O inciso XX dispõe que é direito das trabalhadoras a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Importante destacar, também, a mudança no art. 7º referente às empregadas domésticas pela Emenda Constitucional n. 72 de 2013, já que essa é uma profissão ocupada majoritariamente por mulheres (94,8% do total dos trabalhadores domésticos<sup>(5)</sup>) e dentre essas mulheres, cumpre destacar que a maioria

(5) Segundo o IBGE, em 2011, disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\\_nova/Mulher\\_Mercado\\_Trabalho\\_Perg\\_Resp\\_2012.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf)>. Acesso em: 29 nov. 2018.

é negra<sup>(6)</sup>, o que leva a uma dupla discriminação. Antes dessa emenda, as empregadas domésticas não tinham direito, por exemplo, a salário mínimo, irredutibilidade salarial, décimo terceiro salário ou aviso-prévio. A regulamentação ocorreu pela Lei Complementar n. 150/2015.

Após a Constituição, as Leis n. 7.855/1989, 9.029/1995 e 9.799/1999 modificaram a CLT em questões referentes ao trabalho da mulher. Foram revogados dispositivos que tratavam a mulher como ser frágil e sem capacidade completa para o trabalho, como o art. 375 que previa que as mulheres só poderiam fazer hora extra caso tivessem atestado médico oficial anotado em sua carteira profissional. Havia também o art. 378 que previa a existência de folhas especiais na carteira profissional das mulheres para que pudessem ser anotados os atestados médicos necessários. Uma novidade importante trazida pela Lei n. 9.029/1995 é a criminalização de condutas dos patrões que interfiram na vida sexual e reprodutiva das mulheres.

O art. 384, que foi revogado pela Lei n. 13.467/2017 (conhecida como lei da reforma trabalhista), determinava que, apenas para as mulheres, em caso de prorrogação do horário normal de trabalho, deveria ser concedido um descanso obrigatório de 15 minutos antes do início do período extraordinário de trabalho. Tal dispositivo, anteriormente à sua recente revogação, foi declarado constitucional pelo Tribunal Superior do Trabalho<sup>(7)</sup>. O argumento utilizado foi de que as mulheres sofreriam maior desgaste no trabalho do que os homens. Trata-se de argumento sem comprovação científica e apoiado, em alguma medida, em uma suposta maior fragilidade feminina que pode

ter efeito contrário, diminuindo os espaços no mundo do trabalho a serem ocupados por mulheres (SAFFIOTI, 2013, p. 369). Apesar da decisão do TST, havia ainda um recurso extraordinário em trâmite no Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, o qual foi retirado de pauta em setembro de 2016 por pedido de vista do ministro Gilmar Mendes<sup>(8)</sup>, mas que, considerando a nova lei, provavelmente perdeu o objeto.

Também é necessário observar, nesse sentido, que o art. 390 da CLT estabelece vedação ao empregador de “empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional”, enquanto que o art. 198 estabelece o máximo de “60 kg (sessenta quilogramas)” como “peso máximo que um empregado pode remover individualmente”, sendo o empregado do sexo masculino. Considerando essa disposição, é necessário indicar que seria mais interessante rever os estudos em que esses dispositivos foram baseados, para sendo o caso, diminuir o peso máximo para os homens. Teóricos do direito do trabalho já criticaram as disposições sobre saúde e segurança do trabalhador por serem baseados em estudos ultrapassados (ex: SILVA, 2017, p. 42). Assim, não se sabe até que ponto a diferenciação de quarenta quilos entre o peso suportado por homens e mulheres é científico.

Por fim, não se pode olvidar que, além da discriminação de gênero no mundo do trabalho, também existe a discriminação de raça e contra pessoas LGBTQs, questões que, em grande medida, ainda não foram completamente abarcadas por nossa legislação trabalhista. Por exemplo, as pessoas transexuais muitas vezes não têm seu nome social e identidade de gênero respeitados no trabalho. Isso quando conseguem se incluir em trabalhos formais, considerando que grande parte da população

(6) Segundo o DIEESE, em 2013, disponível em: <<http://www.dieese.org.br/estudosetorial/2013/estPesq68empregoDomestico.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

(7) BRASIL. TST. *Incidente de Inconstitucionalidade em Recurso de Revista n. 1.540.2005.046.12.00-5*. Tribunal Pleno. Rel. Ministro Ives Gandra Martins Filho. Publicação no DEJT em 13.2.2009.

(8) BRASIL. STF. *Recurso Extraordinário n. 658.312/SC*. Repercussão Geral declarada em 09.03.2012.

de transexuais só conseguem encontrar alguma fonte de renda na prostituição, segundo dados do ANTRA<sup>(9)</sup> (Associação Nacional de Travestis e Transexuais). Com relação às mulheres negras, temos a questão de *guetos ocupacionais* como o trabalho doméstico e os trabalhos terceirizados, principalmente na área da limpeza, recebendo menores salários que as mulheres brancas (BENEDITO, 2010, p. 534). Ou seja, ainda existem muitas questões que precisam ser trabalhadas pela forma jurídica brasileira com relação a minorias políticas.

Dessa maneira, após a análise de alguns dispositivos da norma brasileira acerca dos direitos trabalhistas das mulheres, necessário analisar as alterações trazidas pela reforma trabalhista de 2017 para a questão de gênero, o que se fará no próximo item para, então, encaminhar o trabalho para sua conclusão.

#### 4. A reforma trabalhista e o trabalho das mulheres

A Lei n. 13.467/2017, que ficou conhecida como reforma trabalhista, trouxe intensas alterações no direito do trabalho brasileiro. Analisaremos as principais mudanças no que se refere ao trabalho das mulheres à luz das normativas indicadas acima. A modificação sobre o tratamento da maternidade é a que, de maneira mais clara, altera a questão do trabalho das mulheres. Entretanto, outras alterações também trazem impacto na questão de gênero do mundo do trabalho.

Com relação a essas mudanças, podemos citar que a introdução do trabalho intermitente (conhecido como “contrato zero hora” nos países em que foi implementado), do teletrabalho (conhecido como *home office*) e a regulamentação da terceirização para permitir que qualquer atividade seja subcontratada (pela Lei n. 13.429/2017, que foi promulgada no mesmo contexto que a reforma trabalhista) podem trazer intensa alteração na conformação do

mercado de trabalho brasileiro. Esclareço que esses contratos de trabalho podem modificar em grande medida as relações de trabalho no país e piorar as condições de trabalho de todos, mas principalmente das mulheres (ANTUNES, 2013, p. 65-66).

Devido à limitação de espaço não iremos nos aprofundar nessa questão, mas diversas teóricas têm produzido textos acadêmicos acerca da dupla jornada de trabalho a qual as mulheres são submetidas (por exemplo: HIRATA, 2002; SOUZA-LOBO, 2011; TOLEDO, 2008; NOGUEIRA, 2011). Ou seja, além de terem um trabalho produtivo<sup>(10)</sup> do qual recebem salário, também precisam cuidar dos filhos e dos afazeres domésticos (chamados de trabalho reprodutivo) sem nenhum auxílio. Por esse motivo, o contrato intermitente, em que o trabalhador ou a trabalhadora só é chamado para fazer a atividade que o empregador necessita eventualmente, não sendo contínuo (SILVA, 2017, p. 45), provavelmente será ocupado por mulheres, visto que não preencherá toda a jornada de oito horas e liberaria tempo para os trabalhos reprodutivos. Várias críticas podem ser feitas a esse contrato, considerando que, por exemplo, não haverá um salário mínimo para esses trabalhadores e trabalhadoras, precarizando a subsistência desses. O teletrabalho, outra nova forma de contratação inserida pela reforma trabalhista, que é o trabalho a ser realizado na residência do empregado, também poderá ser realizado por mulheres para conciliar com os trabalhos reprodutivos, entretanto, segundo o art. 62, inciso III, não haveria controle de jornada (SILVA, 2017, p. 31), o que também pode prejudicar intensamente a saúde das trabalhadoras. Por fim, na terceirização, não mais regida pela Súmula n. 331 do TST, mas sim pela Lei n. 6.019/1974 (alterada pela Lei n. 13.429/2017), que regulamenta

(10) Também não se poderá aprofundar nesse debate sobre se o trabalho reprodutivo é produtivo ou não, entretanto indico que trabalhamos com essa questão em nossa dissertação de mestrado (MOLITOR, 2018).

(9) Mais informações: <<https://antrabrasil.org/>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

trabalho temporário, qualquer atividade da empresa pode ser terceirizada. As mulheres já estavam principalmente em atividades que pagavam menores salários na terceirização de “atividade-meio” (ASSUNÇÃO, 2013), com essa nova permissão, a força de trabalho das mulheres poderá ser usada de maneira mais barata e com risco de que não haja o pagamento de todos seus direitos (BENEDITO, 2010, p. 540).

Após indicar outras consequências menos discutidas da reforma trabalhista para o trabalho das mulheres, passemos, então, às alterações com relação à proteção à maternidade. A seção sobre maternidade da CLT, além de promover a estabilidade provisória para a gestante, determina que não constituiria motivo justo para a rescisão do contrato de trabalho “o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez” (art. 391) e que não seriam permitidos regulamentos que façam restrições ao trabalho da mulher por motivo de matrimônio ou gravidez (art. 391, parágrafo único). Seria garantida também a licença-maternidade sem prejuízo do salário e demais direitos. A Lei n. 12.873/2013 estendeu, também, esse direito para as famílias que adotarem crianças, podendo ser o tempo usufruído pela mãe ou pelo pai adotantes. A principal alteração trazida pela reforma é com relação ao meio ambiente de trabalho da gestante. Ficou proibido o trabalho da gestante: (I) em atividades consideradas insalubres em grau máximo; (II) em atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, entretanto, apenas se a gestante “apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação”; e (III) atividades consideradas insalubres em qualquer grau “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação”. Quando não fosse possível que a gestante exercesse suas atividades em local salubre na mesma empresa, a gravidez seria “considerada como gravidez de risco e ense-

jará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991”.

Algumas questões a serem colocadas com relação ao novo tratamento da gestante a partir da lei da reforma trabalhista são que, caso o empregador peça, a gestante irá apresentar o atestado de saúde para trabalhar em insalubridade grau médio ou mínimo, visto que ela está em uma relação contratual desigual. Além disso, numericamente, a maior parte das trabalhadoras está em trabalhos de insalubridade média (SILVA, 2017, p. 41) e, conforme citamos acima, é necessário atualizar os estudos que classificam o grau de insalubridade de diversos ambientes de trabalho (SILVA, 2017, p. 42). Por fim, o estabelecimento do pagamento pela previdência social de todo o período da gravidez, equiparando-a a gravidez de risco, para empregadas que trabalhem em empresas que apenas tem atividade de insalubridade em grau máximo visa, ao menos em tese, que as mulheres não sejam prejudicadas ao procurar esse tipo de emprego para que o empregador não tenha o “custo” de ter uma gestante em atividade insalubre em grau máximo afastada pelos nove meses mais os quatro de licença. Ocorre que, segundo a pesquisa “Licença-maternidade e suas consequências no mercado de trabalho do Brasil”, realizada pela Escola Brasileira de Economia e Finanças da Fundação Getúlio Vargas, metade das mulheres estavam fora do mercado de trabalho um ano após voltarem de suas licença-maternidade. Será necessário, então, aguardar para ver o efeito produzido pela equiparação da hipótese em discussão à hipótese da gravidez de risco.

Sobre a lactação, o art. 396 estabelece que a trabalhadora “terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um” para amamentar seu filho até que este complete seis meses, sendo esse prazo possível de ser dilatado caso a saúde da criança assim o exija. O § 2º, acrescentado pela reforma trabalhista, estabelece que “os horários

dos descansos previstos no *caput* deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador”. Tendo em consideração a dinâmica estabelecida entre trabalhadora e empregador, não vislumbramos a possibilidade de que a trabalhadora tenha real liberdade para estabelecer em acordo individual como serão feitos os intervalos para amamentação. Ainda assim, no âmbito da proteção à maternidade estabelecida nas normas brasileiras, trata-se de dispositivo que visa a assegurar minimamente a proteção ao bebê.

Dessa maneira, essas são as principais alterações da reforma trabalhista que irão afetar principalmente as mulheres. Dado o fato de que a reforma ainda é recente, muitos efeitos ainda estão por aparecer.

## 5. Conclusão

Considerando, então, o arcabouço jurídico indicado no presente trabalho, é necessário indicar que as medidas que entraram em vigor através da reforma trabalhista de 2017 no Brasil podem, em alguma medida, violar o que está disposto em nossa Constituição Federal, enquanto lida de maneira sistêmica. Ou seja, a Constituição brasileira de 1988, ao menos em tese, foi promulgada a partir de uma promessa de busca pela igualdade material. Ao ignorar que a precarização do trabalho a partir das novas formas de contratação estabelecidas na Lei n. 13.467/2017 irão afetar, em maior medida, as mulheres, não se cumpre a missão constitucional de buscar ativamente a igualdade de gênero em nosso país. Nesse sentido, o próprio fato de não haver nenhum esforço governamental no sentido de repartir de maneira mais igualitária o trabalho reprodutivo demonstra que ainda temos um grande caminho para percorrer em busca da igualdade de gênero no Brasil.

No mais, os tratados dos quais o Brasil é signatário, que estabelecem que os Estados Partes se comprometeriam a se empenhar para buscar aumentar e garantir o cumprimento dos direitos sociais e diminuir a desigualdade entre os cidadãos e cidadãs, também não estão

sendo efetivados. Nesse sentido, especificamente a Convenção n. 183 da Organização Internacional do Trabalho, a qual ainda não foi ratificada pelo Brasil, que alargaria o conceito de “trabalhadora” para abarcar as mulheres que estariam na informalidade (sem registro em carteira de trabalho), não só não se vislumbra um futuro próximo no qual o Brasil se torne signatário dessa convenção, como também é provável que haja uma piora nas condições de trabalho das mulheres gestantes. Pelo princípio do não retrocesso dos direitos sociais, essa é uma questão que deveria ser melhor avaliada por nosso país.

A Conferência de Viena de 1993, citada ao longo do trabalho, além de reconhecer que os direitos humanos das mulheres e meninas também são direitos humanos, reconheceu que os direitos humanos são interdependentes, indivisíveis e universais. Nesse sentido, a discussão sobre as gerações de direitos e a autoaplicação ou não dos direitos sociais encontrou um limite, visto que, ao menos em tese, a violação de direitos sociais é tão grave quanto a violação de direitos ditos de primeira geração (direitos civis e políticos). Ao ignorar o histórico da construção dos conceitos de direitos humanos, sendo que o Brasil participou dessas discussões, nosso país viola os direitos humanos não só das mulheres, mas de todos os trabalhadores e trabalhadoras do país.

Já existe ao menos um projeto de lei em tramitação<sup>(11)</sup> visando à revogação da Lei n. 13.467/2017, considerando que, inclusive, essa reforma não cumpriu o prometido pela base aliada do governo de aumentar o número de empregos e diminuir a crise econômica pela qual passa o país.

Fica claro, dessa forma, que essa reforma trabalhista prejudica os direitos sociais dos trabalhadores e das trabalhadoras de nosso país, devendo ser revista a partir da argumentação

(11) Referência: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/08/13/projeto-de-randolfe-revoga-a-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

de violação dos direitos humanos conforme exposto no presente trabalho.

## 6. Referências

- ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do trabalho. 15. ed. São Paulo: Cortex, 2013.
- ASSUNÇÃO, Diana (Org.). *A precarização tem rosto de mulher: a luta das trabalhadoras e trabalhadores terceirizados da USP*. 2. e. São Paulo: ISKRA, 2013.
- BENEDITO, Alessandra. A condição da mulher negra no mercado de trabalho brasileiro — uma síntese do processo de exclusão continuada. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCI, Ana Claudia Pompeu Torezan (Orgs.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010. p. 531-546.
- BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. 8. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COSTA, Claudia. Princípios constitucionais, igualdade e mulheres na Constituição de 1988. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan (Orgs.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010. p. 81-96.
- GOMES, Ana Virgínia Moreira. A OIT e a disseminação do combate à discriminação contra a mulher no trabalho: indo além das convenções e recomendações. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan (Orgs.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010. p. 151-178.
- HIRATA, Helena. *Nova divisão sexual do trabalho?* São Paulo: Boitempo, 2002.
- MACHADO, Cecília; NETO, V. Pinho. *The Labor Market Consequences of Maternity Leave Policies: Evidence from Brazil*. Escola Brasileira de Economia e Finanças da Fundação Getúlio Vargas (FGV – EPGE), 2016. Disponível em: <[https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the\\_labor\\_market\\_consequences\\_of\\_maternity\\_leave\\_policies\\_evidence\\_from\\_brazil.pdf](https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the_labor_market_consequences_of_maternity_leave_policies_evidence_from_brazil.pdf)>. Acesso em: 29 nov. 2018.
- MOLITOR, Thamiris Evaristo. *O sujeito de direito a partir da proteção da maternidade pelo direito do trabalho brasileiro: uma análise materialista histórico-dialética na perspectiva de gênero*. Dissertação Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.
- NOGUEIRA, Claudia Mazzei. *O trabalho duplicado — a divisão sexual no trabalho e na reprodução: um estudo das trabalhadoras do telemarketing*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. In: *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 70-89, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista — análise da Lei n. 13.467/2017 — artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- SOUZA-LOBO, Elisabeth. *A classe operária tem dois sexos*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.
- TELES, Maria Amélia de Almeida. *O que são direitos humanos das mulheres*. São Paulo: Brasiliense; Coleção Primeiros Passos, 2011.
- TOLEDO, Cecília. *Mulheres: o gênero nos une, a classe nos divide*. 2. ed. São Paulo: Sunderman, 2008.

# Errata:

Eu, Júnia Marise Lana Martinelli, autora da monografia “*Autocomposição X Proteção Legislativa. A Densificação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pelo Direito ao Trabalho*”, publicada na Revista da Anamatra de Junho/2002, em cumprimento à determinação contida no acórdão n. 70021205489, lavrado pela Egrégia 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, torno pública a **ERRATA** nos seguintes termos.

Esclareço, todavia, que constou regularmente na bibliografia da monografia em questão a identificação de LEDUR, José Felipe. A Realização do Direito ao Trabalho, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

Página da Revista	Localização dos Excertos	Onde se lê	Leia-se
37	Primeiro Parágrafo do Título V da Monografia.	<b><u>“Os direitos fundamentais de primeira geração se impuseram contemporaneamente à formação do Estado liberal, com instrumentos de afirmação e garantia do indivíduo perante o poder público. Visavam basicamente à defesa da liberdade e da propriedade privada”</u></b> . [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]	“Segundo LEDUR (1998, p. 159-160) os direitos fundamentais de primeira geração se impuseram contemporaneamente à formação do Estado liberal, com instrumentos de afirmação e garantia do indivíduo perante o poder público. Visavam basicamente à defesa da liberdade e da propriedade privada”.
37	Segundo Parágrafo do Título V da Monografia.	<b><u>“A gênese dos direitos fundamentais de segunda geração ocorre paralelamente à consolidação do Welfare State, que implicou na atribuição de novas tarefas ao Estado para salvaguardar da seguridade e do bem-estar social. O Estado passou a intervir no domínio econômico e a normatizar as relações entre capital e trabalho, sempre no sentido de assegurar à classe trabalhadora um mínimo de proteção.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]	“Ainda, conforme defendido por LEDUR (1998, p.160), a gênese dos direitos fundamentais de segunda geração ocorre paralelamente à consolidação do Welfare State, que implicou na atribuição de novas tarefas ao Estado para salvaguardar da seguridade e do bem-estar social. O Estado passou a intervir no domínio econômico e a normatizar as relações entre capital e trabalho, sempre no sentido de assegurar à classe trabalhadora um mínimo de proteção.”

Página da Revista	Localização dos Excertos	Onde se lê	Leia-se
37	Quinto Parágrafo do Título V da Monografia.	<p>“A aparente incompatibilidade entre os direitos individuais e os direitos sociais destaca que, <b><u>com relação aos primeiros, foi necessário limitar a presença normativa do Estado, enquanto para a efetivação dos segundos, ampliá-la.</u></b> No entanto, percebe-se hoje que a equação é diversa e que o entrelaçamento entre os direitos fundamentais se impõe como condição à participação democrática do cidadão no processo de formação política.”</p> <p>[grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“Com relação a aparente incompatibilidade entre os direitos individuais e os direitos sociais LEDUR (1998, p. 162) destaca que, com relação aos primeiros, foi necessário limitar a presença normativa do Estado, enquanto para a efetivação dos segundos, ampliá-la. No entanto, percebe-se hoje que a equação é diversa e que o entrelaçamento entre os direitos fundamentais se impõe como condição à participação democrática do cidadão no processo de formação política.”</p>
37	Primeiro Parágrafo do Título VI da Monografia.	<p>“O direito ao trabalho <b><u>encontra primeira referência na Constituição Francesa de 1793, editada sob os auspícios da Revolução de 1789 e centrada na filosofia iluminista e liberal do século XVIII.</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“Segundo LEDUR (1998, p. 105) o direito ao trabalho encontra primeira referência na Constituição Francesa de 1793, editada sob os auspícios da Revolução de 1789 e centrada na filosofia iluminista e liberal do século XVIII.”</p>
37	Segundo Parágrafo do Título VI da Monografia	<p>“<b><u>Todavia, a sistematização dos direitos sociais somente ocorre com a Constituição Mexicana de 1917, cujo art. 5º prevê: ‘A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria e comercio o trabajo’.</u></b> Inserido no capítulo relativo às garantias e liberdades fundamentais, <b><u>o enunciado positivo direito de primeira geração, traduzido pela liberdade negativa de se exigir do Estado que se abstenha de interferir na contratação de trabalho.</u></b>” [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“Todavia, segundo leciona LEDUR (1998, p. 105), a sistematização dos direitos sociais somente ocorre com a Constituição Mexicana de 1917, cujo art. 5º prevê: ‘A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria e comercio o trabajo’. Inserido no capítulo relativo às garantias e liberdades fundamentais, o enunciado positivo direito de primeira geração, traduzido pela liberdade negativa de se exigir do Estado que se abstenha de interferir na contratação de trabalho.”</p>
37	Terceiro Parágrafo do Título VI da Monografia	<p>“<b><u>A Constituição Brasileira de 1988 incluiu o trabalho entre os direitos fundamentais, ao dispor no art. 6º: são direitos sociais a educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados [...].</u></b>” [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“A Constituição Brasileira de 1988, por sua vez, conforme leciona LEDUR (1998, p. 106), incluiu o trabalho entre os direitos fundamentais, ao dispor no art. 6º: são direitos sociais a educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados [...].”</p>

Página da Revista	Localização dos Excertos	Onde se lê	Leia-se
38	Quarto Parágrafo do Título VI da Monografia	<p><u>“Vários de seus preceitos buscam harmonizar a ordem econômica com o princípio fundamental dos ‘valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa’ (art. 1º, inciso IV). Tanto que relaciona os direitos trabalhistas mínimos (art. 7º); reserva à União competência privativa para legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, inciso I); mantém a competência jurisdicional específica da Justiça do Trabalho, inclusive em sede normativa (art. 114); condiciona a atividade econômica à valorização do trabalho humano (art. 170, caput); impõe ao Estado a função de agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174); acentua a função social da propriedade rural, mediante observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186, incisos III e IV); institui o primado do trabalho como base da ordem social (art. 193); incentiva a integração dos desamparados ao mercado de trabalho (art. 203, inciso III); determina a qualificação para o trabalho como objetivo educacional, para o que são responsáveis o Estado, a família e a sociedade (art. 205); proíbe o trabalho ao menor de 16 anos (arts. 7º, inciso XXXIII, e 227, § 3º, inciso I); assegura ao trabalhador indenização compensatória pela dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 10, ADCT).”</u> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“Vários de seus preceitos buscam harmonizar a ordem econômica com o princípio fundamental dos ‘valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa’ (art. 1º, inciso IV). Nesse sentido, LEDUR (1998, p. 106-107) relaciona os direitos trabalhistas mínimos (art. 7º); reserva à União competência privativa para legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, inciso I); mantém a competência jurisdicional específica da Justiça do Trabalho, inclusive em sede normativa (art. 114); condiciona a atividade econômica à valorização do trabalho humano (art. 170, caput); impõe ao Estado a função de agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174); acentua a função social da propriedade rural, mediante observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186, incisos III e IV); institui o primado do trabalho como base da ordem social (art. 193); incentiva a integração dos desamparados ao mercado de trabalho (art. 203, inciso III); determina a qualificação para o trabalho como objetivo educacional, para o que são responsáveis o Estado, a família e a sociedade (art. 205); proíbe o trabalho ao menor de 16 anos (arts. 7º, inciso XXXIII, e 227, § 3º, inciso I); assegura ao trabalhador indenização compensatória pela dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 10, ADCT).”</p>

Página da Revista	Localização dos Excertos	Onde se lê	Leia-se
38	Sexto Parágrafo do Título VI da Monografia	<p><b><u>“O Direito ao Trabalho guarda estreita conexão com a qualificação para o trabalho. Contudo, a Constituição não inclui o acesso à formação profissional entre os direitos sociais, limitando-se a assegurar, no art. 5º, inciso XIII, o direito ao ‘livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer’.</u></b> <b><u>Inobstante, sabe-se que nenhum empresário disponibilizará vagas a trabalhadores desqualificados, pelo que toca ao Estado, também em cumprimento ao comando do art. 6º, empreender políticas no sentido da capacitação da mão-de-obra nacional.</u></b>” [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“O Direito ao Trabalho, segundo leciona LEDUR (1998, p.110), guarda estreita conexão com a qualificação para o trabalho. Contudo, esclarece Ledur (1998, p. 110) que a Constituição não inclui o acesso à formação profissional entre os direitos sociais, limitando-se a assegurar, no art. 5º, inciso XIII, o direito ao ‘livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer’. Inobstante, sabe-se que nenhum empresário disponibilizará vagas a trabalhadores desqualificados, pelo que toca ao Estado, também em cumprimento ao comando do art. 6º, empreender políticas no sentido da capacitação da mão-de-obra nacional.”</p>
38	Sétimo Parágrafo do Título VI da Monografia	<p><b><u>“Outrossim, cumpre identificar os titulares do direito público subjetivo ao trabalho. E tal é a abrangência do conteúdo normativo do art. 6º da Constituição e tamanhas suas repercussões sociais, que não pode limitar os destinatários da tutela nele estabelecida senão ao conjunto de trabalhadores, admitidos sob os requisitos do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho ou não, e mesmo potencialmente empregáveis, aos trabalhadores autônomos, aos trabalhadores eventuais e, sobretudo, àqueles trabalhadores obrigados a exercerem suas atividades de forma marginal, sem quaisquer das garantias da legislação consolidada. A todos eles cabe a extensão da garantia constitucional.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“Outrossim, cumpre identificar os titulares do direito público subjetivo ao trabalho. E tal é a abrangência do conteúdo normativo do art. 6º da Constituição e tamanhas suas repercussões sociais, que, segundo leciona LEDUR (1998, p. 111-112), não pode limitar os destinatários da tutela nele estabelecida senão ao conjunto de trabalhadores, admitidos sob os requisitos do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho ou não, e mesmo potencialmente empregáveis, aos trabalhadores autônomos, aos trabalhadores eventuais e, sobretudo, àqueles trabalhadores obrigados a exercerem suas atividades de forma marginal, sem quaisquer das garantias da legislação consolidada. A todos eles cabe a extensão da garantia constitucional.”</p>

Página da Revista	Localização dos Excertos	Onde se lê	Leia-se
38	Primeiro Parágrafo do Título VII da Monografia	<b><u>“A Constituição Federal inclui a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III). Já o art. 170, caput, vincula a existência digna à valorização do trabalho. Do confronto entre ambos dispositivos, resta claro que a densificação do primeiro exige respeito e implementação do direito fundamental preconizado no art. 6º, caput, qual seja o direito do trabalho.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]	“Conforme se infere dos ensinamentos de LEDUR (1998, p. 95) a Constituição Federal inclui a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III). Já o art. 170, caput, vincula a existência digna à valorização do trabalho. Do confronto entre ambos dispositivos, resta claro que a densificação do primeiro exige respeito e implementação do direito fundamental preconizado no art. 6º, caput, qual seja o direito do trabalho.”
39	Quarto Parágrafo Do Título VII da Monografia	<b><u>“A realização do direito ao trabalho transcende o âmbito individual, para alcançar interesses de ordem pública, impondo a ação política do Estado logo que verificada a incapacidade dos agentes privados em disponibilizar suficientes postos de trabalho.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]	“A realização do direito ao trabalho, segundo LEDUR (1998, p. 98), transcende o âmbito individual, para alcançar interesses de ordem pública, impondo a ação política do Estado logo que verificada a incapacidade dos agentes privados em disponibilizar suficientes postos de trabalho.”
39	Quinto Parágrafo do Título VII da Monografia	<b><u>“De plano refuta-se a idéia de que basta a obtenção do posto de trabalho, pois, se assim fosse, a própria dignidade do trabalhador ainda estaria ameaçada. Perde significado, portanto, o discurso que identifica na flexibilização das normas do Direito do Trabalho alternativa segura para a criação de mais empregos. Países que a implementaram depararam-se com o empobrecimento pela precarização dos empregos, degradação salarial e excessiva rotatividade na colocação dos trabalhadores.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]	“Conforme defendido por LEDUR (1998, p. 102), de plano refuta-se a idéia de que basta a obtenção do posto de trabalho, pois, se assim fosse, a própria dignidade do trabalhador ainda estaria ameaçada. Perde significado, portanto, o discurso que identifica na flexibilização das normas do Direito do Trabalho alternativa segura para a criação de mais empregos. Países que a implementaram depararam-se com o empobrecimento pela precarização dos empregos, degradação salarial e excessiva rotatividade na colocação dos trabalhadores.”

Página da Revista	Localização dos Excertos	Onde se lê	Leia-se
39	Sétimo Parágrafo do Título VII da Monografia	<p><b><u>“A resistência à concretização de princípios constitucionais – justificado pelos interesses dos grupos de pressão, intencionalmente mesclados com aquilo que sustenta imprescindível à governabilidade – implica descrédito do cidadão para com a Norma Fundamental. Isso acaba por comprometer o sentimento constitucional (Verfassungsgefühl), identificado pela doutrina alemã como ‘aquella concoencia de la comunidad que, transcendendo a todos los antagonismos y tensiones existentes [...] integra a detentadores y destinatários del poder em el marco de um orden comunitário obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“A resistência à concretização de princípios constitucionais – justificado pelos interesses dos grupos de pressão, intencionalmente mesclados com aquilo que sustenta imprescindível à governabilidade – implica descrédito do cidadão para com a Norma Fundamental. Isso, segundo Ledur (1998, p. 50-51), acaba por comprometer o sentimento constitucional (Verfassungsgefühl), identificado por K. LOEWENSTEIN, como ‘aquella concoencia de la comunidad que, transcendendo a todos los antagonismos y tensiones existentes [...] integra a detentadores y destinatários del poder em el marco de um orden comunitário obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad.”</p>
39	Nono Parágrafo do Título VII da Monografia	<p><b><u>“Pontes de Miranda define as normas programáticas como ‘aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais há de se orientar os poderes públicos.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“Segundo leciona LEDUR (1998, p. 54), Pontes de Miranda define as normas programáticas como ‘aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais há de se orientar os poderes públicos.”</p>
39	Décimo Primeiro Parágrafo do Título VII da Monografia	<p><b><u>“O máximo que extrai do art. 6º é a obrigação negativa de exigir que o Estado se abstenha de praticar atos contrários à determinação genérica de geração de empregos.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“O máximo que extrai do art. 6º, segundo leciona LEDUR (1998, p. 55), é a obrigação negativa de exigir que o Estado se abstenha de praticar atos contrários à determinação genérica de geração de empregos.”</p>
39	Décimo Terceiro Parágrafo do Título VII da Monografia	<p><b><u>“A Constituição deixou de ser vista como formulário de intenções políticas, para assumir caráter eminentemente jurídico. E, sob essa perspectiva, advoga-se até mesmo a exclusão do conceito de norma programáticas.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“LEDUR (1998, p. 62) afirma que a Constituição deixou de ser vista como formulário de intenções políticas, para assumir caráter eminentemente jurídico. E, sob essa perspectiva, sustenta o referido doutrinador (1998, p. 51) que advoga-se até mesmo a exclusão do conceito de norma programáticas.”</p>

Página da Revista	Localização dos Excertos	Onde se lê	Leia-se
39	Décimo Terceiro Parágrafo do Título VII da Monografia	<b><u>“As normas programáticas não conferem direitos aos cidadãos, dirigem-se diretamente ao Estado, e nisso esgotam a sua relevância; ao contrário, os direitos sociais têm como titular directo os cidadãos (ou organizações sociais), pelo que as atividades ou prestações reclamadas do Estado surgem como verdadeiras obrigações deste, como componente passiva daqueles direitos.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]	“LEDUR (1998, p. 69) cita J.J Gomes Canotilho e Vital Moreira que, ao traçarem análise comparativa entre normas programáticas e os direitos sociais, ensinam que as normas programáticas não conferem direitos aos cidadãos, dirigem-se diretamente ao Estado, e nisso esgotam a sua relevância; ao contrário, os direitos sociais têm como titular directo os cidadãos (ou organizações sociais), pelo que as atividades ou prestações reclamadas do Estado surgem como verdadeiras obrigações deste, como componente passiva daqueles direitos.”
40	Décimo Quatro Parágrafo do Título VII da Monografia	<b><u>“Prudente que se diga que os direitos sociais não constituem em si direitos subjetivos públicos, de modo a permitir sua defesa mediante o exercício de ação judicial. São, como já foi enfatizado, produto do grau de desenvolvimento econômico de determinada coletividade. Entretanto, sua concretização não é posta à disposição do legislador ordinário.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]	“Prudente que se diga que os direitos sociais não constituem em si direitos subjetivos públicos, de modo a permitir sua defesa mediante o exercício de ação judicial. São, como já foi enfatizado, produto do grau de desenvolvimento econômico de determinada coletividade, conforme ensina LEDUR (1998, p. 65). Entretanto, sua concretização não é posta à disposição do legislador ordinário.”
40	Décimos Quinto e Sexto Parágrafos do Título VII da Monografia	<b><u>“Até o advento da Constituição de 1988, era tradicional a inclusão do catálogo dos direitos sociais do título reservado à Ordem Econômica e Social. A inovação vigente os disciplinou no título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais. Essa alteração topográfica teve respaldo em normas e tratados internacionais que os reconhecem como direitos fundamentais de segunda geração. Assim, qualificados, os direitos sociais não podem continuar a serem vistos como simples expectativas ou programas de governo. Ao contrário, postos a lateri dos direitos de primeira geração, relativos à salvaguarda das liberdades públicas, passam a constituir um dos alicerces da ordem democrática e do Estado de direito.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]	“LEDUR (1998, p. 67-68) ensina, ainda, que até o advento da Constituição de 1988, era tradicional a inclusão do catálogo dos direitos sociais do título reservado à Ordem Econômica e Social. A inovação vigente os disciplinou no título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais. Essa alteração topográfica teve respaldo em normas e tratados internacionais que os reconhecem como direitos fundamentais de segunda geração. Assim, qualificados, os direitos sociais não podem continuar a serem vistos como simples expectativas ou programas de governo. Ao contrário, postos a lateri dos direitos de primeira geração, relativos à salvaguarda das liberdades públicas, passam a constituir um dos alicerces da ordem democrática e do Estado de direito.”

Página da Revista	Localização dos Excertos	Onde se lê	Leia-se
40	Décimo Oitavo Parágrafo do Título VII da Monografia	<p><b><u>“A liberdade jurídica não subsiste se não acompanhada da liberdade fática. E, numa sociedade de mercados livres, o substrato material desta última simplesmente é negado a milhares de trabalhadores. Não basta a norma ditando direitos, se a Ordem Econômica não disponibiliza instrumentos para o exercício de tais direitos. Não basta a liberdade formal, positivada na Constituição, sem que sejam oferecidas condições indispensáveis de discernimento e autonomia ao indivíduo.”</u></b></p> <p>[grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“Disse LEDUR (1998, p. 74) que a liberdade jurídica não subsiste se não acompanhada da liberdade fática. E, numa sociedade de mercados livres, o substrato material desta última simplesmente é negado a milhares de trabalhadores. Assim, conforme leciona o doutrinador supracitado (1998, p. 74), não basta a norma ditando direitos, se a Ordem Econômica não disponibiliza instrumentos para o exercício de tais direitos. Não basta a liberdade formal, positivada na Constituição, sem que sejam oferecidas condições indispensáveis de discernimento e autonomia ao indivíduo.”</p>
42	Segundo Parágrafo do Título IX da Monografia	<p><b><u>“Os níveis de emprego formal diminuiram sensivelmente nas duas últimas décadas, por consequência de políticas econômicas direcionadas à satisfação de necessidades secundárias da população dos países mais desenvolvidos em detrimento das necessidades básicas da maioria pobre. O resultado foi um empobrecimento geral, pois, sem novos centros consumidores, não há campo para o expansionismo dos países industrializados.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“Os níveis de emprego formal diminuiram sensivelmente nas duas últimas décadas e, segundo LEDUR (1998, p. 134), tal fato se deu por consequência de políticas econômicas direcionadas à satisfação de necessidades secundárias da população dos países mais desenvolvidos em detrimento das necessidades básicas da maioria pobre. O resultado foi um empobrecimento geral, pois, sem novos centros consumidores, não há campo para o expansionismo dos países industrializados.”</p>
42	Terceiro Parágrafo do Título IX da Monografia	<p><b><u>“As atividades das multinacionais e, sobretudo, a introdução de novas tecnologias também influíram negativamente na geração de empregos. O volume de negócios dessas sociedades movimenta mais de 1/3 da economia mundial e, no entanto, elas não empregam mais do que 0,75% da mão-de-obra disponível. De outra parte, a informática e a robótica permitem a execução de tarefas complexas sempre com número mais reduzido de trabalhadores.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“As atividades das multinacionais e, sobretudo, a introdução de novas tecnologias também influíram negativamente na geração de empregos. Segundo LEDUR (1998, p. 136) o volume de negócios dessas sociedades movimenta mais de 1/3 da economia mundial e, no entanto, elas não empregam mais do que 0,75% da mão-de-obra disponível. De outra parte, a informática e a robótica permitem a execução de tarefas complexas sempre com número mais reduzido de trabalhadores.”</p>

Página da Revista	Localização dos Excertos	Onde se lê	Leia-se
42	Quarto Parágrafo do Título IX da Monografia	<p><b><u>“A flexibilização ou desregulamentação da legislação trabalhista é apresentada como mecanismo imprescindível para conter o desemprego.</u></b> Busca-se, na verdade, a adequação do modelo social aos ditames do Neoliberalismo, pela concretização dos postulados do Estado Mínimo e da autonomia provada coletiva.”</p> <p>[grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“Ainda, segundo LEDUR (1998, p. 139), a flexibilização ou desregulamentação da legislação trabalhista é apresentada como mecanismo imprescindível para conter o desemprego. Busca-se, na verdade, a adequação do modelo social aos ditames do Neoliberalismo, pela concretização dos postulados do Estado Mínimo e da autonomia provada coletiva.”</p>
42	Quinto Parágrafo do Título IX da Monografia	<p><b><u>“Os partidários do Estado Mínimo advogam a limitação da atuação estatal a esferas prioritárias do domínio sócio-econômico, como saúde, educação, segurança, assistência e previdência social.</u></b> As demais estariam infensas a qualquer regramento e deixadas <b><u>ao livre influxo das forças de mercado.</u></b>” [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“Continuando, LEDUR (1998, p. 147) afirma que os partidários do Estado Mínimo advogam a limitação da atuação estatal a esferas prioritárias do domínio sócio-econômico, como saúde, educação, segurança, assistência e previdência social. As demais estariam infensas a qualquer regramento e deixadas ao livre influxo das forças de mercado.”</p>
43	Nono Parágrafo do Título IX da Monografia	<p><b><u>“Ainda sob a escusa de criar novos postos, a flexibilização aponta para a redução da jornada de trabalho com reflexos proporcionais na remuneração do empregado, admissibilidade do trabalho part-time e em domicílio, abolição de gratificações e adicionais pelo trabalho extraordinário, noturno, insalubre ou periculoso.</u></b>” [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“Ainda sob a escusa de criar novos postos, LEDUR (1998, p. 141) afirma que a flexibilização aponta para a redução da jornada de trabalho com reflexos proporcionais na remuneração do empregado, admissibilidade do trabalho part-time e em domicílio, abolição de gratificações e adicionais pelo trabalho extraordinário, noturno, insalubre ou periculoso.”</p>
43	Décimo Primeiro Parágrafo do Título IX da Monografia	<p><b><u>“É extremamente complexa a implementação de qualquer política estatal de geração de empregos em tempos de livre-mercado e globalização. Sob os pilares do Neoliberalismo, o Estado esmorece, assumindo a posição de coadjuvante das decisões econômicas engendradas pelos grandes centros.</u></b>” [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“É extremamente complexa a implementação de qualquer política estatal de geração de empregos em tempos de livre-mercado e globalização. Sob os pilares do Neoliberalismo, assenta LEDUR (1998, p. 144) que o Estado esmorece, assumindo a posição de coadjuvante das decisões econômicas engendradas pelos grandes centros.”</p>

Página da Revista	Localização dos Excertos	Onde se lê	Leia-se
43	Décimo Segundo Parágrafo do Título IX da Monografia	<p>“Os Estados têm, na atual conjuntura, cada vez menos controle sobre aqueles que de fato decidem, extraterritorializados que são os detentores do capital. Na óptica liberal, é até incentivado esse absteísmo. Todavia, os elevados custos sociais da falta de regramento econômico já dá sinais de esgotamento e da necessidade de revisão do modelo político, <b><u>tanto que eleições internacionais recentes foram marcadas pela vitória de coalisões de ideologia socialista, como o Partido Trabalhista na Inglaterra, o Partido Socialista na França e o Partido Republicano no México.</u></b>” [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“Os Estados têm, na atual conjuntura, cada vez menos controle sobre aqueles que de fato decidem, extraterritorializados que são os detentores do capital. Na óptica liberal, é até incentivado esse absteísmo. Todavia, os elevados custos sociais da falta de regramento econômico já dá sinais de esgotamento e da necessidade de revisão do modelo político, tanto que eleições internacionais recentes, segundo LEDUR (1998, p. 148), foram marcadas pela vitória de coalisões de ideologia socialista, como o Partido Trabalhista na Inglaterra, o Partido Socialista na França e o Partido Republicano no México.”</p>
43	Décimo Quinto Parágrafo do Título IX da Monografia	<p>“Discute-se, a propósito, não só a flexibilização de direitos trabalhistas, mas também se seria válida a concessão de incentivos e isenções fiscais – <b><u>uma espécie de flexibilização tributária, de molde a facilitar a instalação ou ampliação de empresas no território nacional.</u></b>” [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“Discute-se, a propósito, não só a flexibilização de direitos trabalhistas, mas também se seria válida a concessão de incentivos e isenções fiscais que, conforme leciona LEDUR (1998, p. 155), seria uma espécie de flexibilização tributária, de molde a facilitar a instalação ou ampliação de empresas no território nacional, o que já vem sendo praticado no Brasil.”</p>
44	Vigésimo Parágrafo do Título IX da Monografia	<p>“<b><u>Razão para o enfraquecimento dos sindicatos profissionais foi certamente a identificação, a partir dos anos 80, com os movimentos políticos de esquerda. Com a derrocada do Comunismo, eles perderam muito de sua ideologia, caindo no vazio.</u></b>” [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]</p>	<p>“Afirma LEDUR (1998, p. 168) que a razão para o enfraquecimento dos sindicatos profissionais foi certamente a identificação, a partir dos anos 80, com os movimentos políticos de esquerda. Com a derrocada do Comunismo, eles perderam muito de sua ideologia, caindo no vazio.”</p>

Página da Revista	Localização dos Excertos	Onde se lê	Leia-se
44	Vigésimo Primeiro Parágrafo do Título IX da Monografia	<b><u>“A solução para este estado de aparente letargia parece estar na atuação das Centrais Sindicais (CUT, CGT, Força Sindical e USI), às quais vêm sendo reconhecidas capacidade de representação e legitimidade para negociação supracategoria, não obstante excluídas do sistema confederativo disciplinado pelo art. 8º da Constituição.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]	“Acerca dessa situação, LEDUR (1998, p. 172-173) afirma que a solução para este estado de aparente letargia parece estar na atuação das Centrais Sindicais (CUT, CGT, Força Sindical e USI), às quais vêm sendo reconhecidas capacidade de representação e legitimidade para negociação supracategoria, não obstante excluídas do sistema confederativo disciplinado pelo art. 8º da Constituição.”
44	Vigésimo Segundo Parágrafo do Título IX da Monografia	<b><u>“O próprio modus operandi da Nova Economia contribui negativamente para o fortalecimento dos sindicatos, na medida em que se vale em grande escala do trabalho virtual prestado à distância, abolindo a empresa como espaço físico de convergência de interesses e de consolidação dos vínculos de solidariedade entre trabalhadores.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]	“O próprio modus operandi da Nova Economia contribui negativamente para o fortalecimento dos sindicatos, na medida em que, segundo LEDUR (1998, p. 174-175), se vale em grande escala do trabalho virtual prestado à distância, abolindo a empresa como espaço físico de convergência de interesses e de consolidação dos vínculos de solidariedade entre trabalhadores.”
44	Vigésimo Terceiro Parágrafo do Título IX da Monografia	<b><u>“Outro fator de dispersão das categorias profissionais foi a pulverização dos respectivos sindicatos, experimentada no País a partir da promulgação da Carta de 1988. Em que pese o princípio da unicidade sindical consagrado no art. 8º, inciso II, da Constituição, o que se verificou, por consequência da não-intervenção ditada pelo inciso I; do mesmo dispositivo, foi a proliferação exagerada dessas associações de classe.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]	“Outro fator de dispersão das categorias profissionais, disse LEDUR (1998, p. 178), foi a pulverização dos respectivos sindicatos, experimentada no País a partir da promulgação da Carta de 1988. Em que pese o princípio da unicidade sindical consagrado no art. 8º, inciso II, da Constituição, o que se verificou, por consequência da não-intervenção ditada pelo inciso I; do mesmo dispositivo, foi a proliferação exagerada dessas associações de classe.”

Página da Revista	Localização dos Excertos	Onde se lê	Leia-se
44	Vigésimo Quarto Parágrafo do Título IX da Monografia	<b><u>“Esse notável crescimento, se de um lado revelou as restrições à liberdade de organização e expressão impostas pelo regime anterior, denuncia de modo incontestes os embaraços a que a total falta de regramento conduz. Hoje são poucas as categorias unificadas em sindicatos fortes, com poder de barganha hábil a ensejar efetiva defesa dos interesses e direitos de seus integrantes.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]	“Assentou LEDUR (1998, p. 179) que esse notável crescimento, se de um lado revelou as restrições à liberdade de organização e expressão impostas pelo regime anterior, denuncia de modo incontestes os embaraços a que a total falta de regramento conduz. Hoje são poucas as categorias unificadas em sindicatos fortes, com poder de barganha hábil a ensejar efetiva defesa dos interesses e direitos de seus integrantes.”
44	Nota de Rodapé n. 05 Título IX da Monografia	<b><u>“Já em 1992, as Centrais Sindicais foram chamadas para compor as Câmaras Setoriais, ao lado de representantes do Governo Federal e dos segmentos empresariais, no objetivo de estabelecer políticas visando à retomada da produção e a expansão dos níveis de emprego.”</u></b> [grifos não originais, excertos impugnados por José Felipe Ledur]	“Já em 1992, as Centrais Sindicais foram chamadas para compor as Câmaras Setoriais, ao lado de representantes do Governo Federal e dos segmentos empresariais, tendo por objetivo, segundo LEDUR (1998, p. 173), o estabelecimento de políticas visando à retomada da produção e a expansão dos níveis de emprego.”

Faço publicar a presente errata na *Revista Trabalhista Direito e Processo*, LTr Editora, isso porque a revista da ANAMATRA não se encontra mais em circulação, bem como registro que essa publicação será realizada por três vezes consecutivas, em página central.

Júnia Marise Lana Martinelli

# Honorários sucumbenciais, responsabilidade por danos e custas processuais em ação rescisória: uma visão contemporânea à luz da Lei n. 13.467/2017

Márcia Regina Lobato<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, promoveu significativas mudanças na Consolidação da Leis do Trabalho (CLT), entre as quais a inserção do art. 791-A, que passou a disciplinar os honorários advocatícios sucumbenciais no âmbito da Justiça do Trabalho. O legislador reformista cuidou ainda de incorporar na CLT a “Responsabilidade por dano Processual” – Seção IV-A, assim como passou a limitar o valor a ser cobrado a título de custas processuais — *caput* do art. 789, do mesmo diploma celetista. No contexto de tais alterações, o presente artigo propõe-se a analisar a aplicabilidade destas inovações legislativas em sede de Ação Rescisória, considerando o transcurso do primeiro ano de vigência da Reforma Trabalhista.

## Palavras-chave:

- ▶ Ação rescisória — Honorários sucumbenciais — Danos e custas processuais — Lei n. 13.467/2017: Primeiro ano de vigência.

## Abstract:

- ▶ The Law 13,467 of July 13, 2017 promoted significant changes in the CLT (Brazilian Consolidation of Labor Laws). Among them, was the insertion of the article 791-A, which began to discipline the attorney’s fees and costs in the scope of the Labor Court. The legislator also incorporated into CLT the “Liability for procedural damage” – Section IV-A, as well as a limitation of the amount allowed to be charged as a procedural cost — article 789. The present study proposes to analyze the applicability of these legislative innovations in the case of a Rescissory Action, after the first year of the Labor Reform.

(\*) Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC-Minas. Diretora da Secretaria das Seções Especializadas do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – MG.

## Key-words:

- ▶ Rescissory action — Attorney’s fees and costs — Damages and procedural costs — Law 13,467/2017 and its first year.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Ação rescisória: conceito e objeto
  - ▶ 2.1. Honorários advocatícios sucumbenciais na perspectiva pós-Reforma Trabalhista
  - ▶ 2.2. Da responsabilidade por dano processual: multa por litigância de má-fé introduzida na CLT pela Lei n. 13.467/2017
  - ▶ 2.3. Custas processuais: limitação legal
- ▶ 3. Considerações finais
- ▶ 4. Referências

## 1. Introdução

A Reforma Trabalhista promovida pela Lei n. 13.467/2017 foi implementada em um cenário político-econômico conturbado e catastrófico. Diante deste contexto, irrompeu uma normatização numa velocidade tão atípica que chegou a inserir alguns dispositivos de direito material e processual na Consolidação das Leis do Trabalho, permeando-os com novos modelos laborais que passaram a ser regulamentados e aglutinados no citado diploma celetista.

Transcorrido um ano de vigência da referida, apurar-se-ão os reflexos das mudanças atinentes aos honorários advocatícios sucumbenciais em sede de Ação Rescisória trabalhista e as condições para a exigibilidade do pagamento a este título.

O delineamento dos efeitos da condenação das partes na hipótese de penalidade por litigância de má-fé decorrente do uso intencionalmente malicioso do processo, prejudicando terceiros em benefício próprio, será de suma importância. É preciso evidenciar que a inserção da “Responsabilidade por dano Processual”, abarcada pela CLT a partir da Reforma Trabalhista, passou a disciplinar todas as questões que envolvem essa temática na esfera da Justiça Obreira.

Por fim, o pagamento das custas processuais e os limites impostos pela então remodelada

legislação laboral serão alvo de perquirição, considerando-se que a assistência judiciária integral e gratuita é um direito fundamental concedido às pessoas carentes e que dela necessitam, com garantia afiançada pelo Estado Democrático de Direito.

## 2. Ação Rescisória: conceito e objeto

A partir do momento em que o Estado avocou para si a administração da justiça, simultaneamente surgiu um vasto interesse relacionado à firmeza jurídica produzida pelas decisões judiciais, de modo que, solucionada a controvérsia, a pacificação entre os sujeitos litigantes concretizar-se-ia. Assim, para garantia de não se perpetuarem os conflitos, tornou-se imperiosa a criação de um instituto que proporcionasse de forma irrefutável, ao vencedor da lide, a certeza de sua conquista em juízo, surgindo no plano jurídico a indispensável formação da coisa julgada. Desse modo, assegurar-se-ia a estabilidade de tais decisões judiciais, como se impediria a distribuição de uma nova demanda para discussão do mesmo objeto.

A despeito de as organizações estatais, no exercício de sua atividade jurisdicional, orientarem-se pelo propósito de estabelecer a paz social e atender às exigências da equidade, eventualmente pode acontecer que uma

decisão judicial final venha a ser considerada evitada de vícios decorrentes de *error in procedendo* ou de *error in iudicando*. Para que esta ilegalidade não prevaleça, surge a Ação Rescisória, como remédio processual indicado para corrigir as irregularidades presentes em tais decisões.

Como o exige o estudo de todo instituto jurídico, averiguar-se o seu conceito é medida essencial. Em sentido *lato*, o pedido de rescindibilidade de determinada decisão judicial baseia-se no direito público subjetivo de invocar a tutela jurisdicional do Estado, como em todas as demais modalidades de ação. A Ação Rescisória mostra-se, todavia, como uma espécie singular, visto que possui elementos que a diferem das demais.

Em *stricto sensu*, é uma ação autônoma impugnativa, que possibilita o desfazimento da coisa julgada material, constituída perante decisões judiciais prolatadas em processo anterior e, em algumas situações, procede-se ao eventual reexame da causa original.

Destaca-se que, além da Rescisória como ação autônoma impugnativa, há na legislação processual pátria outras vias que têm por finalidade recorrer das decisões judiciais, como os chamados recursos. Discorrendo sobre a distinção entre estes e a Rescisória, na qualidade de vias que têm por finalidade insurgirem-se contra as sentenças judiciais, Humberto Theodoro Júnior<sup>(1)</sup> com maestria expõe:

O recurso visa a evitar ou minimizar o risco da injustiça do julgamento único. Esgotada a possibilidade de impugnação recursal, a coisa julgada entra em cena para garantir a estabilidade das relações jurídicas, muito embora, corra o risco de acobertar alguma injustiça latente no julgamento. Surge, por último, a Ação Rescisória que colima reparar a injustiça da sentença transitada em julgado,

quando o seu grau de imperfeição é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada *res iudicata*.

Os recursos e a Ação Rescisória revelam-se como institutos jurídicos completamente distintos, embora se observe que entre ambos há uma profunda conexão, a qual se revela de modo especialmente latente.

Essa modalidade de ação inicia-se por meio de um novo processo judicial, independentemente daquele que resultou a decisão rescindenda, estabelecendo-se outra relação jurídica diversa da que se formou no processo originário. No mesmo sentido, Enrico Túllio Liebman<sup>(2)</sup> explica que “o seu destino é a abertura de um novo processo que, segundo as regras gerais, está definitivamente encerrado”.

O elemento da autonomia, inerente à Ação Rescisória, não se encontra presente nos recursos, os quais são um simples prosseguimento da relação processual preexistente. Isso evita a formação da coisa julgada e permite à parte sucumbente se insurgir contra a decisão judicial dentro do mesmo processo, a exemplo do pedido de sua reforma por má aplicação do direito subjetivo material.

Já no caso da Ação Rescisória, a pretensão do autor é a desconstituição da decisão de mérito transitada em julgado. Assim, levando-se em consideração o princípio da imutabilidade, o qual veda a reapreciação de matéria já julgada, aliado à imperiosa necessidade de interromper-se a cristalização de uma decisão judicial contaminada de vícios graves, como a ausência de citação do réu para se defender, a legislação processual civil arrola em seu art. 966 como *numerus clausus* os motivos que autorizam tal reexame.

Nesse compasso, a doutrina já suplantou quaisquer discussões quanto à classificação da Rescisória, na categoria de ação autônoma

(1) THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação Rescisória. Violação à literal disposição de lei. *ABMCJ em Revista*, Belo Horizonte, Editora RTM, ano 1, n. 1, p. 215, 2001.

(2) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 203.

e não de recurso ou mista, como outrora fora defendido por Alfredo de Araújo Lopes da Costa<sup>(3)</sup>, para quem a ação e o recurso só diferem na forma, pois ambos são, na essência, remédios processuais com a finalidade de se obter uma decisão judicial que seja mais favorável que a anterior e, por esta razão, nela “há um misto de ação e recurso”.

Por sua vez, Enrico Túllio Liebman<sup>(4)</sup> registrou que:

Por isso o fato de que o remédio contra a sentença viciada seja, no direito brasileiro, uma ação e não um recurso, significa essencialmente que esse não é um meio para impedir a formação da coisa julgada, mas um meio para atacá-la depois de formada [...]. Mas em tudo mais, possui a substância de um recurso porque destina-se não só anular a sentença viciada, mas também a fazer proferir nova decisão da controvérsia que substitua a anulada [...] A Ação Rescisória apresenta, por conseguinte, o corpo de uma ação, mas a alma de um recurso.

Na concepção de Liebman, Ação Rescisória tem “corpo de uma ação e alma de um recurso”; porém, um recurso excepcional, mais limitado, ou seja, apenas seria admitido em hipóteses extraordinariamente especificadas em lei.

O objeto da Ação Rescisória é a desconstituição da decisão judicial transitada em julgado, condicionada, pois, à coisa julgada material, supostamente eivada de vícios. Assinala-se que o atual estatuto processual inovou, ao prever duas situações excepcionais da rescisão de decisão judicial, transitada em julgado, cujo mérito não tenha sido apreciado. Daí emergem duas características destacáveis: a primeira delas é aquela em que a decisão judicial

poderá ser ou não de mérito e a segunda é a da imprescindibilidade do seu trânsito em julgado.

Por sua vez, para Gustavo Filipe Barbosa Garcia<sup>(5)</sup>, a Ação Rescisória importa no debate de valores elementares para a vida em sociedade e que “precisam ser harmonizados: a segurança nas relações jurídicas (no caso decorrente da coisa julgada) e o cumprimento das normas jurídicas”.

Enfatiza-se que o grande bem protegido pela coisa julgada é exatamente a segurança jurídica, capaz de tornar imutáveis as decisões de mérito ou meramente terminativas, não permitindo que a rediscussão daquela questão controvertida seja submetida outra vez à apreciação judicial. Essa característica soberana que coroa as decisões judiciais, excepcionalmente, torna-se volúvel, porque a lei processual, em situações taxativamente previstas, estabelece a prevalência do valor “justiça” sobre o valor “segurança jurídica”.

Assim, o valor “justiça”, em algumas situações *sui generis*, prepondera sobre o valor da “segurança jurídica”, como uma decisão proferida por um “juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente” hipóteses estas inadmissíveis pela legislação processual, (art. 966, II do CPC). Desse modo, consumando-se o trânsito em julgado e, uma vez constatada e comprovada a ocorrência do fato, essa decisão não poderá predominar.

Apesar da primazia do valor “justiça” em determinadas circunstâncias, é crucial realçar que a mera injustiça de uma decisão judicial não viabiliza a admissibilidade do pedido de corte rescisório, pois a alegação da parte, por exemplo, de que a decisão judicial foi injusta, porque o julgador não considerou de maneira adequada a oitiva das testemunhas, não basta.

É necessário, entretanto, compreender que tais alegações são demasiadamente subjetivas,

(3) COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. Manual elementar de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 200.

(4) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 203-204.

(5) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1092.

pois haverá sempre insatisfação com o resultado final, por parte de um dos polos da relação jurídica processual formada no processo que originou a decisão, objeto da desconstituição.

No magistério de Francisco Antônio de Oliveira<sup>(6)</sup>, com a Rescisória busca-se a rescindibilidade da decisão judicial em casos específicos; portanto, “não a sensibiliza a boa ou a má apreciação da prova, a justiça ou a injustiça do julgado. Se firma (*sic*) residência na ilegalidade”.

Nessa modalidade de ação é possível realizar-se o julgamento de julgamento, isto é, o reexame de uma decisão judicial, proferida em outro processo, desde que se tenha efetivado o trânsito em julgado, a fim de se desconstituir a coisa julgada nela formada.

Logo, Ação Rescisória não se presta meramente para corrigir injustiças, mas constitui medida excepcionalíssima que viabiliza, em situações taxativamente previstas pelo legislador e desde que observadas as exigências legais, o desfazimento da coisa julgada contaminada de vícios intoleráveis, contrários ao ordenamento jurídico e que, portanto, não podem e não devem eternizar-se.

## **2.1. Honorários advocatícios sucumbenciais na perspectiva pós-Reforma Trabalhista**

A capacidade postulatória, conferida pelo Estatuto da Ordem dos Advogados<sup>(7)</sup> – inciso I, do art. 1º da Lei n. 8.906, de 1994, ao advogado inscrito na entidade e não impedido, decorre da interpretação dada por tal entidade à garantia constitucional assegurada pelo art. 133, segundo

o qual a sua atuação é essencial à administração da justiça.

Não obstante essa garantia, a legislação ordinária, Lei n. 9.099/1995, que trata do Juizado Especial, art. 9º, dispôs sobre o *jus postulandi*<sup>(8)</sup>, nas causas até 20 (vinte) salários mínimos e no caso de *habeas corpus*, que poderão ser impetrados por qualquer pessoa, incluindo-se aí os menores e os estrangeiros, já que, neste caso, trata-se do direito fundamental de *ir e vir*.

O Judiciário Trabalhista, por seu turno, ao interpretar o mencionado dispositivo constitucional, entendeu que a atuação dos nomeados profissionais na esfera dessa Justiça Especializada não é de todo indispensável, ocorrendo nos casos de investidura na magistratura por meio da reserva do quinto constitucional. No que diz respeito à sua atuação como advogado há, todavia, situações em que o ajuizamento de demandas dispensa a participação de tais profissionais.

Assim sendo, ainda que o valor de alçada não seja levado em conta para reduzir a liberdade postulatória, como se verifica no caso do Juizado Especial, na forma já mencionada, a Corte Superior Trabalhista, de outra maneira, traçou um norte para limitar o direito ao exercício do *jus postulandi*, consubstanciando esse entendimento por meio da Súmula n. 425, segundo a qual, entre outros, tal direito não licencia o ajuizamento da Ação Rescisória. Convém frisar que o art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>(9)</sup> circunscreve o exercício desse direito unicamente à reclamação trabalhista, não se irradiando, portanto, para essa espécie de ação impugnativa.

(8) *Jus postulandi*: Direito conferido as partes, pela CLT, de postularem em juízo pessoalmente sem a necessidade de representação ou assistência por profissional habilitado perante a OAB.

(9) CLT – “Art. 791: Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.” BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 ago. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2019.

Isso pode ser explicado, pois seria contra-producente conceder às partes a possibilidade de postular em juízo demandas que envolvem maior grau de complexidade. Esse é o caso das matérias discutidas em Rescisória, que tratam especificamente de direito, substancialmente técnicas e, assim, manejáveis exclusivamente por profissionais especialistas e detentores de conhecimento jurídico, apurada a razão da demanda da representação para o advogado legalmente habilitado nesse caso.

Em verdade, quando se trata de ajuizar uma Rescisória trabalhista, a contratação desse profissional não é uma alternativa, passando a ser uma obrigatoriedade. Apesar de tal exigência, até o advento da Reforma Trabalhista a imposição da condenação da parte sucumbente em honorários advocatícios sucumbenciais não estavam previstos na CLT.

A Lei n. 13.467<sup>(10)</sup>, de 13 de julho de 2017, ao inserir o art. 791-A na Consolidação das Leis do Trabalho, passou a disciplinar, no âmbito da Justiça Obreira, os honorários sucumbenciais: “Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência [...]”

A despeito de a Reforma Trabalhista, realizada por meio da aludida Lei, abordar essa espécie de honorários no citado artigo de maneira detalhada, esta questão não é de toda uma inovação, porquanto a Súmula n. 219 do TST já traçava em seu bojo orientações sobre a cobrança de verbas a este título.

No contexto, considera-se indispensável ressaltar que o Tribunal Superior do Trabalho, em Sessão Plenária, ampliou o entendimento de outrora e aprovou alteração da mencionada

Súmula n. 219<sup>(11)</sup>, para modificar a redação do seu inciso I e acrescentar-lhe os incisos IV ao VI, traçando instruções com o fim de balizar o emprego das normas do Código de Processo Civil atinentes aos honorários advocatícios em Ação Rescisória. Neste cenário, considera-se oportuna a transcrição, *in verbis*, do verbete em comento:

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO** (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) – Res. n. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.3.2016

I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art. 14, § 1º, da Lei n. 5.584/1970). (ex-OJ n. 305 da SBDI-I).

II – É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em Ação Rescisória no processo trabalhista.

III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV – Na **Ação Rescisória** e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do **Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90)**

V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (**CPC de 2015, art. 85, § 2º**)

VI – Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil. (grifos nossos).

(10) BRASIL. 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 1943, e as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 de jul. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2019.

(11) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 219. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 21 mar. 2016.

Desta forma, antes da Reforma Trabalhista promovida pela Lei n. 13.467/2017, a parte vencida em sede de Ação Rescisória responsabilizar-se-ia pelo pagamento das verbas de sucumbência, as quais eram fixadas na proporção de, no mínimo, dez e, de, no máximo, vinte por cento, a serem calculadas “sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa [...]” (§ 2º do art. 85 do CPC). Este posicionamento, porém, foi suplantado pela supracitada lei, já que o art. 791-A da CLT passou a estabelecer tal verba a este título

[...] entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.<sup>(12)</sup>

Na impossibilidade, pois, de se dimensionar o referido percentual, essa mensuração e as diretrizes para a fixação de tal verba, no Processo do Trabalho, encontram-se traçadas no rol dos incisos e parágrafos do mencionado artigo, pelo que incumbirá ao Magistrado relator da Ação Rescisória fixar os honorários em questão. Frise-se que a discricionariedade inerente ao juízo confere-lhe também autonomia para atribuir a fração do supramencionado percentual a ser cobrado sob esse título.

Vale registrar que, mesmo sendo a parte vencida beneficiária da gratuidade da justiça, este fato não a isentará do correspondente ônus. Entretanto, no caso, as

obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar

(12) BRASIL. 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 1943, e as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 de jul. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2019..

que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, extinguindo-se passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário” (§ 4º do art. 791-A).<sup>(13)</sup>

Não existindo crédito a ser retido, para quitação dos honorários de sucumbência em prol do patrono da parte adversária e, se a situação de miserabilidade jurídica do vencido perdurar pelo prazo de dois anos, essa obrigação será extinta.

Nota-se que as obrigações sucumbenciais ficam sob condição suspensiva e, neste caso, atri a aplicação das normas da Consolidação das Leis do Trabalho, consoante dicção do § 4º do já citado art. 791-A; isto porque, como se observa, a já nomeada Súmula n. 219 do TST, em sua nova redação, não faz qualquer alusão à incidência do § 3º do art. 98 do CPC<sup>(14)</sup> que dispõe sobre a condição suspensiva.

Diante dessa constatação é preciso considerar, ainda, que a Lei n. 13.467, de 13 de

(13) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Resolução n. 220 de 18 de setembro de 2017*. Altera a redação das Orientações Jurisprudenciais ns. 70, 76, 84, 93, 134 e 153 Cancela a Orientação Jurisprudencial n. 113. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/web/guest/ojs/-/asset\\_publisher/1N7k/content/03-subsecao-ii-especializada-em-dissidios-individuais-sbdi-ii?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Fguest%2Ffojs%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_1N7k%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-2%26p\\_p\\_col\\_count%3D2](http://www.tst.jus.br/web/guest/ojs/-/asset_publisher/1N7k/content/03-subsecao-ii-especializada-em-dissidios-individuais-sbdi-ii?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Fguest%2Ffojs%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_1N7k%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2)>. Acesso em: 28 jan. 2019.

(14) 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. [...] § 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário;” BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. *Diário Oficial União*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2019.

julho de 2017 sobreveio após a modificação da retrocitada Súmula n. 219 e inseriu na CLT um regime próprio acerca de tais verbas honorárias abarcando todas as causas sujeitas à competência material da Justiça Obreira. Neste sentido, doutrinam Antônio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto<sup>(15)</sup> aduzindo mais que doravante a “[...] CLT passa a ser fonte primária e indiscriminada de regência jurídica da incidência de honorários sucumbenciais na processualística laboral [...] restando superadas as diretrizes traçadas pelas Súmulas ns. 219 e 329 do TST”.

Vale ressaltar que, diante de regulamentação própria, entende-se ser incabível a aplicação de forma subsidiária ou supletiva do regramento sobre honorários advocatícios contido na codificação processual civilista, já que a CLT passou a disciplinar sobre a mesma matéria.

O Tribunal Superior do Trabalho, ao analisar a matéria submetida a apreciação Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, decidiu em grau de recurso ordinário da seguinte maneira:

**RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA SOB A ÉGIDE DO CPC DE 1973. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AÇÃO RESCISÓRIA. JUSTIÇA GRATUITA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.** 1. O Tribunal Regional do Trabalho, após julgar procedente o pedido de corte rescisório, condenou os Réus ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa. 2. A Ré, reclamante na ação matriz, interpôs recurso ordinário, pleiteando o afastamento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios. 3. Conforme diretriz inscrita no item II da Súmula n. 219, esta Corte sedimentou o entendimento de que é cabível, por mera sucumbência, o pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória trabalhista, não se exigindo os requisitos da Lei n. 5.584/1970. O julgamento proferido (1<sup>o</sup>.6.2017) e a publicação do acórdão

(15) SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017 e da Medida Provisória n. 808/2017*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 450.

recorrido (5.6.2017) ocorreram já na vigência do novo Código de Processo Civil, pelo que inaplicáveis as disposições da Lei n. 1.060/1950. 4. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios não é afastada pelo deferimento da gratuidade de justiça, *ex vi* do § 2<sup>o</sup> do art. 98 do CPC de 2015. Apenas a exigibilidade do pagamento respectivo fica suspensa por 5 (cinco) anos após o trânsito em julgado do provimento condenatório, somente podendo ser executada a obrigação se o credor provar que não mais subsiste a situação de hipossuficiência que justificou o deferimento do benefício da justiça gratuita. Desse modo, não há espaço para a exclusão da condenação. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido (BRASIL, 2018a).

Vale destacar que o julgamento supra ocorreu antes da vigência da Reforma Trabalhista, já que a jurisprudência em relação aos honorários sucumbenciais da Superior Corte Trabalhista precisou ser alterada aplicando-se, aos processos distribuídos após a vigência da Lei n. 13.467/2017, as normas introduzidas pela Reforma Trabalhista.

Neste sentido, de acordo com a Desembargadora (convocada) Cilene Ferreira Amaro Santos<sup>(16)</sup> o Tribunal Superior do Trabalho por meio da 6<sup>a</sup> Turma, ao julgar o recurso de revista n. 20192-83.2013.5.04.0026 decidiu que:

A alteração em relação ao princípio da sucumbência só tem aplicabilidade aos processos novos, uma vez que não é possível sua aplicação aos processos que foram decididos nas instâncias ordinárias sob o pálio da legislação anterior e sob a qual se analisa a existência de violação literal de dispositivo de lei federal.

Esse entendimento é corroborado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3<sup>a</sup> Região, por intermédio da 2<sup>a</sup> Seção de Dissídios Individuais (2<sup>a</sup> SDI)<sup>(17)</sup>, que reiteradamente

(16) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 20192-83.2013.5.04.0026*. Rel<sup>a</sup>. Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos – 6<sup>a</sup> Turma. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/noticias>>. Acesso em: 29 jan. 2019

(17) Neste sentido os seguintes julgados: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3<sup>a</sup> Região). Processo n. 0011629-69.2017.5.03.0000 (AR). Relator: Desembargador José Murilo de Moraes – 2<sup>a</sup> SDI. DEJT, 10 set. 2018; BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3<sup>a</sup> Região). 0010458-43.2018.5.03.0000 (AR). Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Taisa Maria Macena de Lima – 2<sup>a</sup> SDI. DEJT, 28 jan. 2019.

tem aplicado a disposição contida no aludido dispositivo consolidado — § 4º do art. 791-A.

Convém lembrar que o sistema jurídico pátrio contempla como um dos princípios o *tempus tegit actum* (art. 1.046 do CPC). Desse modo, compreende-se que o exame de condenação da parte sucumbente em verba honorária deva ser examinado à luz das normas vigentes ao tempo do ajuizamento da Ação Rescisória, porquanto se a distribuição desta ocorreu antes do advento da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, isso só já afastaria a exigibilidade de suspensão do respectivo pagamento pelo prazo quinquenal na forma contemplada pela codificação processual civilista.

Os honorários advocatícios — que constituem verba de natureza salarial oriunda da contraprestação pelos serviços patrocinados pelo advogado — são atribuídos ao sucumbido com o intuito de se ressarcir a parte vencedora por eventuais quantias despendidas com o ingresso em juízo. Com base nos dados fornecidos pelo favorecido, a parte devedora providenciará o respectivo depósito, em instituição financeira, dos valores correspondentes à condenação. Posteriormente, impõe-se a comprovação, nos autos do processo, do cumprimento da determinação contida no acórdão rescisório. Caso contrário, será expedida Carta de Ordem, com o objetivo de se levar a efeito a execução da quantia devida em prol do beneficiário apontado no acórdão.

No primeiro ano de vigência da multicitada Lei n. 13.467/2107, algumas mudanças reformistas tornaram-se evidentes. É notório que a mais relevante, incontestavelmente, foi a diminuição do número de reclamações trabalhistas ajuizadas em 1º Grau de Jurisdição, se comparado ao mesmo período antecedente. Isto, consequentemente, gerou reflexo no número de Ações Rescisórias ajuizadas perante aos Tribunais do Trabalho.

Diante disso, conclui-se que um dos fatores determinantes também para o refreamento do

pedido de rescindibilidade da coisa julgada, na esfera da Justiça Obreira, foi a normatização dos honorários sucumbenciais pelo diploma celetista, pois a partir de então passou-se a exigir o pagamento de tal verba em razão da sucumbência, não apenas do empregador, mas também do trabalhador, considerado que qualquer um destes poderá figurar no polo ativo da Ação Rescisória.

## **2.2. Da responsabilidade por dano processual: multa por litigância de má-fé introduzida na CLT pela Lei n. 13.467/2017**

No que tange à aplicação de multa por litigância de má-fé, esta se justifica quando da conduta indiscutivelmente dolosa, maliciosa ou fraudulenta da parte, devendo ainda se pautar na certeza de que o ato por ela praticado baseia-se em dedução contra texto expresso de lei, com o fito de se alterar a verdade dos fatos, dentre outras práticas previstas legalmente.

Diante dessa possibilidade, o legislador reformista, por meio da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, cuidou também de incorporar à CLT o dispositivo constante da Seção IV-A, intitulado “Da responsabilidade por Dano Processual”, dispondo, entre outras matérias, que o reclamante, o reclamado ou o interveniente que litigar de má-fé responderá por perdas e danos (art. 793-A). Até então, na processualística laboral, aplicavam-se as disposições contidas no Código de Processo Civil que regiam essa temática, por força da aplicação subsidiária do art. 769 da CLT. No entanto, doravante a Consolidação das Leis do Trabalho passa a ter regramento próprio para disciplinar a litigância ímproba na esfera do processo do trabalho.

Os motivos que levaram o legislador a considerar a parte litigante de má-fé foram previstos no art. 793-B<sup>(18)</sup>. Assim, se ela incorrer em

(18) CLT – “Art. 793-B: Considera-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo

uma ou mais das condutas enumeradas em tal dispositivo, ficará caracterizada a sua má-fé. A penalidade a ser aplicada, em razão de tal conduta, tem como propósito coibir a prática de atos processuais inaceitáveis, resultantes do comportamento desleal de qualquer dos participantes da relação jurídico-processual.

Essa condenação poderá resultar de requerimento ou de ofício, sendo o valor da multa, necessariamente, superior a um por cento e inferior a dez por cento, sobre o valor da causa corrigido. Este será direcionado em favor da parte que sofreu os prejuízos. Além disso, deverá o litigante de má-fé ser condenado ao pagamento dos prejuízos processuais e em honorários advocatícios (art. 793-C). O mesmo dispositivo prevê, ainda, a possibilidade da existência de mais de um litigante de má-fé e, como consequência, a forma de sua condenação.

Importa frisar que o emprego dessa sanção, concernente a qualquer das partes, deverá advir unicamente de comportamento processual desonesto, recalcitrante ou malicioso que justifique assim a sua condenação; e, saliente-se, desde que provado de maneira contundente, já que não se presume a má-fé. Ressalte-se que o uso regular das ferramentas colocadas à disposição dos interessados não pode resultar em penalidade, visto que o sistema jurídico permite aos litigantes a escolha de mecanismos idôneos, almejando o alcance dos fins pretendidos. Com a finalidade primordial do processo — de se prestar como via para solucionar os conflitos de maneira justa, equânime — e com a esperada celeridade, impõe-se que

ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidente manifestamente infundado; VII – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.” BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 ago. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2019.

os jurisdicionados ajam com lealdade e probidade, bem como de acordo com os padrões de conduta aprovados pela sociedade.

### 2.3. Custas processuais: limitação legal

Quanto às custas processuais, representam estas o somatório das despesas com o desenvolvimento do processo, desde a sua propositura até a completa finalização. Em se tratando de Rescisória trabalhista, essa taxa incidirá à base de dois por cento, sobre o valor dado à causa, observando-se, entretanto, o mínimo legal de R\$10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) e a alteração inserida no *caput* do art. 789 da CLT de redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017<sup>(19)</sup>, permitindo no “máximo de quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social [...]”.

Não obstante tal previsão, o Judiciário Laboral, por meio da Lei n. 13.467<sup>(20)</sup> de 2017, inseriu o § 3º no art. 790 da Consolidação das Leis do Trabalho, facultando aos Magistrados, Colegiados e ao Presidente do Tribunal, em qualquer grau de jurisdição, franquear a gratuidade judiciária, “inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” (RGPS).

Desse modo, comprovando a parte (tanto o autor como o réu) a sua hipossuficiência econômica, de maneira a não ser capaz de suportar os gastos relacionados ao processo, a isenção ser-lhe-á concedida.

Com efeito, o benefício da gratuidade de Justiça não alcança apenas a parte, pessoa física, necessitada ou pobre. Isso porque aqueles

(19) BRASIL. 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 1943, e as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 de jul. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2019.

(20) *Ibid.*

que não ostentam recursos dessa natureza, suficientes para arcar com as custas do processo, têm igualmente direito a tal gratuidade. Entende-se que essa regra também se aplica à pessoa jurídica, exigindo-se, para tanto, a comprovação de que os ônus acarretarão dificuldades financeiras a ameaçar o seu regular funcionamento. Essa é a interpretação que se extrai do § 4º do art. 790 da CLT<sup>(21)</sup>, segundo o qual “o benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.”

Além dos beneficiários acima mencionados, o art. 790-A elenca os entes públicos isentos do pagamento das custas<sup>(22)</sup>.

O pagamento das custas processuais, a cargo da parte vencida, será realizado em guia própria, cujas instruções para efetivação encontram-se disponíveis nos sítios dos Tribunais; posteriormente, deverá ela ainda comprovar o depósito nos autos do respectivo processo. Sublinhe-se que tal obrigação haverá de ocorrer após o trânsito em julgado da decisão; também nas hipóteses de eventual interposição recursal, referido recolhimento constitui imposição legal, pressuposto que é de admissibilidade do recurso, salvo se a parte for beneficiária da gratuidade judiciária. Neste caso, a comprovação obviamente deverá ocorrer dentro do prazo previsto para a apresentação do recurso (§ 1º do art. 789 da CLT).

(21) BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 ago. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2019.

(22) CLT: “Art. 790-A. São isentos do pagamento de custas, além dos beneficiários de justiça gratuita: I – a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias e fundações públicas federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica; II – o Ministério Público do Trabalho. Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo não alcança as entidades fiscalizadoras do exercício profissional, nem exige as pessoas jurídicas referidas no inciso I da obrigação de reembolsar as despesas judiciais realizadas pela parte vencedora”. *Ibid.*

A teor do que determina a Portaria n. 75<sup>(23)</sup>, de 22 de março de 2012, oriunda do Ministério da Fazenda, são dispensados de inscrição em Dívida Ativa da União, os débitos de valores iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00 (mil reais); já aqueles de valor a partir de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) e até o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) motivarão a inscrição na Dívida Ativa pela Procuradoria da Fazenda Nacional, originando a produção de título executivo extrajudicial, passível, inclusive, de protesto pela União Federal. Os valores superiores a R\$20.000,00 (vinte mil reais) culminarão em execução imediata, a requerimento da parte interessada, no caso de inadimplência.

Ressalva-se que, nesse último caso, a Lei n. 13.467<sup>(24)</sup> de 2017 estipula o teto máximo permitido para tal cobrança. A teor do que dispõe o seu art. 789, *caput (in fine)*, torna-se necessária a observância desse *quantum*, que, frise-se, equivale a “quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social<sup>(25)</sup> [...]”. Diante disso, pressupõe-se que a previsão da Portaria n. 75, relacionada à execução dos valores superiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) na forma indicada, será inaplicável no âmbito da Justiça Laboral, em virtude do máximo fixado pela Consolidação das Leis do Trabalho.

(23) BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria n. 75 de 22 de março de 2012. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 mar. 2012.

(24) BRASIL. 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 1943, e as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 de jul. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2019.

(25) A partir de 01 de janeiro de 2018, o teto previdenciário passou a ser R\$ 5.645,80. Isto significa que, atualmente, o valor máximo de custas processuais a serem cobrados no âmbito da Justiça do Trabalho se restringe a R\$ 22.583,20 (vinte e dois mil, quinhentos e oitenta e três reais e vinte centavos).

### 3. Considerações finais

No primeiro ano de vigência da Reforma Trabalhista, constata-se que as temáticas aqui revisitadas, adequadas às inserções legislativas promovidas pela Lei n. 13.467/2017, inovaram ao permitir a aplicação de regime próprio na Consolidação das Leis do Trabalho, autorizando a aplicação direta a todas as causas sujeitas à competência material da Justiça Obreira e, na forma aqui proposta, também diretamente ao instituto da Ação Rescisória trabalhista.

Não obstante tal Reforma tenha sido efetivada em um tempo recorde e atípico, no que diz respeito aos honorários sucumbenciais, observou-se que estes contribuíram para reduzir o número de reclamações trabalhistas distribuídas na esfera da Justiça Laboral, configurando, por conseguinte, um dos fatores para o refreamento na distribuição da Ação Rescisória, perante os Tribunais do Trabalho. Este fato, todavia, não acarretou prejuízo ao jurisdicionado, considerando-se que para ajuizar esta modalidade *sui generis* de ação, a exigência da Constituição, para tanto, de profissional habilitado e inscrito e não impedido nos quadros na OAB, há muito já se fazia necessário, na forma da jurisprudência pacificada pelo Tribunal Superior do Trabalho, por meio do verbete sumular n. 219.

Apurou-se que quando se trata de ajuizar uma Rescisória trabalhista, a contratação de um profissional não é uma alternativa, decorrendo daí a presunção lógica de imposição natural da condenação da parte sucumbente em honorários advocatícios, independentemente do polo passivo ser o empregador ou o trabalhador.

Isso pode ser explicado, pois seria contraproducente conceder às partes a possibilidade de postular em juízo demandas que envolvam maior grau de complexidade, como são as matérias discutidas em sede de Rescisória, que tratam especificamente de direito, substancialmente técnicas e, assim, manejáveis

exclusivamente por profissionais especialistas e detentores de conhecimento jurídico.

Outrossim, averiguou-se que nas hipóteses de assistência judiciária gratuita, a exigibilidade de cobrança da verba honorária ficará sob condição suspensiva e apenas se efetivará se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que a situação de miserabilidade jurídica que justificou a concessão de tal gratuidade não mais subsistir. Neste caso, mesmo sendo vencido o trabalhador, este deverá suportar os ônus da sucumbência. Caso contrário, não sendo possível essa comprovação, a obrigação do beneficiário dessa gratuidade judiciária será extinta.

A partir da inserção no diploma celetista de norma sobre regime próprio abarcando também a aplicação de penalidade às partes por litigância de má-fé e a limitação de cobranças de custas processuais, observou-se, que a Consolidação das Leis do Trabalho passou a ser fonte primária para reger a incidência destas questões também quando se pretende a desconstituição da coisa julgada por meio da Ação Rescisória.

### 4. Referências

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 ago. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial União*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. 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 1943, e as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 de jul. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 jul. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. Portaria n. 75 de 22 de março de 2012. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). 0010458-43.2018.5.03.0000 (AR). Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Taisa Maria Macena de Lima – 2ª SDI. *DEJT*, 11 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Processo n. 0011629-69.2017.5.03.0000 (AR). Rel. Desembargador José Murilo de Moraes – 2ª SDI. *DEJT*, 28 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 20192-83.2013.5.04.0026*. Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Cilene Ferreira Amaro Santos – 6ª turma. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/noticias>>. Acesso em: 29 jan. 2019

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Resolução n. 220 de 18 de setembro de 2017*. Altera a redação das Orientações Jurisprudenciais ns. 70, 76, 84, 93, 134 e 153 Cancela a Orientação Jurisprudencial n. 113. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/web/guest/ojs/-/asset\\_publisher/1N7k/content/03-subsecao-ii-especializada-em-dissidios-individuais-sbdi-ii?i](http://www.tst.jus.br/web/guest/ojs/-/asset_publisher/1N7k/content/03-subsecao-ii-especializada-em-dissidios-individuais-sbdi-ii?i)

nheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Fguest%2Ffojs%3Fp\_p\_id%3D101\_INSTANCE\_1N7k%26p\_p\_lifecycle%3D0%26p\_p\_state%3Dnormal%26p\_p\_mode%3Dview%26p\_p\_col\_id%3Dcolumn-2%26p\_p\_col\_count%3D2>. Acesso em: 28 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 219. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 21 mar. 2016.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Manual elementar de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Ação rescisória — Enfoques Trabalhistas — Doutrina — Jurisprudência — Súmulas*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017 e da Medida Provisória n. 808/2017*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação rescisória. Violação à literal disposição de lei. *ABMC em Revista*, Belo Horizonte, Editora RTM, ano 1, n. 1, 2001.

# Las leyes de Reforma Laboral en México y en Brasil y los efectos de la precarización del trabajo: un estudio comparado

Fernanda Barcellos Mathiasi(\*)

## Resumen:

- ▶ El trabajo pretende, por una analice cualitativa, debatir la cuestión la precarización del trabajo generadas por la Reforma Laboral, en Brasil (2017) y México (2012). La idea es presentar un estudio comparado entre Brasil y México, para evaluar la reforma laboral y sus efectos para los trabajadores, como categoría los indicadores de precarización del trabajo de la OIT (Organización Internacional del Trabajo). La pregunta central es ¿hay precarización del trabajo para los trabajadores después de esas leyes? Se objetiva presentar algunos dados del avance de la investigación con la finalidad de desarrollar el debate sobre la temática.

## Palabras-clave:

- ▶ Reforma laboral — Precarización del rrabajo — Crisis del capital — Derechos sociales.

## Abstract:

- ▶ The work aims, by a qualitative analysis, to discuss the issue of the precariousness of work generated by the Labor Reform, in Brazil (2017) and Mexico (2012). The idea is to present a comparative study between Brazil and Mexico, to evaluate the labor reform and its effects for workers, as a category the labor precarization indicators of the ILO (International Labor Organization). The central question is there precarization of work for workers after these laws? Objective is to present some data on the progress of the research in order to develop the debate on the subject

## Key-words:

- ▶ Labor reform — Precarization of work — Capital crisis — Social rights.

---

(\*) Doctorante en Doble Titulación en Ciencias Sociales pela Universidad Autónoma de Sinaloa-México y Universidade Federal de Juiz de Fora-Brasil. Maestra en Ciencias Sociales pela Universidad Federal de Juiz de Fora-Brasil. Especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social

---

pela Pontificia Universidad Católica – Brasil. Abogada, licenciada en Derecho pela Universidad Federal de Juiz de Fora. Graduanda en Ciencias Sociales pela Universidad Federal de Juiz de Fora.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. ¿O que son los atributos de la precarización del trabajo?
- ▶ 3. El mercado laboral en el mundo y el contexto de la Reforma Laboral en Brasil y México
- ▶ 4. México
- ▶ 5. Brasil
- ▶ 6. Conclusion
- ▶ 7. Bibliografía

### 1. Introdução

Es casi un consenso en la literatura de la sociología de trabajo y de los especialistas en derecho laboral la identificación del mercado laboral con un empeoramiento de las condiciones vividas por los trabajadores. Eso es, todavía, mayor consenso cuando la investigación trata el espacio en la América Latina, inclusive con la creación del concepto de brasileñización del mercado laboral como característica de un trabajo inseguro, insalubre, malo.

Tanto en Brasil como en México, así como en la América Latina, desde los años 1990, con avance neoliberal en los gobiernos, con fuerte influencia de organizaciones internacionales como Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, ha habido una serie de políticas públicas de disminución del Estado en la economía, y en el mercado laboral no es distinto, con una continuidad de propuestas para “flexibilizar” el empleo, disminuir o hasta retirar las garantías legales conquistadas por los trabajadores.

Este trabajo tiene como propósito abordar, por una analice cualitativa, la cuestión de las malas condiciones laborales o la llamada precarización del trabajo generadas por políticas públicas estatales, que intencionalmente o no generan estos resultados de inestabilidad, inseguridad.

Fueran elegidas el objeto de estudio las leyes de Reforma Laboral de 2012 en México y de 2017 en Brasil, con la finalidad de aumentar

empleo, empleo formal y asegurar los derechos de los trabajadores.

La idea, por lo tanto, es presentar un estudio comparado entre Brasil y México, para evaluar las políticas públicas de reforma laboral y sus efectos en el cumplimiento del Estado de Bienestar Social, logo, derechos sociales de los trabajadores, teniendo en vista los indicadores de precarización del trabajo de acuerdo con la OIT (Organización Internacional del Trabajo).

Dentro de estos hechos sociales que se propone el problema de la investigación: ¿Las leyes de Reforma Laboral de Brasil-México están generando la precarización de trabajo?

Por tanto, o que se objetiva es presentar algunos datos y avances de la investigación en desarrollo, con la finalidad de promover el debate sobre la temática de precarización del trabajo y sobre los resultados obtenidos con las Reformas Laborales en los dos países.

### 2. ¿O que son los atributos de la precarización del trabajo?

La cuestión del trabajo precario como estresante, degradando la individualidad del ser humano no es nuevo en la historia humana. Sin embargo, en esta investigación, el objeto de trabajo se centra en el período histórico de la modernidad industrial en la revolución postindustrial.

El término “precario”, “trabajo precario”, entre otros sinónimos se han utilizado para describir las transformaciones que el “mundo

del trabajo” ha estado sufriendo durante toda la legislación mundial, México y en Brasil, con una retirada de las políticas de Estado y de avance y agendas de mercado (STANDING, 2014).

Así que están surgiendo algunos teóricos para tratar una porción de la población que están trabajando o no, más como peores garantías de empleo, trabajo y leyes de seguridad social no les dan estabilidad. A pesar de la diversidad de teorías, que algunos se mostrarán aquí, se pretende una conceptualización del término analíticamente usando los autores Arne Kallenberg (2009) y Erik Olin Wright (2015).

El trabajo precario empieza a ser una pre-ocupación de los años 70, según el sociólogo Arne Kalleberg (2009). Para el autor, el trabajo precario es que,

(...) incierto, impredecible, y en el que los riesgos son asumidos principalmente por el empleado, y no por los empleadores o el gobierno. Ejemplos de actividades incluyen el trabajo precario en el sector informal y el empleo temporal en el sector formal. El trabajo precario no es nuevo y ha existido desde el principio del trabajo asalariado. Sin embargo, las fuerzas sociales, económicos y políticos que han estado operando desde hace varias décadas hicieron la más precaria del mundo (KALLENBERG, 2009, p. 21).

El labor, como precario causó inseguridad para los trabajadores, que es un problema en la concepción subjetiva, es decir, a las relaciones interpersonales, ya sea en el aspecto familiar, o incluso en las relaciones entre los trabajadores mismos no son más de amistad y afinidad en lugar de la competencia, y además, la relación objetiva con la inestabilidad política establecen relación laboral.

Para la socióloga brasileña Valquíria Padilha (2009) la precariedad del trabajo se puede entender a partir del conjunto de factores, combinados o no, que sería: 1) la desregulación

y la pérdida de derechos laborales y sociales (flexibilidad); 2) la legalización del trabajo temporal, a tiempo parcial y el trabajo informal; 3) outsourcing; 4) mejora de trabajo; 5) incremento viaje y la acumulación de funciones; 6) aumento de la exposición a factores de riesgo para la salud; 7) reducción de los niveles salariales; 8) el aumento de la inestabilidad del empleo; 9) debilitamiento de los sindicatos y las acciones colectivas de resistencia; 10) el volumen de negocios estratégico (para sueldos de inclinación) (PADILHA, 2009).

Para el sociólogo Kallenberg (2009), el aumento del trabajo precario en el mundo es el resultado de la globalización, la interdependencia económica y la expansión del neoliberalismo. En Brasil y en México el trabajo precario surgirá con el aumento de la privatización, la desregulación del mercado, el avance del neoliberalismo en la década de 1990 (KALLENBERG, 2009).

En Ulrich Beck (2015) encontrase la sociedad del riesgo, como elemento central la inseguridad. Para el autor, el riesgo es algo no cual se puede calcular, a terer, al revés, el peligro es instantáneo, inesperado, inmediato.

Esa sociedad del riesgo va a afectar mucha las condiciones laborales y el mercado laboral para los trabajadores, pues en el siglo XIX y hasta medio del XX, los capitalistas o empresarios, dueños del capital y de los medios de producción eran los que detenían en riesgo, o sea, cualquier problema en el mercado financiero, en la producción, con las mercadorías, sostenía los empresarios Beck (2000). Ya a partir del final del siglo XX, en la contemporaneidad, la inseguridad del mercado financiero, de los empresarios, son transferidos a los trabajadores, que no tienen la seguridad de permanecer en el empleo, sobre sus sueldos y derechos cumplidos regularmente, sobre horas laboradas, funciones a serán desarrolladas y demás inseguridades diarias sufridas Beck (2000).

Notase en la sociedad del riesgo el discurso meritocrático en que el trabajador se arriesgue

más, que para prosperar debe capacitarse, trabajar cada vez más, o empezar a emprender, construyendo una empresa o como trabajador informal<sup>(1)</sup>. Caso no alcance un buen trabajo o éxito en su empresa, es porque el sujeto no si capacitó o no trabajo suficiente, o sea, transfer la responsabilidad de una sociedad inestable, insegura, sin menos de desarrollo individual para el sujeto, trabajador.

La solución, posiblemente, encontrada por Beck (2000) para amenizar estos riesgos es existir contratos para reglamentar las cuestiones laborales, eso sería como una “libertad” de los trabajadores. Pero esta es una cuestión controvertida, tenido en la mirada que los trabajadores hasta poden hacer contratos laborales con los empresarios, entretanto su poder de actuación frente al capitalista es muy pequeño, por eso la intervención del Estado es importante para hacer cumplir los derechos y la seguridad al trabajador.

Beck (2000) no propone una sociedad que no haya trabajo, pero una sociedad que el trabajo sea pleno, como desarrollo del individuo y que por eso haya más democracia, así como la democracia también desarrollará eso.

El sociólogo Beck (2000) va tratar también de la cuestión del neoliberalismo fuerte y el resultado de la flexibilidad en las relaciones laborales. Dice él, que es cambiar el riesgo que era tradicionalmente de lo empresario, para los trabajadores, generando inseguridad en el cotidiano laboral. Así dice: “por lo que quiere se reclama “flexibilidad”, o, con otras palabras,

---

(1) A economia informal da rua tem, portanto, a garantia de que vai conhecer uma retomada do crescimento, e com ela a criminalidade e a insegurança que corroem o tecido da vida cotidiana no gueto. O número de pessoas e famílias sem teto deve aumentar, assim como o de indigentes e de doentes que não recebem tratamento. (...) as cidades poderão enfraquecer as últimas organizações salariais que ainda conservam um certo peso, os sindicatos de empregados municipais, substituindo progressivamente os funcionários locais empregados em postos subalternos por mão-de-obra gratuita dos programas de trabalho forçado (workfare) dos quais os assistidos são, doravante, obrigados a participar (Wacquant, 2001, p. 49).

que los empresarios puedan despedir más fácilmente a sus trabajadores. “Flexibilidad” significa también que el Estado y la economía traspasan los riesgos a los individuos” (BECK, 2000, p. 11)

O que el autor presenta es que la sociedad globalizada cada vez más tiene riesgos<sup>(2)</sup> y no lo estas compartiendo si no solo imponiéndolos a los trabajadores.

Así afirma Beck (2000) que, “*lo que, en definitiva, significa que en casi todas las situaciones sociales domina la inseguridad*” (BECK, 2000, p. 12)

Además de eso, nos vas decir Beck (2000) que el Estado si transforma en mero asistencialista, en donador de beneficios o derechos a los trabajadores, pero sin que haya un cambio de verdad en la estructura de la sociedad. Esa forma de hacer política acaba por llevar a falta de legitimidad del Estado, pues no cumple su función principal que es distribuir las rentas y disminuir las desigualdades sociales.

Por tanto, nos va a proponer el autor que, a pesar de la crisis del capitalismo, no hay otra opción, o sea, no si cuestionan mudanzas o revoluciones sociales, pero con la crisis de legitimación del Estado, basada también en el Estado asistencialista, se empezar a pensar otras posibilidades de cambios y de políticas públicas más efectivas.

Según Bauman (2010) en la “Modernidad Líquida”, en capítulo sobre “trabajo”, uno de los elementos de la globalización fue la cuestión de la inseguridad en el mundo. Eso porque si antes, en la Modernidad tendríamos el Estado como la figura capaz de contestar y realizar los deseos y pautas reclamadas por la sociedad, en la sociedad Pos-Moderna tenemos muchas

---

(2) (...) cuantas más relaciones laborales se desregularizan o flexibilizan más rápidamente se transforma la sociedad en una sociedad de riesgos, un riesgo que no es calculable ni para el modo de vida de cada individuo ni para el Estado y la esfera política; y más urgente resulta asimismo estudiar la economía política del riesgo desde el punto de vista de sus consecuencias contradictorias para la economía, la política y la sociedad (BECK, 2000, p. 11)

instituciones internacionales y actores globales que pulverizan el poder y la capacidad de contestar esas demandas.

Esa inseguridad social generada por la globalización es factor crucial para el presente problema de la precarización del trabajo, pues lo tiene como atributos el desarrollo de muchas “inseguridades”; la inseguridad en la manutención del empleo, de la jornada laboral, del cumplimiento de los derechos, de recibimiento de los sueldos, entre otras inseguridades.

Por lo tanto, que Bauman (2010) sostiene que el factor importante de la sociedad contemporánea es la sensación de “impotencia”, debido a descreencia en el poder estatal, en las instituciones.

Según el, lo trabajo es “*el esfuerzo colectivo en “el que cada uno de los miembros de la humanidad debió tomar parte”* (BAUMAN, 2010, p. 146). Empieza por tanto de la idea que el trabajo antes de la “Era Moderna<sup>(3)</sup>” se veía como un desarrollo del individuo, como necesario para su dignidad. Con la “Era Moderna” fundada sobre todo en la “Ética Protestante del Capitalismo”, como nos aclara Weber<sup>(4)</sup> in BAUMAN (2000), el trabajo es reconocimiento social, es “status quo”, es por intermedio de el que se tiene virtudes que haya una auto superación moral de lo individuo.

La ética del trabajo<sup>(5)</sup> es, sobre todo, muy fuerte después las ideologías y religiones protestantes. Tuve como un objetivo de formar un

*ethos* una nueva forma de mirar la vida basada en el trabajo, en el lucro, en el suceso pelo dinero, reconocimiento social por la profesión y dinero, impuesta es una fuerte disciplina.

Al revés, en el “mondo líquido” de la Pos-Modernidad el trabajo<sup>(6)</sup> no es central, ya que no genera desarrollo de los proyectos de vida (BAUMAN, 2000). Eso pues con la globalización, el trabajo esta agarrado con el atributo de la inseguridad, o sea, aunque se capacite, que sea un “buen” trabajador, no lo hay certeza sobre los sueldos, las jornadas laborales, si los derechos sociales y de la seguridad serán cumplidos, si habrá trabajo y puesto de empleo o no.

En el libro “*Estado de crisis*”, Bauman (2016) va a sostener también que además de la inseguridad, otro factor relevante al trabajo y las condiciones laborales que cambiaran con la globalización fue la “financieirización” de la economía. O sea, antes el capitalista, en palabras marxistas, estaba preocupado con el

---

compromiso recíproco entre el capital y el trabajo, indispensable para el funcionamiento cotidiano y salubre conservación de esa sociedad, era postulado como deber moral, misión y vocación de todos los miembros de la comunidad (en rigor, de todos sus miembros masculinos). La ética del trabajo convocaba los hombres a abrazar voluntariamente, con alegría y entusiasmo, lo que surgía como necesidad inevitable. Se trataba de una lucha que los representantes de la nueva economía- ayudados y amparados por los legisladores del nuevo Estado- hacían todo lo posible por transformar en inmedible. Pero al aceptar esa necesidad por voluntad propia, se deponía toda resistencia a unas reglas vividas como imposiciones extrañas y dolorosas. En el lugar de trabajo no se toleraba la autonomía la autonomía de los obreros: se llamaba a la gente a elegir una vida dedicada al trabajo; pero una vida dedicada al trabajo significaba la ausencia de elección, la imposibilidad de elección y la prohibición misma de cualquier elección (BAUMAN, 2000, p. 37)

(6) (...) la apelación de la ética del trabajo ocultaba el primitivo impulso de apartar a los obreros de la racionalidad del mercado, que parecía ejercer un efecto nocivo sobre la dedicación de sus tareas. Bajo de la ética del trabajo se promovía una ética de la disciplina, ya no importaban el orgullo o el honor, el sentido o la finalidad. El obrero debía trabajar con todas sus fuerzas, día tras día y hora tras hora, aunque no viera el motivo de ese esfuerzo o fuera incapaz de vislumbrar su sentido último (BAUMAN, 2000, p. 20)

---

(3) “En resumen: el trabajo ocupaba una posición central en los tres niveles de la sociedad moderna: el individual, el social y el referido al sistema de producción de bienes. Además, el trabajo actuaba como eje para unir esos niveles y era factor principal para negociar, alcanzar y preservar la comunicación entre ellos” (BAUMAN, 2000, p. 37)

(4) “Tal como iba a señalar Max Weber, la ética del trabajo, al considerar la tarea ya realizada, “equivale a un ataque” contra el “tradicionalismo de los trabajadores comunes”, quienes “habían actuado guiados por una visión rígida de sus necesidades materiales, que los llevaba a preferir el ocio y dejar pasar las oportunidades de aumentar sus ingresos trabajando más o durante más tiempo.” El Tradicionalismo “era menospreciado” (BAUMAN, 2000, p. 20)

(5) La ética del trabajo desempeñó, entonces, un papel decisivo en la creación de la sociedad moderna. El

lucro y después obtenerlo iba reinvertís otra vez en su empresa, tenido la posibilidad de generar más empleo, mejores sueldos, abonos a los operarios. Pero ahora, con una nueva visión empresarial, el lucro se va a bancos de investimento, generando concentración de la riqueza y no distribución (BAUMAN, 2016).

Así es que estamos en una fase social de mucha fuerza del capital financiero frente a los trabajadores, que no tienen la fuerza del dinero, ni del Estado, tampoco creen en las instituciones estatales y sociales, como los sindicatos (BAUMAN, 2016).

Otra teoría acerca de la globalización que también aborda la cuestión de la formación de los centros financieros globales es propuesta por Saskia Sassen (2006, 2010). En el libro “Territorios, autoridades y derecho” (2006), la autora sostiene que existe la formación de nuevas territorialidades a partir de los elementos nacionales y globales. Un tipo de territorio que se forma en los centros financieros. Sobre eso, específicamente, hay la modificación en el mercado laboral que fue tratada también por Bauman (2000, 2010), como elemento de falta de investimento en generación del empleo por parte de los capitalistas, buscando más investimento en bancos, no compartiendo la riqueza, más concentrándola. Para el mercado laboral eso es un malo factor que la globalización tiene pues además de no generar puestos de trabajo, no hace aumentar sueldos o mejorar las condiciones laborales (SASSEN, 2006).

En este libro, Saskia Sassen (2006) presenta otra cuestión que tiene impacto en el mercado laboral y genera inseguridad a los trabajadores, por tanto, precarización del trabajo que es el mercado informal, de lo cual se utilizan los empresarios para disminuir el coste de los trabajadores, o sea, lo les pagan sus derechos laborales, no los contrata legalmente, no pagan tributos, aumentan la jornada diaria del trabajo, con la finalidad de disminuir el coste de la producción y aumentar sus lucros. Además de eso, lo hacen aumentar la velocidad de los

procesos productivos, sin que necesite de la burocracia estatal, también aumentando el lucro (SASSEN, 2010).

En ese punto, la teoría de Sassen (2010) dialoga con Beck (2000), pues para el sociólogo la globalización trajo al empresario dos beneficios, la posibilidad de buscar mano de obra bien barata y también el lugar donde los impuestos son más bajos (BECK, 2000).

La cuestión de lo trabajo informal es un factor de precarización de la fuerza de trabajo, que es una preocupación gubernamental y también de los sindicatos, pues además de generar inseguridad a lo trabajador, que no tiene sus derechos cumplidos, es una desprotección y desreglamentación del mercado laboral (SASSEN, 2010).

La globalización viene junto con la migración y sus impactos en el mercado laboral (SASSEN, 2006). Sobre el mercado laboral y la migración, hay un economista, Guy Stangin (2014, 2015), de la precarización del trabajo que sostiene una teoría que apunta el “precarizado” como una nueva clase social, que surgió con la globalización. Las características de esta clase es no tener condiciones dignas de trabajo, desarrollando trabajo precario, o sea, no tiene seguridad de tener el empleo, lo sueldo, los derechos sociales cumplidos, no tiene derechos garantizados o fiscalizados por el Estado, pues son migrantes.

Así que esta clase social formada por trabajadores migrantes precarizados son una buena opción para los empresarios, que desean disminuir el costo de la producción, pero es un factor generador de desigualdades, de des cumplimiento del Estado de Bienestar Social.

En Ulrich Beck (2000) hay la propuesta de un nuevo concepto sobre la precarización del trabajo con el nombre de “brasileñización” del mercado laboral. Es decir que el mercado laboral está cada vez más inseguro, sin garantías laborales, sin derechos cumplidos, con bajos sueldos, pocas condiciones de salud, muchas

horas laborales, desarrollo de muchas funciones. Así esas características, afirma Beck, que cada vez más están teniendo los trabajos en todo el mundo y cada vez más en la Europa, donde es su analice espacial de investigación.

Es decir, todos los autores aquí mencionados de alguna manera son importante o presentan conceptos fundamentales acerca de la problemática de la precarización del trabajo. Todos los autores debaten acerca de la globalización y están de acuerdo que el elemento central para caracterízala es la inseguridad, también atributo de la precarización del trabajo. Todos también van a tratar de la cuestión de la falta de representatividad en las instituciones, gobierno y partidos políticos, el proceso de desarrollo del trabajo informal, la financiación de la economía y la migración, un conjunto de elementos que impactan y generan el trabajo precario.

Arne Kalleberg (2009) pone de manifiesto que la OIT, Organización Internacional del Trabajo, distingue siete cualidades de la precariedad del trabajo, es decir, hay rasgos que caracterizan a una obra tan precaria. Más bien, hay que señalar que el autor identifica la similitud entre la precariedad y la inseguridad, como sinónimos. Las siete características se definen como sigue:

- 1) la incertidumbre en el mercado de trabajo (falta de oportunidades de empleo);
- 2) la incertidumbre del trabajo (protección inadecuada contra la pérdida de empleo o despido arbitrario)
- 3) La inseguridad laboral (incapacidad para continuar en una ocupación en particular debido a la falta de límites de artesanía y calificaciones de trabajo)
- 4) la inseguridad seguridad y salud (malas condiciones de seguridad y salud ocupacional)
- 5) experiencia de reproducción de incertidumbre (falta de acceso a la educación básica y la formación profesional)

6) La inseguridad de ingresos (ingresos insuficientes; sin pago garantizado o la expectativa de un nivel adecuado de ingresos actuales y futuros).

7) la representación de la inseguridad (falta de derechos individuales en las leyes y los derechos colectivos para negociar) “(KALLENBERG, 2009, p. 25)

Por lo tanto en esa investigación se va a detener en los siete atributos del trabajo precario apuntados por Arne Kalleberg (2009) con bases en los estudios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

## **2. El Mercado Laboral en el Mundo y el contexto de la Reforma Laboral en Brasil y México**

Más recientemente, en 2017 fue divulgado el “Relatório Global sobre Salários” pela OIT, Organización Internacional del Trabajo, que afirma que desde 2012 los crecimientos de los salarios reales a nivel global, sacando China que tuvo aumento, tuvieron una disminución porcentual de 1,6% en 2012 para 0,9% en 2015 del valor.

En 2015 los salarios reales cayeron cerca de 1,3 por ciento en la América Latina y Caribe (sobre todo debido a la baja de los salarios en Brasil), y 5,2 por ciento en la Europa de Leste (debido a la baja de los salarios en la Federación Rusia y Ucrania) (OIT, 2017:1, traducción libre)

Pero en los países desarrolladas, del G20, por ejemplo, los salarios tuvieron un aumento, pasarán de los 0,2% en 2012 para 1,7% en 2015, la tasa más elevada de los últimos 10 años. En el año de 2015 en los Estados Unidos el crecimiento real de los salarios tubo un aumento de 2,1%; 1,5% en la Europa del Norte, del Sur, y 1,9% en los países de la Unión Europea (EE. UU.).

¿Por qué estos resultados?

Según la OIT (2017),

Este hecho debese probablemente a una combinación de factores incluido la globalizada, competencias orientadas para a tecnología, la debilidad de las instituciones do mercado del

trabajo, e a creciente presión dos mercados financieros para transferir para os investidas os excedentes generados por grandes empresas (OIT, 2017, p. 2).

De acuerdo con el estudio la desigualdad salarial es mayor entre los sueldos más altos. Por ejemplo, en la Europa los 10% que reciben los más altos salarios, obtienen el mismo que 25,5% de los salarios de todos los trabajadores (OIT, 2017). Eso cambia y agrava en países en desarrollo como en Brasil que la diferencia está en 35%, India con 42,7% y África del Sur con 49,2% (OIT, 2017).

Otro dato interesante de la investigación es acerca de la diferencia salarial entre hombres y mujeres que se acentúa con la mejor calificación y los mejores puestos de trabajo, es decir, cuanto más elevada el *estatus* profesional, las funciones, más topo de la pirámide del empleo, más hay diferencia salarial entre hombres y mujeres (OIT, 2017).

Más una conclusión que alcanza el trabajo es que la cuestión del salario es fundamental para una integración económica y también social (OIT, 2017). La estagnación de los salarios por la cuestión social, la diferenciación entre el crecimiento económico y el no crecimiento de los salarios, implica en una insatisfacción de la sociedad, pues el trabajador no percibe mejoras en su vida y de su familia (OIT, 2017). Además de eso, en la cuestión económica, no aumentar los salarios es decir que los trabajadores van a consumir menos, disminuir el crecimiento económico (OIT, 2017).

El relatorio se concluye con apuntamientos de políticas públicas para intentar disminuir las diferencias salariales entre los trabajadores de funciones, género, etnia, capacidad distintos, pero sobre todo la idea es central en la importancia de la regulación estatal además de que los países observen también las regulaciones y propuestas hechas por la OIT en las temáticas laborales y de disminución de la desigualdad.

Sobre la reforma laboral hecha en Brasil aprobada en julio de 2017 y la cuestión de los

salarios. Hay un reciente estudio de economistas Stein *et al* (2017) sobre las tercerizaciones (autorizadas de manera general para cualquier profesión, a partir de la reforma de Julio) y sus ganancias financieros o sueldos (Stein *et al*, 2017). Antes de la reforma solo se podría hacer la tercerización u outsourcing en casos que la función desempeñada no fuera la finalidad de la empresa o también en los casos de limpieza, conservación y vigilancia (Stein *et al*, 2017).

Como todavía la tercerización<sup>(7)</sup> u *outsourcing* en Brasil solo era posible en los casos descritos arriba, la investigación empírica de Stein *et al* (2017) se basa en esas profesiones o funciones.

Es importante decir que en los datos encontrados en la investigación<sup>(8)</sup> (sacados del RAIS-MTE, en los años de 2007-2014) observamos que las mujeres están ocupando más los empleos tercerizados; aún, los blancos ocupan más los empleos propios; los empleos

---

(7) "Inicialmente, notamos que os trabalhadores terceirizados ganham, em média, menos do que os trabalhadores próprios. As demais estatísticas mostram, porém, que a comparação dos salários médios desses dois grupos de empregados deve ser feita com cautela, uma vez que há diferenças nos valores médios de variáveis importantes para a determinação da remuneração do trabalhador. Por exemplo, os terceirizados são, em média, três anos mais novos e ficam menos tempo no emprego. Há também diferenças significativas na proporção de mulheres e de trabalhadores brancos entre os grupos" (Stein *et al*, 2017, p. 3)

(8) "O maior diferencial nos salários foi encontrado para os trabalhadores de *Telemarketing* que transitam entre as duas formas de contratação com -9% no salário mensal. Trabalhadores de *Limpeza e conservação*, *Montagem e manutenção de equipamentos* e *TI* também apresentam um diferencial negativo, todos entre -5,5% e -6%. Já os trabalhadores envolvidos em atividades de P&D tem um diferencial médio próximo a -2,5%. Por outro lado, os trabalhadores das atividades de *Segurança/vigilância* recebem, em média, 4,9% a mais quando são terceirizados. O exercício com as ocupações evidencia que existe uma considerável heterogeneidade no diferencial de salário entre empregados terceirizados e próprios conforme as ocupações consideradas. O efeito médio, incondicional a ocupações, é negativo e relativamente pequeno, mas dentro dele encontram-se desde efeitos negativos relativamente mais altos (*Telemarketing*) até efeitos positivos, como no caso das ocupações de *Segurança/Vigilância*" (Stein *et al*, 2017, p. 5).

tercerizados tienen una mano de obra en media 3 años más joven además de no quedaren mucho tiempo en el empleo.

Los resultados indican que, en una comparación no condicional, los trabajadores tercerizados reciben en promedio un salario un 17% menor que en el caso en que la contratación es directa. El diferencial llega al 18% cuando es controlado por las características observables de los trabajadores, pero disminuye al 3,6% cuando es controlado por el efecto fijo de los individuos. Es decir, los resultados indican que las características no observables ejercen un

papel relevante en la selección y en la determinación de la remuneración de los tercerizados (Stein *et al*, 2017: 5, traducción libre)

En las dos Constituciones, tanto de Brasil de 1988 y de México de 1917<sup>(9)</sup>, hay expresas garantías al trabajo digno y es un objetivo de los Estados, garantizar el trabajo humanizado y para el crecimiento del individuo y de la economía.

Desde los años 90 con el inicio del fuerte pensamiento neoliberal en las Américas fueran hechas y aprobadas diversas reformas en la ley laboral (CAMPOS, 2013, p. 17 e 18).

Leyes de Reforma Laboral en Brasil	Leyes de Reforma Laboral en México
<p>1º) Contrato del trabajo</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Súmulas do Tribunal Superior do Trábalo (TST) no 331/1993: OUTSOURCING.</li> <li>• Ley no 8.949/1994: contrato de trabajo por intermedio de cooperativas.</li> <li>• Portaria do Ministerio do Trábalo e Empleo (MTE) no 865/1995: Prohibió de multar o actuar los fiscales del trabajo, cundo no si aplica la ley en la empresa.</li> <li>• Portaria MTE no 2/1996: Ampliada del trabajo temporario.</li> <li>• Ley no 9.601/1998: Ampliación del contrato de trabajo por tiempo determinado.</li> <li>• Medida Provisoria (MP) no 1.709/1998: Trabajo en tempo parcial (hasta 25 horas por las semanas).</li> <li>• EC no 19/1998: outsourcing de los “servidores públicos”</li> </ul> <p>2º) Jornada de trábalo</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ley no 9.601/1998: Régimen de compensación de horas sin pagar horas extras.</li> </ul> <p>3º) Remuneración de lo trabajo</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• MP no 1.906/1997: Alteración da forma de corrección de lo Sueldo Mínimo.</li> </ul> <p>3º) Organización colectiva del trabajo:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ley no 1.802/1996: Restricción del derecho de huelga.</li> <li>• MP no 10/2001: Contratación de trabajadores para substituir los que estuvieren haciendo huelga y no pagamento de los sueldos de ellos.</li> </ul> <p>4º) Conflictos del trabajo:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ley no 9.307/1996: Arbitraje para resolución de los conflictos individuales.</li> <li>• ley no 9.958/2000: Creación de la Comisión de Conciliación previa.</li> <li>• EC no 28/2000: Restricto del plazo prescripciones para los trabajadores rurales demandaren sus derechos en la Justicia Laboral</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decreto de Reforma de la Ley Federal del Trabajo: cambia 405 artículos.</li> <li>• Decreto de Ley que reformuló el artículo 123 de la Constitución.</li> </ul>

Fonte: CAMPOS, 2013, p. 17 e 18.

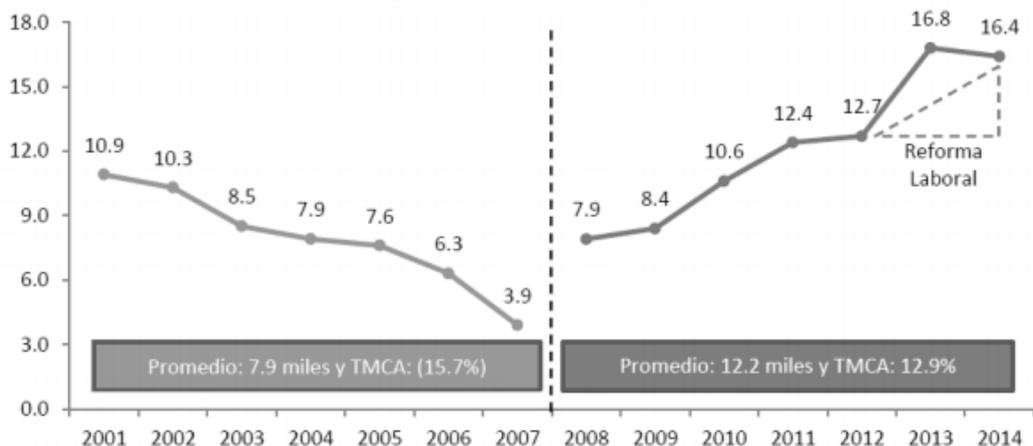
Según datos del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública del Gobierno mexicano de la Cámara de Diputados (2016) en el período de 2001 hasta 2014 hubo un aumento en las

sanciones por violaciones a leyes laborales (RODRIGUEZ, 2016).<sup>(9)</sup>

(9) Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la



### Sanciones por violación a la normativa laboral, 2001-2014 (Miles de sanciones)

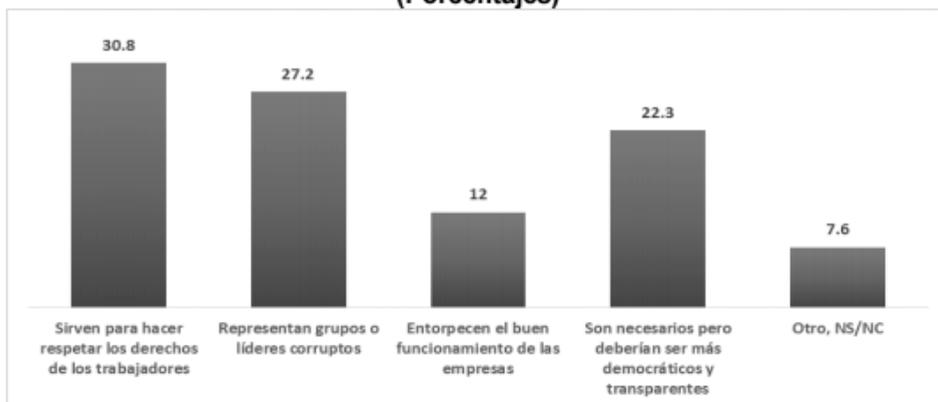


Fuente: Auditoría Superior de la Federación con base en los reportes de solicitudes de sanción presentadas por las áreas inspectoras de las Delegaciones Federales del Trabajo 2001-2014, Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

Particularmente después de 2012, con la implementación de la Reforma Laboral, objeto de la investigación la conclusión, previa, es que se tuvieron muchas reclamaciones y denuncias por trabajadores por incumplimiento de sus derechos y además de eso, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) también aplico más sanciones a los empresarios (RODRIGUEZ, 2016)

Además de eso el descrédito de los trabajadores en los sindicatos que los representan, o sea, la dificultad de defensa de los derechos de los trabajadores por los sindicatos, que generaran desconfianza y hasta una deslegitimación de ellos, también es un factor que fue analizado después la reforma laboral de 2012 en México con el siguiente resultado:

### Gráfica 11 En su opinión, los sindicatos... (Porcentajes)



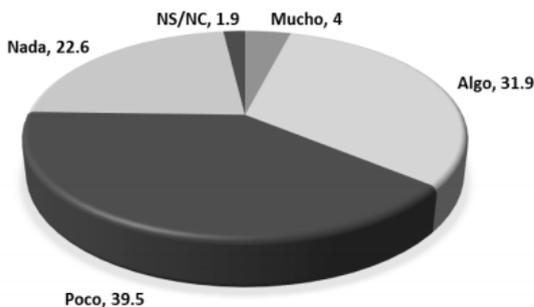
Fuente: Ciro Murayama, Rosa Gómez, “El mercado de trabajo en México. La opinión social sobre la precariedad laboral”, Encuesta Nacional de Economía y Empleo, serie *Los mexicanos vistos por sí mismos*, México, UNAM, 2015.

creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley

Es importante apuntar que la desconfianza de los trabajadores a las instituciones democráticas es también un índice de precarización del trabajo, conforme a OIT.

En una entrevista hecha por investigadores de la UNAM (2015) se cuestionó a los trabajadores sobre el respeto a sus derechos y su opinión sobre el cumplimiento de ellos en México, a la luz de la reforma laboral de 2012, estos fueron los resultados.

En su opinión los derechos de los trabajadores se respetan... (Porcentajes)



Fuente: Ciro Murayama, Rosa Gómez, "El mercado de trabajo en México. La opinión social sobre la precariedad laboral", Encuesta Nacional de Economía y Empleo, serie *Los mexicanos vistos por sí mismos*, México, UNAM, 2015.

De esa manera se puede observar la descreencia de los trabajadores en las instituciones democráticas, sindicales y justicia. Ese hecho es también un de los puntos de la llamada precarización del trabajo, pues es un factor de inseguridad en las leyes, derechos, cumplimiento de ellos y luego, en la vida digna.

#### 4. México

En México, así como en toda América Latina, han sufrido cambios en las leyes desde del avance neoliberal de los años 90, pero la reforma de 2012 fue una de las grandes transformaciones que impactaran fuerte en el mercado laboral (Salas y Pernías, 2017).

Hay más de 38 cambios en la Ley Federal del Trabajo, pero los puntos más relevantes son: la posibilidad de contratación sazonal, temporal, outsourcing, parcial; antigüedad del empleado pasa a no ser relevante para mantener la contratación; la posibilidad del trabajador

tener más tareas do que sola la prevista en su función o contrato laboral; tercerizaciones o "cuaterizaciones" (outsourcing); salario por hora; los salarios atrasados solo serán pagado por un plazo máximo de doce meses (Salas y Pernías, 2017).

Esos cambios tienen como objetivo no la mejora del empleo o de las condiciones laborales para el trabajador, pero la flexibilidad y más beneficios al empleador (Salas y Pernías, 2017).

Según datos de la Comisión Económica para la América Latina (2016) (*in* Salas y Pernías, 2017) presentan que la riqueza en el México aumentó 7,9% de 2004 hasta 2014, pero la economía creció 2,6%, además de eso, el 10% de las familias mexicanas más ricas representa  $\frac{2}{3}$  de los activos financieros (Salas y Pernías, 2017).

Otro dato importante de la economía y desarrollo del empleo en México es que después de la reforma laboral de 2012, 51% de los empleos generados en el mercado laboral fueran por microempresas, con menos de diez empleados, sendo que, en 2016, 82,2% de los empleados en esas empresas no tenían contrato laboral (Salas y Pernías, 2017).

El mercado laboral mexicano convive con el problema grande de la deterioración de la renta del trabajador, que de 2005 era de U\$ 479 dólares, cambiando en 2016 para U\$ 262 dólares (Salas y Pernías, 2017).

Es muy importante analizar además de los datos del empleo y desempleo, o sea, si aumentarán o disminuirán con la reforma de 2012, pero también es importante analizar qué tipo, cualificaciones, funciones, horas, tienen esos empleos generados, pues al que parece, aunque la tasa del desempleo disminuyó un poco, las características del empleo creado no fueran las mejores. Es decir, que generarán una masa de trabajadores empobrecidos malas condiciones laborales, que, aunque trabajen, no salen de la condición de pobreza.

Un punto importante también que destacarse es el Estado como agente de algunas políticas sociales garantizadas por los derechos sociales de las constituciones, pero condicionando a que los ciudadanos que las reciba tengan la posibilidad de pronto dejar de recibirlos, como ejemplo, el hecho de que la persona debe aceptar el primer empleo que le surja, aunque no tenga buenas condiciones laborales, de salud, de salario e así dejar el seguro por desempleo. O sea, es el Estado cumpliendo la norma constitucional con resalvos<sup>(10)</sup>, pues la idea es proporcionar condiciones dignas a los ciudadanos, pero, si tiene que aceptar cualquier empleo para no más recibir el seguro, la finalidad no se cumplió

## 5. Brasil

En Brasil la Ley 13.467/17 de Reforma Laboral que empezó la vigencia en noviembre de 2017 (Brasil, 2017), todavía sigue con poco tiempo para analizar de sus efectos, pero en Ministerio del Trabajo y la institución CAGED, *Cadastro Geral de Empregados e Desempregos*, divulgarán una investigación con algunos de los impactos de la nueva ley en el mercado Laboral.

Hubo decrecimientos de 12.292 vacancias de trabajo formal, con una tasa de 1.124.090 demisiones en noviembre, según el velatorio una retracción del empleo formal (Brasil, 2017). El cambio se presentó con algunas categorías de la

---

(10) A ineficácia dos programas de trabalho forçado é tão patente quanto o seu caráter punitivo. Embora eles sejam periodicamente louvados como o remédio milagroso contra a epidemia de “dependência” que afligiria os pobres, nunca nenhum deles permitiu que mais de um punhado de participantes escapasse da miséria (Burtless, 1989). O dispositivo de workfare serve antes de mais nada para “dramatizar” o imperativo do assalariado fazendo “uma advertência a todos os americanos que trabalham mais por salários menores, quando trabalham: existe uma sorte menos invejável e um status mais baixo que o mais duro dos empregos, por pior remunerado que seja” (Piven e Cloward, 1994: 396). E para embelezar as estatísticas da agência de assistência social, “maquiando” os assistidos como assalariados e identificando ao mesmo tempo a população assistida nas zonas urbanas degeneradas que lhes são reservadas (Wacquant, 2001, p. 28)

ley nueva, como la posibilidad de contratación del empleado por tiempo parcial o temporario (Brasil, 2017), teniendo fuerte influencia el empleo en comercio por razones de las fiestas de final del año (Brasil, 2017).

En el trabajo de tiempo parcial el sector de comercio tuvo una participación de 55%, después el sector de servicio con 37% (Brasil, 2017). Analizando el perfil de los trabajadores tenemos 57% de mujeres de até 29 años, graduadas (66%) (Brasil, 2017). O sea, la modalidad de tiempo parcial, con menores salarios mensuales sin beneficios sociales son cumplidas por las mujeres jóvenes y cualificadas.

Desde noviembre de 2017 que, en los clasificados de periódicos grandes corporativos de empresarios como redes de supermercados internacionales, de fast food, divulgarán plazas de empleo temporario con salarios bien abajo del sueldo mínimo en el país semanales (Ramos, 2017). El salario mínimo actual en Brasil es de R\$ 937,00 reais o U\$ 291,94 dólares, por 8 horas laborales o 44 semanales (Ramos, 2017). Hay empresas ofreciendo salarios de R\$ 115 reais por 4 horas laboradas, U\$ 35,00 dólares (Ramos, 2017).

Así es que aun con poco tiempo de la reforma laboral, los impactos el mercado laboral empiezan, con disminución de los salarios en 8.34 veces, contrataciones con jornadas laborales reducidas, sin los beneficios sociales como la seguridad social.

## 6. Conclusion

Por lo tanto, la idea de ese trabajo de investigación es presentar y discutir algunos de los datos del mercado laboral en Brasil y en México después de la Reforma Laboral, sobre todo la cuestión de las instituciones, como cumplidoras de los derechos, la percepción de los trabajadores sobre ellas, además de las horas laboradas y salarios.

La conclusión inicial de esa investigación es que la disminución de la tasa de desempleo no genera la disminución de la pobreza, por

el hecho de que las plazas de trabajo no son bien pagadas o son de pocas horas laboradas al día, con salarios abajo del mínimo, no más garantizando una vida digna al trabajador.

Resta decir que esta es una investigación científica aún en análice y en la búsqueda de más datos, sobre todo los demás puntos siete del trabajo precario. Pero, desde de ese momento la idea es empezar a hablar de los cambios en el mercado laboral en los dos países, Brasil y México, en los aspectos de formas de contratación precarizada (sin contrato formal de trabajo), la jornada del trabajo, rebaja en los salarios, debilidad sindical y flexibilización en los derechos y en la negociación colectiva.

## 7. Bibliografía

ACEVEDO RODRIGUEZ, Carlos (2011). Precarización laboral y legitimación del modelo económico y político: Iquique-Chile, como caso de estudio. *Gaceta Laboral*, Maracaibo, v. 17, n. 1, p. 31-61.

ADISSON, J. T; Siebert, W. S. Labor market reform in the United Kingdom: from Thatcher to Blair. *Journal of private enterprise*, 2000, vol. 15, issue spring 2000, 1-34

ANTUNES, Ricardo, BRAGA, Ruy (2009). Infoproletários: degradação real do trabalho virtual. São Paulo: Boitempo Editorial.

ARON, Raymond (2002). As etapas do pensamento sociológico. 5. São Paulo: Martins Fontes.

BARBIERI, P. and Cutuli G. (2015) Employment protection legislation, labour market dualism, and inequality in Europe, *European sociological Review*, 32 (4), 501- 516.

BAUMAN, Z. & BORDONI, C. (2016). Estado de crisis. Paidós.

BAUMAN, Z. (2010). *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

BAUMAN, Z., & PENCHEL, M. (1999). *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar.

BAUMAN, Zygmunt (2000). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Editorial Gedisa.

BECK, U. (2000). *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalización*.

BLANK, Carlos Aponte. Estado Social o Estado de Bienestar en América Latina? *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, 2012, Vol. XVIII, No. 1 (ene-jun), pp. 11-40.

BOBBIO, Norberto; *et al.* *Dicionário de política I*. trad. Carmen C, Varriale *et al.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11ª Ed., 1998.

Bourdieu, P. , & Wacquant, L. (2013). O imperialismo da razão neoliberal. *Sociologia em Rede*, 3(3), 82-87

BRAGA, Ruy (2012). *A Política do precariado: do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo.

BRASIL (1995). *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Presidência da República / Câmara da Reforma do Estado.

BRASIL. *Organizações Sociais – Cadernos MARE da Reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997.

BRASIL (2017). *Ministério do Trabalho e Emprego. Programa de Disseminação de Estatística do Trabalho*. Disponível em: < <http://pdet.mte.gov.br/caged>>

BUSTILLO R.M. and Pinto Hernández F. (2016) Reducing precarious work in Europe through social dialogue: precarious employment in Spain, Brussels. <http://www.research.mbs.ac.uk/>

BUSTILLO, R. M; Esteve, F. The neverending story. labour market deregulation and the performance of the spanish labour market. In. Piasna, A; Myant, M. *Myths of employment deregulation: how it neither creates jobs nor reduces labour market segmentation*. Brussels. ETUI. 2017

CALVA, Jose Luis *et al.* *Derechos sociales y desarrollo incluyente: Analisis estrategico para el desarrollo*. Juan Pablos Editor, volumen 12, México, 2012.

CAMPOS, A. G. (2015). *Breve histórico das mudanças na regulação do trabalho no Brasil*. Ipea, 2015. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3513/1/td\\_2024.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3513/1/td_2024.pdf)> . Acesso em: 20/04/2017.

CAMPOS, A. G. (2013). Dilemas do trabalho: sindicatos no Brasil hoje. In: *Regulação do trabalho e instituições públicas*. 1. ed., v. 1, p. 87-122, São Paulo: Fundação Perseu Abramo.

CAMPOS, A. G. (2015). *et Terceirização no Brasil: avaliação do marco legal e esclarecimentos sobre o Projeto de Lei n. 4.330/2004*.



- CAMPOS, A. G. (2016). Impactos da Terceirização sobre a Remuneração do Trabalho no Brasil: novas evidências para o debate.
- Card D., Heining J. and Kline P. (2013) Workplace heterogeneity and the rise of german wage inequality, *Quarterly journal of economics*, 128 (3), 967-101
- CARDOSO, Adalberto & LAGE, Telma (2005). *A Inseção do Trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: DADOS Revista de Ciências Sociais.
- COLLAZOS, Carlos Fange. *El Estado de bienestar*. Enfoques, vol. XIX, núm. 1-2, 2007, pp. 45-54 Universidad Adventista del Plata Libertador San Martín, Argentina.
- CONDE, E. S.(2012). Diversidade em processo: as políticas públicas em perspectiva. *Teoria e Cultura*, v. 1, n. 1.
- DE CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil*. Civilização Brasileira.
- DURKHEIM, É(1967).. *De la división del trabajo social*. Trad. David Maldivsky. Buenos Aires: Schapire.
- DURKHEIM, É(1974). *As Regras do método sociológico*. Trad. Maria Isaura P. Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional.
- FANA, M; Guarascio, D; Cirillo, V. The crisis and labour Market reform in Italy: a regional analysis of the job act. In. Piasna, A; Myant, M. *Myths of employment deregulation: how it neither creates jobs nor reduces labour market segmentation*. Brussels. ETUI. 2017
- FRIEDMANN, G. *et al* (1973). *Tratado de sociologia do trabalho*. Editora Cultrix.
- Gajst, Natalia. (2010). La escuela francesa de la regulación: Una revisión crítica. *Visión de futuro*, 13(1)
- GRANOVETTER, M. (1985). Economic action and social structure: The problem of embeddedness. *American journal of sociology*, 91(3), 481-510.
- GRANOVETTER, M. S. (1973). The strength of weak ties. *American journal of sociology*, 78(6), 1360-1380.
- HABERMAS, J. (1987). *A Crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias*
- HOFMEISNTER, Wilhem, (2005), *Política social internacional consecuencias sociales de la globalización*, Konrad Adenauer.
- KALLEBERG, Arne (2009). O crescimento do trabalho precário: um desafio global. *Rev. bras. Ci. Soc.*, São Paulo , v. 24, n. 69, p. 21.
- KALLEBERG, Arne (2011). *Good jobs, bad jobs*. New York.
- MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARSHALL, T.H. (2001). *Cidadania, classes sociais e status*. 1967.
- MARX, K (2010). *Trabalho assalariado e capital & Salário, preço e lucro*. São Paulo: Expressão Popular.
- MARX, K. (1985). *O Capital: crítica da economia política*. Tradução por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Abril Cultural. Livro 1, v.1, t.1. (Os economistas).
- MARX, K. (1985). *O Capital: crítica da economia política*. Tradução por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Abril Cultural. Livro 1, v. 1, t. 2 (Os economistas).
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich (1998). *O manifesto comunista*. (trad. Maria Lucia Como). 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- MASCARO, A. L. (2015). *Estado e forma política*. Boitempo Editorial.
- MAY, Tim (2004). *Pesquisa social. Questões, métodos e processos*, v. 3.
- OIT (1994). *El trabajo en el mundo: la situación mundial dei empleo*. Genebra.
- OIT (2014). *Policies for the formalization of micro and small enterprises in Brazil. Notes on Policies for the Formalization of Micro and Small Enterprises*.
- OIT (2017). *Relatório Global sobre os Salários 2016/17*. Disponível em: <conricyt.mx.ezproxy.conricyt.org/Buscador/Conricytbodyback/index.php?c=3&i=52>
- PADILHA, Valquíria (2009). *Qualidade de vida no trabalho num cenário de precarização: a panaceia delirante*. *Trab. educ. saúde*, Rio de Janeiro , v. 7, n. 3, p. 549-563.
- Pimentel, T. D. (2012). *Espaço, identidade e poder: esboço de uma teoria morfofenética e morfostática para a sociologia das organizações*.
- PORTILLA MARCIAL, Octavio Carlos. *Política social: del Estado de Bienestar al Estado Neoliberal, las fallas recurrentes en su aplicación Espacios Públicos*, vol. 8, núm. 16, agosto, 2005, pp. 100-

116 Universidad Autónoma del Estado de México Toluca, México.

RAMOS, Mauro. Brasil de Fato. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/12/01/reforma-trabalhista-ja-esta-prejudicando-trabalhadores-conheca-alguns-casos/>>

RODRIGUEZ, J.J.G (2016). Reforma Laboral: um panorama de 3 años de su promulgación. Cámara de Diputados de México: Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública.c

SANTOS, Boaventura de Sousa (1992). O Estado, as relações salariais e o bem-estar social na semi-periferia: o caso português.

\_\_\_\_\_. (1989). O Estado e os modos de produção de poder social.

\_\_\_\_\_. (1990). O Estado e a sociedade em Portugal (1974-1988). Ed Afrontamento.

SASSEN, Saskia (2010). A sociology of globalization. London. Ed. Routledge.

STANDING, Guy (2014). O Precariado: A nova classe perigosa. 1. Ed. Belo Horizonte. Autêntica Editora.

STANDING, Guy (2015). The Precariat and Class Struggle. RCCS Annual Review [Online], 7 | 2015, Online since 01 October 2015, connection on 29 January 2016. Disponível em: <<http://rccsar.revues.org/585>>; DOI : 10.4000/rccsar.585.

STANGING, Guy(2014). O precariado e a luta de classes. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 103 | 2014, colocado online no dia 26 Maio 2014, criado a 29 Maio 2015. URL : <http://rccs.revues.org/5521> ; DOI : 10.4000/rccs.5521.

WEBER, Max. A Ética protestante e o espírito do Capitalismo. São Paulo: Martin Claret, 2001.

WEBER, Max. Economia e Sociedade. São Paulo: Editora UNB. 2004

WRIGHT, Erik Olin (1978).Class, Crisis and the State. London, New Left Bojuoks.

WRIGHT, Erik Olin (1985). Classes. London, Verso.

WRIGHT, Erik Olin (2015). Understanding Class (Is the Precariat a Class). Ed. University of Wisconsin. Madison.

# A reforma trabalhista e o trabalho da mulher

Paula Cantelli<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ Em 13 de julho de 2017, foi publicada a Lei n. 13.467 — conhecida como reforma trabalhista — que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, atacando direitos sociais consagrados pela Constituição Federal de 1988. A reforma trabalhista representa uma ação ofensiva à classe trabalhadora, e, de modo específico, às mulheres, implantando um grande retrocesso social, à medida que destrói boa parte do complexo legislativo que garantia aos trabalhadores brasileiros direitos mínimos instituídos pela Carta Maior. Historicamente, as mulheres sempre foram discriminadas no mercado de trabalho. Percebe-se que a reforma trabalhista, *fechando os olhos* para o princípio constitucional da igualdade, da não discriminação e da vedação ao retrocesso social, impõe à mulher, mais uma vez, empecilhos que comprometem seu ingresso e sua manutenção no mercado de trabalho. Foi justamente a percepção do cenário de retrocesso social criado pela nova lei que deu origem às breves reflexões expostas no presente estudo.

## Palavras-chave:

- ▶ Direito do Trabalho — Princípio constitucional da vedação ao retrocesso social — Princípio constitucional da igualdade — Reforma trabalhista — Mercado de trabalho da mulher — Discriminação.

## Abstract:

- ▶ On July 13, 2017, the Brazilian Federal Act no. 13,467 (“Labor Reform”) changed the Consolidation of Labor Laws, threatening social rights protected by the Federal Constitution of 1988. The Labor Reform represents an aggressive movement against the working class, and especially against women workers, establishing an enormous social retrogression. In such way, the Labor Reform abolishes a great part of the legislative framework of labor rights instituted by the Constitution. Historically, women have always been discriminated in the labor market. The Labor Reform ignored the constitutional principles of equality, non-discrimination and the prohibition of social retrogression, enforcing on women, once more again, obstacles that jeopardize their entry and maintenance in the labor market. It was precisely the perception of the scenario of social retrogression created by the Labor Reform that gave origin to the reflections exposed in an overview in this paper.

(\*) Professora de Direito do Trabalho do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito Milton Campos. Desembargadora do TRT/3ª Região. Membro da Associação

dos Juizes para Democracia e do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais.

## Key-words:

- ▶ Labor Law — Constitutional principle of social non-retrogression — Constitutional principle of equality — Labor reform — Women's labor market — Discrimination.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A discriminação contra a mulher no mercado de trabalho
- ▶ 3. A Constituição da República de 1988 — o início e o fim para todas as leis
- ▶ 4. Implicações da Reforma Trabalhista no trabalho da mulher
  - ▶ 4.1. Revogação expressa do parágrafo único do art. 372/CLT
  - ▶ 4.2. Revogação do art. 384 da CLT
  - ▶ 4.3. Alteração no art. 394-A/CLT — gestação, lactação e atividades insalubres
  - ▶ 4.4. Intervalo intrajornada especial para amamentação
- ▶ 5. Há sempre alguém que resiste, há sempre alguém que diz não
- ▶ 6. Referências

*Pergunto ao vento que passa  
notícias do meu país  
e o vento cala a desgraça  
o vento nada me diz.  
Pergunto aos rios que levam  
tanto sonho à flor das águas  
e os rios não me sossegam  
levam sonhos deixam mágoas.  
Levam sonhos deixam mágoas  
ai rios do meu país  
minha pátria à flor das águas  
para onde vais? Ninguém diz.  
Se o verde trevo desfolhas  
pede notícias e diz  
ao trevo de quatro folhas  
que morro por meu país.  
Pergunto à gente que passa  
por que vai de olhos no chão.  
Silêncio – é tudo o que tem  
quem vive na servidão.  
E o vento não me diz nada  
ninguém diz nada de novo.  
Vi minha pátria pregada  
nos braços em cruz do povo.  
Há quem te queira ignorada  
e fale pátria em teu nome.*

*Eu vi-te crucificada  
nos braços negros da fome.  
E o vento não me diz nada  
só o silêncio persiste.  
Vi minha pátria parada  
à beira de um rio triste.  
Mas há sempre uma candeia  
dentro da própria desgraça  
há sempre alguém que semeia  
canções no vento que passa.  
Mesmo na noite mais triste  
em tempo de servidão  
há sempre alguém que RESISTE  
há sempre alguém que DIZ NÃO.  
Trova do vento que passa  
(Manuel Alegre)*

## 1. Introdução

Em 13 de julho de 2017, foi publicada a Lei n. 13.467 — também conhecida como Reforma Trabalhista — que alterou significativamente a Consolidação das Leis do Trabalho, atacando direitos sociais consagrados (e duramente conquistados) pela Constituição da República de 1988.

A Reforma Trabalhista — aprovada pelo Poder Executivo mediante um discurso de

“modernização” das relações de trabalho, aumento dos postos de trabalho, “aceleração” da economia e crescimento do País — representa uma ação ofensiva (e destrutiva) à sociedade, à classe trabalhadora, e, de modo muito específico (e ainda mais desumano), às mulheres.

A Lei n. 13.467/2017 implanta um grande retrocesso social, à medida que destrói boa parte do complexo legislativo que garantia aos trabalhadores brasileiros direitos mínimos instituídos pela Constituição da República.

Com muita lucidez Reginaldo Melhado<sup>(1)</sup> pondera que a Reforma Trabalhista foi o *mais visceral e perverso ataque sofrido pela classe trabalhadora em toda história da República*:

[...] Ela foi o mais visceral e perverso ataque sofrido pelas classes trabalhadoras em toda história da República. Em tempo algum se experimentara retrocesso tão brutal, impiedoso e cruel, com dimensões que atingiram direitos de cidadania, direitos materiais elementares, o acesso à Justiça e direitos processuais civilizatórios, a organização sindical e um longo et cetera. Em última análise, essa pancada bestial revelou as garras toscas de um capitalismo atrasado, de sua burguesia retrógrada e seus juristas cafonas, que — sem buscar extração da mais-valia relativa na esteira da “modernidade” informacional — apostam sempre no fórceps da intensificação dos ritmos de trabalho, na redução das massas salariais e na deterioração das condições de vida dos seres humanos trabalhadores. Jogam suas fichas na rapinagem da mais-valia absoluta.”

(1) MELHADO, Reginaldo. In: BENDA, Laura (Org.). *Reforma trabalhista*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2018. p. 11-13. E continua Reginaldo Melhado: “No Brasil, as seis pessoas mais ricas — todos homens, claro — têm o equivalente à riqueza (ou pobreza?) dos 100 milhões mais pobres. Em escala global, em 2017, os supermilionários ficaram com 82% da riqueza gerada no mundo. Apenas os 62 maiores arquimilionários acumulam mais riqueza que 3,8 bilhões de terráqueos (50% da população mundial)”.

E o que é pior: nesse cenário de precarização e de destruição de direitos, as mulheres são realmente as mais atingidas, pois são as primeiras a serem substituídas, a perderem seus postos de trabalho e a se submeterem a condições indignas de labor.

Como se sabe, historicamente, as mulheres sempre foram discriminadas no mercado de trabalho. Algumas vezes mais, outras menos, mas, regra geral, a discriminação sempre esteve presente no mundo do trabalho feminino. E o que se percebe é que a Reforma Trabalhista, *fechando os olhos* para o princípio constitucional da igualdade, da não discriminação e da vedação ao retrocesso social, impõe à mulher, mais uma vez, fortes empecilhos que comprometem seu ingresso e sua manutenção no mercado de trabalho.

Foi justamente a percepção do cenário de retrocesso social criado pela Reforma Trabalhista que deu origem às breves reflexões que passaremos a expor.

Inicialmente, pontuaremos, sinteticamente, a discriminação sofrida pela mulher no mercado de trabalho. Em seguida, à luz dos avanços sociais instituídos pela Constituição Federal de 1988, apontaremos, na medida do possível, as alterações implementadas pela Reforma Trabalhista.

## 2. A discriminação contra a mulher no mercado de trabalho

*Pergunto à gente que passa  
por que vai de olhos no chão.  
Silêncio — é tudo o que tem  
quem vive na servidão*

De modo geral, a discriminação contra a mulher esteve presente em praticamente todas as épocas da História da Humanidade. E seus reflexos podem ser vistos claramente nos movimentos de inclusão e expulsão das mulheres do mercado de trabalho.

A intensidade do fluxo da mão de obra feminina variou ao sabor de múltiplos acontecimentos<sup>(2)</sup>. Assim foi, por exemplo, na I Revolução

(2) CANTELLI, Paula Oliveira. *O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação*. São Paulo: LTr, 2007.

Industrial, quando as mulheres entraram em massa no mercado de trabalho, fenômeno que se repetiu nas duas guerras mundiais. Outras influências vieram da própria organização produtiva, sobretudo da maquinização. Os métodos de Taylor e Ford, por exemplo, permitiram o ingresso de mão de obra desqualificada na fábrica, e ao mesmo tempo exigiram — especialmente no início — um grau menor de resistência, características que à época marcavam grande parte das mulheres.

As diversas invenções tecnológicas do século XX, como os aparelhos eletrodomésticos, também colaboraram para o aumento das mulheres na população economicamente ativa, já que lhes proporcionaram maior disponibilidade de tempo para o exercício de atividades fora do âmbito doméstico. Daí o fenômeno do trabalho em *dupla* e às vezes até em *tripla* jornada.

Por outro lado, à medida que diminuíram o esforço físico exigido para o trabalho, a mecanização e a automação também possibilitaram maior inserção do sexo feminino no mercado<sup>(3)</sup>.

Já o movimento contrário, de retração da mão de obra feminina, pode ser observado, por exemplo, quando os homens voltaram das duas grandes guerras; com a implantação do *toyotismo*, que passou a exigir mão de obra mais qualificada, embora o novo modelo produtivo também conviva com o trabalho precário feminino; e também com a intensificação das leis trabalhistas de proteção às mulheres.

Seja como for, a discriminação sempre esteve presente no mercado de trabalho da mulher, tanto no âmbito externo como no Brasil.

Ilustrativamente, pode-se dizer que, no Brasil, nas décadas de 70, 80 e 90 constatou-se um aumento expressivo de mulheres na população economicamente ativa (PEA)<sup>(4)</sup>.

(3) Outro importante acontecimento foi a descoberta da pílula anticoncepcional. O controle da função reprodutora fez com a mulher deixasse de ser escrava da natureza, gerando importantes reflexos no mercado de trabalho.

(4) A População economicamente ativa — PEA — é representada pela oferta de mão de obra — ocupados e

Esse acréscimo perdurou na última década. No entanto, a maior inserção da mulher no mercado de trabalho não melhorou, regra geral, sua condição socioeconômica, sequer eliminou a discriminação por ela sofrida.

Essa discriminação pode ser observada em diversos aspectos do mercado de trabalho, tornando-se bastante nítida, por exemplo, ao se verificar que as mulheres, de modo geral, atualmente, possuem rendimento médio equivalente a cerca de  $\frac{3}{4}$  dos homens<sup>(5)</sup>. Esse cenário, em média, não se alterou nos últimos 5 anos<sup>(6)</sup>. Além disso, constata-se que, entre os mais escolarizados (12 anos ou mais de estudo), a desigualdade de rendimentos é mais elevada: as mulheres recebem 59,2% do rendimento auferido pelos homens. Ou seja, genericamente, mesmo mais escolarizadas, as mulheres têm rendimento médio inferior ao dos homens.

Os dados do IBGE, em 2016, também comprovam a diferença de remuneração: enquanto o rendimento médio mensal dos homens no trabalho formal era de R\$ 2.306,00 o das mulheres era de R\$ 1.764,00.

A situação se agrava ainda mais quando estão presentes dois fatores de discriminação: gênero e raça. É o caso das mulheres negras. Estudo elaborado pela Fundação Perseu Abramo<sup>(7)</sup>, em 2017, informa que as mulheres negras inseridas no trabalho informal têm remuneração mensal, em média, de R\$ 809,00, e

---

desempregados. Relatório Global sobre a Discriminação no Trabalho, da Organização Internacional do Trabalho, “A hora da igualdade no trabalho”. Em 1970, somente 18% das mulheres trabalhavam. Em 1976 este índice aumentou para 29%. Já o percentual feminino da PEA, em 1992, era de 39,4% e em 2003, chegou a 42,7%.

(5) Dados extraídos do IBGE em 2017.

(6) A Pesquisa realizada pelo IBGE, “Síntese de Indicadores Sociais 2013”, aponta que a desigualdade de rendimentos entre homens e mulheres tem se reduzido nos últimos anos, mas elas ainda recebem menos que os homens (em média, 73,3% do rendimento deles).

(7) Disponível em: <<https://fpabramo.org.br/2017/09/13/mercado-de-trabalho-reflete-desigualdade-de-genero-raca-e-regional/>>.

os homens negros R\$ 1.040,00. Já as mulheres não negras do mercado informal auferem cerca de R\$ 1.125,00, enquanto os homens não negros recebem mais que o dobro das mulheres negras, de R\$ 1.637,00.

Além disso, segundo estatísticas do IBGE, em 2016, 60,9% dos cargos gerenciais (públicos ou privados), no Brasil, são ocupados por homens, enquanto tão somente 39,1% por mulheres.

Os números acima apontados mostram uma triste realidade: se o salário no Brasil, ainda hoje, é um dos mais baixos do mundo, o das mulheres acaba sendo ainda menor, consequência da desigualdade de tratamento entre os sexos.

Outra estatística<sup>(8)</sup> interessante que merece destaque é que, em 2011, a carga semanal de trabalho (considerando tanto o remunerado como o doméstico) das mulheres era de 58,5 horas e a dos homens era de 52,7 horas. Ou seja, a desigualdade de gênero está presente não somente nos rendimentos inferiores, mas também na desproporcionalidade da distribuição do tempo, pois a carga semanal total de trabalho das mulheres ocupadas excede o tempo gasto pelos homens em quase 6 horas. As mulheres continuam sendo as principais responsáveis pelos cuidados com a casa e com a família, além da jornada executada em seus postos de trabalho.

No quesito desemprego, a discriminação de gênero também se faz presente. O número de mulheres desempregadas é superior ao dos homens<sup>(9)</sup>. Registra-se, nos últimos anos, retração no número de desempregados no Brasil. No entanto, o número de mulheres desempregadas

ainda é superior ao de homens<sup>(10)</sup>. A mão de obra feminina é a primeira a ser substituída e a perder os postos de trabalho.

Ora, a discriminação de gênero é um dos grandes fatores de exclusão social no Brasil, alimentando um *círculo vicioso*, já que a exclusão também gera discriminação. Na verdade, *ela própria* já é um exemplo de discriminação; e talvez seja até *o maior* dos exemplos, pois faz parte da lógica do sistema e, por isso, consegue se naturalizar, tornando-se tão invisível quanto potente.

Seja como for, esse histórico de desigualdade justifica todo o aparato de proteção criado pela Constituição da República com o objetivo de resguardar e, ao mesmo tempo, promover ações afirmativas que diminuam o distanciamento entre homens e mulheres no mundo do trabalho.

Destacaremos, a seguir, a importância da Constituição da República de 1988 como um marco regulatório em direção à igualdade de direitos entre homens e mulheres, frisando a importância do respeito aos preceitos constitucionais.

### 3. A Constituição da República de 1988 — o início e o fim para todas as leis

*Se o verde trevo desfolhas  
pede notícias e diz  
ao trevo de quatro folhas  
que morro por meu país*

A Constituição Federal de 1988 inaugura um importante marco de proteção aos Direitos Humanos, à medida que insere o ser humano como núcleo central de todo o seu sistema de direitos, garantias, regras e institutos.

Gabriela Neves Delgado<sup>(11)</sup> explica que foi ela estruturada em três eixos centrais que se

(8) Dados obtidos no IBGE.

(9) No Brasil, em 2003, o total de desempregados era de 8.515.403. Desse total as mulheres representavam 54,1%, o que significa cerca de 4,6 milhões de pessoas, de acordo com os dados do IBGE. Entre 1993 e 2003, o número de mulheres desempregadas no Brasil cresceu 120,5% e o dos homens, 70,2%.

(10) A taxa de desemprego entre as mulheres foi de 15% no primeiro trimestre de 2018, enquanto a dos homens foi de 11,6%. Dados fornecidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

(11) DELGADO, Maurício Godinho. Delgado, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.476/17*. São Paulo: LTr, 2017. p. 22.

complementam: a incorporação do conceito de Estado Democrático de Direito, que “*confere espaço e energia a seus dois outros eixos, isto é, a sua arquitetura principiopológica humanística e social e o seu conceito de direitos fundamentais da pessoa humana.*”

O núcleo do *conceito* de Estado Democrático de Direito, instituído pela Carta Maior de 1988, são o ser humano e a sua dignidade. É em torno do ser humano (e com o objetivo de salvaguardar a sua dignidade) que são construídos todos os princípios, garantias e regras da Constituição da República de 1988.

Da mesma forma que a Carta Maior assegura a dignidade humana, também avança em direção à igualdade de direitos, inaugurando uma nova fase de proteção contra discriminações.

A igualdade é colocada como princípio fundamental de uma sociedade justa<sup>(12)</sup>. Assim, a observância do princípio da igualdade é fator essencial para se atingir a democracia e o Estado Democrático de Direito. Por isso, discriminar não é apenas transgredir o princípio constitucional da igualdade, mas também é afrontar a própria democracia.

Evidentemente que igualdade não significa identidade. Embora iguais em sua condição humana, todos nós somos diferentes, como tão bem revelam os menores detalhes de nossas personalidades. Assim, tão importante quanto afirmar a igualdade é respeitar as diferenças. Como diz, em outras palavras, Boaventura Souza Santos<sup>(13)</sup>, “*temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza, e temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza*”.

(12) A Declaração Universal dos Direitos do Homem, publicada em 1948, pela Organização das Nações Unidas (ONU) consagra que: “*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”.

(13) SANTOS, B. de S. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2003. p. 56.

Indo mais além, Arendt<sup>(14)</sup> ensina que os homens se tornam iguais como membros de uma coletividade, em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos os mesmos direitos. É a lei que torna os homens iguais. E ela decorre de um pacto tácito entre os cidadãos.

É justamente com o objetivo de preservar a igualdade, respeitando as diferenças, que a Constituição da República assegura a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, além de vedar a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Ainda assim, na prática, não obstante todas essas garantias, persistem, como já mencionado, um grande descompasso entre a forma e o fundo, a lei e a realidade. A discriminação de gênero — especificamente no tocante ao sexo feminino — é um dos mais claros exemplos de como o aparato legislativo brasileiro é imprescindível para assegurar (ou, pelo menos, tentar assegurar) a igualdade e a dignidade humana.

Dessa forma, o que se verifica é que as alterações legislativas impostas pela Reforma Trabalhista, que implicam em diminuição ou em extirpação de direitos conferidos às mulheres, infringem a estrutura da Carta de 1988, cujo objetivo é a consolidação de uma sociedade livre, justa, solidária e baseada na dignidade do ser humano.

Considerando o mercado de trabalho feminino (seja no que se refere ao índice de desemprego, à diferença de rendimentos, à desproporcionalidade de distribuição de tempo de trabalho, às desigualdades de tratamento e às dificuldades enfrentadas para inserção e manutenção no mercado) pode-se afirmar que as mulheres serão as primeiras a serem atingidas pela Reforma Trabalhista, conforme sustenta Patrícia Maeda<sup>(15)</sup>. E mais: as mulheres são as

(14) ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 154.

(15) MAEDA, Patrícia. *A contrarreforma na perspectiva da mulher trabalhadora: quando reformar significa precarizar*.

que mais sentirão os reflexos da precarização nas relações de emprego impostos pela Lei n. 13.467/17.

#### 4. Implicações da Reforma Trabalhista no trabalho da mulher

*Há quem te queira ignorada  
e fale pátria em teu nome.  
Eu vi-te crucificada  
nos braços negros da fome*

A Consolidação das Leis Trabalhistas dedica o Capítulo III à “**Proteção do Trabalho da Mulher**” (arts. 372 a 401). Neste Capítulo há diversos preceitos legais que objetivam garantir a igualdade e inibir práticas discriminatórias.

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, trouxe significativas alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive nas regras que regem o trabalho da mulher. Serão analisadas, a seguir, alterações promovidas no Capítulo III da CLT, pela Lei da Reforma Trabalhista que, especificamente **i)** revogou o parágrafo único do art. 372 da CLT; **ii)** revogou o art. 384 da CLT; **iii)** inseriu o art. 394-A; e **iv)** acrescentou o § 2º no art. 396 da CLT.

##### 4.1. Revogação expressa do parágrafo único do art. 372/CLT

A primeira alteração promovida pela Lei n. 13.467/17, no que se refere à “*Proteção do Trabalho da Mulher*”, foi a revogação expressa do parágrafo único do art. 372 da CLT.

---

In: BENDA, Laura (Org.). *Reforma trabalhista*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2018. p. 253. “As mulheres são as primeiras a serem atingidas por essas medidas. O suposto caráter complementar do trabalho da mulher, uma vez que, dentro do patriarcado, ela deveria priorizar o trabalho não remunerado doméstico e de cuidado com a família, está por trás dessa maior volatilidade da mulher no mercado de trabalho. No entanto, no Brasil, 41% dos lares são sustentados exclusivamente por mulheres, o que revela a dupla perversidade: supostamente no imaginário machista, as mulheres trabalham por opção; na materialidade das relações sociais, as mulheres trabalham para garantir o sustento de si própria e de suas famílias, com todos os encargos de sua “condição feminina”: dupla jornada, cuidados, trabalho doméstico, mas sem acesso a diversos direitos sociais: trabalhistas e previdenciários”.

A Constituição de 1988 expressamente consagrou a igualdade de direitos, a proteção e o incentivo ao mercado de trabalho da mulher. Com isso, na prática, o parágrafo único do art. 372 da CLT já não vigorava no ordenamento jurídico brasileiro, à medida que, de certa forma, promovia uma espécie de discriminação em relação ao trabalho feminino. Em outras palavras, o referido artigo celetista não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Gabriela Neves Delgado<sup>(16)</sup> explica que o parágrafo único do art. 372 não foi recepcionado pela regra insculpida no art. 7º, XX da Constituição da República, pois promovia uma *desproteção* ao mercado de trabalho da mulher:

“Ora, o parágrafo único do art. 372 encontrava-se em posição obviamente antitética ao comando emanado do art. 7º, XX, da Constituição da República, razão pela qual não foi recepcionado, sem qualquer dúvida, também por esse inciso XX do art. 7º é que, ao invés de fixar proteção e incentivos específicos ao mercado de trabalho da mulher, o antigo parágrafo único corroborava manifesta desproteção e, até mesmo, discriminação a ela dirigidas.”

O referido dispositivo legal destinava-se a uma realidade social em que era muito comum o local de trabalho se misturar com o ambiente familiar, situação típica na década de 40, quando ocorreu a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho. Evidentemente, naquela época, poder-se-ia considerar justificável a regra insculpida no parágrafo único do art. 373/CLT, quando se tratasse, evidentemente, de trabalho prestado pela mulher sem subordinação, em uma relação de cunho familiar, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.

Assim, já que não tinha sido recepcionado pelo texto constitucional, a extirpação do parágrafo único do art. 372 da CLT pela Reforma Trabalhista não alterou o cenário jurídico.

---

(16) Delgado, Mauricio Godinho. Delgado, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.476/17*. São Paulo: LTr, 2017. p. 148.

## 4.2. Revogação do art. 384 da CLT

A Lei da Reforma Trabalhista revogou o art. 384 da CLT que estabelecia que “*em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho*”.

O art. 7º, XXII, da CR/88 assegura que são direitos fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Esse dispositivo constitucional estabelece que as normas que promovem a saúde e a segurança no trabalho fazem parte de um núcleo fundamental de direitos do trabalhador. Em outras palavras, a proteção à saúde no trabalho é um direito fundamental do trabalhador, por força do comando constitucional.

Por outro lado, a Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho<sup>(17)</sup> — OIT —, ratificada pelo Brasil e que versa sobre Direitos Humanos, dispõe que todos os trabalhadores têm direito à saúde no trabalho, seja física ou mental, considerando a capacidade individual de cada um.

O intervalo intrajornada especial de 15 minutos, destinado às mulheres, tem um objetivo específico: restabelecer a capacidade (física e mental) de trabalho, antes do início do labor extraordinário, resguardando a saúde da trabalhadora e, de modo geral, reduzindo os riscos de acidentes de trabalho.

Não há dúvida de que a incidência de acidentes de trabalho é maior quando se trabalha em regime de sobrejornada, pois o empregado, em geral, já está cansado por ter cumprido sua jornada ordinária.

Ou seja, o intervalo do art. 384 da CLT tem relação direta com a saúde e segurança do trabalho, e, portanto, é um preceito de ordem pública e indisponível. A revogação do referido

preceito legal, além de violar o princípio da dignidade humana, fere a Convenção n. 155 da OIT.

Na verdade, entendemos que o intervalo de 15 minutos, disposto no referido dispositivo legal, deveria ser estendido também aos homens, que, sem dúvida alguma, também precisam refazer a capacidade (física e mental) antes do início da sobrejornada. No entanto, esse entendimento nunca foi dominante.

A discussão relativa à constitucionalidade do art. 384 da CLT vem sendo debatida desde a promulgação da Carta Maior<sup>(18)</sup>, em 1988.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho — TST — acabou se firmando, em 2009, no julgamento do RR 154000-83.2005.5.12.0046, que decidiu pela constitucionalidade do art. 384, sob o argumento de que a distinção fisiológica e psicológica entre os sexos justificaria a manutenção desse intervalo especial e que, por ser uma norma *afeta à medicina e segurança do trabalho, seria indisponível, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade*:

**MULHER – INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF. 1.**

O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não-recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres

(18) OTRT/3ª Região, na sessão de julgamento do Tribunal Pleno do dia **09.7.2015**, editou a Súmula n. 39, com base no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 2014-2013-100-03-00-2, cujos termos foram assim definidos, *verbis*: **TRABALHO DA MULHER. INTERVALO DE 15 MINUTOS. ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CR/88. COMO DIREITO FUNDAMENTAL À HIGIENE, SAÚDE E SEGURANÇA. DESCUMPRIMENTO. HORA EXTRA. O art. 384 da CLT**, cuja destinatária é exclusivamente a mulher, foi recepcionado pela CR/88 como autêntico direito fundamental à higiene, saúde e segurança, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal, pelo que, está descartada a hipótese de cometimento de mera penalidade administrativa, seu descumprimento total ou parcial pelo empregador gera o direito ao pagamento de 15 minutos extras diários.

(17) A Convenção n. 155 da OIT foi ratificada pelo Brasil mediante o Decreto n. 1.254/1994,



decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico. **2.** A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a **natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres.** Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST). **3.** O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, §1º) deixa claro que o **desgaste físico efetivo é da maternidade.** A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o **tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso.** **4.** Não é demais lembrar que as **mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa.** Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher. **5.** Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista rejeitado. (Processo: RR – 154000-83.2005.5.12.0046 – Data de Julgamento: 17.11.2008, rel. Ministro Ives Gandra Martins

Filho, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DEJT 13.2.2009). (Original sem destaques)

Na mesma direção caminhou o Supremo Tribunal Federal — STF —, que, em 2015, no julgamento do RE 658.312/SC, decidiu pela constitucionalidade do art. 384 da CLT, utilizando, basicamente, os mesmos argumentos mencionados pelo TST – diferença fisiológica e psicológica entre os sexos:

**Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do Trabalho e Constitucional. Recepção do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição Federal de 1988. Constitucionalidade do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia. Mantida a decisão do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso não provido. 1.** O assunto corresponde ao Tema n. 528 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal na internet. **2.** O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual. **3.** A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em **consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho;** ii) considerou existir um **componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher;** e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum **o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho** — o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma. **4.** Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças. **5.** Recurso extraordinário não provido, com a fixação das teses jurídicas de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e de que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras. RE 658312/SC. (RE 658.312/SC. Rel. Min. Dias Toffoli.<sup>(19)</sup>)

(19) Registre-se que, não obstante o pronunciamento do STF foi a matéria, o julgamento referente ao **Tema 528**

Tanto no julgamento do TST como no do STF foi reconhecida a condição diferenciada das mulheres, e, por isso, legitimado o tratamento diferenciado conferido pela legislação trabalhista, considerando-se constitucional o art. 384/CLT.

Fica clara, portanto, a inconstitucionalidade da Lei n. 13.467/2017 no que se refere à revogação do art. 384 da CLT, pois viola: **i)** os preceitos constitucionais tratam da saúde e segurança no trabalho, **ii)** o princípio da dignidade humana e da vedação ao retrocesso social e **iii)** a Convenção n. 155 da OIT.

Acerca do princípio da vedação ao retrocesso social e o art. 384 da CLT, é importante salientar as lições do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal<sup>(20)</sup>:

“Por este princípio, que não é expresso mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora, ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição”

Vale, também, destacar as lições de Gabriela Neves Delgado<sup>(21)</sup> que, ao refletir sobre o tema, pondera que a *retirada de direitos das mulheres (...) é conduta legislativa contrária ao espírito constitucional de 1988*:

“As vantagens jurídicas adicionais atribuídas à mulher, pelo Direito — inclusive o Direito do Trabalho — são, conforme

---

do STF foi **anulado** por falta de intimação das partes para a sessão. Após a devida intimação, foi reincluído em pauta. Até a presente data (setembro/2018) o julgamento está suspenso em razão da “vista” concedida ao Ministro Gilmar Mendes.

(20) BARROSO, Luís Roberto. In: *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 152-3.

(21) Delgado, Mauricio Godinho. Delgado, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.476/17*. São Paulo: LTr, 2017. p. 149.

visto, sufragadas pela Constituição da República. Esta se voltou, como se sabe, para a eliminação da discriminação milenar arquetizada contra as mulheres na sociedade histórica, não só mediante a proibição de tratamento diferenciado com relação aos homens, como também pela agregação de vantagens adicionais específicas, fundadas em peculiaridades consideradas relevantes no que tange as razões biológicas e/ou sociológicas da mulher. A retirada de direitos das mulheres, portanto, é conduta legislativa contrária ao espírito constitucional de 1988, uma incompreensão a respeito da sociedade livre, justa e solidária que a Constituição da República quer ser instaurada no País. Ademais, o argumento pragmático, concernente à dificuldade prática que eventualmente pode envolver o cumprimento do intervalo do art. 384 da CLT, foi resolvido pela própria CLT que, em seu art. 71, § 4º, determina o pagamento do respectivo período do intervalo não observado no plano concreto da relação de emprego.”

Antônio Umberto de Souza Júnior<sup>(22)</sup> acrescenta argumento que reforça a tese de que a Lei n. 13.647/17 deve ser desconsiderada, ao lembrar que o processo legislativo que levou à sua aprovação foi “*completamente desprovido de um debate aprofundado e democrático*”, requisito necessário para que ocorresse “*o pleno exercício das funções institucionais por parte de cada Casa do Congresso Nacional*”. Além disso — e o que é mais grave — a norma retira das trabalhadoras brasileiras direito fundamental socioambiental, recepcionado pela ordem constitucional.

Por todos os motivos já elencados e, considerando que o intervalo de 15 minutos disposto no art. 384/CLT representa uma conquista

---

(22) SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. [et al]. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Rideel. 2017. p. 146.

duramente obtida pela sociedade brasileira, a Lei n. 13.467/2017, neste aspecto, deve ser interpretada à luz da Constituição de 1988 e da Convenção n. 155 da OIT.

### **4.3. Alteração no art. 394-A/CLT — Gestação, lactação e atividades insalubres**

A legislação trabalhista, anteriormente à Lei n. 13.467/17, estabelecia que a empregada gestante ou lactante poderia ser afastada de quaisquer atividades e locais insalubres, enquanto perdurasse gestação ou lactação (art. 394/CLT). O objetivo dessas normas era proteger a saúde da mulher e da criança do contato com substâncias prejudiciais ao seu desenvolvimento.

A nova lei, além de distinguir a gestante da lactante, alterou a redação do *caput* do art. 394-A, da CLT, condicionando o afastamento imediato da gestante ao grau de insalubridade da atividade<sup>(23)</sup>. Sinteticamente, as alterações introduzidas pela Reforma Trabalhista podem

---

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

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

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

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

§ 1º (VETADO)

§2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do *caput* deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como **gravidez de risco** e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

ser assim agrupadas: **i)** durante o período da **gestação**: a empregada será afastada das atividades insalubres, em **grau máximo**, sem perder direito ao pagamento do adicional respectivo. Não há necessidade de se comprovar a necessidade de afastamento por atestado médico; **ii)** também durante o período da **gestação**: a empregada será afastada das atividades insalubres, em **grau médio ou mínimo**, sem perder o direito ao pagamento do adicional respectivo, DESDE QUE comprove a necessidade do afastamento com atestado médico. **iii)** durante o período de **lactação**: independentemente do grau de insalubridade, a mulher será afastada de atividades ou operações insalubres, DESDE QUE comprove a necessidade do afastamento com atestado médico. Se afastada, não perderá direito ao adicional respectivo.

Verifica-se que a nova redação do art. 394-A/CLT dispõe que, com relação à **gestante**, permanece a total proibição para a prestação de serviço em atividades insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação.

No entanto, o que antes era uma regra geral para o trabalho da **gestante** e da **lactante** em atividade insalubre, agora, com a nova lei, transformou-se em exceção. À trabalhadora gestante ou lactante foi imposto o ônus de justificar seu afastamento, comprovando a impossibilidade da prestação de serviços no local insalubre em **grau médio** ou **mínimo**. Observa-se que há, sem qualquer amparo científico, um desvirtuamento na finalidade da norma: a proteção da mulher e da criança.

Repare que, em relação às **lactantes**, o legislador reformista passou a permitir o labor em atividades insalubres, em qualquer grau, salvo quando comprovada sua impossibilidade, através de atestado de saúde, sem prejuízo da sua remuneração, incluído o valor do adicional de insalubridade. A lei anterior proibia o labor total em condição insalubre.

Caso a gestante/lactante seja afastada de suas atividades, independentemente do grau estipulado para a insalubridade, ficará

resguardado seu patamar remuneratório, incluindo o adicional de insalubridade que lhe seria devido.

Vale lembrar, também, que, o art. 392, §4º, I, da CLT dispõe que, durante a gestação, a empregada tem direito, sem prejuízo do salário, à transferência de função, quando suas condições de saúde exigirem, resguardado o direito a retornar à função anteriormente exercida.

Outro ponto que chama atenção é que, se a empresa tem condições de remanejar a mulher para trabalhar em atividade salubre, esta mudança deveria ocorrer de forma automática, independentemente de atestado médico e do grau de insalubridade, concretizando o direito constitucional à saúde e a um meio de ambiente de trabalho saudável.

De qualquer forma, como observa Antônio Umberto de Souza Júnior<sup>(24)</sup>, caberá à trabalhadora, absurdamente, identificar e comprovar os riscos de seu trabalho e a necessidade de seu afastamento, em uma nítida inversão de papéis:

Em síntese, o que o legislador fez foi **inverter o ônus da avaliação técnica dos riscos labor-ambientais**. De acordo com a nova regência jurídica, salvo a hipótese de gestante sujeita a níveis máximos de insalubridade, fica estabelecido abusivo cenário **de presunção de inocuidade labor-ambiental**, sendo que eventual quadro de agressividade à saúde humana deve ser identificado e tecnicamente comprovado pela obreira mediante atestado médico. Trocando em miúdos: incumbirá à **trabalhadora** identificar-se, aferir, avaliar e diagnosticar os riscos de seu próprio meio ambiente laboral.

Ocorre que é direito fundamental da classe trabalhadora a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CF, art. 7º, XXII). Como corolário, constitui dever fundamental do empregador a

manutenção do equilíbrio do meio ambiente laboral. Todavia, como é de fácil inferência, a Lei n. 13.467/2017 estabelece insólita inversão de papéis, atribuindo-se exclusivamente à gestante ou à lactante a tarefa de exibir certificado médico denunciador de desequilíbrio ambiental trabalhista. Nada mais insano.

Na relação de emprego, é ônus do empregador — e não da empregada — identificar e prevenir os riscos ambientais de seu empreendimento. Transferir esse ônus para a empregada é inverter a ordem natural instituída pelo princípio da alteridade, que informa que o empregador assume os riscos do empreendimento.

A nova redação imposta ao art. 394-A/CLT fere o direito à vida e à saúde da gestante, da lactante e da criança, além de violar a Constituição Federal sob diversos aspectos, como defende Patrícia Maeda<sup>(25)</sup>:

Há nítida contrariedade à Constituição Federal sob diversos prismas: a dignidade da pessoa humana, o direito à redução de riscos inerentes ao trabalho, o direito à vida e à saúde, os princípios da prevenção e da precaução, o princípio da proteção integral da criança, além de afrontar normas internacionais de direitos humanos e direito do trabalho.

Por fim, os §§ 2º e 3º do art. 394-A da CLT estabelecem que cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante durante o período de afastamento, fazendo a dedução dos valores quando do recolhimento das contribuições previdenciárias mensais (relativas à folha de pagamento), observados os limites constitucionais. O pagamento e a respectiva dedução referem-se tanto aos casos de afastamento completo como os deslocamentos para exercício de atividades de menor grau de insalubridade. Assim, o empregador fará

(24) SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. [et al]. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Rideel. 2017. p.155.

(25) MAEDA, Patrícia. A contrarreforma na perspectiva da mulher trabalhadora: Quando reformar significa precarizar. in: BENDA, Laura (Org.). *Reforma trabalhista*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2018. p. 257-258.

o pagamento imediato dos valores relativos à remuneração (incluindo o adicional de insalubridade), fazendo uma espécie de antecipação pecuniária, que será compensada pelo Estado.

#### **4.4. Intervalo intrajornada especial para amamentação**

Outra alteração implementada pela Lei n. 13.467/2017 refere-se à concessão do intervalo intrajornada especial, previsto no art. 396, da CLT<sup>(26)</sup>.

Antes da Lei n. 13.467/2017, a CLT assegurava à mulher o direito a dois intervalos especiais (remunerados e de natureza imprevista), de 30 minutos cada um, para fins de amamentação. Tais intervalos seriam concedidos até que a criança completasse 06 meses de idade. Se necessário, a critério da autoridade competente, o período de 06 meses poderia ser dilatado.

Já agora, o momento da concessão dos dois intervalos, durante a jornada de trabalho, será definido por acordo individual do trabalho. Evidentemente, ao se incluir expressamente tal *liberdade de negociação* entre as partes, a empregada lactante (e hipossuficiente) fica submetida às imposições do empregador, podendo ser desvirtuado o objetivo da norma.

O atual cenário de precarização de direitos e de desvalorização do trabalho humano, imposto pela Reforma Trabalhista, aumenta o risco de a empregada ceder às determinações do empregador, deixando de observar as necessidades da maternidade.

---

(26) Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um. (Redação dada pela Lei n. 13.509, de 2017)

§1º Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente. (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017)

§2º Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

Patrícia Maeda<sup>(27)</sup> reforça o argumento de que o discurso de liberdade contratual e de igualdade entre as partes, pregado pela Reforma Trabalhista, não se sustenta, pois a condição material (e socioeconômica) da empregada lactante não foi alterada:

O descanso especial para amamentação, de acordo com o art. 396, § 2º, deformado, passa a ter previsão expressa para que os honorários sejam definidos por acordo individual entre a lactante e o empregador. A rigor, não houve alteração no direito anteriormente previsto. Na prática, porém, o discurso da liberdade contratual e da igualdade entre as partes nas relações de trabalho, além de falacioso, é a base ideológica que busca fundamentar as medidas precarizantes da contrarreforma. O artigo em comento parece querer reforçar a ideia de que a lactante é livre para negociar com o empregador, quando ainda não o é (infelizmente), sem trazer qualquer salvaguarda. Obviamente, os horários devem ser adaptados caso a caso, mas a questão que se põe é a seguinte: a trabalhadora que já tinha condições para combinar isso com o empregador antes desta positividade assim continuará; a que não tinha não passará a ter, apesar de haver norma positivada. Isso porque em nada se alterou a condição material de trabalhadora.

Seja como for, ao se interpretar a nova redação do art. 396/CLT, deve-se sempre preservar a finalidade precípua do instituto, que é a proteção à vida, especialmente à vida da criança, que precisa da amamentação para crescer de forma saudável.

#### **5. Há sempre alguém que resiste, há sempre alguém que diz não**

*Mas há sempre uma candeia dentro da própria desgraça*

---

(27) MAEDA, Patrícia. A contrarreforma na perspectiva da mulher trabalhadora: Quando reformar significa precarizar. In: BENDA, Laura (Org.). *Reforma trabalhista*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2018. p. 258.259.

*há sempre alguém que semeia  
canções no vento que passa*

Embora ainda discriminada, a mulher construiu sua história no mundo do trabalho também com lutas e conquistas. E assim deve continuar sendo. A luta da mulher por seus direitos deve ser uma constante na sociedade. No entanto, é preciso que outros atores — além dela própria — participem dessa cruzada contra o retrocesso social imposto pela Reforma Trabalhista.

Uma das formas de se transformar esta realidade de discriminação, de exclusão e desigualdade social é através do incremento e do engajamento da sociedade em movimentos sociais. O engajamento da sociedade é também essencial.

Na esfera jurídica, uma possível saída para se bloquear a eficácia de normas violadoras de Direitos Humanos, como, por exemplo, regra geral, a Lei n. 13.467/2017, é aplicar o *controle de convencionalidade*.

Conforme anteriormente mencionado, várias foram as garantias constitucionais e tratados internacionais desrespeitados pela Reforma Trabalhista.

Por isso, a análise da Lei n. 13.467/17 deve ser feita, sempre que possível, à luz da Carta Maior e dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil e que versam sobre Direitos Humanos.

Ao celebrar um tratado internacional de proteção aos Direitos Humanos, incorporando-o ao seu ordenamento jurídico através de decreto presidencial, os Estados adotam o mesmo núcleo de proteção de Direitos Humanos, não podendo legislar internamente em descompasso com o compromisso internacional pactuado.

Através do *controle de convencionalidade* afasta-se a aplicação de norma interna contrária aos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos, firmados pelo Estado (e incorporados ao ordenamento jurídico através de decreto legislativo), que, conforme entendimento adotado pelo Supremo Tribunal

Federal, no julgamento do RE 466343, tem força supralegal<sup>(28)</sup>.

Especificamente no que se refere à legislação trabalhista, o Juiz Tarcísio Correa de Brito<sup>(29)</sup> propõe a necessidade de se fazer uma interpretação não somente em conformidade com a Constituição da República, mas também à luz das normas internacionais do trabalho e dos tratados de Direitos Humanos, aplicando-se, exatamente, o referido *controle de convencionalidade*:

“A Justiça do Trabalho deverá fazer prova de originalidade e de coerência com sua jurisprudência sedimentada, no que diz respeito à interpretação da legislação social brasileira à luz das normas internacionais do trabalho (violações no direito material) e dos tratados de direitos humanos (violações no direito material e processual), para além de uma mera análise de sua conformidade com a Constituição Federal (aspectos materiais e formais). Isso impõe incorporar tais normas do ordenamento jurídico internacional como *ratio decidendi* de suas decisões, *ex officio*, ou mediante efetiva provocação das partes litigantes e do Ministério Público do Trabalho. [...] impõe-se o desafio de a doutrina e de a jurisprudência nacionais aplicarem o controle de convencionalidade *lato sensu* para toda e qualquer violação a tratados

(28) No julgamento do RE n. 466.343, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, que deu ensejo à Súmula Vinculante n. 25, consagrou-se o entendimento de que, sendo o Estado Brasileiro signatário do Pacto São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo DL n. 678/92, através do controle de convencionalidade, efetuou-se a eficácia bloqueadora do art. 4º, do Decreto-lei n. 911/1969, não havendo mais suporte legal para se determinar a prisão civil do depositário infiel em território brasileiro.

(29) CORREA DE BRITO, Tarcísio. Direitos sociais fundamentais na perspectiva internacional: contribuições para uma aplicação (criativa) da teoria do controle jurisdicional de convencionalidade e de legalidade das leis trabalhistas. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte. edição especial, p. 203-269, nov. 2017.

de direitos humanos, aí incluídas as NITs em confronto com a legislação nacional, enquanto proposta de estabelecer-se um *ius commune* em matéria de direitos sociais, à luz da construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos.”

Conforme já apontado, a Lei n. 13.467/2017 contraria diversas Convenções da Organização Internacional do Trabalho sobre Direitos Humanos (firmadas e incorporadas ao sistema jurídico pátrio por decretos-legislativos), como, por exemplo, as Convenções ns. 111, 155 e 154. O *controle de convencionalidade* apresenta-se, de fato, como uma solução concreta para esse conflito.

Seja como for, a efetivação dos Direitos Humanos depende, em certa medida, da atuação do Poder Judiciário, que deve ser sempre instrumento de efetividade de Justiça e garantidor do Estado Democrático de Direito.

Usando (e misturando) lições e versos de Manuel Alegre, Eduardo Couture, Guimarães Rosa e Maria Bethânia, podemos concluir dizendo:

*Mesmo na noite mais triste  
em tempo de servidão  
há sempre alguém que resiste  
há sempre alguém que diz não.*

Então, resista.

Lute. Lute sempre.

Lute pelo Direito,

*mas se um dia encontrar o Direito em conflito  
com a Justiça,*

*então lute pela Justiça,*

*porque o que a vida quer da gente é coragem.*

E sua luta nunca será em vão porque, como  
canta Maria Bethânia,

*um dia o mundo vai ver uma flor brotar do  
impossível chão.*

## 6. Referências

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CANTELLI, Paula Oliveira. *O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação*. São Paulo: LTr, 2007.

CORREA DE BRITO, Tarcísio. Direitos sociais fundamentais na perspectiva internacional: contribuições para uma aplicação (criativa) da teoria do controle jurisdicional de convencionalidade e de legalidade das leis trabalhistas. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, edição especial, nov. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.476/17*. São Paulo: LTr, 2017.

MAEDA, Patrícia. A contrarreforma na perspectiva da mulher trabalhadora: quando reformar significa precarizar. In: BENDA, Laura (Org.). *Reforma trabalhista*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2018.

MELHADO, Reginaldo. In: BENDA, Laura (Org.). *Reforma trabalhista*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2018. .

PIRES, Rosemary de Oliveira. *Reforma trabalhista: quadro comparativo da CLT e legislação ordinária afetadas pela Lei n.13.467/2017*. Belo Horizonte: RTM, 2017.

SANTOS, B. de S. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. [et al]. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. O Direito do Trabalho no limiar do século XXI. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 63. n. 7, jul/1999.

# Trabalho intermitente: fleximodernização ou precarização do trabalho?

Carlos Alberto Oliveira Rodrigues<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ Aborda-se neste artigo a introdução no ordenamento jurídico pátrio da modalidade de contrato de trabalho intermitente, implantada pelas alterações no art. 443, e a introdução do art. 452-A na CLT, introduzidas pela Lei n. 13.467/2017. Apresenta-se a inovação jurídica brasileira acerca do trabalho intermitente, pontuando sobre as semelhanças e diferenças com os modelos usados em outros países. Analisa-se pontos controversos advindos do texto legal vigente e, por fim, problematiza-se acerca dos impactos que esta modalidade de contrato de trabalho trará para a vida do trabalhador, problematizando se ele se apresenta ou não como mais uma expressão das desigualdades sociais do modo de produção capitalista.

## Palavras-chave:

- ▶ Reforma Trabalhista — Trabalho intermitente.

## Abstract:

- ▶ The article addresses the introduction in the legal order of the country of the modality of zero-hour work contract, implemented by the changes in article 443, and the introduction of article 452-A in the CLT, introduced by Law 13,467/17. The Brazilian legal innovation on zero-hour work contract is presented, highlighting the similarities and differences with the models used in other countries. We analyze controversial issues arising from the current legal text and, finally, we discuss the impacts that this modality of labor contract will bring to the life of the worker, problematizing whether or not it presents itself as an expression of the social inequalities of the mode of production..

## Key-words:

- ▶ Employment law Reform — Zero-hour work contract.

---

(\*) Advogado Especialista em Direito e Prática Previdenciária. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Estácio de Sá. Bacharel em Direito

---

pela FACISA – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas em Campina Grande – PB.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Trabalho intermitente
- ▶ 3. Trabalho intermitente e o direito comparado
  - ▶ 3.1. Portugal
  - ▶ 3.2. Itália
  - ▶ 3.3. Espanha
  - ▶ 3.4. Alemanha
  - ▶ 3.5. França
  - ▶ 3.6. Inglaterra
  - ▶ 3.7. EUA
- ▶ 4. Pontos polêmicos
  - ▶ 4.1. Previdência e seguridade social
  - ▶ 4.2. Seguro-desemprego
  - ▶ 4.3. Saúde e segurança no trabalho
  - ▶ 4.4. Período de inatividade
  - ▶ 4.5. Férias
  - ▶ 4.6. Cotas de trabalhadores com deficiência
- ▶ 5. Inconstitucionalidade
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências

### 1. Introdução

A Lei n. 13.467/2017, a famigerada Reforma Trabalhista, foi sancionada no dia 13 de julho de 2017, impôs profundas e abrangentes mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), alterações essas que estão sendo assimiladas pela sociedade de um modo geral, como também pelo sistema judiciário em especial.

Foi introduzido no sistema judiciário pátrio, o contrato de trabalho intermitente, implantada pelas alterações no art. 443, e a introdução do art. 452-A na CLT.

Analisa-se este novo modelo de contrato de trabalho, utilizando o método dedutivo, com emprego de técnicas de pesquisa em livros, artigos e publicações em sítios na internet, de modo que o trabalho possa responder adequadamente ao problema proposto e atingir

os objetivos estabelecidos. Com embasamento teórico robusto e atual.

Todas as análises pretendidas serão pontuadas pelos princípios e fundamentos constitucionais, trabalhistas e previdenciários, tendo em vista que para a validação de qualquer norma é essencial que esta esteja em observância àqueles, de modo que se utilizará não só de interpretação sistêmica, mas também teleológica e sociológica, para obter uma síntese de fácil compreensão.

Para finalizar, realizar-se-á uma abordagem panorâmica sobre as alterações impostas ao contrato de trabalho, pontuando sobre as semelhanças e diferenças com os modelos usados em outros. Analisa-se pontos controversos advindos do texto legal vigente e, por fim, problematiza-se acerca dos impactos que

esta modalidade de contrato de trabalho trará para a vida do trabalhador, problematizando se ele se apresenta ou não como mais uma expressão das desigualdades sociais do modo de produção capitalista.

## 2. Trabalho intermitente

A Lei n. 13.467/2017 foi sancionada no dia 13 de julho de 2017, com vigência a partir de 11 de novembro do mesmo ano. Neste intervalo de tempo verificou-se que ela necessitava de muitos ajustes, por isto o governo federal, no dia 14 de novembro de 2017, publicou a Medida Provisória (MP) n. 808, realizando a reforma da reforma. Contudo, o governo de Michael Temer não teve suporte político para transformar a MP em lei; assim, a MP perdeu a validade em 24 de abril de 2018 e o texto original da Lei n. 13.467/2017 é o que está em vigência.

Diante disto, na tentativa de entregar a prometida segurança jurídica divulgada antes da aprovação da Reforma Trabalhista e de minimizar as falhas que esta apresentou, no dia 24 de maio de 2018, o Ministério do Trabalho (MT) publicou no Diário Oficial da União a Portaria n. 349, de 23 de maio de 2018, fazendo a reforma da reforma da reforma. Ela é fundamentada no poder regulamentar dos ministros de Estado, conforme regra estabelecida pelo art. 87, II, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), que permite a expedição de instruções para a execução das leis, dos decretos e dos regulamentos. Com a portaria, alguns itens, de fato, foram esclarecidos, contudo outros tantos permanecem boiando no mar das incertezas.

O trabalho intermitente é um novo tipo de contrato de trabalho, com previsão legal nos artigos 443 e 452-A da CLT, e regulamentado pela Portaria n. 349, de 23 de maio de 2018 do MT. Nele o trabalhador prestará serviços de forma descontinuada, com alternância entre os períodos ativos e inativos, que podem ser medidos em horas, dias ou meses, acordado previamente com o empregador. A prestação

de serviços é intercalada com momentos de não prestação de serviços, período chamado de inatividade. Para a Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho — TRT da 2ª Região, Lorena de Mello Rezende Colnago<sup>(1)</sup>, o trabalho intermitente é uma subespécie do contrato de trabalho a prazo indeterminado. Não há como confundir o trabalho intermitente com a modalidade por prazo determinado, seja qual for a modalidade: contrato de experiência; contrato por obra ou serviço certo; contrato por prazo determinado por aumento do número de empregado; contrato de trabalho temporário urbano ou contrato de trabalho temporário rural. Corroborando com este entendimento o art. 5º da Portaria n. 349 indica cálculo de aviso prévio para o contrato intermitente.

A definição legal do contrato de trabalho intermitente encontra-se no § 3º, do art.443, da CLT:

Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

O que caracteriza essencialmente o trabalho intermitente, no Brasil, é a interrupção temporal da prestação de serviços e a incerteza do momento exato da prestação deles, uma vez que a prestação de serviços só se efetivará após, primeiramente, a convocação para o trabalho por parte do tomador dos serviços e, finalmente, mediante concordância do trabalhador de prestar serviço. A prestação de serviços não é contínua, ocorrendo com alternâncias de períodos de prestação de serviços e de inatividade. A inconstância da prestação de serviço fulmina no trabalhador aquela sensação de “sentir-se

(1) COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho intermitente – trabalho “zero hora” – trabalho fixo descontínuo: a nova legislação e a reforma da reforma. In: LTr Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 82, n. 01, 2018.

participante da empresa”, como informa o Desembargador do trabalho do TRT da 8ª Região, Geogenor de Sousa Franco Filho<sup>(2)</sup>.

O professor Amauri Cesar Alves<sup>(3)</sup> propõe a definição de trabalho intermitente, como segue abaixo:

Finalmente, é possível, conforme foi visto, fixar conceito do que seja contrato de trabalho intermitente no Brasil pós-“reforma trabalhista”. Contrato de trabalho intermitente é modalidade contratual trabalhista bilateral e celetista, com prestação de serviço não eventual e em razão da necessidade de trabalho descontínua, mas comum e corriqueira para o empregador que não pode antever, na admissão do empregado, quando se dará e por quanto tempo demandará a prestação laborativa, que é *sui generis* em relação à previsão de sua duração, marcada pela incerteza do momento exato da necessidade do trabalho e das interrupções, e não pelo número reduzido de horas trabalhadas em um dia, semana ou mês.

A Desembargadora do TRT da 1ª Região, Vólia Bomfim Cassar<sup>(4)</sup>, afirma, por sua vez, que:

O contrato de trabalho pode ser firmado para o trabalho intermitente, isto é, para serviços descontínuos, transitórios, com alternâncias de períodos de trabalho e de inatividade. Algumas vezes a necessidade do serviço é imprescindível e pode variar de tempos em tempos. Esta espécie de contrato não se aplica aos aeronautas, mas deveriam ser excluídos todos que têm legislação própria, específica.

(2) FRANCO FILHO, Geogenor de Sousa. Trabalho intermitente. In: *Revista de Direito do Trabalho*, ano 44, vol. 188, abr. 2018.

(3) ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. In: *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXIX, n. 346, abr. 2018.

(4) CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

Destaca-se que o legislador apenas restringiu a modalidade do trabalho intermitente para os aeronautas, possibilitando o uso deste tipo de contrato de trabalho para qualquer atividade do empregador. Distintamente do que afirmam a Desembargadora acima citada e a recentíssima decisão do Tribunal Regional da 3ª Região, no processo n. 0010454-06.2018.5.03.0097, que teve como relator o Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior e que, por unanimidade, declarou a nulidade da contratação pelo regime intermitente do reclamante, por se tratar, no caso, de atividade típica, permanente e contínua da empresa. Declarou-se na ocasião que o contrato de trabalho intermitente só se aplica nos casos de atividade empresarial descontínua, devendo ser utilizado em situações específicas. E mais, não é cabível a utilização de contrato intermitente para atender postos de trabalho efetivo dentro da empresa. Segundo o acordão a redação do art. 443, § 3º, da CLT, “na realidade se refere à função exercida pelo trabalhador e não ao caráter da atividade em si, [...]”. O acordão segue a tese 28, da Comissão 3, do XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (CONAMAT) e o Enunciado n. 90, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), vejamos ambos, respectivamente:

Tese 28, Comissão 3, XIX CONAMAT

#### O TRABALHO INTERMITENTE E AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

Ementa: 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.

Enunciado n. 90, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Anamatra.

#### CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E DEMANDAS PERMANENTES

1. É ilícita a contratação sob a forma de trabalho intermitente para o atendimento de demanda permanente, contínua ou regular de trabalho, dentro do volume normal de atividade da empresa. 2. É ilegal a substituição de posto de trabalho regular ou permanente pela contratação sob a forma de trabalho intermitente. 3. O empregador não pode optar pelo contrato de trabalho intermitente para, sob esse regime jurídico, adotar a escala móvel e variável da jornada. 4. Presente a necessidade de trabalho intermitente, o empregado contratado na forma do art. 443, § 3º, da CLT tem direito subjetivo à convocação, sendo ilícita sua preterição ou amissão do empregador.

O trabalhador fica à disposição do empregador para prestar serviços quando for convocado e aceitar a convocação. A convocação para o trabalho deve ser feita com, pelo menos, três dias de antecedência para que o trabalhador tenha tempo de se organizar. Ele, a partir do chamado do empregador, assume seu posto para prestar seus serviços. Durante o período de inatividade, o empregado poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviço, que exerçam ou não a mesma atividade econômica, utilizando contrato de trabalho intermitente ou outra modalidade de contrato de trabalho. Durante o período de inatividade, ou seja, de não prestação de serviços, o trabalhador não recebe remuneração e não há previsão de que o trabalhador receberá algum subsídio. O período de inatividade não será considerado como tempo à disposição do empregador.

O chamado para que o empregado possa assumir seu posto e sua resposta devem ser feitos mediante um meio de comunicação acordado entre as partes, que pode ser ligação telefônica, *e-mail*, aplicativo de mensagens tipo WhatsApp, Messenger, entre outros. O empregado terá um dia útil para dar ou não

o aceite, sendo considerado recusa o silêncio do empregado.

O trabalhador poderá recusar o chamado, contudo, o texto da lei não determina quantas vezes pode haver recusas. A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação, e a partir do momento em que o colaborador aceita a oferta não poderá descumprir sua palavra. A parte que descumprir terá de pagar, em trinta dias, multa de 50% da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo. Aqui reside uma grande inovação na relação de trabalho pátrio, no sentido que o trabalhador poderá recusar o chamamento para o trabalho e isso não ensejará qualquer tipo de advertência para ele. E mais, deverá pagar por não trabalhar.

O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e registrado na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS). E mais, deve conter no contrato especificações das condições (horário, dias) que o trabalho deverá ser prestado; não há um limite mínimo de horas trabalhadas de modo que o trabalhador contratado em regime intermitente pode trabalhar duas ou quatro horas semanais. Não há previsão legal de pagamento de horas extraordinárias. A única regra é não ultrapassar os limites máximos previstos pela lei, que são de 44 horas por semana e 220 horas por mês. Segundo João Paulo Sérgio<sup>(5)</sup>, a lei agora dá proteção trabalhista à prática de trabalho em “bicos”.

O trabalhador deverá receber salário proporcional às horas trabalhadas, calculado com base na hora de trabalho que não poderá ser inferior ao valor horário do salário mínimo nem ao dos profissionais que exerçam a mesma função na empresa. Se trabalhar recebe salário, se não prestar serviço não recebe salário, apesar de estar regularmente empregado. Distintamente dos modelos italiano e português,

(5) SÉRGIO, João Paulo. Subordinação e trabalho intermitente: quebra de paradigma. In: *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXIX, n. 346, abr. 2018.

no período de inatividade o trabalhador intermitente recebe subsídio equivalente a 20% da remuneração prevista.

Vê-se que o trabalhador intermitente é colocado em uma situação de insegurança, posto que ele ficará à mercê de ser ou não convocado para prestar serviços. Assim, poderá ocorrer que o trabalhador tenha mais de um emprego intermitente, com CTPS assinada, mas ao final do mês não receba nada, em outras palavras: zero hora trabalhada = zero salário.

Para o Professor Amauri Cesar Alves<sup>(6)</sup>, o pagamento de salário apenas e especificamente por trabalho efetivamente entregue, nada mais é do que rompimento dos paradigmas protetivos do trabalhador. Neste tema, a Desembargadora do TRT da 1ª Região, Vólia Bomfim Cassar<sup>(7)</sup>, afirma que: “Permitir que o trabalho seja executado de tempos em tempos, sem garantia mínima de salário mensal e sem previsibilidade de quantidade mínima de dias de trabalho por mês ou número de meses de trabalho por ano é equiparar o empregado ao autônomo, [...]”.

Dentro do valor a ser recebido pelo empregado intermitente, deverá constar, além do salário acordado, as férias proporcionais com acréscimo de um terço; o décimo terceiro salário proporcional; o repouso semanal remunerado; os devidos adicionais.

A contribuição previdenciária e o depósito no FGTS deverão ser recolhidos mensalmente pela empresa nos termos da lei, proporcionais aos valores recebidos pelo trabalhador, e entregue ao empregado comprovantes do cumprimento destas obrigações.

O trabalhador não poderá ser convocado pelo período de 1 mês, entre os 12 meses subsequentes, a cada 12 meses de trabalho, para trabalhar para o mesmo empregador.

(6) ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. In: *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXIX, n. 346, abr. 2018.

(7) CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

No entanto, poderá, desde que livremente convenionado, parcelar as suas férias em até três períodos. Sobre férias, o Desembargador do trabalho do TRT da 8ª Região, Georgenor de Sousa Franco Filho<sup>(8)</sup>, afirmou que “o tema é controvertido, [...]”.

As verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente. Serão considerados apenas os meses durante os quais o empregado tenha recebido parcelas remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente, se este for inferior.

Ressalta-se ainda que de acordo com o art. 611-A, da CLT, a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre trabalho intermitente. Destarte, os sindicatos trabalhistas, patronais e as empresas podem acordar itens distintos dos dispostos na CLT e Portaria n. 349 do MT.

### 3. Trabalho intermitente e o direito comparado

Analisa-se, neste tópico, como se apresenta o trabalho intermitente em diplomas estrangeiros, verificando semelhanças e diferenças com a legislação pátria. O trabalho intermitente vem sendo previsto há mais de 20 anos em legislações de países como Portugal, Itália, Espanha, França, Alemanha e Inglaterra, bem antes da Reforma Trabalhista.

#### 3.1. Portugal

Segundo Paulo Roberto Fernandes<sup>(9)</sup>, o trabalho intermitente era um dos pontos fortes

(8) FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Trabalho intermitente. In: *Revista de Direito do Trabalho*, ano 44, vol 188, abr. 2018.

(9) FERNANDES, Paulo Roberto. *A figura do contrato de trabalho intermitente do PL n. 6.787/2016 (Reforma trabalhista) à luz do direito comparado*. Disponível em: <<http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

do Acordo Tripartido para um novo sistema de regulação das Leis Laborais de 2008 e foi introduzido no Direito português em 2009. Ele é previsto e definido nos arts. 157<sup>o</sup> a 160<sup>o</sup> do Código do Trabalho. É destinado para empresas que exerçam atividades com descontinuidade ou intensidade variável, ou seja, a intermitência é centrada na atividade exercida pela empresa, diferentemente da previsão na Lei n. 13.467/2017 no Brasil, em que o trabalho intermitente pode ser utilizado independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto os aeronautas.

Trata-se de contrato por prazo indeterminado, pois o legislador proibiu a celebração a termo resolutivo ou em regime de trabalho temporário. O trabalho deve ser escrito e indicar o número anual de horas ou de dias de trabalho de todo o contrato. Além disso, é estabelecido período não inferior a seis meses de trabalho, por ano, dos quais pelo menos quatro devem ser consecutivos. Caso não haja indicação da quantidade de horas ou dias, considera-se como contrato sem período de inatividade. Assim, para o trabalhador intermitente português, reside menos imprevisibilidade do que para o trabalhador brasileiro.

A prestação de trabalho é intercalada por um ou mais períodos de inatividade, ou seja, entre períodos de atividade ou de prestação (tempos de trabalho) e períodos de inatividade (tempos de não trabalho). Durante o período de inatividade, o trabalhador português nessa modalidade tem direito a receber pelo menos 20% da retribuição base em razão do período de inatividade, conforme regra do art. 160<sup>o</sup> do Código do Trabalho. Este pagamento no período de inatividade não tem previsão na lei pátria.

André Almeida Martins, citado por Amauri Cesar Alves<sup>(10)</sup>, indica que no Direito português há dois tipos de trabalho intermitente: o

(10) ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. In: *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXIX, n. 346, abr. 2018.

trabalho a chamado e trabalho alternado. No primeiro, o núcleo essencial do modelo do trabalho é a antecedência com que o empregador deve informar ao empregado do início das atividades, e no segundo, é permitido que as partes estabeleçam a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado.

### 3.2. Itália

Na Itália, o trabalho intermitente é tratado em todo o capítulo I, do Título V, do Decreto Legislativo de setembro de 2003, n. 276, nos arts. 33 a 37. O trabalho intermitente é para serviços descontínuos ou intermitentes, de acordo com as necessidades previstas em negociação coletiva nacional ou territorial, e por períodos pré-determinados durante a semana, o mês ou o ano, por exemplo, no período de férias, Páscoa, Natal etc.

Só é permitida a contratação de trabalhadores entre menores de 25 anos de idade ou com mais de 55, que estejam desempregados. Também é vetada a contratação de trabalhadores intermitentes para substituir trabalhadores que estejam em greve. Tais limitações são inexistentes no Brasil.

É defeso também a contratação de trabalhadores intermitentes para substituir trabalhadores que estejam em greve. Como também contratar, até seis meses após despedimento coletivo, trabalhadores que trabalhavam em unidades de produção, para exercerem as mesmas funções que exerceram antes do despendimento. Também não podem contratar as empresas que tenham suspensão/redução do horário de trabalho ou aquelas que não se submeteram à avaliação de risco em questões de segurança do trabalho.

Durante o período de disponibilidade, período em que o trabalhador não está trabalhando, o trabalhador intermitente não é titular de qualquer direito reconhecido aos outros trabalhadores subordinados, além do subsídio de disponibilidade, que é de 20% dos salários previstos.

Há a possibilidade de pagamento complementar da contribuição previdenciária no período em que o trabalhador receber menos que o mínimo convenicionado.

Os empregados intermitentes são contados para efeitos de aplicação das disposições estatutárias em vigor, proporcional durante o tempo efetivamente trabalhado durante cada semestre. A legislação pátria é silente quanto a este tema.

Excetuando-se o setor de entretenimento, turismo e serviços locais abertos ao público, o trabalho intermitente só é permitido para cada trabalhador diante do mesmo empregador, por um período de 400 dias a cada três anos civis. Caso o limite seja ultrapassado, o contrato passa a ser por tempo integral e por prazo indeterminado<sup>(11)</sup>.

### 3.3. Espanha

Na Espanha, *O Estatuto dos Trabalhadores* regulamenta essa modalidade contratual no art. 16, no capítulo da duração do trabalho, e é chamado de Contrato fixo-descontínuo.

Trata-se de um tipo de contrato descontínuo por prazo indeterminado que deve ser organizado para executar trabalhos que tenham o caráter de descontínuo-fixo e não se repitam em determinadas datas, dentro do volume normal de atividade da empresa. Para o caso de obras descontínuas que se repetem em determinadas datas, aplica-se a regulação do contrato a tempo parcial por tempo indeterminado.

O contrato deve ser escrito e indicar a duração estimada da atividade, jornada de trabalho.

A convenção coletiva é que determina a maneira de convocação para o trabalho. Caso o trabalhador não compareça ao trabalho após

(11) FERNANDES, Paulo Roberto. *A figura do contrato de trabalho intermitente do PL n. 6.787/2016 (Reforma trabalhista) à luz do direito comparado*. Disponível em: <<http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

convocação, a empresa poderá abrir processo de demissão.

Segundo Lorena de Mello Rezende Colnago<sup>(12)</sup>, estima-se que sejam mais de duzentos mil trabalhadores sob este tipo de contrato atualmente, especialmente onde a demanda de trabalho é sazonal, por exemplo, em hospedagens e zonas de turismo. Comenta ainda a Juíza que os espanhóis destacam a segurança de ser chamados a cada vez que a atividade volte a existir. Esta convocação se dá por conta da antiguidade do trabalhador e se mostra também vantajosa para o empregador que terá disponível para trabalhar alguém já treinado.

### 3.4. Alemanha

Na Alemanha foi a “Lei de Promoção de Emprego”, em 1985, que introduziu o “trabalho a pedido” (ARAÚJO. 2018, p. 366), que está regulamentado no § 12 da Lei do Trabalho, a *Teilzeit und Befristungsgesetz (TzBfG)*.

No trabalho a pedido (*Arbeit auf Abruf*), o empregador e o trabalhador podem acordar a quantidade de horas de trabalho. O acordo deve determinar uma quantidade específica de horas de trabalho semanais. Caso não haja definição da carga horária semanal, considera-se dez horas como o estabelecido. Se a duração do horário de trabalho diário não for estabelecida, o empregador deve usar o trabalho do empregado por pelo menos três horas consecutivas.

O empregador deve chamar o empregado para o trabalho com antecedência mínima de quatro dias.

Convenção coletiva pode estabelecer outras condições para o trabalho, distintas das estabelecidas em lei.

### 3.5. França

Aluysio Correa da Veiga<sup>(13)</sup> informa que o modelo de trabalho intermitente francês é

(12) COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho intermitente – trabalho “zero hora” – trabalho fixo descontínuo: a nova legislação e a reforma da reforma. In: *LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 82, n. 01, 2018.

(13) VEIGA, Aluysio Correa da. Reforma trabalhista e trabalho intermitente. In: TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES,

caracterizado pela alternância entre períodos trabalhados e não trabalhados para ser aplicado em certos setores que tenham flutuações na demanda das atividades, como por exemplo turismo, setor artístico, etc.

O contrato deve ser escrito e é por prazo indeterminado que só pode ser intermediado via acordo coletivo e este indicará quais atividades podem ser consideradas intermitentes.

### 3.6. Inglaterra

Na Inglaterra, o trabalho intermitente é conhecido como contrato zero hora, e está previsto nos arts. 27A e 27B do *Employment Rights Act 1996*. Neste modelo de contrato de trabalho não existem garantias de horas a serem trabalhadas. O trabalhador concorda em trabalhar, após convocação, como e quando o necessário para o empregador, sem que sejam fixados horários de trabalho e quantidade de horas de trabalho, como também não há exclusividade de trabalho para um único empregador.

Lorena de Mello Rezende Colnago<sup>(14)</sup> aponta que as mulheres, os jovens com menos de 25 anos e os idosos com mais de 65 anos são os perfis mais comuns sob esse sistema, de acordo com o Escritório Nacional de Estatística britânico. Informa ainda que: “Estima-se que o trabalho a zero hora tenha saltado de cento e um mil para novecentos e cinco mil no primeiro trimestre de 2017 na Inglaterra, enquanto a taxa de desemprego caiu para 4% no mês de março contra uma redução de 0,4% em janeiro, comparando-se com o mês anterior (dezembro de 2016).”

Em julho de 2017, foi disponibilizado o relatório intitulado *Good Work, The Taylor Review of Modern Working Practices* (Bom trabalho, a revisão de Taylor das modernas práticas

de trabalho) que, por sua vez, foi solicitado pelo governo britânico à equipe de Matthew Taylor, diretor executivo da *Royal Society for the Encouragement of Arts, Manufactures and Commerce* no Reino Unido. O pedido do governo britânico foi para desenvolver propostas para melhorar a vida e o trabalho dos cidadãos britânicos.

O relatório concluiu que: o “bom trabalho” deve ser justo e decente; além do emprego é vital para as pessoas saúde, bem-estar e qualidade do trabalho para ajudar as pessoas a se manterem saudáveis e felizes, pois isto beneficia a população e o serviço público; deve-se combater a exploração e o potencial de exploração no trabalho. Deve-se aumentar a clareza das leis e ajudar as pessoas a conhecer e exercer seus direitos; princípios básicos devem ser aplicados a todas as formas de emprego; e deve haver formas de permitir progressão no trabalho.

O Parlamento Europeu solicitou, no dia 31 de maio de 2018, à Comissão e aos Estados-Membros, que tomem medidas para combater o emprego precário, nomeadamente os contratos sem especificação do horário de trabalho.

O pedido teve por base petições apresentadas ao Parlamento Europeu por cidadãos de vários países da União Europeia, em particular Itália, Espanha, Portugal, Polônia, Eslovênia, Inglaterra, Grécia e França, que denunciam a utilização abusiva dos contratos de trabalho a termo e situações de precariedade.

Os eurodeputados solicitaram ainda à Comissão e aos Estados-Membros que:

- apliquem a diretiva relativa ao tempo de trabalho a trabalhadores com contratos sem especificação do horário de trabalho (“contratos de zero horas”), de modo a que esses trabalhadores se beneficiem das disposições em matéria de períodos mínimos de descanso e duração máxima de trabalho;
- melhorem as normas laborais nos trabalhos não convencionais, criando, pelo menos, um conjunto de normas mínimas

Fábio Rodrigues (Coords.). *A reforma trabalhista: o impacto nas relações de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

(14) COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho intermitente — trabalho “zero hora” — trabalho fixo descontinuo: a nova legislação e a reforma da reforma. In: *LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 82, n. 01, 2018.

relativas à proteção social, aos níveis de salário mínimo e ao acesso à formação e ao desenvolvimento;

- garantam o princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual a mulheres e homens no mesmo local de trabalho;
- avaliem a legislação relativa ao trabalho precário no que diz respeito ao impacto em termos de gênero, tendo em conta que as mulheres são mais suscetíveis de trabalhar a tempo parcial ou com contratos a termo ou mal remunerados.

### 3.7. EUA

Nos Estados Unidos, somando-se ao contrato a zero hora, tem-se o *just in time scheduling*, em que o trabalhador tem conhecimento da quantidade de horas de trabalho com pouco tempo antes de trabalhar.

Paulo Roberto Fernandes<sup>(15)</sup> informa que são as lojas de varejo e os restaurantes que mais utilizam esse tipo de contrato de trabalho, com ajuda de *softwares* sofisticados, que estimam o possível fluxo de clientes, dependendo de várias variáveis como por exemplo as condições climáticas.

Em 1 de março de 2018, a Organização Internacional do Trabalho disponibilizou o n. 99 da série *Conditions of Work and Employment*, com o título: *Unstable and on-call work schedules in the United States and Canada*. (Horários de trabalho instável e de plantão nos Estados Unidos e no Canadá). O estudo investigou cronogramas de trabalho instáveis nos Estados Unidos e no Canadá: sua extensão, sua incidência em diferentes grupos demográficos, e seus custos e benefícios para os empregadores e trabalhadores. São disponibilizados estudos de

(15) FERNANDES, Paulo Roberto. *A figura do contrato de trabalho intermitente do PL n. 6.787/2016 (Reforma trabalhista) à luz do direito comparado*. Disponível em: <<http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

caso no comércio varejista e na área da saúde, incluindo o papel variado dos sindicatos na regulação dos horários de trabalho.

Horários de trabalho instáveis são aqueles que variam e os trabalhadores têm pouco ou nenhum controle sobre essa variabilidade, seja como indivíduos ou através de acordos coletivos. Estes horários também são chamados de horários *just in time*. Os custos impostos aos trabalhadores são enormes, incluindo a dificuldade de planejar e coordenar sua agenda para terem um equilíbrio entre vida pessoal e trabalho, e a instabilidade da renda quando o total de horas varia e os trabalhadores são pagos por hora.

O estudo concluiu que os trabalhos com imprevisibilidade de horários e rendimentos baixos são difusos nos Estados Unidos e Canadá. Este tipo de trabalho impõe sofrimento tanto para os trabalhadores quanto para as famílias e comunidades.

Por fim, o estudo aponta que algumas intervenções adicionais no mercado de trabalho são necessárias em ambos os lados da fronteira. Novas políticas públicas, para ajudar a tornar os horários de trabalho mais previsíveis e maior apoio dos sindicatos, são extremamente importantes.

## 4. Pontos polêmicos

Nítida foi a falta de boa técnica legislativa na confecção da Lei n. 13.467/2017, tanto que a lei das gorjetas, Lei n. 13.419/2017, foi tacitamente revogada por uso inadequado de elementos jurídicos textuais. Quanto ao trabalho intermitente, a atecnia se manteve, sendo necessária a edição da Portaria da n. 349 do MT para tentar minimizar as lacunas apresentadas. Mas, mesmo assim, a confusão semântica, associada à má redação legislativa, materializa a insegurança jurídica na medida que não esclarece temas importantes na relação capital-trabalho para o trabalho intermitente e possibilita várias interpretações. Passemos a discorrer sobre alguns destes temas.

#### 4.1. Previdência e Seguridade Social

Como o trabalho intermitente é caracterizado por períodos de inatividade com períodos de prestação de serviços, faz-se necessário analisar a situação do trabalhador intermitente em seus vários momentos durante o contrato de trabalho.

Inicialmente, considera-se o estabelecimento do contrato de trabalho sem a convocação para o trabalho.

De acordo com o art. 12, I, “a”, da Lei n. 8.212/1991, o trabalhador empregado é segurado obrigatório do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), vejamos o texto legal, que segue:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I – como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

[...] (grifei)

Como se vê, o empregado intermitente é segurado obrigatório desde que preste serviço e seja remunerado. Tem-se então, nesta situação: trabalhador empregado, porém, caso não haja convocação para o trabalho, não haverá remuneração, logo, nesta situação hipotética plausível, o trabalhador intermitente não será segurado do RGPS.

Em outro momento do contrato de trabalho, após convocação e aceite, o trabalhador intermitente ganha o *status* de segurado do RGPS.

Segundo o professor Frederico Amado<sup>(16)</sup>, o art. 15, da Lei n. 8.213/1991, prevê lapsos temporais em que a pessoa mantém a qualidade de segurada, mesmo sem verter contribuições ao fundo previdenciário, chamado período de graça.

Assim, para o trabalhador intermitente, logo após o período de prestação de serviços, durante o período de inatividade, mesmo sem trabalhar e sem contribuir para o RGPS, ele mantém a qualidade de segurado, pois está em período de graça, de acordo com o art. 15, II, da Lei n. 8.213/1991. Observa-se também que o trabalhador intermitente só fará jus à prorrogação que dispõe o § 2º, do mesmo artigo, apenas se ficar desempregado, ou seja, persistindo o contrato de trabalho, sem convocação para trabalho, o período de graça acaba e com ele a qualidade de segurado.

Destaca-se que para o segurado empregado, a data inicial para contagem do período de carência é a data do início do exercício da atividade remunerada, e segundo o art. 145, da Instrução Normativa n. 77 de 2015, do INSS, um dia de trabalho, no mês, vale como contribuição para aquele mês. Destarte, basta um dia de trabalho para que naquele dia se inicie a contagem da carência. Insta salientar que a carência não se inicia na data do início do contrato de trabalho, mas na data que, após convocação se verifique a efetiva prestação de serviços pelo trabalhador e recebimento de remuneração.

O imbróglio se apresenta maior ao analisarmos a Lei n. 10.666/2003, a Instrução Normativa, Receita Federal do Brasil (RFB), IN RFB n. 97 de 2009, e o ato declaratório interpretativo RFB n. 6, de 24 de novembro de 2017, que regulamentam as contribuições dos contribuintes individuais e do segurado empregado intermitente, respectivamente. Visto que o contribuinte individual, quando contratado para prestar serviços e auferir naquele mês rendimentos inferiores ao valor mínimo mensal do salário de contribuição, deverá complementar a contribuição para fins de obtenção da aposentadoria por tempo de contribuição. Aplicando-se o princípio da isonomia, o trabalhador intermitente só terá computado como tempo de contribuição para fins previdenciários, inclusive para manutenção

(16) AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

da condição de segurado do RGPS e cumprimento de prazo de carência para concessão de benefícios previdenciários, se realizar o recolhimento da contribuição previdenciária complementar que estava prevista no que dispunha o art. 911-A da CLT, que perdeu a validade junto com a MP n. 808, de 2017.

Destaca-se que a contagem do tempo de contribuição só será feita, por óbvio, durante o período de prestação de serviços. Logo, o trabalhador intermitente levará muito mais tempo para atingir os prazos mínimos exigidos para concessão de qualquer benefício junto ao RGPS, ou seja: para um empregado com contrato em regime de tempo integral indeterminado (8h diárias — 44 semanais) trabalhando 15 anos, terá os 15 anos contados como tempo de contribuição; já para o trabalhador intermitente, que tem contrato de trabalho de 15 anos, não necessariamente terá os 15 anos computados como tempo de contribuição, poderá ter, por exemplo, apenas 10 anos como tempo de contribuição. Nesta proporção, terá de trabalhar por 45 anos para ter contados 30 de contribuição.

O procurador Federal Frederico Amado<sup>(17)</sup> nos ensina que, para o segurado empregado, independe de carência a concessão das seguintes prestações: pensão por morte, auxílio-reclusão, auxílio-acidente, salário-família, salário-maternidade, serviço social, reabilitação profissional, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidentes de qualquer natureza ou causa, doença profissional ou do trabalho, bem como nas hipóteses de doenças ou afeições graves especificadas pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social.

De acordo com o art. 29, da Lei n. 8.213/1991, o salário de contribuição é base de cálculo para o salário de benefício; com a redução do primeiro, ter-se-á também redução do valor dos benefícios previdenciários. Logo,

(17) AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

o trabalhador intermitente que contribuir com valores menores que um salário mínimo, só terá direito a benefício previdenciário de um salário mínimo.

O comando legal, art. 60, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, acerca do pagamento dos primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento do empregado, da atividade laboral por motivo de doença, é de responsabilidade do empregador, sem ressalvas de convocação para o trabalho. Questiona-se então: este comando valerá nos casos em que o empregador não convocar o trabalhador para prestar serviços? O empregador poderá se escusar do pagamento alegando que não houve convocação e nem trabalho. Caso seja determinado que o empregador deva pagar os primeiros quinze dias, surge outro questionamento caso o trabalhador intermitente tenha mais de um empregador: todos os empregadores devem pagar ou apenas um?

#### **4.2. Seguro-desemprego**

A Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que regula o seguro-desemprego, tem por finalidade prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado, em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta.

Durante os períodos de inatividade, o trabalhador intermitente não terá direito ao seguro-desemprego, pois ele estará empregado, mesmo que ao final do mês tenha zero de salário. A legislação pátria não prevê nenhum subsídio durante o período de inatividade como prevê as legislações de Portugal e da Itália e, ao mesmo tempo, impede acesso ao seguro-desemprego, levando o trabalhador ao desamparo social nos períodos de inatividade, tornando nítida a precária proteção social do trabalhador intermitente.

E no caso de demissão, o acesso ao benefício se mostra muito difícil, uma vez que o trabalhador deverá provar ter recebido salários de pessoa jurídica ou de pessoa física a ela equiparada, relativos a: a) pelo menos 12 (doze) meses nos últimos 18 (dezoito) meses

imediatamente anteriores à data de dispensa, quando da primeira solicitação; b) pelo menos 9 (nove) meses nos últimos 12 (doze) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando da segunda solicitação; e c) cada um dos 6 (seis) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando das demais solicitações.

### **4.3. Saúde e segurança no trabalho**

No tocante às normas de segurança e medicina do trabalho, surgem mais dúvidas e insegurança jurídica, visto que ao dar início à prestação de serviços, o trabalhador deve ser submetido ao exame médico e apresentar à empresa o atestado de saúde ocupacional — ASO, indicando que o mesmo está apto ao trabalho. Questiona-se então: Para cada chamamento ao trabalho o trabalhador deve apresentar um ASO? Aplicando-se interpretação teleológica ao novo modelo de contrato de trabalho, neste aspecto, a resposta à questão apresentada é não. Contudo, deve-se considerar que o empregador deve ter a certeza de que aquele trabalhador intermitente, mesmo depois de período de inatividade maior que quinze dias, por exemplo, encontra-se apto para trabalho.

A ausência da certeza, por parte do trabalhador, de que terá remuneração a receber ao final do mês, poderá contribuir para o aumento dos casos afastamento ao trabalho por transcurso de ansiedade e/ou depressão.

### **4.4. Período de inatividade**

Como o contrato de trabalho intermitente é intercalado por período de trabalho com períodos de inatividade, sem trabalho, questiona-se a validade dos benefícios para o trabalhador e as obrigações impostas aos empregadores atrelados ao contrato de trabalho neste período, como por exemplo: convênio médico; vale-refeição; convênio odontológico entre outros.

E quanto aos itens integrantes dos acordos e convenções coletivas? Serão válidos mesmo durante o período de inatividade?

### **4.5. Férias**

De acordo com a legislação vigente, o trabalhador intermitente receberá os valores referentes às férias sem necessariamente gozá-las e quando chegado o momento de realmente aproveitá-las, não terá verba a receber, pois já recebeu.

A professora Vólia Bomfim Cassar<sup>(18)</sup> alerta sobre a não definição quanto a contagem do período aquisitivo das férias. Questiona como será a contagem, se por data de aniversário da vigência do contrato ou da soma dos dias trabalhados até completar 365 dias.

### **4.6. Cotas de trabalhadores com deficiência**

O art. 93, da Lei n. 8.213/1991, obriga as empresas com 100 (cem) ou mais empregados a preencherem de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência.

Não há óbice para que se contrate pelo modelo intermitente todos os empregados do percentual determinado pela lei e nunca efetue a convocação para o trabalho.

## **5. Inconstitucionalidade**

Ainda durante os curtos debates sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 38 de 2017 (PL n. 38/2017), conhecido como projeto de lei da reforma trabalhista, a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho — ANPT, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — ANAMATRA, a Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas — ABRAT, o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho — SINAIT, a Associação Latino-americana de Advogados Laboralistas — ALAL, a Associação Latino-americana de Juizes do Trabalho — ALJT e a Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho — JUTRA, emitiram juntas, em 5 de julho de 2017,

(18) CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

nota técnica sobre o referido projeto. Nela, as entidades signatárias da nota apontam que o texto referente ao contrato intermitente não oferece garantia mínima de jornada de trabalho e conseqüentemente de renda mínima; impõe insegurança ao trabalhador pela falta de previsibilidade de remuneração; afirma que o modelo de contrato de trabalho intermitente iguala o trabalhador a uma máquina que é ligada e desligada conforme a demanda; aponta que o texto do PL afronta os arts. 7º, IV; 1º, IV e 170 todos da CF/1988.

Atualmente tramitam no Supremo Tribunal Federal (STF) quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), ns. 5.806, 5.826, 5.829 e 5.950, apontando inconstitucionalidade do art. 443, *caput*, § 3º e art. 452-A, da CLT. O STF agendou julgamento das ADIs para o dia 12 de junho de 2019.

Em todas as ADI's é apontada afronta ao princípio da dignidade humana, ao considerar o trabalhador mero objeto, uma ferramenta, reduzindo o seu *status* civilizatório. Também é indicada violação ao princípio do não retrocesso social. Apontam que o texto da CLT afronta os artigos: 1º, *caput*, II, III, IV; 5º, *caput*, III, XXIII; 6º, *caput*; 7º, *caput*, IV, V, VII, VIII, XVI, XVII e 170, todos da CF/1988.

A Procuradoria Geral da República, por intermédio da Procuradora-Geral, Raquel Dodge, emitiu pareceres para as ADIs n. 5.806 e 5.829. Neles, a Procuradora impugnou as teses apresentadas pela inconstitucionalidade do art. 443, § 3º e não tratou das teses do art. 452-A. Afirma que o contrato de trabalho intermitente não conduz à fragilidade das relações de trabalho ou à diminuição da proteção social, visto que o pagamento, neste contrato de trabalho, será de acordo com as horas trabalhadas e proporcional ao salário mínimo. Em nenhum momento é abordada a tese da coisificação do homem e nem das violações aos princípios: do não retrocesso social; da alteridade; da valorização social do trabalho.

## 6. Considerações finais

A crise que assola o Brasil atualmente é reflexo da redução da taxa geral de lucro que conduz a uma maior exploração do trabalhador. O modelo de contrato de trabalho intermitente, que vincula a prestação de contrato de trabalho à demanda, é uma tentativa de recuperar a taxa de lucro perdida.

O modelo brasileiro de contrato de trabalho intermitente não tem as garantias mínimas de jornada de trabalho nem as restrições para implantação que há em países europeus. Isso contribui para o empobrecimento dos trabalhadores, uma vez que o indivíduo receberá salário quando prestar serviços, com salário proporcional às horas trabalhadas, aumentando assim a desigualdade social. Ele é mais uma expressão da pauperização do trabalhador, pois são retirados alguns anteparos que protegiam os trabalhadores.

Modernização e flexibilização foram as justificativas para as alterações no texto da CLT, entretanto, ao se retirar a máscara deste discurso neoliberal, o que se vê apresentado é retrocesso social e mais uma maneira de fixar a hegemonia do capital sobre o trabalho. Vê-se que o contrato de trabalho intermitente agudiza a mercantilização da força de trabalho, já que o trabalhador é tratado como uma peça em uma prateleira que o empregador a usa quando lhe convier.

Observa-se não só a precarização dos direitos sociais dos trabalhadores, mas também a insegurança jurídica que a redação vigente trouxe aos empregados e empregadores. Espera-se que mesmo antes do dia 12 de junho de 2019, data do julgamento das ADIs, tenha-se regulamentação sobre os pontos obscuros do texto do contrato de trabalho intermitente, para que o empregado e o empregador possam de fato ter segurança jurídica.

Nos países da Europa, nos EUA e no Canadá, o contrato de trabalho intermitente já vem sendo utilizado há mais tempo e constata-se que eles estão tomando providências para

minimizar os danos causados na qualidade de vida e na saúde dos trabalhadores, recuando em muitos aspectos antes ditos como modernização da relação de trabalho.

## 7. Referências

ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. In: *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXIX, n. 346, abr. 2018.

AMADO, Frederico. Curso de direito e processo previdenciário. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

ARAÚJO, Eneide Melo Correia de. O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato? In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 84, n. 1, jan./mar. 2018.

BRASIL. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 5 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Diário Oficial da União. Publicado em: 24 maio 2018. Edição: 99. Seção: 1. Página: 92. Portaria n. 349, de 23 de maio de 2018. Disponível em: <[http://portal.imprensanacional.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/15752792/do1-2018-05-24-portaria-n-349-de-23-de-maio-de-2018-15752788](http://portal.imprensanacional.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/15752792/do1-2018-05-24-portaria-n-349-de-23-de-maio-de-2018-15752788)>. Acesso em: 7 out. 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 1943, e as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 3 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 7 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm)>. Acesso em: 7 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.666, de 8 de maio de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.666.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.666.htm)>. Acesso em: 7 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7998.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7998.htm)>. Acesso em: 7 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm)>. Acesso em: 7 out. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 14. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho intermitente – trabalho “zero hora” – trabalho fixo descontínuo: a nova legislação e a reforma da reforma. In: *LTr legislação do trabalho*, São Paulo, ano 82, n. 01, 2018.

ESPAÑA. Código Laboral y de la Seguridad Social. Disponível em: <[https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=093\\_Codigo\\_Laboral\\_y\\_de\\_la\\_Seguridad\\_Social\\_&modo=1](https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=093_Codigo_Laboral_y_de_la_Seguridad_Social_&modo=1)>. Acesso em: 7 out. 2018.

FERNANDES, Paulo Roberto. A figura do contrato de trabalho intermitente do PL n. 6.787/2016 (Reforma trabalhista) à luz do direito comparado. Disponível em: <<http://ostrabalistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>>. Acesso em: 30 nov. 2018

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Trabalho intermitente. In: *Revista de Direito do Trabalho*, ano 44, vol 188, abr. 2018.

ITÁLIA. Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/03276dl.htm>>. Acesso em: 7 out. 2018.

MCCRATE, Elaine. Unstable and on-call work schedules in the United States and Canada. In: *Conditions of work and employment series*, n. 99. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_619044.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_619044.pdf)>. Acesso em: 7 out. 2018.



PARLAMENTO EUROPEU. *Atualidade*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20180524IPR04234/pe-apela-a-medidas-contra-abuso-do-trabalho-precario-e-contratos-de-zero-horas>>. Acesso em: 7 out. 2018.

PORTUGAL. *Código do trabalho*. Disponível em: <[http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab\\_indice.html](http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_indice.html)>. Acesso em: 7 out. 2018.

SÉRGIO, João Paulo. Subordinação e trabalho intermitente: quebra de paradigma. In: *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXIX, n. 346, abr. 2018.

SISTEMA NORMAS RECEITA FEDERAL — Acompanhamento diário da legislação atualizada da RFB — *Instrução Normativa RFB n. 971, de 13 de novembro de 2009*. Disponível em: <[\[normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15937\]\(http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15937\)>. Acesso em: 7 out. 2018.](http://</a></p></div><div data-bbox=)

TAYLOR, Matthew Taylor. *Good Work, The Taylor Review of Modern Working Practices*. Disponível em: <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/627671/good-work-taylor-review-modern-working-practices-rg.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/627671/good-work-taylor-review-modern-working-practices-rg.pdf)>. Acesso em: 7 out. 2018.

UK. *Contract types and employer responsibilities*. Disponível em: <<https://www.gov.uk/contract-types-and-employer-responsibilities/print>>. Acesso em: 07 out. 2018.

VEIGA, Aluysio Correa da. Reforma trabalhista e trabalho intermitente. In: TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues (Coords.). *A reforma trabalhista: o impacto nas relações de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

# A reforma trabalhista e seus impactos sobre o instituto da gratuidade de justiça

Jaqueline Alves da Silva<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O desígnio do presente artigo amolda-se na Lei n. 13.467/2017, que introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho grandes alterações no instituto da gratuidade de justiça buscando enfatizar mudanças relativas aos critérios para sua concessão, além de evidenciar as que ocorreram quanto sua abrangência, ressaltando os reflexos dessas alterações diante do direito fundamental de acesso à justiça e discussões sobre a constitucionalidade dessas inovações.

## Palavras-chave:

- ▶ Reforma trabalhista — Gratuidade de justiça — Acesso à justiça — Constitucionalidade — Despesas processuais.

## Abstract:

- ▶ The purpose of the present article gets used in the Law 13,467/2017, that it introduced in the Consolidation of the Laws of the Work great alterations in the institute of the gratuitousness of justice looking for to emphasize relative changes to the criteria for his/her concession, besides evidencing the ones that they happened as his/her inclusion, emphasizing the reflexes of those alterations before the fundamental right of access to the justice and discussions on the constitutionality of those innovations.

## Key-words:

- ▶ Reforms labor — Gratuitousness of justice — Access to the justice — Constitutionality — Procedural expenses.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O instituto da justiça gratuita
- ▶ 3. A contextualização da concessão da gratuidade de justiça pré e pós-reforma

(\*) Advogada – Ordem de Advogados do Brasil (OAB) – Seccional do Rio de Janeiro/RJ. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela

Universidade Estácio de Sá (UNESA). Graduada em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ).



- ▶ 4. Impactos da Lei n. 13.467/2017 sobre a responsabilidade do pagamento dos honorários periciais
- ▶ 5. Lei n. 13.467/2017 e os honorários advocatícios
- ▶ 6. Lei n. 13.467/2017 e a ausência injustificada à audiência
- ▶ 7. Considerações finais
- ▶ 8. Referências

## 1. Introdução

Antes do advento da reforma trabalhista, a concessão da gratuidade de justiça, tal qual art. 790, § 3º, da CLT, não trazia óbices maiores para sua obtenção além da apresentação de requerimento mediante declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu procurador(a) munido de mandato com poderes específicos. Além disso, a mesma estendia-se ao recolhimento de taxas, custas e despesas processuais.

Contudo, a partir de sua instituição, tornou-se evidente a necessidade de se ter cautela com relação a interpretação a ser dada a certas alterações, principalmente no que tange ao benefício da justiça gratuita, tendo em vista a finalidade de proteger não só a garantia fundamental do benefício da gratuidade de justiça e, por conseguinte, o próprio acesso à justiça, mas todo um sistema jurídico-constitucional de direitos fundamentais que deles dependem.

Assim, justifica-se a escolha do tema, dada a importância da consciência prática-teórica do assunto, diante das inovações que repercutem na seara jurídica prática do dia a dia, em matéria trabalhista, inclusive advindas de discussões e entendimentos judiciais quanto a constitucionalidade das mudanças introduzidas pela reforma.

Dentro dessa perspectiva, o presente artigo busca analisar os impactos gerados pela reforma dentro do instituto da justiça gratuita buscando, sucintamente, em um primeiro momento, conceituá-lo e trazer diferenciações básicas relevantes ao entendimento introdutório para o melhor entendimento do assunto.

Quanto ao mais, apresentar as mudanças relativas aos critérios para sua concessão, além de evidenciar a abrangência e impactos dessas modificações em relação ao alcance quanto ao pagamento dos honorários periciais, honorários advocatícios e à ausência injustificada à audiência, ressaltando os reflexos dessas inovações, na seara trabalhista, diante do direito fundamental de acesso à justiça e discussões sobre a constitucionalidade dessas alterações.

## 2. O instituto da justiça gratuita

O instituto da gratuidade de justiça previsto, atualmente, na Constituição Federal como uma garantia fundamental é resultado de um movimento pela busca do efetivo acesso à justiça frente a desigualdades existentes entre as partes e parcela da sociedade. Desse modo, é tido como um dos meios utilizados para enfrentar as barreiras para concretização de um sistema jurídico justo e, de fato, igualitário, no sentido de não só proclamar, mas de garantir o direito de todos.

Antes de introduzir outros aspectos que tem por objetivo o presente artigo, importante se faz delimitar sua definição. Assim, para Rogério Nunes de Oliveira, a gratuidade é definida como “a isenção total, parcial ou diferida, do pagamento das despesas necessárias à realização de um direito subjetivo ou de uma faculdade jurídica, tanto no plano judicial quanto no extrajudicial, conferida a pessoa carente de recursos econômico-financeiros”.<sup>(1)</sup>

No mesmo sentido, para Augusto Tavares Rosa Marcacini, ela é delineada através do seguinte conceito: “a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas a

(1) OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 101.

atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário.”<sup>(2)</sup>

Em outras palavras, pode-se dizer que a justiça gratuita se manifesta mediante dispensa do pagamento de despesas/custas judiciais ou extrajudiciais, atinentes a todo e qualquer processo, visando efetivar o acesso à justiça aos denominados beneficiários, isto é, pessoas desprovidas de recursos econômicos que poderiam ter por obstaculizado seu acesso a tutela jurisdicional.

Igualmente, cabe esclarecer ainda diferença existente entre Assistência judiciária e benefício da assistência gratuita, conforme ensina Pontes de Miranda:

Assistência judiciária e benefício da assistência gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é o direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É um instituto de direito administrativo.<sup>(3)</sup>

Sendo assim, ao passo que a gratuidade judiciária está subordinada à comprovação pela parte que postula a falta de recursos econômicos perante o juízo da causa, a assistência jurídica gratuita está atrelada àquele que demonstra a insuficiência de recursos financeiros junto à Defensoria Pública.

### **3. A contextualização da concessão da gratuidade de justiça pré e pós-reforma**

Antes da entrada em vigor e conseqüente aprovação da reforma trabalhista, através da

(2) MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 32.

(3) PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. I, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. Tomo V, p. 383.

Lei n. 13.467/2017, a concessão da gratuidade de justiça e os requisitos autorizadores de tal benefício estavam disciplinados pelo art. 790, § 3º, ao qual aduzia:

Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

(...)

§ 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.

Dessa forma, para fazer jus a tal benesse seria necessário, como primeira hipótese, o recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal. Ou, considerando a segunda hipótese prevista em lei, nos casos de remuneração superior ao dobro, declaração do requerente, sob pena de lei, de não ter condições de realizar pagamento das custas processuais sem o prejuízo de seu sustento e de sua família.

Com a reforma, o instituto sofreu alterações cabendo ressaltar o texto normativo modificado e inclusão do parágrafo quarto, *vide*:

Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

(...)

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

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

No que tange a modificação inserida no § 3º do mencionado artigo, o que se depreende é uma ampliação quanto ao acesso à justiça frente a facilitação do obstáculo inerente ao pagamento das custas processuais, tendo em vista redação anterior; a reforma delimitar percepção de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo para concessão da gratuidade de justiça, enquanto que de acordo com a nova redação esse limite vai para 40% do teto do Regime Geral da Previdência Social.

Já com relação àqueles que recebem renda maior que 40% do teto RGPS, a única alteração se refere a não possibilidade de concessão de ofício pelo magistrado, mas apenas através de requerimento por meio de declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu procurador(a) munido de mandato com poderes específicos.

A maior polêmica gira em torno do termo utilizado no acrescido parágrafo quarto ao qual menciona a concessão da gratuidade apenas à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas processuais. Diante disso, é necessário esclarecer que à luz do que dispõe art. 99, § 3º, do CPC/2015 e art. 1º da Lei n. 7.115/83, a declaração pessoal de pobreza possui presunção legal de veracidade (*juris tantum* ou relativa), sendo válida até prova em contrário. Corroborando com o que já foi mencionado, igualmente dispõe art. 374, inciso IV, do CPC que aduz a não dependência de prova no que tange a fatos que dispõem de presunção legal de veracidade, tal qual a declaração de hipossuficiência econômica.

Dentro dessa perspectiva cabe evidenciar os Enunciados ns. 197 e 198 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho, que assim expõe:

197. (art. 790, §§ 3º e 4º, da CLT; arts. 99, § 3º e 374, IV, do CPC; art. 1º da Lei n. 7.115/83). Na hipótese de a parte receber salário superior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o benefício da justiça gratuita deve ser concedido se, juntada declaração de pobreza, 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.

198. (art. 790, §§ 3º e 4º da CLT; art. 99, § 2º do CPC). Diante da declaração de pobreza juntada pela parte, assinada por ela própria ou por advogado com poderes específicos para tanto, ainda que haja, nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, não pode o Juiz ou o Tribunal, sem antes determinar à parte a comprovação do preenchimento dos pressupostos do benefício da justiça gratuita, indeferir o pedido.

Desse modo, conclui-se que basta o requerimento feito mediante declaração. Quanto ao mais, caberá a parte contrária produzir provas para invalidá-la, a fim de elidir sua presunção legal de veracidade, contudo, respeitado a garantia constitucional do contraditório e ampla defesa frente a possível indeferimento de tal benesse.

#### **4. Impactos da Lei n. 13.467/2017 sobre a responsabilidade do pagamento dos honorários periciais**

Antes da reforma, conforme Súmula n. 457 do TST e art. 790-B da CLT, a parte beneficiária da gratuidade de justiça, mesmo que sucumbente no objeto da perícia, não era responsável pelo pagamento dos honorários periciais, cabendo a União esse adimplemento.

No entanto, com a introdução das alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017, houve modificação quanto ao art. 790-B da CLT, ao qual disciplinava dada matéria, bem como, inclusão do parágrafo quarto. Dessa forma, conforme nova redação, cita-se:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

(...)

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

Em um primeiro momento, resta esclarecer que, de acordo com o que dispunha revogado art. 12 da Lei n. 1.060, sempre prevaleceu entendimento quanto aos efeitos da concessão da gratuidade de que a isenção referente ao pagamento das custas processuais abrangiam o beneficiário que pudesse ter por prejudicado seu sustento e de sua família, frente a seu pagamento. Outro ponto é que a União teria responsabilidade para promover tal adimplemento, sem, contudo, deixar de considerar a possibilidade de executar a parte que fizesse gozo de tal benefício, no prazo prescricional de cinco anos, caso houvesse fato superveniente que gerasse sua suficiência de recursos. De todo exposto, insta salientar que tal entendimento prevalece frente ao atual art. 98, §§ 2º<sup>(4)</sup> e 3º do CPC/2015<sup>(5)</sup>.

Apesar dessa disposição, o entendimento aplicado na justiça do trabalho, antes da reforma, era outro, qual seja: a compreensão de que a concessão do benefício da justiça gratuita consistia na dispensa de todo e qualquer pagamento referente às custas do processo, independentemente de qualquer modificação em relação a situação socioeconômica do beneficiário.

A partir da reforma, o beneficiário sucumbente no pedido objeto da perícia assume o pagamento dos honorários periciais, *vide caput* do art. 790-B da CLT. No entanto, resta evidente a necessidade de que o mencionado artigo seja interpretado de forma conjunta

com art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, no sentido de que cessada a situação de insuficiência financeira do beneficiário, considerando prazo prescricional de cinco anos, o mesmo terá a possibilidade de ser responsabilizado pelos pagamentos dos honorários periciais. Caso contrário, estaríamos propagando total afronta a Constituição e violação a garantias fundamentais asseguradas pela mesma, tal qual o amplo acesso à justiça e a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

Nesse sentido, conforme entendimento da maior parte da doutrina, estes entendem que esse preceito normativo enfatiza uma manifesta ofensa ao direito e a garantia constitucional da justiça gratuita (art. 5º, LXXIV, CF 88<sup>(6)</sup>) e, por decorrência, ao princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF 88<sup>(7)</sup>).<sup>(8)</sup>

Em que pese a inclusão do § 4º do art. 790-B da CLT e a possibilidade de pagamento de honorários periciais por parte do beneficiário, frente a possíveis descontos em créditos obtidos em juízo, ainda que em outro processo, cabendo a União responsabilidade pelo adimplemento somente mediante inexistência de crédito suficiente para suportar tal despesa, da mesma forma se depreende pela utilização de interpretação que abranja consonância com os §§ 2º e 3º do art. 98 do CPC.

O que se extrai de boa parte dos entendimentos propagados pela doutrina e da interpretação literal é a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo por possibilidade de violação a assistência judiciária gratuita e integral, a depender da maneira como o dispositivo venha a ser interpretado.

(4) Art. 98, § 2º, CPC/2015: A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

(5) Art. 98, § 3º, CPC/2015: Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

(6) Art. 5º, LXXIV, CF: o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

(7) Art. 5º, XXXV, CF: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

(8) 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. 329.

Em sendo assim, importante ressaltar o Enunciado n. 200 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho :

200. (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88 e art. 790-B, *caput*, e § 4º, da CLT). É inconstitucional, por violação ao princípio do acesso à justiça, impor que a parte, beneficiária da justiça gratuita, que tenha obtido créditos em qualquer processo judicial, arque com honorários periciais, exceto se finda, comprovadamente, a condição de insuficiência econômica que justificou a concessão do benefício da justiça gratuita.

Além disso, os doutrinadores, Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, defendem que essa possibilidade de desconto dos créditos obtidos pelo beneficiário em juízo viola as proteções e prioridades que o ordenamento jurídico confere às verbas trabalhistas, por sua natureza alimentar, submetendo-as e impondo prioridade ao adimplemento de despesas processuais em detrimento da satisfação do próprio direito material envolvido frente a menção a possíveis descontos em créditos obtidos em juízo, ainda que em outro processo.<sup>(9)</sup>

Diante disso, conclui-se pela impossibilidade de compensação de créditos obtidos em juízo em razão de débitos inerentes a custas do processo, resultante do fato de que a abrangência da concessão da gratuidade de justiça não está limitada e adstrita ao resultado do processo, mas sim à situação da parte no que diz respeito a “insuficiência” de recursos.

## 5. Lei n. 13.467/2017 e os honorários advocatícios

Antes da entrada em vigor da reforma trabalhista, os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência estavam adstritos a dois requisitos concomitantes, quais sejam: estar a parte assistida por sindicato da categoria profissional e ainda, comprovar renda igual ou inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não

lhe permitisse demandar sem prejuízo de seu sustento e de sua família (Enunciados ns. 219 e 329 do TST).

Em suma, o entendimento que vigorava na justiça do trabalho restringia os honorários advocatícios do tipo sucumbencial impondo, além da sucumbência, a existência de dois elementos condicionantes e simultâneos para que, de fato, ocorresse a condenação do pagamento dessa verba. Contudo, com o advento da reforma e a inserção do art. 791-A da CLT e seus parágrafos, passou-se a caber os honorários advocatícios em virtude da mera sucumbência.

Assim, conforme se aduz da nova legislação, aos advogados, ainda que atuem em causa própria, serão devidos os honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (art. 791-A, *caput*). Ainda, nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria (art. 791-A, § 1º). Na hipótese de procedência parcial, sendo vedada a compensação entre os honorários e na reconvenção (art. 791-A, §§ 3º e 5º).

Não obstante, as hipóteses trazidas e já mencionadas, importante ressaltar parágrafo que trouxe maior discussão, em sendo, § 4º do art. 791-A, que diz: “Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário”.

(9) 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. 329.

Para Ana Gabriela de Melo Primon, o que se idealizou frente a essa possibilidade de condenação quanto ao pagamento em honorários sucumbenciais, tendo em vista interpretação literal, foi inibir o empregado, consoante medo de possível condenação, de ajuizar uma reclamação em busca de seus direitos, em virtude dos riscos. Sendo assim, viola o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), bem como cria barreiras intransponíveis, em que pese direito fundamental garantido de acesso à justiça.<sup>(10)</sup>

Dentro dessa premissa, Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, entendem que a redação normativa dada pela reforma aos honorários advocatícios sucumbenciais, se lido em sua literalidade, pode impedir o direito a justiça gratuita (art. 5º, XXXV, CF), assim como violar princípio constitucional fundamental de amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), em razão dos riscos econômicos que podem gerar, em especial, as partes que não detém suficiência de recursos para isso.<sup>(11)</sup>

De todo exposto, o que se observa da própria leitura do dispositivo, é a problemática concernente ao fato de se exigir pagamento em razão de condenação em honorários de sucumbência ainda que a parte vencida seja beneficiária da gratuidade de justiça, nos casos em que venha obter ou tenha obtido crédito em juízo, ainda que em outro processo, capaz de suportar adimplemento de tal despesa.

Assim, conforme entendimento já mencionado em caso semelhante quanto aos honorários periciais, da mesma forma se compreende pela utilização de interpretação que abranja

consonância com os §§ 2º e 3º do art. 98 do CPC. Isto é, em suma, infere-se ser impossível a compensação de créditos obtidos em juízo em razão de débitos inerentes a custas do processo, enquanto não cessar a situação da parte no que diz respeito a “insuficiência” de recursos.

Nesse mesmo sentido, reverbera o Enunciado n. 200 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho – FPPT:

200. (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88 e art. 790-B, *caput*, e § 4º, da CLT). É inconstitucional, por violação ao princípio do acesso à justiça, impor que a parte, beneficiária da justiça gratuita, que tenha obtido créditos em qualquer processo judicial, arque com honorários periciais, exceto se finda, comprovadamente, a condição de insuficiência econômica que justificou a concessão do benefício da justiça gratuita.

Ainda assim, consoante disposto, ressalta-se trecho de voto do ministro Edson Fachin em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.766, que diz: “Assim sendo, impõe-se, nesse contexto, uma interpretação que garanta a máxima efetividade desse direito fundamental, sob pena de esvaziar-se, por meio de sucessivas restrições, ele próprio e todos os demais direitos por ele assegurados”.<sup>(12)</sup>

## 6. Lei n. 13.467/2017 e a ausência injustificada à audiência

Em razão do advento da Lei n. 13.467/2017, o art. 844 da CLT, que trata dos deslindes e consequências que envolvem a ausência injustificada a audiência, sofreu consideráveis alterações.

Em redação anterior a reforma, o dispositivo trazia como única consequência para o reclamante, ante a ausência injustificada, o arquivamento do processo e para o reclamado, à revelia e confissão quanto a matéria de fato.

(10) PRIMON, Ana Gabriela de Melo. *Reforma trabalhista: o mito das demandas aventureiras na Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/01/22/reforma-trabalhista-o-mito-das-demandas-aventureiras-na-justica-dotrabalho/>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

(11) 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. 329

(12) FACHIN, E., (11 de maio de 2018). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766 – Distrito Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. DJ: 10.5.2018*. Disponível em Conjur: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-reforma-trabalhista.pdf>>. Acesso em: 1º jan. 2019.

Contudo, de acordo com sua nova redação, além dos efeitos práticos já mencionadas, dentre as inovações trazidas, as que geraram maior discussão e que merecem destaque frente ao devido objetivo do presente artigo, se inserem nos §§ 2º e 3º do citado artigo, que assim aduz:

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

(...)

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

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

(...)

Assim, com o dito intuito de coibir ausências injustificadas dos reclamantes em audiências inaugurais, o legislador passou a impor, condenação ao pagamento de custas ao reclamante faltoso, ainda que beneficiário da gratuidade de justiça, salvo, contudo, comprovação de motivo justificável. Não bastasse, passou-se a exigir ainda o pagamento das custas provenientes dessa condenação, como condicionante para propositura de nova ação.

Desse modo, em consonância ao entendimento do doutrinador, Charles da Costa Bruxel, ainda que seja solução razoável a possibilidade de condenação ao pagamento de custas a parte reclamante ausente e, bem como, vinculação de seu pagamento para propositura de nova demanda ante falta de comprovação de ausência injustificada, desarrazoado se entende a exigência feita até mesmo àqueles que são beneficiários da justiça gratuita.

Assim, de acordo com o art. 5º, XXXV da CF, exigir tal condicionante, nesse caso peculiar, viola o princípio constitucional de acesso à justiça. Em vista disso, para o autor,

não se aplicaria mencionada restrição aos beneficiários da justiça gratuita que estivessem em situação de hipossuficiência econômica quando do ajuizamento do novo processo.<sup>(13)</sup>

Nessa mesma linha de entendimento, Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, pontuam que a redação dos parágrafos restringem o acesso à jurisdição, sendo inegavelmente inconstitucionais, no que tange a extensão da restrição aos beneficiários da justiça gratuita, protegidos constitucionalmente. Mas, com relação aos demais, da mesma forma, se entende como medida válida e razoável.<sup>(14)</sup>

Destarte, conforme todo apresentado, se entende, como já aduzido quanto as alterações referentes ao honorários periciais e advocatícios do tipo sucumbencial, é pela necessidade de interpretação dos §§ 2º e 3º do art. 844 da CLT, concomitantemente, com os §§ 2º e 3º do art. 98 do CPC, pois enquanto não finda a situação de insuficiência de recursos, infundada e inconstitucional seria cobrança da condenação dos pagamentos de custas advindas da ausência, assim como exigência condicionante para apresentar nova demanda.

## 7. Considerações finais

As alterações trazidas com a reforma quanto ao instituto da gratuidade de justiça implicam, de maneira direta e concomitante, ao direito fundamental de acesso à justiça, atingindo, por conseguinte, preceitos constitucionais.

Nesse contexto, importante enfatizar que o que se depreende da realidade fática, ou melhor, prática, é que a justiça do trabalho lida, predominantemente, com a garantia e

(13) BRUXEL, Charles da Costa. *A reforma trabalhista e a justiça gratuita: soluções interpretativas para garantir o acesso à jurisdição laboral após a Lei n. 13.467/2017*. Disponível em: <<http://ostrabalhistas.com.br/reforma-trabalhista-e-justicagratuita-solucoes-interpretativas-para-garantir-o-acesso-jurisdicao-laboral-apos-lei-13-4672017/>>. Acesso em: 25 dez. 2018.

(14) 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. 345.

proteção de pessoas que se encontram, na quase totalidade das vezes, em um estado socioeconômico de insuficiência de recursos, que buscam direitos, de natureza alimentar, que foram violados.

Contudo, importante asseverar que, de certo, o acesso à justiça não se pauta, apenas, na ideia de garantia do acesso à justiça refletido na isenção do pagamento de custas aos que se socorrem ao poder judiciário, tendo em vista diferenças socioeconômicas existente entre as partes e a possível obstacularização da tutela jurisdicional, ante abusos e violação de direitos. Esse conceito abrange para além do exposto, a garantia de um processo justo, efetivo e célere, ressaltado natureza alimentar, conforme bem aduz, Wilson Alves: “o direito ao devido processo, vale dizer, direito às garantias processuais julgamento equitativo (justo), em tempo razoável e eficaz”.<sup>(15)</sup>

Assim, a Lei n. 13.467/2017, introduzida com a dita necessidade de “modernizar” as relações de trabalho, frente a grande quantidade de demandas levadas ao judiciário trabalhista, ressaltadas aquelas em que não condizem com a realidade dos fatos, impôs a observância de levar a tutela jurisdicional, uma litigância responsável, buscando inclusive frear a crescente sobrecarga do poder judiciário na seara trabalhista<sup>(16)</sup>, tendentes também, a burlar preceitos inerentes ao direito fundamental de acesso à justiça para além da garantia ao acesso, mas, ao que tange sua efetividade e celeridade.

Contudo, independentemente de sua real objetivação, o que se observa são alterações

que, dependendo da interpretação dada, violam sem sombra de dúvidas, a Constituição Federal no que se refere a garantia do acesso à jurisdição. Diante disso, frente a sua aprovação e vigência, cabe a nós advogados, juízes, operadores do direito, conjuntamente, o dever de lutar por qualquer retrocesso e violação de direitos e garantias assegurados constitucionalmente, buscando, para tanto, reconhecimento de que, de fato, a interpretação no que tange a essas alterações, devam ser feitas conforme preceitos constitucionais e em conjunto com o ordenamento jurídico.

Assim, genialmente aduz, Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, que necessário se faz ao exercício do operador de direito um procedimento complexo de processo hermenêutico, como bem expressam: “o direito importa no constante exercício do operador jurídico de três operações específicas e combinadas de suma relevância: a interpretação jurídica, a integração jurídica e, finalmente, a aplicação jurídica”.<sup>(17)</sup>

Do exposto, o que se evidencia, nesse contexto, é a necessidade de luta conjunta pelo entendimento pautado na aplicação de uma interpretação garantista, no âmbito do referido instituto, afim de proteger não só a garantia fundamental do benefício da gratuidade de justiça e, por conseguinte, o próprio acesso à justiça, mas todo um sistema jurídico-constitucional de direitos fundamentais que deles dependem.

## 8. Referências

ANDRADE, M. F. O processo do trabalho diante da reforma trabalhista. 2017. 79 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2017.

CAPPELLETTI, M. B. Acesso à justiça. (S. FABRIS, Ed., & T. d. Northfleet, Trad.) Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, A. F. A assistência jurídica e a gratuidade da justiça — da necessária concessão da

(17) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 236.

(15) SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2013. p. 26.

(16) MENDONÇA, Ana Luiza Fischer Teixeira de Souza. Um convite ao litígio responsável: gratuidade de justiça, honorários periciais e honorários advocatícios no processo do trabalho, segundo a Lei n. 13.467/2017 = An invitation to responsible dispute: gratuitous litigation, expert consultant fees and attorney fees on the labor procedure under the Law n. 13.467/2017. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, MG, n. especial, p. 479-491, nov. 2017. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/127189>>. Acesso em: 31 dez. 2018.

justiça gratuita nas emendas patrocinadas pela defensoria pública. Fonte: anadep.org.br: <[https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20963/Ana\\_Carvalho\\_Ferreira\\_Bueno\\_de\\_Moraes.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20963/Ana_Carvalho_Ferreira_Bueno_de_Moraes.pdf)>. Acesso em: 16 dez. 2018.

FACHIN, E., (11 de Maio de 2018). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766 – Distrito Federal*. Relator: Min. Roberto Barroso. DJ: 10.5.2018. Disponível em Conjur: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-reforma-trabalhista.pdf>>. Acesso em: 1º jan. 2019.

FISCHER, A. Um convite ao litígio responsável: gratuidade de justiça, honorários periciais e honorários advocatícios no processo do trabalho, segundo a Lei n. 13.467/2017. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, (especial), 479-491, nov. 2017.

GANN, V. S., & RODRIGUES, P. M. (Outubro de 2018). A reforma trabalhista e a (in)constitucionalidade das limitações impostas à gratuidade da justiça: princípios da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça. *Revista da ESMAT*13, 69-89.

JESUS, I. (2018). Uma visão geral sobre o acesso à prestação jurisdicional após a reforma trabalhista: o horizonte da justiça cada vez mais distante. Monografia ( Graduação em Direito) – UFB, Salvador.

GONÇALVES, D. G. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios e periciais do beneficiário da justiça gratuita após a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, ano VII, n. 10, p. 8-29, out. 2018.

JULIÃO, E. M. (2018). Reforma trabalhista: justiça gratuita, honorários de sucumbência e efetividade do acesso à justiça. Artigo científico ( Direito Processual do trabalho) – UFJF, Juiz de fora.

RAMOS, J. (2018). O custo do processo laboral para os beneficiários da justiça gratuita à luz da reforma trabalhista: honorários advocatícios, honorários periciais e custas processuais. Monografia ( Graduação em Direito) – UFB, Salvador.

MALLET, E. M., & COSTA, F. H. Os honorários advocatícios após a reforma trabalhista. *Rev. TST*, vol. 83, n. 4, 69 – 94, out./dez. 2017 .

MARCACINI, A. T. R. Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 32.

MARTINS, I. T., & FACHIN, Z. O acesso à justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflitos. *SCIENTIA IURIS*, v. 13, 47-64, nov. 2009.

OLIVEIRA, R. N. de. Assistência jurídica gratuita. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 101.

PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. I, de 1669. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. Tomo V, p. 383.

DELGADO, M. G. DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 329.

PRIMON, A. G. de M. Reforma trabalhista: o mito das demandas aventureiras na Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/01/22/reforma-trabalhista-o-mito-das-demandas-aventureiras-na-justica-dotrabalho/>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRUXEL, C. C. A Reforma trabalhista e a justiça gratuita: soluções interpretativas para garantir o acesso à jurisdição laboral após a Lei n. 13.467/2017. Disponível em: <<http://ostrabalhistas.com.br/reforma-trabalhista-e-justicagratis-solucoes-interpretativas-para-garantir-o-acesso-jurisdicao-laboral-apos-lei-13-4672017/>>. Acesso em: 25 dez. 2018.

RIBEIRO, F. R. Lei n. 13.467/2017 e os aspectos controvertidos do benefício constitucional da gratuidade judicial. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, 64, n. 97, p. 185-199, jun. 2018.

SOUZA, T. R. P. Do (não) pagamento de honorários periciais na reforma trabalhista: da adequada interpretação do art. 790-B da CLT. Disponível em: <<https://terciosouza.jusbrasil.com.br/artigos/520265562/do-nao-pagamento-dehonorarios-periciais-na-reforma-trabalhista/amp>>. Acesso em: 2 fev. 2018.

SOUZA, W. A. de. Acesso à justiça. Salvador: Dois de Julho, 2013. p. 26.

MENDONÇA, A. L. Um convite ao litígio responsável: gratuidade de justiça, honorários periciais e honorários advocatícios no processo do trabalho, segundo a Lei n. 13.467/2017 = An invitation to responsible dispute: gratuitous litigation, expert consultant fees and attorney fees on the labor procedure under the Law n. 13.467/2017. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, MG, n. especial, p. 479-491, nov. 2017. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/127189>>. Acesso em: 31 dez. 2018.

DELGADO, M. G.. Curso de direito do trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 236.

# A arbitrabilidade nos conflitos individuais do trabalho

Nívea Maria Santos Souto Maior<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O presente artigo propõe a analisar a arbitragem como meio de solução dos conflitos individuais do trabalho. Primeiramente, cumpre a missão de traçar os aspectos gerais da arbitragem, como também um arcabouço histórico e legislativo da arbitragem no Direito do Trabalho. Para além do traço histórico, avalia-se o grau de eficiência da Justiça do Trabalho em pacificar os conflitos ali ajuizados, principalmente após a vigência da reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017). Em seguida, enfrenta-se o problema da disponibilidade dos direitos trabalhistas individuais e as perspectivas do art. 507-A do diploma celetista. Ao final, discute-se sobre a constitucionalidade da utilização da arbitragem na situação dos altos empregados (“hipersuficientes”).

## Palavras-chave:

- ▶ Arbitragem — Direito individual do trabalho — Reforma trabalhista — Empregado hipersuficiente.

## Abstract:

- ▶ This paper proposes to analyze arbitration as a means of solving individual labor conflicts. Firstly, it fulfills the mission of outlining the general aspects of arbitration, as well as a historical and legislative framework of arbitration in labor law. In addition to the historical trait, it will be necessary to evaluate the efficiency of the Labor Court in pacifying the conflicts therein, especially after the validity of the labor reform (Federal Law n. 13,467/2017). Next, there is the problem of the principle of the unavailability of individual labor rights and the prospects of article 507-A of the Consolidation of Labor Laws. In the end, we discuss the constitutionality of the use of arbitration in the situation of high employees (“hypersufficient”)

## Key-words:

- ▶ Arbitration — Individual labor law — Labor reform — Employee hypersufficient.

(\*) Advogada. Mestranda em Direito – Univ. Estácio de Sá/RJ (Interinstitucional UNESA/FARR). Mestranda em Serviço Social – PPGSS/UEPB. Membro da Comissão da Advocacia Trabalhista – OAB, Subseção Campina Grande/PB (triênio 2016/2018). Pós-Graduada em Meios Consensuais de Solução de Conflitos (ESMA/UEPB).

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Aspectos gerais da arbitragem
- ▶ 3. Arcabouço legislativo da arbitragem no direito do trabalho
- ▶ 4. Pacificação dos conflitos após a reforma trabalhista
- ▶ 5. A arbitragem trabalhista e o empregado hipersuficiente
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências

### 1. Introdução

Em linhas gerais, a arbitragem é um método heterocompositivo, de forma extrajudicial e voluntária, em que as pessoas envolvidas num conflito delegam poderes a um árbitro, geralmente especialista na matéria, para decidir por elas o litígio, ou seja, a arbitragem gera um julgamento das controvérsias fora do Poder Judiciário.

O Brasil tem norma específica sobre a arbitragem (LArb – Lei n. 9.307/1996), sendo recentemente reformada pela Lei n. 13.129/2015; o STF reconheceu a sua constitucionalidade no ano de 2001 (julgamento SE 5206), ou seja, o Brasil é um ambiente seguro e propício para o desenvolvimento da arbitragem, uma decisão arbitral tem o mesmo valor que uma decisão judicial ocorrendo um peculiar deslocamento de jurisdição.

O instituto da arbitragem no Brasil vem apresentando franca ascensão, modernamente é o quinto país<sup>(1)</sup> que mais utiliza este método no mundo, ela tem sido aplicada em vários setores com destaque para conflitos societários, arbitragens internacionais e até mesmo na administração pública. Este crescimento também é devido a produção científica na academia brasileira, vários docentes e estudantes estão dedicando suas teses e dissertações ao tema da arbitragem, o que conseqüentemente favorece a disseminação do conhecimento e a

proposição de soluções jurisprudenciais ainda polêmicas.

O objetivo deste trabalho é estudar a pertinência da arbitragem nas demandas individuais surgidas nas relações empregatícias, sob o prisma do princípio da indisponibilidade dos direitos laborais, de modo a analisar a relativização deste princípio.

Ao longo do desenvolvimento desta pesquisa, será demonstrada a dificuldade em acolher a arbitragem nos conflitos individuais do trabalho, quicá pela falta de tradição em solucionar os conflitos pela via arbitral, talvez ainda pelo receio em admitir um “direito novo” através das recentes mudanças legislativas.

Até o presente momento, a jurisprudência e doutrina ainda não pacificaram sobre o tema, apesar da permissão do próprio legislador com o advento da reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017). Afinal, as relações laborais são regidas também pelo princípio da legalidade (art. 5º, II, CF/88) e da livre estipulação das partes (art. 444 da CLT), o que não está proibido estaria permitido?

Destaca-se o trajeto realizado nesta investigação bibliográfica, no qual os primeiros tópicos constituem um esforço prévio de apropriação aos aspectos gerais da arbitragem, pormenorizando um arcabouço histórico e legislativo da arbitragem brasileira no direito do trabalho.

No tópico seguinte, foi feita uma exposição crítica acerca da eficiência da Justiça do Trabalho em pacificar os conflitos ali ajuizados, com

(1) Informação disponível em: <<https://www.jota.info/justica/brasil-e-o-5o-pais-que-mais-utiliza-arbitragem-no-mundo-19092017>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

ênfase temporal, e num exercício prospectivo, após a vigência da reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017). Por último, será enfrentado o dilema da aproximação dos direitos trabalhistas individuais com a criação de um novo espécime de empregado, os “hipersuficientes”. Será que são na verdade “pseudossuficientes”? Ou seria uma forma inédita de observar as ideias a partir da práxis?

A vigente lei trabalhista agora prevê a arbitragem quando se tratar de empregado hipersuficiente e traz consigo uma nova distinção jurídica entre o que é disponível e o que é irrenunciável no direito do trabalho. Cabe a reflexão de que os trabalhadores atuais não são mais tão vulneráveis como aqueles no ano de 1943 – momento da criação da CLT.

Por conseguinte, percebe-se a mudança legislativa que a reforma trabalhista promoveu quanto à aplicabilidade da arbitragem no direito individual do trabalho, ao permitir que o empregado hipersuficiente, desde que por sua iniciativa ou mediante sua concordância expressa, possa pactuar cláusula compromissória de arbitragem.

O pensamento concretizado neste estudo passará também pela relativização do princípio da indisponibilidade e o critério da hipossuficiência do empregado, visto que a arbitragem somente pode ser manejada para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º da Lei n. 9.307/96).

Será mesmo que o estado de subordinação inerente ao contrato de trabalho impede que o trabalhador manifeste sua vontade em se submeter à arbitragem? A corrente favorável à arbitragem nas disputas individuais alega que nem todos os direitos trabalhistas possuem a natureza de irrenunciáveis, pois, se assim fosse, não existiria um crescente estímulo à conciliação, fato tão corriqueiro nas Varas da Justiça do Trabalho espalhadas pelo país.

Levando em consideração esses pressupostos, o Brasil gasta mais com a repressão aos abusos trabalhistas do que com a orientação e

a prevenção. Na contramão desta constatação, a arbitragem pode ser uma inovação que minimiza a carga de trabalho do Judiciário, proporcionando uma decisão mais célere e com qualidade, economizando tempo e dinheiro, tanto para os tribunais quanto para as partes.

Por fim, mas não menos importante, registra-se que o método científico utilizado foi o hipotético-dedutivo, em uma abordagem ontológica, rejeitando qualquer perspectiva fragmentária ou efêmera da reforma trabalhista, enquanto fenômeno social.

Visa-se então estudar a arbitragem em sua essência para entender as determinações de sua aplicabilidade no direito individual do trabalho, através de uma pesquisa bibliográfica exploratória para se tornar explicativa da totalidade social.

## 2. Aspectos gerais da arbitragem

Antes de submergir direto ao ponto principal deste trabalho, são necessárias algumas noções sobre soluções de conflitos e abreviadas exposições sobre a arbitragem. O conflito é um fenômeno natural entre seres vivos, é inerente à vida, faz parte do amadurecimento das relações. O direito do trabalho está enraizado na vida das pessoas e é invariavelmente um campo vasto de conflito de interesses entre o capital e o trabalho, principalmente nos tempos hodiernos com empregos precários e moldados às conveniências do mercado.

Os métodos de solução de conflitos — a exemplo da mediação e da arbitragem — são conhecidos também pela sigla MASC ou no idioma inglês de ADR (*Alternative Dispute Resolution*) e estão em notória expansão no mundo inteiro. Conveniente refutar o nome “alternativo” e sim substituí-lo por “adequado” (Resolução Apropriada de Disputas — RAD), em razão de que só faria uso do alternativo se o principal meio não desse certo, e na verdade tudo é apropriado o que se precisa analisar é qual a melhor técnica para cada caso.

O professor Thiago Rodvalho (2017, p. 17) esclarece a importância da participação da

advocacia para o desenvolvimento dos meios alternativos de solução de conflitos, o que tem levado alguns advogados a reinventar seu *modus operandi*:

[...] Há algum tempo, o Ministro Luis Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, fez uma ponderação impactante. Disse ele: **“O advogado do futuro não é aquele que propõe uma boa demanda, mas aquele que a evita.** As medidas extrajudiciais de resolução de conflitos estão se tornando uma realidade a cada dia e vão impactar nas funções do advogado, **que passará de defensor a negociador”** (Ministro Luis Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, em palestra no dia 11.8.2016, dia do advogado, no 7º Congresso Brasileiro de Sociedades de Advogados). (grifo nosso)

O nosso ordenamento jurídico contempla alguns modos de solução de conflitos, a saber: a autodefesa, a heterocomposição e autocomposição. A autodefesa refere-se à imposição de uma das partes, perante a outra, a solução se dá através da supressão da vontade de uma das partes, um clássico modelo de autotutela trabalhista é a greve.

Na heterocomposição soluciona-se um conflito por uma fonte supra partes, ou seja, ocorre a intervenção de um terceiro que vem a decidir a controvérsia, impondo a solução aos litigantes, um exemplo desta modalidade é a arbitragem e jurisdição estatal.

Já na autocomposição, o conflito é solucionado pelas próprias partes, mediante um ajuste de vontades, tal como acontece na negociação coletiva trabalhista (acordos e convenções).

A mediação, enquanto solução autocompositiva dos conflitos trabalhistas, é também fomentada pelo Ministério do Trabalho de forma pré-processual ao convocar as partes no conflito coletivo a participarem de uma mesa-redonda, a teor da redação original do art. 616, §2º da CLT e da antiga vigência da Orientação Jurisprudencial n. 24 da SDC/TST.

Igualmente o Ministério Público do Trabalho realiza mediações nos dissídios coletivos, nos moldes da política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público (Resolução CNMP n. 118/2014).

Na esfera processual, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho aprovou a Resolução n. 174/2016 para uniformizar os métodos consensuais no âmbito desta justiça especializada, a ser implementada pelos Tribunais Regionais do Trabalho com a criação de Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC-JT).

Ainda acerca do tema, a professora Carla Tereza Romar (2018, p. 968) esclarece que:

[...] comparando as formas de solução de conflitos coletivos, Amauri Mascaro Nascimento afirma que a mediação é mais do que a conciliação, porque permite uma perspectiva maior de iniciativas, mas é menos do que arbitragem, porque não autoriza atos decisórios nem investe o mediador para tanto.

A arbitragem não é um instituto novo, fruto da colonização portuguesa (Ordenações Filipinas – 1603), ela existe em nosso país desde a época do império, em virtude de sua previsão na primeira Constituição brasileira (1824) em seu art. 160, no qual facultava às partes a nomeação de árbitros para a resolução de seus conflitos<sup>(2)</sup>. O Código Civil de 1916 — em seu art. 1.037 — chancelava também o uso da arbitragem entre particulares; o Código Civil de 2002 em igual sintonia autorizou a arbitragem mediante a inserção de cláusulas contratuais, conforme art. 853.

Prestando a um panorama sobre as câmaras de arbitragem, cabe assinalar que a Câmara de Comércio Internacional (ICC, na sigla em inglês) é a mais famosa no cenário internacional, tem sede na França e foi fundada há quase 100 anos. Além disso, a primeira a se

(2) Informação disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29385/historico-da-arbitragem-no-brasil>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

instalar no Brasil foi a Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM/CCBC) cuja instituição iniciou seu funcionamento na década de 1980<sup>(3)</sup>. Ressalta-se nas câmaras arbitrais uma acentuada preocupação por suas respectivas reputações, sabe-se que qualquer erro pode acarretar prejuízos para a imagem da câmara e assim perder facilmente a sua credibilidade.

No plano exterior, cabe destaque a Convenção de Nova Iorque acerca do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais cujo diploma foi ratificado pelo Brasil<sup>(4)</sup> através do Decreto Federal n. 4.311/2002.

A LArb (Lei n. 9.307/96) determina, em seu art. 31, que: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. A sentença arbitral trata-se de título executivo de natureza judicial, conforme especifica o art. 515, VII, do CPC.

Logo, na fase pós-arbitral (após prolatada a sentença arbitral), o Poder Judiciário somente será acionado em duas hipóteses: a primeira se uma das partes não cumprir a sentença arbitral, neste caso ocorrerá a execução forçada por meio de um processo judicial; e na segunda hipótese em caso de ação declaratória anulatória da sentença arbitral (art. 33), caso seja identificado algum vício procedimental ou vício de vontade das partes.

Importante dizer que tal ação anulatória não é possível ser ajuizada de forma incidental a um processo principal. Na Justiça do Trabalho é inviável acumular este pedido de anulação com condenação de verbas trabalhistas, caberá

unicamente ao magistrado determinar que o árbitro profira nova sentença (§ 2º do art. 32).

E em prestígio a arbitragem, o novo CPC (Lei n. 13.105/15) trouxe em seu art. 235, inciso IV, a figura da Carta Arbitral que consiste no instrumento pelo qual o árbitro solicita a cooperação do Poder Judiciário para praticar ou determinar o cumprimento de decisão, na área de sua competência territorial.

Outrossim, o gênero convenção de arbitragem é dividido em duas espécies a depender do momento em que a arbitragem é instaurada, esta distinção é basilar porque a legislação ora em estudo (art. 507-A da CLT) faz referência justamente a cláusula compromissória. Se a convenção existir antes do conflito conceitua-se como cláusula compromissória, onde as partes previamente escolhem a arbitragem como forma de solução de um conflito por ora inexistente, esta cláusula será inserida no contrato, mas guardará autonomia ainda que o contrato futuramente seja declarado nulo (art. 8º da Lei n. 9.307/96). Em outras palavras, a cláusula compromissória é uma simples promessa de constituir o juízo arbitral.

E caso a convenção de arbitragem ocorra após o surgimento do conflito será denominada de compromisso arbitral, com seus requisitos de validade previstos no art. 10 da lei da arbitragem. O compromisso versa sobre um litígio atual e específico, trata-se de uma convenção bilateral pela qual as partes se obrigam a se submeter à decisão de árbitros por elas indicados.

As principais vantagens para a adoção da arbitragem são: a rapidez, em oposição à morosidade do judiciário e também porque a lei da arbitragem estabelece o prazo máximo de 180 dias para que a sentença arbitral seja proferida (caso as partes não tenham convencionado prazo diferente); a especialidade do julgador, em razão das partes em regra eleger árbitros que tenham familiaridade com a matéria e o profissional com mais *know-how* no julgamento

(3) Informação disponível em: <<http://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

(4) Em razão do Brasil se tornar signatário da citada convenção internacional fez com que o país se tornasse, internacionalmente, um *arbitration-friendly country*. Tal fato é formidável porque incluiu o país no grupo de 150 países que adotam uma política favorável à circulação de decisões arbitrais pelo mundo.

traz mais segurança ao próprio procedimento arbitral, sendo uma opção eficiente para o despreparo do Judiciário brasileiro para lidar com casos complexos.

Uma terceira vantagem a ser elencada é a inexistência de recursos para impugnar a sentença arbitral, cabendo unicamente um Pedido de Esclarecimentos (congênere à figura dos embargos de declaração), indo na contra-mão das miríades de recursos existentes no sistema judiciário em um excessivo trâmite burocrático.

Outra vantagem da arbitragem é a confidencialidade, no qual garante sigilo às partes que não querem ver seu conflito exposto ao público, em destaque quando envolve segredos de empresa. Atente-se que, regra geral, a arbitragem não é confidencial, mas as partes podem solicitar a tramitação sigilosa, como naturalmente as câmaras arbitrais são entidades privadas, as informações dos processos arbitrais não estão disponíveis ao público. Isto é um ponto muito positivo para as arbitragens trabalhistas quando as partes não desejam a divulgação do motivo da dispensa laboral (a exemplo de uma justa causa do empregado), tampouco querem expor dados como remuneração do obreiro ou alguma *expertise* da rotina operária.

Por fim, um contraponto desfavorável à arbitragem é o custo operacional, as taxas são onerosas para dispêndio das despesas e os honorários dos árbitros, o que de início inviabilizaria o acesso do trabalhador desempregado à arbitragem. De modo complementar, houve um estudo<sup>(5)</sup> com o seguinte comparativo: para ações de R\$ 100 mil apontou R\$ 13.500,00 de custos administrativos com arbitragem e R\$ 3.076,95 na Justiça comum — sendo 14 meses para solução na justiça privada e 07 anos no Judiciário. Todavia, é de bom alvitre alertar

(5) Informação disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI194127,11049-Advogado+compa+ra+custos+da+arbitragem+com+o+Judiciario>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

que ao se afirmar que a arbitragem é mais cara que o procedimento judicial, primeiro é necessário uma análise econômica do direito em virtude de que uma ação judicial apesar de ter taxas diretas mais baratas certamente abarca custos “escondidos”.

Uma saída ao problema seria o uso da “arbitragem expedita” que é uma modalidade simplificada que reduz as despesas do procedimento, a decisão é proferida por árbitro único em vez de um tribunal arbitral (colegiado); ou ainda a amortização de gastos através da utilização da cláusula escalonada (como a “med-arb” onde se elege uma etapa prévia de mediação).

Dessa forma, compreendem-se os meios correlatos de solução de conflito, com ênfase na arbitragem, sendo necessário discorrer a interdisciplinaridade com o Direito do Trabalho, para então capturar a lógica da novidade legislativa em exame.

### 3. Arcabouço legislativo da arbitragem no direito do trabalho

Curiosamente, à época do surgimento da Justiça do Trabalho (Decreto n. 16.027/1923) que criou o Conselho Nacional do Trabalho, esta justiça especializada fazia parte do poder executivo (instituído no âmbito do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio)<sup>(6)</sup>, e suas decisões muito se assemelhavam às sentenças arbitrais, haja vista o julgamento ser composto pelos Juízes Classistas, representantes dos empregados e dos empresários, e por um Juiz Presidente, indicado pelo governo. Prova disto é a redação do art. 764, § 2º, da CLT, *in verbis*: “Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título”.

Existem ainda várias leis que mencionam a arbitragem na área do direito coletivo do trabalho, sendo sempre adotada como de

(6) Informação disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Justica\\_do\\_Trabalho](https://pt.wikipedia.org/wiki/Justica_do_Trabalho)>. Acesso em: 2 jul. 2018.

caráter facultativo em privilégio a autonomia da vontade das partes, melhor explicando, a arbitragem não é uma renúncia à ação judicial, mas uma opção espontânea por uma via adequada à solução de conflitos, sendo falaciosa qualquer tentativa de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88).

Assim, a estipulação legislativa da arbitragem trabalhista, seja em dissídios coletivos ou individuais, é compatível com a Carta Magna em virtude de inexistir cláusula sujeita à reserva de jurisdição quanto aos litígios trabalhistas, tanto é verdade que o mesmo ocorreu na ocasião do julgamento<sup>(7)</sup> das Comissões de Conciliação Prévia.

O Desembargador do Trabalho Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 157) faz precioso paralelismo às sentenças arbitrais trabalhistas e as sentenças normativas da Justiça do Trabalho:

[...] Cuidando-se, porém, de solução de conflito coletivo de trabalho, a sentença arbitral criadora de normas coletivas gerais e abstratas no âmbito das categorias profissional e/ou econômica envolvidas não terá a mesma força executiva prevista no CPC, porque a sua exequibilidade, perante a Justiça do Trabalho, há de conforma-se, por analogia, com a natureza jurídica dos demais instrumentos normativos dos conflitos coletivos de trabalho, a saber: convenção coletiva, acordo coletivo e sentença normativa. Assim, por analogia, a sentença arbitral seria equivalente à “sentença” normativa. Consequentemente, não caberá a ação de execução de sentença arbitral criadora de direitos coletivos trabalhistas, mas, sim, a

(7) O julgado mencionado foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.160 do STF que deu ao art. 625-D da CLT interpretação conforme a Constituição Federal e afastou a obrigatoriedade de submissão das demandas relacionadas aos dissídios individuais do trabalho à Comissão de Conciliação Prévia.

ação de cumprimento, prevista no art. 872 da CLT.

Cabe ressaltar também que o estímulo à arbitragem é novamente conferido no Estatuto do Ministério Público ao dispor que o membro do Ministério Público do Trabalho pode atuar com árbitro em conflitos trabalhistas, a teor da Lei Complementar n. 75/93: “Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: [...] XI – atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho”.

A lei da greve disciplina que a decretação do movimento paredista somente poderá acontecer depois de esgotadas as tentativas de negociação coletiva (autocomposição) ou se as partes não se optarem pela arbitragem (heterocomposição), conforme art. 3º, *caput*, da Lei n. 7.783/89.

Outra legislação igualmente conexa ao tema é a lei que regulamenta sobre os atletas profissionais do futebol (“Lei Pelé”) no qual admite a arbitragem para “[...] dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, vedada a apreciação de matéria referente à disciplina e à competição desportiva”, com a ressalva de estar prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho, a teor da redação do art. 90-C da Lei n. 9.615/98.

Ademais, em idêntica sintonia aos diplomas acima, a lei de participação nos lucros veda a interferência do judiciário, elegendo a solução das pendências através da mediação e da arbitragem de ofertas finais (art. 4º da Lei n. 10.101/2000).

A lei dos portos foi o primeiro marco legal que autorizou a arbitragem no direito individual do trabalho, a revogada Lei n. 8.630/93 previa em seu art. 23 a criação de comissão paritária de arbitragem para solucionar litígios decorrentes do trabalho portuário, semelhante redação foi repetida na lei vigente dos portos, a saber, arts. 37 e 62 da Lei n. 12.815/2013.

Provavelmente, a boa aceitação da arbitragem no direito coletivo do trabalho foi em razão do relativo “equilíbrio” entre as partes, sendo incontroverso que os sindicatos possuem mecanismos isonômicos tal como a estabilidade provisória no emprego dos dirigentes sindicais.

A primeira tentativa de alterar a lei de arbitragem para regulamentar sobre a arbitralidade no direito individual trabalhista foi através da redação original do Projeto de Lei n. 406/2013, entretanto houve veto presidencial por afirmar em suposta discriminação de empregados em razão do cargo ocupado. De fato era um critério injustificado, a redação do dispositivo vetado<sup>(8)</sup> era:

Art. 4º, § 4º. Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição.

Desta feita é possível constatar que no direito do trabalho, antes da reforma trabalhista, a arbitragem era permitida amplamente apenas nos dissídios coletivos, conforme previsão do art. 114, § 1º, da CF/88. Todavia, no âmbito dos direitos individuais era verificado apenas em legislações esparsas, passando a permitir a arbitragem de forma generalizada através da inserção do novo art. 507-A da CLT, *in verbis*:

CLT [...] Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 13.7.2017)

(8) Informação extraída do site da Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2018.

Atualmente, o teto previdenciário<sup>(9)</sup> que trata o art. 507-A da CLT é de R\$ 5.645,80, ou seja, o empregado que decidir pactuar cláusula de arbitragem deverá ter remuneração superior a R\$ 11.291,60.

Acontece que, antes da reforma trabalhista, a regra quanto à arbitragem nos direitos individuais, segundo posicionamento majoritário da jurisprudência trabalhista, era que não comportava exceção.

Cabe destaque o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) no qual esta corte superior até então era radicalmente contra a aplicação da arbitragem aos dissídios individuais<sup>(10)</sup>.

Como a discussão teórica aborda uma novidade legislativa, melhor explicando, trata-se de uma Lei Federal promulgada há poucos meses, o TST ainda não teve oportunidade de rever ou manter o entendimento anterior.

(9) Informação obtida na Portaria n. 15 do Ministério da Fazenda, publicada em 16.1.2018, que dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social — RPS.

(10) AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. DISSÍDIO INDIVIDUAL TRABALHISTA. RESTRIÇÃO DURANTE A RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. INAPLICABILIDADE AOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS. INAPLICABILIDADE AOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS. Diante da violação do art. 1º da Lei n. 9.307/96, determina-se o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. DISSÍDIO INDIVIDUAL TRABALHISTA. RESTRIÇÃO DURANTE A RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. INAPLICABILIDADE AOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS. O art. 1º da Lei n. 9.307/96 limita o uso da arbitragem para “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Não é o caso dos direitos sociais do trabalho, que são direitos indisponíveis e, em sua maioria, de sede constitucional. A cláusula compromissória (art. 4º Lei n. 9.307/96) é anterior ao litígio e acarreta renúncia prévia a direitos indisponíveis. Tal renúncia, na hipótese dos autos, ocorreu na contratação, momento de clara desproporção de forças entre empregador e trabalhador. Não produz efeitos a cláusula compromissória arbitral inserida no contrato de trabalho do Reclamante. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST – RR: 1704000620085150008 170400-06.2008.5.15.0008, relª. Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 7.12.2011, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19.12.2011)

Desta feita, é cristalina a validade da arbitragem como meio de solução de conflitos trabalhistas antes da vigência da reforma trabalhista, até então muito prestigiada nas lides coletivas e poderá se tornar frequente no campo individual.

#### 4. Pacificação dos conflitos após a reforma trabalhista

Em produção científica anterior (Souto Maior, 2018), relata-se que as reformas na legislação trabalhista foram realizadas desde o início do século XX, a começar no processo de reorganização do trabalho na acumulação flexível, em oposição direta à rigidez do regime fordista. O ápice desta flexibilização ocorreu com a promulgação da “reforma trabalhista”, que alterou imensa parte da CLT.

Para alguns doutrinadores, a exemplo de Granemann (2004), melhor termo seria denominar a lei ora em objeto de “contrarreforma” ou ainda de “deforma”, por entender como um conjunto de alterações regressivas nos direitos do mundo do trabalho, principalmente ao rebaixar patamares civilizatórios já conquistados em determinado momento pela luta de classe do país. O direito do trabalho com a reforma trabalhista sofre uma crise de identidade, passa principalmente por uma “recentragem”, mudando o foco de proteção para as empresas e o capital.

Em parte assiste razão, haja vista os novos dispositivos serem em sua maioria eivados de uma “modernização conservadora” com o intuito de abrandar o intervencionismo estatal, a exemplo do “negociado sob o legislado<sup>(11)</sup>”.

Resta esclarecer que a pedra de toque da reforma trabalhista é a concessão de maior importância à vontade das partes e via de consequência abrandar a participação do Estado

nas relações laborais. A autorização legislativa de utilizar a arbitragem no campo individual do trabalho entra em sintonia com a liberdade das partes exposta na reforma trabalhista, a negociação entre os sujeitos é manejado como instrumento de desregulamentação.

[...] Com efeito, o Direito do Trabalho atual inclina-se à maior participação dos seus destinatários (empregados e empregadores) na sua formação. A par desse movimento, nota-se também o crescente interesse do cidadão trabalhador em participar da solução dos conflitos oriundos da sua relação de emprego, ao invés de relegá-la à burocracia do Estado. (ÁLVARES DA SILVA, 2017, p. 28)

Nesse ínterim, e tomando como base que a presente pesquisa não daria conta de uma discussão mais aprofundada e detalhada de todas as mudanças legislativas, o recorte da reflexão será demarcado pelo acesso à Justiça do Trabalho e as iniciativas inaugurais da arbitragem — como nova forma de pacificação dos conflitos individuais do trabalho.

Para tanto, é imprescindível transcreever inicialmente as razões narradas pela Comissão Especial que liderou o projeto de lei da reforma trabalhista, com a relatoria do Deputado Rogério Marinho, ao afirmar a *ratio legis* (razão que fundamenta e justifica o preceito normativo) do art. 507-A da CLT, nos seguintes termos<sup>(12)</sup>:

[...] Como já tivemos oportunidade de mencionar, temos como um dos objetivos pretendidos com esta Reforma reduzir o número de ações ajuizadas na Justiça do Trabalho, conferindo maior estabilidade aos procedimentos de homologação dos acordos extrajudiciais. E um dos caminhos defendidos é o da utilização da arbitragem nas relações de trabalho. A arbitragem, como um método alternativo ao Poder Judiciário, permite a solução de controvérsias de uma maneira mais ágil, sem abrir mão da tecnicidade. No entanto, **como uma das suas características é a de se**

(11) Significa dizer que as convenções e acordos coletivos poderão prevalecer sobre a legislação. Assim, os sindicatos e as empresas podem negociar condições de trabalho diferentes das previstas em lei, mas não necessariamente num patamar melhor para os trabalhadores.

(12) Informação extraída do site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961)>. Acesso em: 2 jul. 2018.

**evitar que a demanda seja levada ao Judiciário, tivemos o cuidado de não a permitir indiscriminadamente a todos os empregados**, uma vez que a sua fundamentação perpassa pela equivalência entre as partes. Desse modo, diante da condição de hipossuficiência de boa parte dos empregados, estamos restringindo a utilização da arbitragem apenas aos empregados cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Em valores atuais, corresponderá, tão somente, a um universo de aproximadamente dois por cento dos empregados. (grifo nosso)

Se a reforma trabalhista tinha como intenção legislativa a redução dos processos judiciais, a sua finalidade foi atingida. Veja que o Desembargador do Trabalho Sérgio Torres Teixeira ao prefaciá-la obra da juíza Nayara Queiroz Mota de Sousa (2017, p. 20-22) faz um esboço do cenário da Justiça do Trabalho antes da reforma trabalhista:

[...] Um quantitativo realmente estarrecedor... e que cresce a cada dia, pois os números (ainda incompletos) do ano de 2017 indicam um aumento sólido na litigiosidade trabalhista. A Justiça do Trabalho, por maior que sejam os esforços dos seus integrantes, enfrenta sérias dificuldades para superar esses obstáculos quantitativos e cumprir a sua missão jurisdicional de entregar uma resolução judicial adequada... entregando aos jurisdicionados que a procuram a devida prestação para solucionar os conflitos oriundos das relações de trabalho.

[...] Em princípio, métodos alternativos à jurisdição estatal, quando adequadamente empregados dentro de um contexto de licitude e de lealdade no qual se impõe a prevalência da ética e da boa-fé, apresentam-se como opções com diversas vantagens sobre a atividade judicante típica do Judiciário.

[...] A resistência (ainda) manifestada por boa parte dos operadores do Direito do Trabalho em acolher essas vias extra estatais para compor lides trabalhistas,

entretanto, acaba por prejudicar a sua disseminação nos meios laborais. Seja por argumentos fundados na ideia da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, seja por críticas dirigidas à carência da confiabilidade em usar fórmulas de composição sem a participação do Estado, quando o conflito envolve litigantes em posições de desigualdade no plano socioeconômico, é evidente a reduzida dimensão da utilização de tais caminhos alternativos no âmbito das relações capital-trabalho.

Subitamente, após a reforma trabalhista, houve uma queda brutal no número de ajuizamentos das demandas perante a Justiça do Trabalho<sup>(13)</sup>, a razão para tanto foi a de que a nova lei trouxe uma série de empecilhos ao acesso a esta jurisdição especializada, tal como: a condenação em honorários sucumbenciais (art. 791-A), o aumento na complexidade na desconsideração da pessoa jurídica (art. 855-A), o tarifamento das indenizações por dano moral com base no salário contratual do empregado (§ 1º do art. 223-G), dentre outros aspectos.

Somado as dificuldades processuais acima mencionadas, há também um clima de medo entre os advogados dos reclamantes em ajuizar um processo trabalhista e terminá-lo devendo. Tudo leva a crer que a arbitragem vem como uma excelente alternativa ao poder judiciário, um meio adequado para os conflitos individuais, além de provocar uma mudança no atual estado de coisas na seara processual trabalhista.

## **5. A arbitragem trabalhista e o empregado hipersuficiente**

Como já dito anteriormente, antes da vigência da reforma trabalhista, o TST era

(13) Dados de cinco tribunais regionais consultados apontam uma queda de cerca de 60% no número de processos ajuizados em relação à média do primeiro semestre. Link: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/25913-total-de-aco-es-trabalhistas-cai-mais-de-90>>. Acesso em: 2.jul. 2018.

majoritariamente contra a arbitrabilidade das questões individuais, calculava-se que das oito turmas do TST apenas duas tinham entendimento a favor da arbitrabilidade em disputas individuais<sup>(14)</sup>, incumbindo relevo na corrente minoritária as decisões do Ministro Barros Levenhagen e ainda algumas decisões<sup>(15)</sup> esparsas dos Tribunais Regionais.

O professor Gleibe Pretti (2018, p. 48) ao analisar a arbitragem na área trabalhista, esboçou a polêmica jurisprudencial a respeito da matéria:

[...] Atualmente, a posição de especialistas está dividida quanto à validade das decisões arbitrais em questões trabalhistas. **A possibilidade de uso da arbitragem para a resolução de conflitos trabalhistas tem diversos defensores, entre eles, o ministro do STF — Supremo Tribunal Federal — Gilmar Mendes e o presidente do TST — Tribunal Superior do Trabalho — Ives Gandra Filho.** Esses especialistas defendem a arbitragem, pois entendem que a judicialização não pode ser a única forma de solução de conflitos trabalhistas, até porque o judiciário não dá conta de tantos processos, sendo que somente no ano de 2016 foram ajuizados 3,4 milhões de processos na Justiça do Trabalho. Por outro lado, **existem especialistas que sustentam a impossibilidade de arbitragem nas questões trabalhistas, em razão da**

(14) Informação disponível em: <<https://abdir.jusbrasil.com.br/noticias/992818/tst-proibe-uso-da-arbitragem>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

(15) Colaciona-se a seguir um aresto do TRT da Bahia: ARBITRAGEM – DIREITO DO TRABALHO – COMPATIBILIDADE – “Arbitragem. Lei n. 9.307/1996. Aplicável às relações individuais do trabalho. Validade da sentença arbitral quando inexistente vício de consentimento ou coação. As regras contidas na Lei n. 9.307/1996 são aplicáveis às relações individuais de trabalho e a sentença arbitral deve ser declarada válida nas demandas trabalhistas quando não demonstrado nenhum vício de consentimento, coação ou irregularidade capaz de torná-la nula.” (TRT 05ª R. – RO 0001477-33.2012.5.05.0015 – 3ª T. – Rel. Des. Humberto Jorge Lima Machado – DJe 30.10.2013)

**hipossuficiência do empregado que deve ser protegido pelo Judiciário**, entendo também que os direitos trabalhistas são indisponíveis e, portanto, irrenunciáveis. Pesa também contra a adoção da arbitragem nas questões trabalhistas, o interesse da Receita Federal neste tipo de ação, já que normalmente elas envolvem contribuições previdenciárias e FGTS, que não podem ser submetidos à arbitragem. (grifo nosso)

O STF, órgão máximo que pronunciará em instância final sobre a constitucionalidade da reforma trabalhista<sup>(16)</sup>, muito provavelmente não irá reconhecer a inconstitucionalidade do art. 507-A da CLT, acaso sequer analise o tema por entender ser matéria infraconstitucional e inviável de controle de constitucionalidade via recurso extraordinário. Mas, em um esforço hermenêutico, como seria possível concretizar a arbitragem trabalhista se as consequências patrimoniais dos direitos individuais previstos na CF/88 forem considerados indisponíveis?

Na tentativa de responder ao questionamento acima, Muniz (2018, p. 14) faz uma espécie de parábola ao filme “Mercador de Veneza” que mostra a impossibilidade de tirar a carne sem o sangue:

[...] A única interpretação razoável seria que certos direitos trabalhistas seriam irrenunciáveis, mas a análise de questões de fato relativas a esses direitos, bem como suas consequências patrimoniais seriam passíveis de solução por arbitragem. A título ilustrativo, o árbitro não pode negar o direito de férias, porém pode perquirir a questão de fato se o fato gerador das férias aconteceu, e arbitrar o valor da compensação por férias eventualmente não gozadas.

(16) Atualmente, a Lei Federal n. 13.467 possui 26 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) perante o STF. Informação disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/reforma-trabalhista-poder-stf-18062018>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

De fato, nem todos os direitos trabalhistas são indisponíveis, veja que é indubitável, por exemplo, a participação nos lucros ser de caráter transacionável.

Já a doutrina trabalhista tenta projetar as futuras repercussões da arbitragem no direito individual do trabalho, cabendo especial destaque aos artigos redigidos pelo juiz do trabalho Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 97) cuja opinião é pela inaplicabilidade da arbitragem nesse tipo de conflito.

[...] De plano, o legislador registra que a deflagração do procedimento arbitral deve ser feita por iniciativa do empregado, mas ninguém duvida da vulnerabilidade a que ele estará exposto durante e, sobretudo, após a vigência do contrato de trabalho. Dificuldades com a recolocação no mercado, pressa para o recebimento de seus haveres ou simplesmente pressão exercida pelo empregador evidentemente serão gatilhos simples para ele pedir a instalação do procedimento de arbitragem. Processos trabalhistas com alegação de vício de consentimento na fixação da cláusula, ou, depois, no acionamento do procedimento, não causarão espanto.

O magistrado Mauro Schiavi (2017, p. 71) ainda acrescenta que:

[...] De nossa parte, a lei não é adequada, pois fixa a possibilidade de cláusula de arbitragem na contratação do empregado, ou durante a vigência do vínculo de emprego, quando presente o estado de subordinação. **Além disso, a remuneração de R\$ 11.062,62 é relativamente baixa para se afastar o trabalhador da Justiça do Trabalho. De outro lado, no Brasil, a via arbitral ainda é um procedimento caro e, praticamente, inacessível ao trabalhador desempregado, que é o litigante mais frequente na Justiça do Trabalho.** (grifo nosso)

Neste sentido de oposição, foi comum observar que vozes se levantavam para a indisponibilidade de todos os direitos trabalhistas

e que a remuneração do trabalhador não teria o condão de modificar a natureza jurídica do direito. Na mesma linha de raciocínio a desembargadora Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 63) ressalta que:

[...] Os direitos trabalhistas previstos em lei são irrenunciáveis e intransacionáveis pela sua característica pública, logo, são direitos indisponíveis. Portanto, o valor do salário recebido pelo empregado não altera a natureza jurídica do direito. Entender que os empregados que recebem mais de que duas vezes o valor máximo dos benefícios previdenciários podem pactuar cláusula compromissória de arbitragem é desconhecer ou modificar o § 1º do art. 1º, da Lei n. 9.307/1996.

Recentemente, em outubro/2017, houve a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho<sup>(17)</sup>, naquela ocasião foram aprovados diversos enunciados<sup>(18)</sup>, cabendo destaque ao tema método alternativo de solução de controvérsias:

Enunciado n. 56 da Comissão 04. Cláusula compromissória de arbitragem nas relações de trabalho. Cláusula compromissória de arbitragem. Art. 507-A da CLT. Impossibilidade ser instituída em se tratando de créditos decorrentes da relação de trabalho, à luz do art. 1º da Lei n. 9.307/96, art. 100 da CRFB/88, art. 1.707 do CC e art. 844, § 4º, II da CLT. Caráter alimentar do crédito trabalhista. Indisponibilidade e inderrogabilidade dos direitos trabalhistas.

É arrazoado acreditar na mudança de paradigma que está sobrevindo nos últimos anos e

(17) Este evento ocorreu na cidade de Brasília/DF, sendo promovido pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) em parceria com outras entidades, cuja ocasião reuniu mais de 600 juízes, procuradores e auditores fiscais do Trabalho, além de advogados. Naquela oportunidade os operadores do Direito se dividiram em oito comissões temáticas e debateram 300 propostas sobre a nova lei trabalhista, ao final foram divulgados 125 enunciados aprovados sobre a interpretação e aplicação da Lei n. 13.467/2017.

(18) Enunciado transcrito e disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

apesar da resistência quanto à compatibilidade da arbitragem com o direito individual do trabalho, válido lembrar o art. 841 do Código Civil quando diz “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”, isto é, direitos patrimoniais são direitos que autorizam renúncia, transação, transmissão e prescrição. Interseção deve ser feita aos direitos trabalhistas que além de prescritíveis (art. 7º, inciso XXIX, da CF), agora são passíveis de prescrição intercorrente (art. 11-A da CLT).

No atual horizonte de desmanche de direitos dentro da reforma trabalhista é possível observar um significativo recuo da força imperativa das leis do trabalho, razão pela qual é tão frequente a flexibilização das normas trabalhistas (intervenção mínima) e até mesmo sua desregulamentação (retirada da proteção estatal), a arbitragem ingressa como uma possibilidade à autonomia das partes.

A propósito, a advogada Luciene Guerra (2012, p. 109) aduz que:

[...] Não se pode afirmar, todavia, que os direitos trabalhistas são indisponíveis e, por isso, impassíveis de submissão à arbitragem. É que essa indisponibilidade, que se apresenta como uma proteção contra renúncias forçadas e descabidas, a fim de assegurar a dignidade da pessoa humana, depende de circunstâncias como a natureza do direito em disputa, e do grau de independência do trabalhador em relação ao empregador. (grifo nosso)

Neste sentido, é possível compreender que o critério da transigibilidade deve ser averiguado para se conceituar o que é ou não disponível, sendo plenamente possível a renúncia e transação dos direitos trabalhistas após a cessação do vínculo de emprego, pois o trabalhador não mais está no estado de subordinação jurídica.

Deve ser ponderado as diversas vezes em que o trabalhador em um processo judicial aceita um mau acordo a fim de sanar extrema necessidade, o judiciário se tornou um palco das sofridas e constrangedoras transações trabalhistas.

A reforma trabalhista inovou não só no aspecto da arbitragem, excitou também a valorização da autonomia da vontade quando permitiu a possibilidade de homologação de transação extrajudicial na Justiça do Trabalho (art. 855-B da CLT).

Com bastante pertinência, a autora Paula Carajescov (2012, p. 121) assevera:

[...] Dessarte, **em princípio deve ser vedada qualquer inclusão, no contrato individual do trabalho, de cláusulas compromissórias**, mesmo naqueles poucos casos em que o trabalhador se encontra em posição de igualdade com o seu empregador, como é a hipótese do alto executivo que detém condições de discutir e negociar diante de sua entidade patronal, mediante a apresentação de seus pontos de vista e sustentação de suas reivindicações. **Raimundo Simão de Melo entende ser possível a arbitragem de dissídios individuais pelo compromisso arbitral** não como regra, porém como exceção, embora reconheça que, na prática, isso será muito difícil, **a não ser em se tratando de altos empregados, pessoas mais esclarecidas e capazes de escolher o árbitro de sua confiança.** (grifo nosso)

Na tentativa de um acerto legislativo, observa-se que a reforma trabalhista adotou a precaução de permitir o uso da arbitragem apenas ao empregado hipersuficiente<sup>(19)</sup>, trabalhador que geralmente tem vasta experiência profissional e rica formação acadêmica, sendo diferenciado dos empregados hipossuficientes que, muitas vezes, sequer têm educação básica completa.

Porém sabe-se que não é a ocorrência de necessariamente ter uma remuneração acima de R\$ 11.291,60 que o trabalhador ganha, em um passe de mágica, poder de barganha

(19) Repita-se: os empregados hipersuficientes representam apenas 2% da população nacional.

sob seu senhoril. A questão da submissão do empregado ao controle patronal passa pela averiguação dos graus de hierarquização dentro da estrutura empresarial, sendo razoável atribuir uma atenuação da subordinação aos altíssimos cargos, aqueles funcionários que tem poder de gestão sob outros empregados, verdadeiros *alter ego*, são quem detêm funções de confiança em grau máximo.

[...] Fato é, no entanto, que a arbitragem nos dissídios individuais entre empregadores e empregados de alta hierarquia é ainda mais plausível, posto que os argumentos tradicionalmente levantados para o impedimento daquela modalidade de solução privada de conflitos mostraram-se mais rarefeitos nos casos desses vínculos especiais de emprego. Em outras palavras, não é possível defender que *Chief Executive Officers* (CEOs), *Chief Financial Officers* (CFOs) e diretores de uma forma geral, que detêm maior autonomia na negociação dos seus contratos de trabalho e recebem remunerações substancialmente maiores que a média, gozam da mesma situação de hipossuficiência que a dos demais trabalhadores. Por outro lado, é sabido que os contratos dos empregados de mais alto gabarito contemplam várias obrigações que mais se aproximam do Direito Civil que do Direito do Trabalho propriamente dito, como, por exemplo: os bônus de contratação, as cláusulas de permanência, as opções de compra de ações e as cláusulas de proibição de competição. (ÁLVARES DA SILVA, 2017, p. 30).

Em contrapartida, ressalta-se que independente do salário auferido, dificilmente alguém desempregado ou na vigência de um vínculo empregatício se negará a assinar contrato com cláusula compromissória de arbitragem, mesmo que não concorde. Com apropriação ao tema, Reginaldo Melhado (2017, p. 135) assevera:

[...] Aqui, cabe indagar: ao instituir no parágrafo único do art. 444 da CLT a

prevalência da negociação individual e a flexibilização do princípio da indisponibilidade dos direitos assegurados ao trabalhador, por ser empregado portador de título superior, com remuneração algo mais elevada que a média, estaria a lei dispensando cuidados distintos a pessoas ontologicamente desiguais? O título de escolarização formal e o salário justificam essa desigualação? Está-se desigualando desiguais na medida de suas desigualdades?

A resposta certamente é negativa, a subordinação inerente ao contrato de trabalho não é econômica, é jurídica. Não se trata somente de déficit intelectual, é para além da análise de currículo, resulta da própria condição de trabalhador alijado dos meios de produção. Seja um simples servente de pedreiro ou um famoso jogador de futebol, ambos são empregados que vendem sua força de trabalho como mercadoria.

Nos dias atuais, com o crescente aumento de concluintes do ensino superior, muitas vezes precarizados e em formato de ensino à distância (EAD), não é possível ser este um critério de tratamento diferenciado. Igualmente, categorizar o empregado de hipersuficiente ou de hipossuficiente viola a Convenção Internacional n. 111 da OIT, que impede a discriminação em matéria de emprego e ocupação, sendo imprescindível um controle de convencionalidade<sup>(20)</sup> da citada convenção com ao art. 444, parágrafo único, da CLT.

É adequado advertir a sutil diferença entre o art. 444, parágrafo único e o art. 507-A, ambos exigem a faixa salarial acima do dobro do teto da previdência, enquanto somente o primeiro exige que o empregado tenha diploma de ensino superior. Por conseguinte, resta claro que o diploma celetista permite a fixação de

(20) Em suma, as leis ordinárias deverão ser compatíveis com a Constituição Federal e com os tratados internacionais. Assim, o controle de convencionalidade verifica a compatibilidade do texto legal com os tratados internacionais ratificados pelo governo e em vigor no país.

cláusula compromissória de arbitragem ao empregado desprovido de graduação.

No entanto, é preciso registrar que a correlação da arbitragem ao empregado hipersuficiente não implica em causalidade. Explica-se: embora o trabalhador hipersuficiente seja uma falácia, nada impede que empregados manifestem livremente sua vontade em submeter seu litígio à arbitragem, pois muita das vezes a sentença arbitral é melhor tecnicamente e mais rápida em comparação as decisões judiciais.

Sobressai também à preocupação na base ética da arbitragem, apesar de ser um mercado autorregulado (porque não existe agência reguladora), os árbitros estão imbuídos da mesma idoneidade e imparcialidade dos juízes trabalhistas.

É um disparate acreditar que a arbitragem por si só é algo maléfico ao trabalhador, que sempre se atenderá aos interesses do empregador. O remédio judicial nas hipóteses de vício de consentimento do empregado quando a adesão à cláusula compromissória de arbitragem for fruto de pressão patronal, será o ajuizamento de ação anulatória de ato judicial ante a caracterização de arbitragem simulada (art. 167, § 1º, II, do Código Civil).

Percebe-se, então, que a arbitragem nos conflitos individuais do trabalho nunca deverá ser obrigatória, por analogia as regras do direito do consumidor que declaram a abusividade de cláusula que imponha a utilização compulsória de arbitragem (art. 51, VII, do CDC).

Isto posto, a tese ora apresentada é uma primeira aproximação de uma matéria tão complexa e interdisciplinar, é um ponto de partida para florescer a arbitragem nas relações individuais do trabalho, porém ainda carente de uma melhor configuração ao requisito da arbitralidade subjetiva, e encerra-se parafraseando o advogado Joaquim de Paiva Muniz (2018, p. 6): “[...] com o tempo surgirá uma fornada de árbitros especializados, que poderão ser desde juízes aposentados até jovens arbitralistas amantes do direito do trabalho”.

## 6. Considerações finais

Após a vigência da reforma trabalhista, a arbitragem nos conflitos individuais do trabalho deverá ser entendida sempre como de cunho facultativo, à semelhança com o que acontece na legislação consumerista haja vista o contrato de trabalho ser equiparado como de adesão, isto é, a arbitragem individual deverá ser sempre uma opção livre do empregado, seja ele caracterizado hipossuficiente ou hipersuficiente.

Apesar de buscar por analogia os dispositivos do CDC, é cediço o caráter particular e tuitivo do direito do trabalho, não se equivalendo ao direito civil, muito menos a um “direito novo” tal como propõe a reforma trabalhista.

Buscou-se, neste artigo, analisar que os direitos individuais trabalhistas são apenas relativamente disponíveis no aspecto pecuniário e esta natureza patrimonial mais se acentua após o término da relação empregatícia, todavia a vulnerabilidade financeira ao se tornar desempregado fragiliza novamente o trabalhador.

A arbitragem é um meio eficaz e válido de solução de conflitos, seu procedimento goza de idoneidade e não é possível pressupor que tudo é fraude, muito menos que a arbitragem é *per si* uma condição maléfica ao trabalhador, todavia, esta forma de resolução permanece temerária na seara do direito individual do trabalho diante de critérios legislativos ainda imprecisos.

Desta forma, evidencia-se ainda que os empregados hipersuficientes são um fetiche da autonomia da vontade do trabalhador, não queira a lei inventar uma nova identidade ao trabalhador dissociada da realidade dos fatos; a subordinação dos pseudossuficientes pode ser bastante atenuada, mas nunca desaparecerá. Afinal, “os lírios não nascem das leis”, já dizia Carlos Drummond de Andrade.

Portanto, considera-se que tanto a cláusula compromissória pactuada antes do conflito individual do trabalho, como o compromisso arbitral estipulado após a extinção do contrato de trabalho, somente será viável se for de

cunho facultativo (isento de vícios de consentimentos) e desde que a arbitragem seja sempre instaurada por iniciativa do empregado, seja qual for seu grau de subordinação.

## 7. Referências

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARAJELES COV, Paula Corina Santone. *Arbitragem nos conflitos individuais do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017.

GRANEMANN, Sara. Necessidades da acumulação capitalista. *Revista Inscrita*, ano VI, n. IX, p. 29-32, 2004.

GUERRA, Luciene Cristina de Sene Bargas. A arbitragem nos conflitos individuais do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 38, n. 147, p. 150-198, jul./set. 2012.

MELHADO, Reginaldo. Trabalhador pseudossuficiente: a hipossuficiência do conceito de autonomia da vontade na “reforma” trabalhista. In: *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem no direito do trabalho. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 15, n. 56, jan./mar. 2018.

PRETTI, Gleibe. *Arbitragem no contrato de trabalho em face da reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2018.

ROMAR, Carla Tereza Martins. *Direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17*. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2017.

SILVA, Antônio Álvares da; SILVA, George Augusto Mendes e. Arbitragem nos dissídios individuais de trabalho dos altos empregados. *Revista LTr*, São Paulo, v. 81, n. 7, p. 775-779, jul. 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOUSA, Nayara Queiroz Mota de. *Conciliação humanista: uma proposta de metodologia de resolução de conflitos*. Campina Grande: EDUEPB, 2017.

SOUTO MAIOR, Nívea Maria Santos. Contrarreforma trabalhista como desdobramento da crise capitalista. In: *IV Jornada nordeste de serviço social*. João Pessoa: UFPB, 2018. (Comunicação oral).

# Ciência da jurisprudência

Vitor Salino de Moura Eça<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ Este trabalho objetiva descrever e analisar o método brasileiro de criação de precedentes judiciais e sua adequação ao paradigma do Estado Democrático de Direito, como pressuposto para que os tribunais uniformizem a jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, além de construída validamente e segundo os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

## Palavras-chave:

- ▶ Jurisprudência — Precedentes — Validação.

## Abstract:

- ▶ This paper aims to describe and analyze the Brazilian method of creating judicial precedents and their adaptation to the paradigm of the Democratic State of Law, as a presupposition for the courts to standardize jurisprudence, keeping it stable, complete and coherent, values and norms established in the Federal Constitution.

## Key-words:

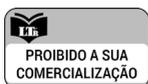
- ▶ Jurisprudence — Precedents — Validation.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Conceito de jurisprudência
- ▶ 3. Precedente judicial
- ▶ 4. Métodos de criação
- ▶ 5. Estabilização jurisprudencial
- ▶ 6. Assentamento vocabular

(\*) Pós-doutor em Direito Processual Comparado pela Universidad Castilla-La Mancha, na Espanha. Pós-doutor em Direito Processual Internacional na Universidad de Talca – Chile. Juiz do Trabalho no TRT/3. 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 ENAMATRA, bem como na Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil.

Pesquisador junto ao Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social – CELDS – España e ao Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – CENTRASS – Chile. Membro efetivo, dentre outras, das seguintes sociedades: Academia Brasileira de Direito do Trabalho – ABDT; Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – AIDTSS, e da Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale.



- ▶ 7. Vantagens metodológicas
- ▶ 8. Consequências da inobservância dos precedentes
- ▶ 9. Conclusão
- ▶ 10. Referências

## 1. Introdução

O mundo ocidental utiliza-se, basicamente, de dois sistemas de decidibilidade, um inspirado na *civil law* e outro na *common law*, onde o primeiro se vale preferencialmente da norma como critério para a tomada de decisão, enquanto o segundo atribui marcante importância aos julgados anteriores como referencial para decisões harmônicas.

Considerando-se que o Brasil alicerçou-se originalmente com inspiração romano-germânica, a lei sempre ostentou proeminência nos julgados nacionais, propiciando decisões de largo espectro, ainda que em casos semelhantes. Ocorre que o crescente número de demandas judiciais tem inspirado os tribunais a buscar soluções capazes de tornar a justiça mais ágil, cuja solução mais imediata indica o sistema dos precedentes judiciais como uma boa opção.

Sendo assim, o Conselho Nacional de Justiça — CNJ e os tribunais superiores passaram a entabular uma política judiciária de culto aos precedentes, o que redundou nas primeiras leis que admitem este critério de julgamento. E o interessante nisso é que, apesar da *Teoria da Argumentação* ser de extraordinária importância na construção dos precedentes, com largo diálogo entre os interessados, a opção levada a efeito entre nós é afigura-se autocrática, com formação dos precedentes basicamente a partir dos verbetes sumulados, deixando os demais atores sociojurídicos de fora da construção dos precedentes.

A doutrina nacional ainda se ressentida disso, e luta para explicar o sistema híbrido que nossas Cortes têm agasalhado, daí porque é de todo oportuno estabelecer bases teóricas que descrevem e explicam os institutos, bem como

os critérios de aplicação do regime de precedentes em matéria processual do trabalho.

A Constituição Federal dispõe do assunto, assim como a legislação infraconstitucional, esta a partir do advento do CPC atual de modo mais pormenorizado, o que motivou imediato pronunciamento do TST em relação às regras aplicáveis perante a Justiça do Trabalho no tocante à construção jurisprudencial.

## 2. Conceito de jurisprudência

Historicamente o conceito de jurisprudência se circunscreve ao conjunto de decisões de cada tribunal, mas quando o país estabelece como verdadeira política pública o dever dos tribunais em uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, o assunto ganha nova dimensão doutrinária e precisa ser sistematizado.

A sua funcionalidade nos interessa mais e, destarte, convindo com Daniel Mitidiero, e tratando especificamente do modelo brasileiro, o conceito pragmático de jurisprudência surge como um método de trabalho destinado a facilitar a tarefa de controle então exercido pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo dos assentos portugueses e das máximas italianas, vincados pela busca de uniformidade do direito mediante técnicas repressivas; pela busca pela uniformidade do direito mediante técnicas repressivas e preventivas; e, por fim, a busca pela unidade do direito mediante técnicas preventivas e repressivas<sup>(1)</sup>.

## 3. Precedente judicial

O precedente judicial é uma decisão proferida anteriormente por uma Corte integrante

(1) METIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 71.

do Poder Judiciário e é considerado para a decidibilidade de feitos judiciais posteriores. No entanto, há de se considerar alguns elementos para a utilização válida do precedente, a saber: aspectos fáticos que caracterizam a controversia originária; a tese jurídica firmada na decisão originária, e a argumentação lançada pela parte, pois somente com a coincidência desses componentes é que estaremos diante de *escorreita subsunção*, apta a motivar as decisões subsequentes<sup>(2)</sup>.

Os precedentes judiciais se classificam em obrigatórios ou persuasivos. No primeiro grupo estão: as súmulas e as decisões vinculantes, enquanto no derradeiro os julgados que servem apenas para inspirar os decisores subsequentes, assim como a sociedade em geral acerca da compreensão de determinado instituto jurídico.

Nesse sentido, são precedentes judiciais obrigatórios:

- a) Súmula Vinculante do STF;
- b) Súmulas do STF em matéria constitucional;
- c) Súmulas do TST em matéria infraconstitucional<sup>(3)</sup>;
- d) Julgados do STF em controle concentrado de constitucionalidade;
- e) Julgados em recursos repetitivos<sup>(4)</sup>: extraordinário, especial e de revista;

(2) Esta a razão pela qual nem todos admitem as súmulas como *precedentes*, pois elas não consideraram todos os elementos de constituição dos precedentes, sobretudo a argumentação teórico normativa das partes que serviram como suporte para a decisão originária. São construções autocráticas dos tribunais, mas que, inegavelmente, no sistema brasileiro, vinculam ou inspiram os demais julgadores, significando numa acepção mais ampla também um precedente.

(3) A norma civil consubstanciada no art. 332/CPC, aplicável ao Direito Processual do Trabalho, afirma como precedentes obrigatórios as Súmulas do STJ em matéria infraconstitucional, razão pela qual entendemos que, em matéria trabalhista, a possibilidade se estende à matéria infraconstitucional sumulada pelo TST.

(4) Anotamos, porquanto a matéria ainda está em assimilação, que o julgamento de recursos repetitivos por

f) Julgados em incidente de assunção de competência — IAC e em incidente de resolução de demanda repetitiva — IRDR<sup>(5)</sup>.

Nada obstante, é muito importante que se perceba que, o fato de existir uma súmula vinculante ou um precedente obrigatório sobre determinado assunto não significa que sua aplicação está livre de qualquer análise. A investigação percuciente se impõe, pois no caso em julgamento pode haver distinções, com suporte fático substancialmente diverso, a desaconselhar a aplicação do precedente. Lado outro, havendo a perfeita subsunção, a sua aplicação deve se dar sem contrariedades.

Os demais julgados se inserem residualmente no conjunto dos precedentes persuasivos, que como centelhas iluminam as decisões judiciais vindouras, mas que não vinculam os magistrados ou se de observância obrigatória. Nada obstante, face ao expressivo número de demandas, é crescente na aplicação processual a veiculação de precedentes como fator de motivação. Ademais, em seara trabalhista, há de se considerar o extraordinário valor das

---

amostragem é de competência exclusiva dos Tribunais Superiores, enquanto o julgamento dos IRDR ocorre nas Cortes intermediárias, no caso, nos TRT.

(5) Seguem transcritas normas que dispõem do IRDR, porquanto o instituto ainda carece de assimilação. *Legem habemus*. Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. § 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. § 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.

*orientações jurisprudenciais* — OJ, comuns aos órgãos fracionários de nossa jurisdição, que atuam efetiva e eficientemente como indicadores de tendências dos tribunais, e são de larga utilização pelos juízes do trabalho.

Além disso, um dos fundamentos do recurso de revista é justamente a divergência jurisprudencial, daí porque o precedente persuasivo tem, no campo do Direito Processual do Trabalho, uma fabulosa relevância.

Registra-se ainda que os precedentes não se prestam exclusivamente a promover ou construir direitos, mas também servem como fatores de improcedência liminar, na forma do art. 332/CPC<sup>(6)</sup>, bem como impeditivos de admissibilidade recursal, nos recursos repetitivos, no IAC, no recurso que contrariar súmula, dentre outros.

Convém explicitar que *Súmula Vinculante* é a decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 103-A/CF, que de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprova verbete que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Pontue-se que a matéria está regulamentada na Lei n. 11.417/06, estando assentado que edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante depende

---

(6) Art. 332/CPC. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior do Trabalho; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de Tribunal Regional do Trabalho sobre direito local. \* Este artigo foi adaptado à realidade trabalhista.

de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

A súmula vinculante tem por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. É importante notar que, a despeito da índole de estabilização, ela pode, sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, contar com aprovação, revisão ou cancelamento por provocação daqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – o Procurador-Geral da República; V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI – o Defensor Público-Geral da União; VII – partido político com representação no Congresso Nacional; VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

#### 4. Métodos de criação

O sistema de precedentes está constituindo um vasto acervo de normas, cuja enumeração é imprescindível para o domínio da técnica de sua utilização.

Segundo o § 2º, do art. 102/CF, temos que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias

de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Na legislação infraconstitucional há arrimo no art. 927/CPC, cuja aplicação na Justiça do Trabalho é apenas parcial, conforme manifestação expressa constante da IN n. 39/TST, estabelece alguns precedentes **obrigatórios**, isto é, decisões anteriores que concitam os demais magistrados à fiel observância.

A realidade processual civil<sup>(7)</sup> foi ajustada ao Direito Processual do Trabalho, pelo art. 15, da IN n. 39/TST, onde está assentado que o atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais, de que trata o § 1º, do art. 489/CPC, em jurisdição trabalhista, deve-se observar que por força dos arts. 332 e 927/CPC, com regulação laboral, para efeito dos incisos V e VI, do § 1º do art. 489/CPC, considera-se *precedente*:

- a) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1.046, § 4º);
- b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas<sup>(8)</sup> ou de assunção de competência;

(7) Art. 927/CPC. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

(8) No modelo processual do trabalho há uma hipótese remanescente, posto que além do IRDR, há também a previsão contida no § 11, do art. 896-C/CLT, assim expresso: Art. 896-C. Quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de

c) decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

d) tese jurídica prevalecente em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896, § 6º);

e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o Juiz do Trabalho estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho<sup>(9)</sup>.

Convém anotar aqui que, para efeito de reconhecimento do *precedente* a decisão judicial passe a se calibrar de modo mais exauriente, alterando o próprio conceito de fundamentação.

Nessa ordem de ideias temos que, nos moldes do § 1º, do art. 489/CPC, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, e ainda, deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção

um dos Ministros que compõem a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal. *Omissis* [...] § 11. Publicado o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, os recursos de revista sobrestados na origem: I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação a respeito da matéria no Tribunal Superior do Trabalho; ou II – serão novamente examinados pelo Tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria.

(9) Nos moldes do abalizado entendimento de Élisson Miessa, com o qual concordamos, no processo do trabalho a interpretação deste dispositivo é facilitada, compreendendo as OJ da SDC, das SDI I e II, bem como do Pleno do TST, face ao estatuído na alínea e, do inciso I, do art. 15, da IN 39/TST, e finalmente as súmulas dos TRT, as quais obrigam o próprio tribunal e os magistrados a ele vinculados. MIESSA, Élisson. *Processo do trabalho para concurso*. 5 ed. Salvador. JusPodivm. 2018. p. 794.

no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O TST buscando a harmonização dos precedentes em seara trabalhista aduz, em sua referida IN n. 39, que para os fins dos incisos V e VI, do § 1º, do art. 489/CPC, considerar-se-ão unicamente os precedentes constantes das súmulas do Supremo Tribunal Federal, orientação jurisprudencial e súmula do Tribunal Superior do Trabalho, além de súmula de Tribunal Regional do Trabalho não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, que contenham explícita referência aos fundamentos determinantes da decisão – *ratio decidendi*.

Assentando a compreensão do instituto em destaque perante a jurisdição trabalhista, assevera ainda o TST que não ofende o inciso IV, do § 1º, do art. 489/CPC (não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador), a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame haja ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante. Sendo assim, prossegue o nosso órgão de cúpula, a mencionada regra não obriga o magistrado singular ou o Tribunal a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido examinados na formação dos precedentes obrigatórios ou nos fundamentos determinantes de enunciado de súmula.

Diante disso, e uma vez mais convindo com o TST, a decisão que aplicar a tese jurídica firmada em precedente não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes do mencionado § 1º, do art. 489/CPC, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada, sendo ainda ônus da parte identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar precedente ou enunciado de súmula.

Note-se que estas decisões não são *vinculantes*, mas os juízes somente podem deixar de segui-las se demonstrarem que o caso em exame as distingue ou supera.

Convém ainda perceber que estes exemplos são de *precedentes obrigatórios*, repita-se, mas remanescem *precedentes persuasivos*, ou seja, os julgados anteriores que servem como mera inspiração para os juízes.

## 5. Estabilização jurisprudencial

Está normatizado entre nós que compete ao Tribunal Pleno do TST, em única instância, estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados<sup>(10)</sup> de jurisprudência uniforme, pelo voto de, pelo menos, dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em, pelo menos, dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no DEJT, conforme a alínea “f”, do inciso I, do art. 702/CLT.

Inexiste discrepância metodológica para a fixação sumular no âmbito dos TRTs, preceituando o § 4º, do referido art. 702/CLT, que o estabelecimento ou a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho deverão observar as mesmas disposições, com rol equivalente de legitimados para sustentação oral, observada a abrangência de sua circunscrição judiciária.

A voz a que se refere a norma é a de importantes atores sociojurídicos, a coadjuvar os julgadores para o firmamento da jurisprudência, com a conseqüente legitimação dos precedentes assentados por meio sumular.

(10) Por enunciados devemos entender, a toda evidência, as *Orientações Jurisprudenciais* — OJs, que se distinguem das súmulas em sentido estrito, pois quando o legislador que se referir às súmulas expressamente o fez.

Nesse sentido, concreta o § 3º, do art. 302/CLT, que as sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Esta norma verbera os seus efeitos no espaço dos TRTs, com a indispensável transmutação dos agentes apontados para o âmbito regional.

O nítido escopo dessas regras é a construção paulatina da jurisprudência, com o objetivo de gerar precedentes estáveis. No entanto, a alteração promovida pela *Reforma Trabalhista* no particular tem gerado ácidas críticas doutrinárias, na medida em que se avoluma o entendimento de que a restrição do modo de criação da jurisprudência no meio trabalhista deixa de atender aos comandos da Carta Magna, conforme posicionamento externado por importantes processualistas<sup>(11)</sup>, para os quais o procedimento estabelecido na retromencionada norma atenta contra a separação de poderes, de que trata o art. 2º/CF, e por restringir ato de competência privativa dos tribunais, esta conforme a alínea *a*, do inciso I, do art. 96/CF.

## 6. Assentamento vocabular

Importamos do sistema da *common law* alguns institutos que servem de balizamento para a utilização dos precedentes, os quais estão se integrando rapidamente no direito processual brasileiro, porquanto se assentam perfeitamente no manejo do precedente como critério de julgamento.

(11) Nesse sentido o magistério de Flávia Pessoa, in: *Súmulas na Justiça do Trabalho: novo tratamento jurídico a partir da Lei n. 13.467/17*, no livro intitulado *A Reforma Trabalhista, na visão da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*, por mim organizado, em conjunto com Luciano Martínez e Jorge Boucinhas Filho, editado pela Lex Magister. Igualmente se inclina pela inconstitucionalidade Elisson Miessa na obra já referida.

***Distinguishing*** é a técnica de análise do direito utilizada pelo julgador para, comparando o precedente com o caso em exame, definir se é caso sua aplicação total ou parcial, sendo que, nesta derradeira hipótese, a interpretação pode ser ampliativa ou restritiva.

***Obter dictum*** é o argumento jurídico lançado por um dos atores processuais (partes e/ou julgadores), mas que não foi essencial para a decisão e, portanto, não serve de base para valer como precedente. São chamados de *elementos acidentais*.

***Ratio decidendi*** é a motivação da decisão ordinária, ou seja, os fundamentos que permitem a indução para casos futuros coincidentes, sejam ou não recursos repetitivos. O importante é a conferência da reunião dos elementos que ensejam a utilização do precedente.

Convém anotar que a expressão latina *ratio decidendi* é usualmente empregada no sistema anglo-saxão como *holding*, portanto são expressões que se equivalem.

***Overruling*** é o modo pelo qual um precedente perde a sua força vinculante, passando a ser sucedido por outro entendimento, o que se perfaz entre nós de modo expresso, face à exigência legal de fundamentação específica a fim de justificar a superação do precedente.

É importantíssimo anotar que a superação somente pode ser feita pelo próprio tribunal que criou o precedente ou por uma Corte hierarquicamente superior, situação diametralmente oposta ao *distinguishing* que pode ser feito por qualquer magistrado.

***Anticipatory overruling*** é a descontinuação do cumprimento do precedente, por parte dos tribunais ou juízes a ele vinculados, quando a Corte superior deixa de seguir o seu próprio precedente.

***Overriding*** é a limitação do âmbito de incidência de um precedente, o que ocorre em

função de uma nova norma, seja ela regra ou princípio.

**Signaling** é a modulação dos efeitos da superação do precedente, seja pela alteração do verbete sumular, seja pela evolução da compreensão do instituto pela Corte.

**Stare decisis** é a forma abreviada da máxima latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa: mantenha-se o que foi decidido e não se perturbe a paz.

## 7. Vantagens metodológicas

A recepção do regime de precedentes entre nós emergiu a partir da busca de eficiência na resolução do expressivo número de demandas judiciais que sobrecarregam os tribunais brasileiros. No entanto, o respeitável modelo de precedentes vai muito além do aspecto da mera gestão judiciária, pelo que convém considerar os papéis dos precedentes da ciência jurídica, não significando simplesmente uma técnica de repressão de litígios, mas de prevenção efetiva, não estimulando a tramitação de casos estéreis que, ao final, estão fadados ao insucesso diante da não aceitação da tese reiteradamente pelos tribunais superiores, gerando expectativas falaciosas nas partes.

Nesse sentido o magistério de Daniel Metidiero, que afirma ao explicar a opção feita de código vigente, que o uso crescente dos precedentes decorre da percepção de que a interpretação do direito não é simples declaração de uma norma preexistente ou mesmo extração de seu conteúdo normativo, pois trata-se de preponderância oriunda da adoção de uma perspectiva adscritivista da interpretação. Sendo assim, pondera ele, se a norma é resultado da interpretação, dada a indeterminação do direito, então é imprescindível que a jurisdição colabore com a legislação a fim de que o significado do direito seja densificado, precisado e devidamente comunicado aos seus destinatários.<sup>(12)</sup>

(12) METIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

## 8. Consequências da inobservância dos precedentes

A Justiça do Trabalho tem o dever de uniformizar a sua jurisprudência, em virtude do que os seus órgãos fracionários ficam com o encargo de superar as divergências internas, sumulando os seus entendimentos. E além disso, cabe-lhes também manter a jurisprudência estável, acenando para a comunidade jurídica qualquer transmutação no tino de seu posicionamento.

A consequência do descumprimento dos precedentes está assentada na Constituição Federal, nos moldes do § 3º, do art. 103-A/CF, pelo qual o ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A competência para o julgamento da reclamação constitucional é do Supremo Tribunal Federal, conforme a alínea “I”, do inciso I, do art. 102/CF, a fim de preservar de sua competência e garantir da autoridade de suas decisões.

No plano trabalhista o § 3º, do art. 111-A/CF, inclui na competência do Tribunal Superior do Trabalho o processamento e o julgamento, originariamente, de reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Esta norma constitucional agasalha os precedentes obrigatórios em matéria trabalhista, mas, naturalmente, sendo o questionamento atinente às questões constitucionais a competência do STF permanece incólume.

A reclamação constitucional não é a única forma de impugnação à decisão que descumpre ou aplica mal o precedente, pois a decisão vergastada por ser objeto de recurso ordinariamente previsto, abrindo a chance do tribunal

*ad quem* deliberar sobre a matéria, modificando ou cassando a decisão originária. Aliás, nada impede que a parte promova ambas as providências simultaneamente, isto é, recorra e reclame constitucionalmente<sup>(13)</sup>.

Não é só o descumprimento do precedente que enseja a invalidação do provimento em desacordo, vez que a sua aplicação despropositada também a torna passível de nulidade, caracterizando um *error in iudicando*.

## 9. Conclusão

O ordenamento jurídico preceitua ser dever dos tribunais a uniformização das respectivas jurisprudências, sem embargo do ônus de mantê-las estáveis, íntegras e coerentes. E para tanto precisam editar verbetes de súmula correspondentes a jurisprudência dominante em seu âmbito, se atendo às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Sabemos que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, mas interessou-nos, sobremaneira, o modelo de produção dos precedentes. Daí porque assentamos que são valores a considerar: os aspectos fáticos que caracterizam a

controvérsia originária; a tese jurídica firmada na decisão originária, e a argumentação lançada pela parte, pois somente com a coincidência desses componentes é que estaremos diante de escorreita subsunção, apta a motivar o estabelecimento de precedentes.

Nessa ordem de ideias, são precedentes judiciais obrigatórios: a Súmula Vinculante do STF; as Súmulas do STF em matéria constitucional; as Súmulas do TST em matéria infraconstitucional; os julgados do STF em controle concentrado de constitucionalidade; os julgados em recursos repetitivos: extraordinário, especial e de revista; e ainda os julgados em incidente de assunção de competência — IAC e em incidente de resolução de demanda repetitiva — IRDR. E é importante que se distinga, que os demais julgados se inserem no conjunto de precedentes persuasivos, aptos apenas a inspirar os julgadores.

## 10. Referências

EÇA, Vitor Salino de Moura *et alli*. Coord. *Teoria crítica da reforma trabalhista*. Belo Horizonte. RTM. 2018.

MARTINEZ, Luciano; BOUCINHAS Fº, Jorge; EÇA, Vitor Salino de Moura. Org. *A reforma trabalhista na visão da academia brasileira de direito do trabalho*. Porto Alegre: Lex Magister, 2018.

METIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo. RT. 2017.

MIESSA, Élisson. *Processo do trabalho para concurso*. 5. ed. Salvador. JusPodivm. 2018.

(13) Além dos recursos, pode ainda remanescer a possibilidade da veiculação da competente ação rescisória, nos moldes do § 5º, do art. 966/CPC, segundo o qual: “cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do *caput* deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

# Entidade filantrópica e Reforma Trabalhista: contribuições críticas

Leonardo Emrich Sá Rodrigues da Costa<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

► O presente estudo tem a finalidade de precisar o sentido de entidades filantrópicas no contexto da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467.2017), introdutora dos atuais arts. 884, § 6º, e 889, § 10, da Consolidação das Leis Trabalhistas — CLT, que a elas, e somente a elas, garantiu novas prerrogativas processuais, a fim de facilitar o acesso à Justiça, que antes era bastante restrito, a pretexto de proteger a solvabilidade do crédito trabalhista. Porém, destaca-se que a aplicação e, no geral, os primeiros ensinamentos doutrinários sobre estes dispositivos legais no primeiro ano da vigência da nova lei não defendem um conceito estrito de filantropia, ou seja, tem-se atribuído um sentido amplo ao que se entende por entidade filantrópica, equiparando-a com o gênero entidade beneficente. Isto, em última análise, prejudica, na fase de execução, o trabalhador, pois a isenção do depósito do juízo sem critérios dificulta mais ainda a intrincada tarefa de satisfazer o crédito trabalhista. Após uma análise histórica e conceitual, avalia-se as distinções entre filantrópicas, entidades beneficentes de assistência social e instituições de assistência social, para concluir que não é correto usar a Lei n. 12.101/2009 como parâmetro de enquadramento legal das entidades filantrópicas. Ao final, propõe-se que a melhor solução seria a regulamentação, por meio de Decreto Presidencial ou Portaria do Ministério do Trabalho, do alcance da expressão filantropia, de sorte a compatibilizar acesso à Justiça e o princípio protetivo subjacente à garantia do juízo.

## Palavras-chave:

► Entidades filantrópicas — Conceito — Prerrogativas processuais — Reforma trabalhista — Lei n. 13.467/17.

## Abstract:

► The purpose of this study is to clarify the meaning of philanthropic entities in the context of the Labor Reform (Law no. 13,467.2017), which introduces the current articles 884, § 6, and 889, § 10, of the Consolidation of Labor Laws — CLT, which granted them, and only to them, new procedural prerogatives in order to facilitate access to justice, which was

(\*) Analista Judiciário do TRT-SC (Lotado no gabinete do Desembargador Wanderley Godoy Jr.). Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Professor na Universidade de Rio Verde-GO, ministrando a disciplina Processo Civil. Ex-Advogado inscrito na OAB-GO 33.165.

previously quite restricted, on the pretext of protecting the creditworthiness of labor credit. However, it should be pointed out that the application and, in general, the first doctrinal teachings on these legal provisions in the first year of the new law do not advocate a strict concept of philanthropy, that is, a broad sense has been attributed to what is means a philanthropic entity, assimilated it to the genus beneficent entity. This, in the final analysis, impairs, in the execution phase, the worker, since the exemption of the deposit of judgment without criteria hinders even more the intricate task of satisfying the labor credit. After a historical and conceptual analysis, the distinction between philanthropic, charitable and social assistance institutions is evaluated, in order to conclude that it is not correct to use Law no. 12,101/2009 as a parameter of legal framework of philanthropic entities. In the end, it is proposed that the best solution would be to regulate, through a Presidential Decree or Ordinance of the Ministry of Labor, the scope of philanthropy, so as to make access to justice compatible and the protective principle underlying the guarantee of judgment.

### Key-words:

- ▶ Philanthropic entities — Concept — Procedural prerogatives Labor Reform — Law no. 13.467/17.

### Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Entidades filantrópicas. Conceito. Histórico
- ▶ 3. O acesso à justiça e entidades filantrópicas
- ▶ 4. Garantia do juízo como proteção do trabalhador e o acesso à justiça: uma imprescindível conciliação
- ▶ 5. Distinções
  - ▶ 5.1. Lei n. 12.101/2009
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências

### 1. Introdução

O direito processual contemporâneo se edifica a partir de um grande pilar, que é o devido processo legal, do qual extrai-se todos os outros princípios processuais conformadores do processo brasileiro, como assentou a doutrina. Dentre esses vários outros princípios, encontra-se o acesso à justiça.

Especificamente o direito processual do trabalho possui algumas particularidades, como o princípio protetivo, presente em diversas normas da CLT, a exemplo da isenção

do trabalhador de recolher o depósito recursal para interpor recurso.

No confronto desses dois grandes princípios — acesso à justiça e princípio protetivo — é preciso, senão vital, ponderá-los a fim de encontrar o real alcance das modificações imprimidas pela Lei n. 13.467/2017 quanto às entidades filantrópicas.

Diante disto, propõe-se um estudo detalhado acerca das filantrópicas, sua origem e conceito, a fim de contribuir para a delimitação do alcance dos arts. 884, § 6º, e 889, § 10, da

CLT, sem a pretensão de esgotar inteiramente o assunto.

Ao fim, o objetivo é propor alguma solução para a divergência hermenêutica sobre o tema, encontrada neste primeiro ano de vigência da reforma trabalhista, imprescindível para manter a coerência e a harmonia entre os dois citados princípios jurídicos.

## 2. Entidades filantrópicas. Conceito.

### Histórico

A etimologia da palavra filantropia vem das expressões gregas *philos* e *anthropos*, as quais, conjugadas, traduzem-se livremente como “amor” e “ser humano” (MARTINEZ, 2018, p. 235). O Dicionário Houaiss, da Língua Portuguesa, define o termo como “profundo amor à humanidade, desprendimento, generosidade para com outrem, caridade”.

Historicamente, no Brasil as ações filantrópicas estiveram arraigadas à concepção caritativa de ajuda ao próximo, sob o prisma da moral cristã, na qual há o reconhecimento do valor da pobreza, como redentora dos pecados. A expressão, assim, carrega em sua origem a intenção de ajudar o próximo, sem esperar retribuição. Exemplo disto foi o surgimento da Santa Casa de Misericórdia de Santos, em 1543, revelando, portanto, a origem da atividade filantrópica, no nosso país, no bojo das instituições religiosas na área da saúde (MESTRINER, 2001, p. 45).

Com o passar do tempo a filantropia começou a ocupar um conjunto maior de atividades sociais, que, em tese, competiriam ao Estado, por visarem ao interesse social e à satisfação de Direitos Fundamentais Sociais, atualmente positivados no art. 6º, da Lei Maior, a saber: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

A filantropia era exercida, cabe destacar, por quem atendia, voluntariamente e de forma gratuita, aquelas pessoas necessitadas, nas

mais diversas exigências coletivas. O Estado, incapaz de desincumbir plenamente de suas obrigações, divisou na filantropia uma forma de complementar suas insuficiências, de modo que destinou a ela benefícios legais e incentivos, sob a sua fiscalização. Daí surgiram legislações, cuja evolução desembocou no que hoje se denomina terceiro setor.

Para Maria Sylvia Di Pietro (2012, p. 551):

Terceiro setor é aquele composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos [...]. Esse tipo de entidade existe desde longa data, mas agora está adquirindo feição nova, especialmente com a promulgação da Lei n. 9.790, de 22.3.99, que dispõe sobre as organizações da sociedade civil de interesse público.

Neste particular, merece destaque a Lei n. 3.577/59, que, por seu art. 1º, isentou da “taxa de contribuição de previdência os Institutos Caixas de Aposentadoria e Pensões as entidades filantrópicas reconhecidas como de utilidade pública, cujos membros de suas diretorias não percebam remuneração”.

O Decreto n. 1.117/62, ao regulamentar a isenção da cota patronal, introduzida pela Lei n. 3.577/59, considera “entidade filantrópica”, para fins do gozo do benefício fiscal, aquela que sobrevivesse de doações, pois deveria destinar “a totalidade das rendas apuradas ao atendimento gratuito das suas finalidades”.

Neste período, filantrópica, reconhecida pelo Estado, para fins previdenciários, por meio de um certificado, era a entidade que prestava serviços gratuitos à coletividade, sem público-alvo específico. Tais serviços gratuitos não eram, necessariamente, voltados para assegurar, a quem deles necessitasse, o rol de direitos sociais básicos que compõe a assistência social (art. 203 da Constituição Federal).

Com a ascendência do individualismo como modo de vida e o declínio das doações para subsidiar as entidades filantrópicas, o

Estado viu-se, ante o relevante serviço prestado e o interesse no seu fortalecimento, na premência de proteger e colaborar com elas. Para isto, lhes garantiu uma roupagem mais contemporânea, cuja essência, porém, está positivada em alguns dispositivos da Lei n. 9.790/99, a seguir reproduzidos:

Art. 1º (*omissis*)

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

- I – promoção da assistência social;
- II – promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- III – promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- IV – promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- V – promoção da segurança alimentar e nutricional;
- VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- VII – promoção do voluntariado;
- VIII – promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- IX – experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- X – promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

XI – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII – estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

XIII – estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

Observa-se, portanto, que a entidade filantrópica, da qual a OSCIP é uma atual vertente, com a nuance de firmar uma parceria com o Estado, tem por finalidade prestar serviços de interesse social — e não somente de assistência social —, sem fins lucrativos, sobrevive de doações, admitidos incentivos públicos, porque muito penosa é a manutenção somente com liberalidades, hodiernamente; quando muito, presta serviços intermediários a outras organizações sem fins lucrativos ou a órgãos do setor público, de modo que a renda servirá para cumprir o princípio da universalidade dos serviços, isto é, a gratuidade.

Por não praticar atividade econômica, falta, não raro, capacidade financeira. Logo o acesso à Justiça sofreria prejuízo considerável, se não obstado fosse, caso exigido o depósito para recorrer ou apresentar embargos à execução de entidades com poucos recursos. Aí a justificativa e a razão de ser da Reforma Trabalhista, quando dispensou a garantia do juízo (MARTINEZ, 2018, p. 235).

### 3. O acesso à justiça e entidades filantrópicas

A Lei n. 13.467/2017, conhecida por Lei da Reforma Trabalhista, isentou as entidades

filantrópicas do dever de garantir o juízo, quer para embargar, quer para recorrer, em razão da sua peculiar situação de carência econômica. Há uma presunção *ex lege* de que seria custoso a elas defender-se, em face de uma sentença ou da execução de um título executivo.

Veja-se, a propósito, a redação dos dispositivos legais correspondentes:

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

§ 6º A exigência da garantia ou penhora não se aplica às entidades filantrópicas e/ou àqueles que compõem ou compuseram a diretoria dessas instituições. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

Art. 899. Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

§ 10. São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

A finalidade desta isenção é resguardar o comezinho direito fundamental, de todas as pessoas físicas e jurídicas, de acesso à Justiça, também denominado de garantia de inafastabilidade da jurisdição, previsto em diversos documentos internacionais, dentre os quais os mais relevantes são os seguintes: Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado em 16 de dezembro de 1966; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica.

No plano interno, a Constituição Federal enquadra como direito individual e coletivo a inafastabilidade da jurisdição, no art. 5º, inciso XXXV. A doutrina, ademais, cuidou de destrinchar este direito, ao inferi-lo como um verdadeiro princípio jurídico (CANOTILHO, 2003, p. 1165).

Como um princípio constitucional, deve, portanto, direcionar a atividade interpretativa, a fim de influenciar todo o ordenamento jurídico, desde o momento legiferante, até a

aplicação concreta da lei, além de servir como norte na organização do sistema judiciário, como porta aberta a todos.

Significa, então, que o Estado deve organizar, por meio de políticas públicas, seu modelo de justiça, de forma a propiciar cada vez mais uma melhora qualitativa no serviço público prestado pelo Judiciário e afastar as barreiras ilegítimas, que obstam a tutela jurisdicional justa às partes. Tais barreiras podem ter origem em diversos fatores, a exemplo de imperfeição das leis processuais, políticos, econômicos e culturais (DINAMARCO, 2017, p. 203-204).

Assim, universalizar a jurisdição é expungir estes ilegítimos fatores limitativos, que excluem do Judiciário inúmeras pretensões e aumentar as situações litigiosas entre as camadas da população a serem pacificadas pelo Estado.

A par da indevida limitação à garantia da justiça gratuita do trabalhador, os aspectos econômicos do processo foram o mote da Reforma Trabalhista, quando isentou as entidades filantrópicas da garantia do juízo, e cumpriu uma das ondas renovatórias do direito processual, a que se refere Mauro Cappelletti (2015), segundo o qual os custos processuais, para determinadas pessoas, com poucos recursos financeiros, podem atravancar o acesso ao Judiciário.

Daí a relevância da isenção ora tratada, que, em uma visão realista e livre de pré-conceitos, pode ser determinante ao exercício do direito ao acesso à Justiça destas entidades, as quais poderiam deixar de questionar uma decisão judicial-trabalhista, por ausência de bens, o que pode dificultar, talvez injustamente, sua própria sobrevivência, por causa de uma condenação em uma reclamação sem respaldo legal ou probatório.

#### **4. Garantia do juízo como proteção do trabalhador e o acesso à justiça: uma imprescindível conciliação**

Os depósitos legais pelo empregador, no processo do trabalho, possuem natureza jurídica de garantia recursal, garantia da execução

e garantia do juízo para a futura execução (MARTINS, 2001, p. 365).

A exigência da garantia do juízo “consagra, substancialmente, os princípios da proteção processual ao trabalhador e da isonomia real, sabido que o empregador, em regra, é economicamente superior ao empregado, geralmente autor da demanda trabalhista” (LEITE, 2018, p. 1.033).

Em razão de estar diretamente ligada à proteção do trabalhador e assegurar um pagamento mais célere do crédito trabalhista, necessário se faz interpretar, destarte, o conceito de entidade filantrópica, restritamente no contexto da Reforma Trabalhista, para não cair no absurdo de absolver pessoas que teriam condições de efetuar a garantia do juízo, em detrimento do empregado.

A interpretação restrita do termo filantropia é, em verdade, uma legítima conciliação entre o princípio do acesso à Justiça e o princípio protetivo, ambos significativos para a legislação processual do trabalho<sup>(1)</sup>

O primeiro princípio induz a dilatar os sentidos das palavras, de forma a ampliar os sujeitos destinatários de garantias legais, como ocorreu na interpretação dada pelo STF ao art. 5º, *caput*, da CF, ao entender que o emprego da fórmula ‘brasileiros e estrangeiros residentes no país’ não excluiu o direito dos estrangeiros não residentes a acesso aos instrumentos processuais, nem os impediu de ser titular de direitos fundamentais (STF, HC 94016 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 7.4.2008).

Já o princípio tuitivo, é a marca distintiva, não só do Direito do Trabalho, mas, também, do Processo do Trabalho, com suas diversas simplificações, garantias e facilidades. Seu desiderato é equilibrar empregador e empregado, este quase sempre em posição de desigualdade

(1) Compartilha do mesmo pensamento o juiz do TRT-1, Marcelo Moura (2018, p. 363), que assim se expressa: “O § 6º, do art. 884 dispensa a garantia do juízo para as entidades filantrópicas. Trata-se de uma exceção à regra geral que deve, portanto, ser interpretada restritivamente”.

econômica, probatória, informacional, social e cultural. É o que Manoel Antônio Teixeira Filho (2009, citado por LEITE, 2018, p. 112-115) chama de princípio de correção da desigualdade.

Esta interpretação estrita é, vale enfatizar, uma ponderação exigida para compatibilizar e acomodar harmonicamente dois interesses essenciais, a antecipação do valor da condenação ao empregado e a isenção das genuínas filantrópicas.

Realça o mestre Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 123) que a conceituação de entidade filantrópica não pode ser ampliada para alcançar toda e qualquer iniciativa de ajudar os menos favorecidos, pois entidades há que, embora hasteiem a bandeira da beneficência, auferem lucros e exercem atividades econômicas, com condições de garantir o juízo.

Importa, então, não confundir as entidades de beneficência social e de assistência social com as filantrópicas, sob pena de indevida ampliação de sentido, como visto no âmbito doutrinário e jurisprudencial, pois a penúria presumida por lei só faz sentido, e se justifica, em face das exclusivamente filantrópicas, em sentido estrito.

## 5. Distinções

A esta altura já convém distinguir uma entidade filantrópica de uma beneficente de assistência social, cuja proximidade causa a incompreensão, a ponto de serem vistas como sinônimas. A diferença é apreendida do próprio texto Constitucional:

Art. 199 (*omissis*)

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência **as entidades filantrópicas** e as sem fins lucrativos.

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou **filantrópicas**, definidas em lei, que [...]

Art. 195 (*omissis*)

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social **as entidades beneficentes de assistência social** que atendam às exigências estabelecidas em lei.

A CTL, por seu turno, usou “entidades beneficentes” e “entidades sem fins lucrativos”, no § 1º, do art. 2º, e filantrópica em outras passagens. Aliás, o art. 889, § 9º, reduziu em metade o depósito recursal para as entidades sem fins lucrativos, de modo a demonstrar o equívoco em tratar tudo como sinonímia.

A doutrina tributarista e a previdenciária debatem, de longa data, o significado destas expressões, a fim de definir quais pessoas teriam direito à imunidade de contribuições para a seguridade social. Pacificou-se, pois, que são termos heterogêneos. Esta é a preleção de Fábio Zambitte Ibrahim (2015, p. 458):

As entidades beneficentes de assistência social são mantidas com o objetivo de auxiliar os necessitados, isto é, qualquer pessoa que não tenha condições de prover o seu próprio sustento e o de sua família. Este conceito é mais restrito do que o de entidade filantrópica, embora sejam ambos erroneamente utilizados indistintamente com muita frequência.

Na mesma linha, assinala Leandro Paulsen (2017, p. 121) que:

Entidades beneficentes são aquelas voltadas ao atendimento gratuito dos necessitados. Não é necessário que tenham caráter filantrópico, assim entendidas as que se mantêm exclusivamente por doações. Admite-se que financiem a atividade beneficente mediante outras atividades remuneradas, desde que não tenham fins lucrativos e que suas receitas sejam efetivamente aplicadas na beneficência, o que restou definido pelo STF também na ADI 2.028.

O Supremo Tribunal Federal, chamado a pronunciar-se sobre a questão, assentou, nos

termos do voto do Ministro Moreira Alves, na liminar proferida na ADI n. 2.028-5, em que se analisou a semântica de “entidade beneficente”, presente no art. 195, § 7º, da CF, que:

Assim, entidade que atua em benefício de outrem com dispêndio do seu próprio patrimônio sem contrapartida é entidade filantrópica, mas não deixa de ser beneficente a que, sem ser filantrópica, atua sem fins lucrativos e no interesse de outrem. Por isso, sendo entidade beneficente o gênero, pode-se concluir que toda entidade filantrópica é beneficente, mas nem toda entidade beneficente é filantrópica. Assim, § 7º do art. 195 ao utilizar o vocábulo entidade beneficente se refere a essas duas espécies, sendo que, quanto às que atuam no setor de saúde, o conceito de beneficência, como visto, é explicitado no § 1º do art. 199, que distingue a entidade filantrópica da entidade sem fins lucrativos e considera ambas mercedoras do mesmo tratamento. Portanto, quando a Lei n. 9.732 o impõe o requisito da entidade da gratuidade exclusiva está restringido o conceito constitucional de entidade beneficente que não se confunde com entidade filantrópica. [...] É evidente que, tais entidades, para serem beneficentes, teriam que ser filantrópicas [...], mas não exclusivamente filantrópicas [...], esse benefício concedido pelo § 7º do art. 195 não o foi para estimular a criação de entidades exclusivamente filantrópicas, mas, sim, das que, também sendo filantrópicas sem o serem integralmente [...].

Este entendimento liminar foi ratificado, em maio de 2017, pelo plenário daquela Corte, com os acréscimos do voto do Ministro Teori Albino Zavascki, este que, com base na doutrina de Regina Helena Costa, acentuou que a entidade beneficente é aquela que dedica parte destas atividades ao atendimento gratuito de carentes e desvalidos. Já a filantrópica é a que direciona, de forma gratuita, integralmente seus serviços a atender o interesse coletivo.

Assim, uma primeira inferência pode ser feita: entidade beneficente é aquela que atua em favor de outrem, que não seus próprios instituidores ou dirigentes, e pode ser remunerada por seus serviços. Filantrópica é a entidade com idêntico escopo, mas cuja atuação é inteiramente gratuita, ou seja, nada cobra pelos serviços que presta.

Entende-se, ainda, apropriado mais uma diferenciação para evitar dúvidas sem}anticas: a palavra filantropia pode ser usada em dois sentidos: em sentido amplo, quando há cobrança pelos serviços prestados, ainda que uma cobrança parte do público beneficiado; ou em sentido estrito, quando é totalmente gratuita. Neste último caso, aí sim, fala-se uma verdadeira entidade filantrópica, a merecedora de fazer jus à dispensa da garantia do juízo.

Isto porque, em face do recebimento de dinheiro por alguns clientes, mesmo que inexistente intenção lucrativa, consegue-se manter algum patrimônio, de certo modo, suficiente para garantir o juízo a favor do trabalhador e isto não impede de comprovar o estado de crise e receber o benefício da justiça gratuita. Já quando a gratuidade é total, e por depender de doações, é razoável presumir a falta de disponibilidade de recursos.

Ao atentar-se para o texto Constitucional, evidencia-se, ainda, que entidade beneficente de assistência social (art. 195, § 7º, da Carta), por consequente uma filantrópica, não é conceito equivalente à entidade de assistência social sem fins lucrativos (art. 150, VI, “c”, da CF).

As entidades sem fins lucrativos, não beneficentes, outrossim, são restritas à determinadas classes ou grupos e visa o auxílio-mútuo. Buscam um padrão mínimo de vida dos associados, sem atender pessoas estranhas ao grupo. Interessante colacionar o magistério de Leandro Paulsen (2017, p. 117):

As **instituições de assistência social**, também beneficiárias da imunidade, são aquelas que desenvolvem uma das atividades descritas no art. 203 da CF. Não se exige filantropia, ou seja, não se exige que atuem exclusivamente com pessoas carentes, de modo gratuito e universal e que dependam exclusivamente de donativos. Podem exercer atividade econômica rentável, desde que sem finalidade de lucro, ou seja, desde que revertam seus resultados para a atividade assistencial. Há impedimento

à distribuição de lucros, esta sim descaracterizadora da finalidade assistencial e do caráter não lucrativo. Não se deve confundir, ainda, a ausência de caráter lucrativo com a obtenção de *superavit*, este desejável inclusive para as entidades sem fins lucrativos, de modo que viabilize a ampliação das suas atividades assistenciais.

Um ponto em comum entre as beneficentes, não integralmente filantrópicas, e as entidades de assistência social, é, justamente, a possibilidade de cobrança por seus serviços. Pela primeira, uma cobrança parcial, caso das universidades em que, apesar da concessão de bolsas gratuitas de estudos à pessoas carentes, exigem mensalidades da camada mais abastada. Já na entidade de assistência social, há cobrança de sua restrita clientela, vedado apenas o lucro, cuja significância é dada por Eduardo Sabbag (2017, p. 467):

A primeira e equivocada impressão é a de que o preceptivo veda o lucro, todavia não deve ser esta a melhor exegese. Veda-se, sim, a apropriação particular do lucro, a lucratividade em si, ou, em outras palavras, o *animus distribuendi*. Permitem -se, pois, o resultado positivo, a sobra financeira, o superávit ou, em linguagem técnica, o *ingresso financeiro líquido positivo*.

**Aliás, proibir-se o lucro (*animus lucrandi*) é algo que se traduz em completo desatino.** O que se quer, em verdade, é que todo o resultado reverta em investimento para que a entidade cumpra seu desiderato **institucional**.

A propósito, não se pode confundir a *apropriação particular do lucro* — o que se proíbe — com a permitida e natural *remuneração dos diretores e administradores da entidade imune*, como contraprestação pela execução de seus trabalhos.

Destarte, na filantropia, em sentido estrito, inexistem as figuras do *animus lucrandi* ou

*animus distribuendi*, impensável a venda de serviços ou resultado positivo, já que não colocam preços em suas atividades. Por isto, a entidade beneficente não se adequa na definição de filantropia posta na CLT e esmiuçada neste artigo, porque, como se pôde perceber, a cobrança que ela faz de uma parcela da população torna-a, em regra, capaz de garantir o juízo.

Outra diferença digna de nota é o campo de atuação. As entidades beneficentes de assistência social são aquelas que atuam na assistência social em sentido estrito (Art. 203 da CF) e, também, na saúde e educação — assistência social em sentido amplo —, de acordo com o entendimento pacificado pelo STF (IBRAHIM, 2015, p. 459).

As filantrópicas possuem uma amplitude de serviços à comunidade muito maior, uma gama e diversidade de objetivos que se dirigem não somente à assistência social em sentido amplo. E isto deve ficar memorizado pelo leitor, a fim de ser utilizado mais à frente. É o que registra a doutrina do professor Celso Barroso Leite (1998, p. 533), no artigo “Filantropia e Assistência Social”, publicado na *Revista de Previdência Social*:

Embora não menos amplo que o da filantropia, o conceito de assistência social oferece a vantagem da característica comum dos seus destinatários: a necessidade que têm dela. Enquanto as entidades filantrópicas prestam serviços úteis e com frequência valiosos, mas nem sempre essenciais, a assistência social tem por objetivo atender as necessidades vitais das pessoas que carecem dela. Convém insistir neste ponto: a necessidade da assistência, individual ou social, é inerente à sua natureza. Uma entidade que ofereça, por exemplo, programas culturais gratuitos de alto nível dá a pessoas que não dispõem de recursos para pagar por eles uma oportunidade valiosa, benéfica e de alguma maneira filantrópica. Entretanto, isso não corresponde a uma necessidade básica, vital,

dessas pessoas, que decerto apreciam programas culturais de bom nível mas poderiam viver sem eles. Ainda por outras palavras: trata-se de algo mais e não de um mínimo; e em última análise é essa a diferença entre filantropia e assistência (n. 199).

Assim, uma entidade é filantrópica mesmo que sua finalidade seja, de forma exemplificativa, cultural, esportiva, religiosa e demais atividades enumeradas no outrora reproduzido art. 3º, da Lei n. 9.790/99. Ela pode ser, portanto, de assistência social, mas não necessariamente.

Resulta clara a inadequação, com o devido respeito às opiniões divergentes, da afirmação no sentido de que uma entidade é filantrópica se observa a Lei n. 12.101/2009. Não parece ser bem assim.

### **5.1. Lei n. 12.101/2009**

A maior parte da doutrina trabalhista, até o momento, seguida pela jurisprudência, ao menos tendo em vista a análise dos recursos no âmbito do TRT-12, alvitra a aplicação da Lei n. 12.101/2009 como o parâmetro para aferir se está diante de uma entidade filantrópica ou não. Cita-se, como representante desta vertente, Anna Luiza Marimon (2018, p. 223-224):

A exigência da garantia ou penhora não se aplica às entidades filantrópicas e/ou àqueles que compõe ou compuseram a diretoria dessas instituições, de acordo com o novo § 6º do art. 884. Não é suficiente a mera alegação de que a atuação não visa lucro, pois a Lei n. 12.101/2009, em seu art. 3º, determina que a certificação dessas entidades somente ocorrerá mediante a demonstração, de forma cumulativa, do cumprimento do disposto nas Seções I, II, III e IV, do Capítulo II, da supracitada lei, observando-se as respectivas áreas de atuação das entidades beneficentes de assistência social<sup>(2)</sup>.

(2) No mesmo sentido: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (2017, p. 359); MOURA, Marcelo (2018, p.2018); SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de [et al.] (2018, p. 569).

Esta lei regulamentou o art. 195, § 7º, da Constituição Federal, que imuniza as entidades beneficentes de contribuições para a seguridade social e estabelece os critérios para o seu modo de ser.

A Lei n. 12.101/2009 reconhece como beneficente as entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que prestem serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, sendo que deverão obedecer ao princípio da universalidade do atendimento, vedado dirigir suas atividades exclusivamente a seus associados ou à categoria profissional (PAULSEN, 2017, p. 122).

Neste íterim, verifica-se um primeiro problema. Há uma restrição do campo de atuação, visto que as filantrópicas, em sentido restrito, não trabalham apenas no que se chama de assistência social em sentido amplo, indo muito além disto.

Esta limitação tem uma razão de ser, porquanto, as entidades beneficentes, para gozarem da imunidade previdenciária, devem comprovar a eficácia na satisfação das necessidades sociais, estas que cabem ao Estado, primariamente, implementar, mas, por falhas nas políticas públicas ou ausência de recursos, não desincumbiu a contento o seu mister. Ou seja, a Lei n. 12.101 impõe ao Governo somente fomentar aquelas atividades que o apoiam nas áreas que lhe cabem prestar serviços públicos. Logo, a lógica é a da efetividade do serviço público, e não do acesso à Justiça, esta sim é a intenção da alteração da legislação processual do trabalho.

Ao traduzir em termos práticos, tem-se que uma entidade cultural, mesmo que viva de doações e preste serviços gratuitos, isto é, seja uma legítima filantrópica, a prevalecer o entendimento de que para gozar de isenção de garantia do juízo deve, também, ter o certificado de entidade beneficente social (CEBAS), chegar-se-á à perplexidade de ter ela que fazer o depósito legal ou contar com a sorte de ter

o benefício da justiça gratuita deferido, não obstante ser, justamente, aquela pessoa visada pela Reforma Trabalhista.

Isto porque entidade prioritariamente cultural não se confunde com entidade educacional, o que vale, também, para entidades de esporte, como entende o Ministério da Previdência e Assistência Social e o Superior Tribunal de Justiça. Assim, cai-se na incoerência de excluir entidades filantrópicas que não se encaixem nas atividades arroladas na Lei n. 12.101, de modo a abduzir o direito universal de acessar o Judiciário.

Outra questão, e certamente a mais delicada, é que as entidades beneficentes, não filantrópicas, cobram, em parte, pelos seus serviços, o que faz girar recursos financeiros, embora não tenham fim lucrativo. Por exemplo, pelo art. 12 da Lei n. 12.101/09, as entidades de educação, em qualquer nível, podem enquadrar-se como beneficentes e usufruir da imunidade constitucional, desde que venham a aplicar, anualmente, em gratuidade, **o percentual mínimo de 20 % (vinte por cento) da receita anual efetivamente recebida a título de anuidade escolar**, valor este calculado nos termos da Lei n. 9.870/99. No caso das entidades de nível superior, observar-se-á, também, os requisitos do PROUNI, na Lei n. 11.096/05.

A Univali, em Santa Catarina, por conceder bolsas de estudo, porém cobrar uma razoável mensalidade dos alunos, teria o direito à isenção da garantia do juízo, mesmo que tenha, notoriamente, condições financeiras boas e não se encaixe no conceito esgrimido de filantrópicas em sentido restrito, em escancarado e inaceitável prejuízo ao empregado.

Note-se, ademais, que o MTE equiparou, embora sem primar pela melhor técnica terminológica, entidades sem fins lucrativos a entidades beneficentes, ao regular o art. 580, § 6º, da CLT, que traz a isenção da contribuição sindical. É o que se extrai da Portaria n. 1.012/2003:

Art. 3º Considera-se entidade ou instituição que não exerça atividade econômica com fins lucrativos, aquela que não apresente *superavit* em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado integralmente ao incremento de seu ativo imobilizado.

§ 2º A comprovação da condição de entidade ou instituição sem fins lucrativos será feita por meio dos seguintes documentos:

I – entidades ou instituições de assistência social, reguladas pela Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993:

a) **atestado de Registro e Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social**, expedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, nos termos da lei; e (grifei)

b) comprovante de entrega da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica — DIPJ, como entidade imune ou isenta, fornecido pelo setor competente do Ministério da Fazenda.

Avista-se destes dispositivos que entidade sem fins lucrativos e beneficentes exercem atividades econômicas, sendo esta a empatia entre elas. O que lhes veda somente é auferir lucros e isto demonstra o acerto do que foi explicado antes.

Na CLT, portanto, leia-se entidade sem fins lucrativos em sentido amplo, de tal modo que a dispensa pela metade do depósito recursal (CLT, art. 899, § 9º) estende-se, também, às beneficentes que não são filantrópicas.

Constitui, assim, verdadeira inversão de significados a equiparação de filantropia e beneficência, máxime, por fim, com o que se denota da referida portaria.

## 6. Conclusão

O trabalho teve como intuito alertar para a forma que, neste primeiro ano de vigência da Lei n. 13.467, tem-se aplicado e interpretado de uma maneira enviesada o termo entidade filantrópica, ao equipará-lo à beneficência, bem como ao satisfazer-se, como prova da filantropia, com o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), previsto na Lei n. 12.101/2009.

Este desajuste, além de retirar a isenção da garantia do juízo de pessoas que a ela fariam *jus*, pelo fato de não se enquadrarem em uma das atividades que compõe a assistência social, em sentido amplo, prejudica diretamente o trabalhador, porquanto existem entidades beneficentes, portadoras do CEBAS, com capacidade patrimonial, não filantrópicas, que usufruem da dispensa dada pelos arts. 884, § 6º, e 889, § 10, ambos da CLT.

A fim de sanar esta incorreção e, até mesmo, contribuir para a segurança jurídica, sugere-se ao Ministério do Trabalho que expeça, urgentemente, uma portaria que regulamente o sentido de filantropia ou um Decreto Presidencial, na perspectiva do acesso à Justiça, de forma a levar em consideração as distinções apresentadas no transcorrer do artigo, a fim de apartar, de vez, os equívocos e salvaguardar o princípio protetivo que envolve a garantia do juízo.

## 7. Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94016 MC/ SP. Rel. Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 7 de abril de 2008.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 25 ed. São Paul: Atlas, 2012.

DINAMARCO, C. R. *Novo Código de Processo Civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

IBRAHIM, F. Z. *Curso de direito previdenciário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LEITE, C. B. *Filantropia e assistência social*. São Paulo: LTr, 1998.

LEITE, C. H. B. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARIMON, A. Luiz *et al.* (Coords.). *Comentários à Lei n. 13.467/2017: contribuições para um enfrentamento crítico*. Porto Alegre: HS Editora, 2018.

MARTINEZ, L. *Reforma trabalhista — entenda o que mudou: CLT comparada e comentada*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, S. P. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MESTRINER, M. L. *O estado entre a filantropia e a assistência social*. São Paulo: Cortez, 2001.

MOURA, M. *Reforma trabalhista: comentários à Lei n. 13.467/2017*. Salvador: JusPodivm, 2018.

PAULSEN, L. *Curso de direito tributário completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SABBAG, E. *Manual de direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, H. B. M. da. *Comentários a Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. (Livro eletrônico)

# Sistema pericial trabalhista: distorções e alternativa

Marcos Antonio Alvarez<sup>(\*)</sup>

## Resumo<sup>(\*\*)</sup>:

- ▶ As justificativas da Lei n. 13.467/2017 se baseiam em críticas à prestação jurisdicional, em particular ao número excessivo de processos, incluindo elevado número de perícias médicas inúteis. A qualidade da prestação jurisdicional depende diretamente da qualidade da perícia. Entretanto o que não se considera normalmente é que a qualidade da perícia depende do sistema pericial na qual é feita. A fim de lançar um novo olhar sobre a questão, foi realizado estudo histórico do sistema pericial vigente, único no Brasil e no mundo dito civilizado. Identificou-se o momento em que as distorções surgiram, suas características e os prejuízos que geraram. As flutuações ocorridas nos cinquenta anos de vigência descortinam como o impacto negativo causado não foi atribuído ao sistema. Na esperança de melhorar a prestação jurisdicional, ações anteriormente instituídas pelo TST foram revividas, apesar de terem se mostrado ineficazes. A Reforma, entretanto, instituiu instrumentos necessários e suficientes para que o perverso sistema seja trocado por modelo capaz de gerar perícias que permitam boa prestação jurisdicional, a exemplo do que ocorre nas demais áreas da justiça. A mudança aproximará a Justiça do Trabalho do objetivo de pacificar a sociedade.

## Palavras-chave:

- ▶ Perícia médica trabalhista — Sistema pericial trabalhista — Perícia após Reforma.

## Abstract:

- ▶ The need that justifies the Law 13,467/2017 is based on criticisms of the jurisdictional provision, in particular the excessive number of cases, including a high number of useless medical examinations. The quality of the judicial service depends directly on the quality of the expert examination. However, what is not normally considered is that the quality of

---

(\*) Médico formado pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto, FAMERP, em 1984. Especialista em Cirurgia Geral, Endoscopia Digestiva, Medicina do Trabalho, Medicina Legal e Perícia Médica. Pós-graduado em ergonomia. Atua como perito judicial trabalhista desde 2007. Após a Reforma passou a atuar também na Justiça Cível. Membro da Comissão de Defesa Profissional da Associação Brasileira de Medicina Legal e Perícia Médica

---

(ABMLPM). Membro da Comissão de Relações com os TRTs da ABMLPM S.P. Ex-Diretor da Regional de Ribeirão Preto da ABMLPM.

(\*\*) Este artigo subsidiou a apresentação da palestra homônima proferida no IV Congresso Brasileiro de Medicina Legal e Perícia Médica, São Paulo, 15 a 20 de novembro de 2018.

the expert examination depends on the expert system in which it is made. In order to analyze this issue from another perspective, a historical study of the current expert system was carried out, unique in Brazil and in the so-called civilized world. It was identified the moment in which the distortions appeared, their characteristics and the damages that they generated. The fluctuations that occurred in the last fifty years yield how the negative impact caused was not attributed to the system. To improve the jurisdictional provision, actions previously instituted by the Superior Labor Court (SLC) were revived, although they proved to be ineffective. This reform, however, implemented necessary and sufficient means to replace the faulty system by a model capable of generating expert examinations that allow good judicial performance, as in other areas of justice. The change will bring Labor Justice closer to the goal of pacifying society.

### **Key-words:**

- ▶ Expert labor examination — Expert labor System — Pos labor reform expert examination.

### **Índice dos Temas:**

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Contexto
  - ▶ 2.1. O médico perito trabalhista
  - ▶ 2.2. O trabalho do profissional liberal
  - ▶ 2.3. A perícia na justiça cível
- ▶ 3. Perícia na justiça trabalhista
- ▶ 4. A indústria da insalubridade
- ▶ 5. Súmula n. 236 e art. 790-B
  - ▶ 5.1. Súmula n. 236
  - ▶ 5.2. Art. 790-B
    - ▶ 5.2.1. Efeito colateral do art. 790-B
- ▶ 6. Honorários prévios e a OJ n. 98
- ▶ 7. Resoluções CNJ
- ▶ 8. Perícia médica na Justiça do Trabalho
- ▶ 9. A primeira reação à reforma
- ▶ 10. A alternativa propiciada pela reforma de 2017
- ▶ 11. Conclusão
- ▶ 12. Referências

## 1. Introdução

A Justiça do Trabalho vem sendo alvo de críticas tão diversificadas quanto severas, chegando a se discutir a pertinência de sua continuidade<sup>(1)(2)</sup>. A Lei n. 13.467/2017, ao instituir modificações significativas na CLT<sup>(3)</sup>, causa, no meio jurídico trabalhista, um estado de agitação. Vários pontos, arraigados no meio trabalhista, são atingidos pela nova Lei, e com isto a pauta de discussão se torna grande e acalorada, o que deixa fora do foco questões diversas nunca bem debatidas. Muito se discute sobre a qualidade da prestação jurisdicional ofertada e do número excessivos de lides e perícias médicas inúteis e temerárias. A discussão sobre o assunto é tão antiga quanto infrutífera tendo neste momento, se radicalizado. De um lado há os que defendem o fim da Justiça do Trabalho e de outro os que acreditam que nada há para mudar. Ambas as posturas agravarão, caso se imponham, os problemas sentidos e apontados por parte significativa da sociedade. Cabe aos que acreditam ser a Justiça do Trabalho instrumento essencial na defesa da dignidade humana do trabalhador, avaliar os pontos que podem melhorar sua atuação.

Entre eles há o tema da perícia médico-trabalhista, sobre o qual nunca foi aberto um canal de diálogo com seus principais atores: os médicos peritos. Este desprezado ponto de vista é capaz de mostrar aspectos fundamentais, e provavelmente surpreendentes, do problema e apontar alternativa capaz de mudar o paradigma que trata o tema.

(1) MAELI PRADO. Justiça do Trabalho não deveria nem existir, diz deputado Rodrigo Maia. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 9 mar. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/03/1864822-justica-do-trabalho-nao-deveria-nem-existir-diz-deputado-rodri-go-maia.shtml>>. Último acesso em: 28 jan. 2019.

(2) FERNANDO NAKAGAWA. Para presidente da Câmara, Justiça do Trabalho 'não deveria nem existir'. *O Estado de S. Paulo*, 8 mar. 2017. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,para-presidente-da-camara-justica-do-trabalho-nao-deveria-nem-existir,70001692193>>. Último acesso em: 28 jan. 2019.

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

O primeiro aspecto da questão é deixar claro que não existe perícia qualificada, imparcial e independente sem que o sistema na qual está inserida permita que estas características aflorem. Seria como esperar que a boa semente floresça independente da qualidade do solo. O objetivo deste trabalho é expor, com embasada argumentação, que a causa das distorções e inconveniências existentes encontra-se no sistema pericial vigente.

Através do olhar do perito ficará claro que a perícia médico-trabalhista é realizada em sistema que apresenta, no seu decurso, reflexos negativos na qualidade da prestação jurisdicional, em particular na garantia de acesso efetivo do trabalhador à sistema jurídico justo e na capacidade de melhorar o ambiente de trabalho.

Uma visão seletiva sobre a questão, ponderando todos os aspectos que lhe tocam, poderá conduzir ao entendimento de uma ruptura do atual sistema pericial, insatisfatório e prejudicial à sociedade, aos trabalhadores, empregadores e à própria Justiça Especializada.

Este objetivo será perseguido através da definição do contexto com a síntese dos objetivos gerais da Justiça e os propósitos específicos Trabalhista, das características do perito médico, natureza jurídica e particularidades do seu trabalho com sua aplicação no âmbito judicial. Em seguida o sistema pericial trabalhista é analisado no seu nascimento, o equívoco primordial é identificado, suas peculiaridades são definidas e são mostradas as repercussões negativas que geraram e continuam gerando na sociedade. As tentativas de minorar estes prejuízos, aplicadas no decorrer das últimas cinco décadas, não só fracassaram como aumentaram os malefícios do sistema, posto que não reconheceram a causa principal da distorção. A Reforma mantém o equívoco original e introduz na CLT as fracassadas tentativas anteriores. Faz isso perseguindo os mesmos objetivos e apresentando os mesmos argumentos. Isto permite antever que as dificuldades se agravarão. Paradoxalmente a

Reforma Trabalhista de 2017 traz para o bojo da CLT os instrumentos jurídicos necessários e suficientes para que o equívoco original seja superado e nova ordem seja implantada.

Em nenhum momento este trabalho pretende ser uma obra jurídica, mas visa unicamente abrir novas perspectivas através da apresentação do tema através do olhar do perito. Isto posto, peço antecipadamente desculpas pelos erros técnicos que por certo não serão poucos, bem como benevolência do leitor para tentar abstrair-se deles e focar na ideia.

## 2. Contexto

Segundo Marcacini<sup>(4)</sup> a jurisdição “é o poder do Estado de solucionar o conflito de interesses, mediante a aplicação do Direito”, tendo como finalidade:

[...] promover a pacificação social, mediante a solução dos conflitos existentes na sociedade. Solucionando os conflitos, faz com que a vida em sociedade continue a existir de forma harmônica, evitando que a perpetuação e multiplicação de litígios leve a uma desagregação do tecido social que, por fim, desembocaria numa “guerra de todos contra todos”.

Uma das críticas mais ferrenhas é que a justiça trabalhista seja, em última análise, uma fomentadora de conflitos, contrariando a finalidade da jurisdição, o que constitui o objetivo geral de todas as áreas do direito, incluindo a Justiça do Trabalho.

Mauro Schiavi<sup>(5)</sup>, descreve que o Direito Processual do Trabalho foi criado para propiciar um melhor acesso do trabalhador à justiça, observando os preceitos constitucionais e

infraconstitucionais. Avalia ainda que esta justiça deve atuar no coletivo promovendo o acesso real à ordem jurídica justa com finalidade de garantir a dignidade humana oriunda do trabalho, a melhoria da condição social do trabalhador e meio ambiente de trabalho salubre e seguro.

Depreende-se daí que os objetivos específicos são promover o acesso real do trabalhador à justiça, ofertar ordem jurídica justa, garantir a dignidade da pessoa humana do trabalhador, melhorar sua condição social e promover meio ambiente de trabalho seguro.

Não é segredo que o acesso à justiça, nas questões que envolvem saúde do trabalhador, não ocorre de forma satisfatória em vários locais do país em função da dificuldade de se conseguir médicos peritos que se disponham a trabalhar no atual sistema pericial.

Em outros rincões, o número excessivo de processos demonstra a existência de verdadeiras indústrias instaladas no seio desta justiça.

Pareado ao número excessivo de processo envolvendo perícias injustificadas existe a queixa frequente que as sequelas de acidentes e doenças do trabalho frequentemente são indenizadas em valores inferiores ao necessário. Baixas indenizações e ausência de comunicação com órgãos fiscalizadores são causas na ineficácia da justiça em melhorar as condições de trabalho.

Assim sendo, a Justiça do Trabalho, no que tange às questões de saúde do trabalhador, apresenta dificuldades em atingir tanto os objetivos gerais da Justiça quando os objetivos específicos da Especializada.

Poucas vezes estas dificuldades são percebidas como consequência das perícias e menos ainda, que as perícias são fruto do sistema pericial vigente, o que, espero, fique claro neste texto.

### 2.1. O médico perito trabalhista

Formar o perito trabalhista é tarefa árdua, complexa e longa.

O estudante de medicina deve dominar as disciplinas curriculares que abrangem o físico,

(4) MARCACINI, ATR. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 11.

(5) Schiavi, M. *Novo Código de Processo Civil: a aplicação supletiva e subsidiária ao processo do trabalho*. Disponível em: <[http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO\\_CODIGO\\_DE\\_PROCESSO\\_CIVIL\\_APLICACAO\\_SUPLETIVA\\_E\\_SUBSIDIARIA.pdf](http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_APLICACAO_SUPLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf)>. Acesso em: 2 dez. 2018

o psíquico e entender os aspectos socioculturais, econômicos, antropológicos e históricos, dentre outros, que afetam o ser humano. Isto, entretanto, não o torna médico. O médico surge quando se torna capaz de transitar, ser reconhecido, aceito e respeitado nos mais diversos meios socioculturais, econômicos e étnicos. Só assim terá acesso a informações suficientes e corretas para fundamentar o diagnóstico e guiar a formulação de estratégias capazes de implantar de forma efetiva as terapêuticas. Chamamos isso de relação médico-paciente. É isso que diferencia a arte real.

Não basta ser um bom médico, ainda que isto seja fundamental, para ser perito. Ao adentrar nesta área o médico deve transpor três etapas: a) ampliar consideravelmente o volume de conhecimento médico. b) dominar conhecimentos jurídicos suficientemente para bem reportar os achados periciais aos operadores de direito e conhecer a específica e isolada comunidade jurídica a fim de poder nela também transitar, ser aceito e respeitado. Vencidas estas significativas etapas, o médico se depara com a terceira etapa e o que talvez seja o maior desafio: Transpor a relação médico-paciente para a relação perito-periciado. Esta fase é a responsável pelo maior número de desistência daqueles que se iniciam na especialidade. Este conjunto de conhecimentos específicos é de tal vulto que o Conselho Federal de Medicina reconheceu a Perícia Médica como especialidade através da Resolução n. 1.973/2011, com o nome de “Medicina Legal e Perícia Médica”. Desde então, oficialmente, a perícia médica deixou de ser função do médico assistente.

Na esfera trabalhista, entretanto, é ainda necessário adquirir amplo conhecimento em sistemas de produção, avaliação de riscos e higiene ocupacional, o que torna desejável associar a especialidade de Medicina do Trabalho.

Esta amplitude de formação capacita o médico-perito a atuar em diversas áreas da perícia, na Medicina do Trabalho e de desempenhar atividades assistenciais. A liberdade profissional gerada pelo conhecimento faz

com que os peritos capacitados se recolorem profissionalmente com facilidade e sejam os que menos perdem. Por isso não tem sentido discutir o sistema pericial como sinônimo de ganho profissional. É preciso perceber que as partes, a própria justiça do Trabalho são os reais prejudicados por um sistema pericial inadequado, como ficará claro no decorrer deste trabalho.

## 2.2. O trabalho do profissional liberal

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) <sup>(6)</sup> reconhece, já em suas considerações, que a dignidade é inerente a todo ser humano e que a igualdade de direitos é inalienável e fundamento da liberdade, da justiça e da paz. Consagra que todo ser humano tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei, artigo VI, e o direito ao trabalho com remuneração justa e satisfatória para todo ser humano, artigo XXIII e incisos.

No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988<sup>(7)</sup> tem a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa como princípios fundamentais, III e IV, além de garantir a igualdade de todos perante a lei, art. 5º, *caput*, e o livre exercício profissional atendida as qualificações profissionais na forma da lei, art. 5º, inciso XII.

O médico perito louvado, profissional liberal, tem seu trabalho normatizado pelo Código de Ética Médica (CEM)<sup>(8)</sup> e pelo Código Civil (CC) desde 1916. O Código Civil atual<sup>(9)</sup>, em

(6) ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, traduzida pelo Centro de Informação das Nações Unidas no Brasil, UNIC/Rio/005, Dezembro de 2000 (DPI/876).

(7) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 7 ago. 2018.

(8) CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM – Brasil). *Código de ética médica*. Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília, DF.

(9) BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 5 fev. 2018.

particular em seu art. 594 disciplina que toda forma de serviço ou trabalho lícito pode ser contratada mediante retribuição e que, art. 597, em regra, o pagamento é feito após a prestação do serviço. O CC traz os parâmetros que garantem a dignidade do profissional liberal oriunda do seu trabalho. Direitos semelhantes estão descritos no CEM.

O médico perito é o profissional liberal, altamente especializado, que realiza as perícias na esfera civil e trabalhista. Assim sendo o médico-perito é, ou deveria ser, um ser humano igual aos demais brasileiros perante a lei.

O CC, em apertada síntese, estabelece que o trabalho do profissional liberal se dá através de um contrato entre as partes, onde um serviço definido, fornecido pelo prestador de serviço, é contratado pelo tomador de serviço, com fixação prévia de sua remuneração que é paga após a realização do trabalho.

O prestador é o profissional especializado e capacitado a desempenhar determinada tarefa previamente definida por contrato.

O tomador do serviço, por seu turno, apresenta três papéis diferentes e bem definidos:

O primeiro deles é o beneficiário do serviço. Trata-se de quem se beneficia do serviço, podendo ser um menor que recebe o tratamento dentário ou, por exemplo, um magistrado que escolhe livremente o perito de sua confiança para desempenhar atividade técnica especializada que foge aos seus conhecimentos.

O segundo é o do pagador. É quem efetivamente efetua o pagamento ao prestador, em tempo e hora adequados para caracterizar o caráter alimentar dos honorários. Pode ser a mãe do menor que recebeu o tratamento dentário, as partes envolvidas no litígio ou o Estado em Substituição ao hipossuficiente.

Por último existe o responsável pelo pagamento, definido por contrato, como é o fiador, ou definido em sentença judicial que estabelece, através de julgamento, os direitos e deveres de cada parte em relação à outra.

Os papéis de beneficiário, pagador e responsável não se confundem ainda que possam ser desempenhados por um mesmo indivíduo.

Em resumo, o médico-perito, sendo um ser humano tal qual os demais brasileiros, tem os mesmos direitos perante a lei, inclusive o de exercer sua profissão legalmente regulamentada dentro dos parâmetros do CC e do CEM e usufruir da dignidade da pessoa humana proporcionada pelo seu trabalho.

Seu trabalho se caracteriza pela prestação do serviço seguida de recebimento de honorários sendo que da parte do tomador de serviço existem as figuras do (a) beneficiário, (b) pagador e (c) responsável.

### 2.3. A perícia na justiça cível

A perícia na Justiça Cível é feita em estrito cumprimento das características acima elencadas. O primeiro passo é a formalização do contrato entre o beneficiário e o prestador, entre o juiz, a quem o serviço é endereçado, e o prestador, perito especializado e de livre escolha do magistrado. Isso se dá pela aplicação do art. 465 do Código de Processo Civil (CPC)<sup>(10)</sup> onde, nomeado, o perito apresenta sua proposta de honorários que, após posicionamento das partes, é definido pelo magistrado. Caso aceite, presta o Serviço.

Prestado o serviço, o pagamento é efetuado.

Trata-se de despesa contratada administrativamente, com valor pré-estabelecido e arbitrado. Os honorários periciais não são incertos, não mudam em grau de recurso e nem são definidos por parâmetros outros que não o valor do próprio trabalho.

Antes de realizar a perícia, o perito sabe quanto vai ganhar e quando receberá seus honorários. Esta característica é fundamental na criação de sistema pericial imparcial e independente.

(10) BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Lei n. 13.105*, 16.3.2015. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 13 fev. 2018.

A participação do perito no processo termina quando recebe seus honorários posto que não é parte.

Em seguida o juízo define o pagador, através da aplicação do art. 95 do CPC, podendo o ônus recair sobre uma das partes, ser rateado entre elas ou sobre o Estado, em substituição ao hipossuficiente.

O pagador é definido no *caput*:

Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

Os casos envolvendo a gratuidade são regidos especificamente, entretanto, o pagamento da verba alimentar do trabalho pericial é garantido.

Por último, o responsável pelas despesas de sucumbência é definido em sentença. Trata-se de um acerto entre as partes como define o art. 98. Responsabilidade, sucumbência e gratuidade estão explicitadas no § 2º:

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência. (grifo meu)

A distinção entre as figuras do beneficiário, que é o juiz, do pagador, parte ou Estado, e do responsável, definido em sentença, é cristalina.

O médico-perito, não é parte.

O sistema apresenta as características necessárias capaz de gerar perícias qualificadas, independentes e imparciais. Talvez por isso seja o sistema usado no mundo para tratar as perícias feitas por profissionais liberais.

### 3. Perícia na justiça trabalhista

Os médicos começaram a fazer perícias realizadas na Justiça do Trabalho em 1968, por força da Lei n. 5.431, de 3.5.1968, que introduziu o § 5º no art. 209 da CLT e tornou obrigatória a realização de perícia, feita exclusivamente por médicos, para a caracterização

e classificação de insalubridade, conforme abaixo transcrito:

§ 5º Para fins de instrução de processo judicial, a caracterização e classificação de insalubridade serão feitas exclusivamente por médico-perito, preferentemente especializado em saúde pública ou higiene industrial, designado pela autoridade judiciária, observadas as normas fixadas no presente artigo.<sup>(11)</sup>

Em 1968, o Direito Processual Trabalhista teve que enfrentar o problema dos honorários periciais. A CLT não tinha qualquer dispositivo que abordasse a questão. O art. 790-B surgiria apenas 34 anos depois, em 2002.

As provas eram abordadas no art. 818: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Aplicado este artigo, os reclamantes, que alegam a presença de insalubridade, deveriam arcar com os honorários periciais, desempenhando o papel de pagador. Neste caso haveriam duas dificuldades a serem enfrentadas:

Uma de ordem prática. Os autores são, em sua quase totalidade, hipossuficientes e, assim sendo, não têm condições econômicas de arcar com o custo. Insistir nessa postura significa impedir o pleno e real acesso do trabalhador à justiça, motivo de ser da Justiça Especializada, e;

Os reclamantes hipossuficientes, são beneficiários da gratuidade, o que implica que o Estado assumiria este encargo a fim de garantir o real e efetivo acesso do trabalhador à justiça criada para atender esta finalidade.

O CPC de 1939<sup>(12)</sup>, vigente à época, ia na mesma direção, apontando ser o autor o responsável pela despesa.

(11) Os engenheiros passaram a fazer perícias de insalubridade em 1977, Lei n. 6.514, 1977, que alterou o art. 195 da CLT, quando as duas categorias profissionais passaram a realizar perícias de insalubridade e de periculosidade.

(12) BRASIL. CPC (1939). Código de Processo Civil. *Decreto-lei n. 1.608*, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 5 set. 2018.

Art. 57. As despesas relativas às perícias judiciais ficarão a cargo da parte que as houver requerido, ou do autor, quando determinadas pelo juiz.

Da mesma forma, a despesa com os honorários periciais recairia sobre o reclamante, hipossuficiente, sem condições financeiras de realizar o pagamento e, exatamente por isso, beneficiário da gratuidade assegurada na Constituição Federal de 1967<sup>(13)</sup>, a ser suportada pelo Estado.

A Constituição Federal de 1967, dita:

Art. 150 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

O acesso do hipossuficiente à justiça era definido, em 1968, pela seguinte redação da Lei n. 1.060/1950:

Art. 1º Os poderes públicos federal e estadual concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.

Art. 3º A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

(...)

V – dos honorários de advogado e peritos.

O direito do trabalhador ao acesso efetivo à Justiça do Trabalho parece estar claramente garantido na legislação, bem como ser responsabilidade do Estado garantir esse acesso, arcando com as despesas processuais representadas pelos honorários periciais.

Por seu turno, os direitos dos médicos-peritos, além dos já expostos, estavam disciplinados no CPC de 1939<sup>(14)</sup>, que aborda a questão da seguinte forma:

Art. 57. As despesas relativas às perícias judiciais ficarão a cargo da parte que as houver requerido, ou do autor, quando determinadas pelo juiz.

(13) BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 5 set. 2018.

(14) BRASIL. CPC (1939), *Op. cit.*

Está cristalinamente definido que os honorários periciais são despesas e que o perito recebe após a prestação do serviço.

O acerto entre as partes se dá pela definição do responsável, este sim, definido em sentença.

Art. 59. A parte vencedora terá direito ao reembolso das despesas do processo. Quando a condenação for parcial as despesas se distribuirão proporcionalmente entre os litigantes.

O responsável pelas despesas está definido e, certamente não se confunde com o pagador do perito.

O pagador e o responsável pelas despesas, são entes distintos e tratados em artigos diferentes, separados. Tal diferenciação é necessária uma vez que são papéis diferentes. O pagador torna possível que o ato processual se realize em momento processual adequado. Tempos depois a sentença define o responsável e, conseqüentemente, a necessidade, se for o caso, de reembolso à parte que efetuou o pagamento.

A prestação de assistência judiciária especificamente na Justiça do Trabalho foi aprovada em 26.6.1970, pela Lei n. 5.584, um ano depois da perícia ter sido instituída, ou seja, não participou da decisão tomada em 1968. Em relação às perícias, define que serão feitos por perito único. As despesas processuais representadas pelos honorários dos peritos não são tratadas explicitamente.

O reconhecimento que os honorários periciais são despesas se repete no CPC<sup>(15)</sup>, de 1973, que os trata na Sessão III, “Das despesas e das Multas”:

Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença. (grifo meu)

(15) BRASIL. CPC (1973). Código de Processo Civil. *Lei n. 5.869*, de 11.01.1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 4 set. 2018.

Mais que isso, este mesmo artigo, mantém o entendimento de que os honorários periciais são pagos após a realização da perícia.

§ 1º O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual.

A determinação legal se repete: Honorários periciais são despesas pagas após a realização da perícia. O pagador está bem definido e, também aqui, é figura diferente do responsável, tratado pelo art. 20:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios...

Se o vencido paga ao vencedor as despesas que antecipou, fica claro que o perito foi pago por uma das partes e não mais participa do processo. A determinação do responsável definitivo pela despesa, definido em sentença, define o acerto entre as partes.

Em síntese, em 1968, a CLT é omissa em relação a honorários periciais e definia que o ônus da prova era de quem alegava. Ao alegar insalubridade, o trabalhador hipossuficiente atrai para si a responsabilidade de pagar os honorários periciais.

O CPC de 1939 caminha na mesma direção pois o perito é pago por quem solicitar a perícia.

A CF de 1967 garante o acesso à justiça, da mesma forma que a CLT, pois esta é a razão de ser da Justiça Especializada. Tem-se ainda que a Lei n. 1.060/50 determina que os honorários periciais são cobertos pela gratuidade.

Neste momento da história, o trabalhador hipossuficiente alegava insalubridade e a perícia deveria ser feita por força de lei. Por todos os lados, percebe-se dois direitos fundamentais baseados na dignidade humana propiciada pelo trabalho: a) O direito que o trabalhador tutelado pela CLT tem de ter acesso real a ordem jurídica justa; e b) o direito do trabalhador perito em receber por seu trabalho.

A obrigação do Estado em prover estes dois direitos parece, pelo menos a este trabalhador, inafastável.

Entretanto os Tribunais Trabalhistas resolveram que (1) os autores não arcaíam com os honorários periciais e (2) o Estado, representado pelos Tribunais, também não.

Com essas decisões e diante da imposição legal de se realizar perícias para definir insalubridade, surgiu um impasse aparentemente insolúvel.

O impasse, gerado pela decisão de não pagar honorários periciais a perícia imposta por lei, foi resolvido de forma singular, única, sem paralelo nos demais ramos do Direito Brasileiro ou do mundo, dito civilizado. Tal singularidade persiste até os dias atuais:

A gratuidade processual, referente às perícias, foi imposta ao perito.

Ao optar por este caminho a Justiça do Trabalho nega os princípios sobre os quais foi erguida. Nega seus alicerces. Nega sua razão de ser.

Tal contradição vai gerar consequências nefastas à Justiça Especializada e, consequentemente, a toda sociedade brasileira. Esse é o engano fundamental. Este engano está na raiz das dificuldades que a Justiça do Trabalho tem para atingir seus objetivos específicos e gerais.

A opção feita pela Justiça Especialidade está na raiz das críticas que sofre e que chegam a ameaçar sua existência.

#### 4. A indústria da insalubridade

O caminho que a Justiça do Trabalho percorreu para impor o custo da gratuidade processual ao perito foi claramente exposto pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST):

“As **custas e as despesas** processuais, nos feitos trabalhistas constituem encargos do vencido, ainda que parcialmente, como se extraí do disposto no **art. 789, § 4º** da CLT. Recurso provido para absolver a empregada, vencedora, em parte da ação, da condenação no pagamento de honorários do perito.” (grifei)

(TST, RR-1.365/78, Ac. 3ª T., 1.906/78. Rel. Min. Wagner Giglio)

O § 4º do art. 789 da CLT diz:

§ 4º As custas serão pagas pelo vencido, depois de transitada em julgado a decisão ou, no caso de

recurso, dentro de cinco dias da data de sua interposição, pena de deserção... [...] . (Redação dada pelo Decreto-lei n. 8.737, de 19.1.1946) (grifei)

Para a implantação deste sistema é ainda necessário intenso contorcionismo semântico.

Despesas processuais não se confundem com custas processuais. Os honorários, despesas, são pagas ao perito, têm caráter alimentar e objetivam garantir a dignidade humana do profissional liberal. Custas processuais tem caráter tributário e são pagas ao Estado após o trânsito em julgado:

ADI n. 3.694/AP, rel. Min. Sepúlveda Pertence: "Custas e emolumentos: serventias judiciais e extrajudiciais: natureza jurídica. É da jurisprudência do Tribunal que as custas e os emolumentos judiciais ou extrajudiciais tem caráter tributário de taxa". REsp n. 1.107.543/SP, rel. Min. Luiz Fux: "A isenção de que goza a Fazenda Pública, nos termos do art. 39, da Lei de Execuções Fiscais, está adstrita às custas efetivamente estatais, cuja natureza jurídica é de taxa judiciária, consoante posicionamento do Pretório Excelso (RE n. 108.845), sendo certo que os atos realizados fora desse âmbito, cujos titulares sejam pessoas estranhas ao corpo funcional do Poder Judiciário, como o leiloeiro e o depositário, são de responsabilidade do autor exequente, porquanto essas despesas não assumem a natureza de taxa, estando excluídas, portanto, da norma insculpida no art. 39, da LEF. Diferença entre os conceitos de custas e despesas processuais". (grifei)

Prunes<sup>(16)</sup>, em importante obra reveladora do pensamento que norteou a justiça no passado, revela o motivo pelo qual a equiparação dos honorários às custas foi feita, apesar de não ser aceita sequer pelo Fisco:

Mas no processo brasileiro, o perito é único e seus honorários têm sido entendidos como custas processuais, embora ainda exista um problema paralelo [...]: a forma pela qual o Direito tributário, melhor dito, o Fisco, através do Imposto de Renda, considera os ganhos do experto em função de peritagem realizada judicialmente.

(16) PRUNES, JLF. *As perícias na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1988, p. 203-204.

[...]

Importa nesse instante que se consolide o entendimento dos honorários serem custas processuais, o que fará com que seja bem mais fácil encontrar quem com eles arcará e até mesmo o seu valor.

Encontrar quem arcará com os honorários foi o objetivo da Justiça do Trabalho. Naquele momento, e nos cinquenta anos subseqüente, não se considerou os malefícios que esta decisão trouxe à nação inclusive à Especializada.

Prunes<sup>(17)</sup> revela ainda o esquizofrênico sistema pericial gerado, em consequência desta equivocada equiparação:

Se os honorários são custas processuais reside aí a justificativa do juiz arbitrar-los livremente e até se for o caso, dispensá-los quando a parte não o puder suportar."

Desta forma, os peritos passaram a ser tratados como se fossem o próprio Estado, o que se mantêm até os dias atuais.

Assim sendo, o equívoco, por ausência de fundamentação jurídica, fez com que os honorários fossem tratados a partir de uma regra processual que chamaremos, aleatoriamente, de regra  $\beta$ :

Regra  $\beta$ : Os honorários periciais serão pagos pelo vencido, depois de transitada em julgado a decisão.

O sistema pericial assim criado apresenta as seguintes características.

a) Impõe que o perito suporte a gratuidade processual.

Com isso, o sistema obriga o que o perito subministre meios para o andamento processual, o que, segundo o CPC atual, art. 145, II é causa de suspeição do dos auxiliares da justiça. Diz o inciso:

Art. 145 – Há suspeição do juiz:

II – que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes

(17) PRUNES, *op. cit.*, p. 204

acerca do objeto da causa ou que **subministrar meios para atender às despesas do litígio;** (grifei)

b) Impõe que o perito tenha interesse no resultado da lide.

Caso o beneficiário da gratuidade perca em todos os pontos da lide, o perito nada receberá. Tal situação obviamente é condição de suspeição segundo o CPC atual, art. 145, IV:

Art. 145 – Há suspeição do juiz:

IV – interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

As características acima descritas definem que as perícias sejam realizadas em condições de suspeição, num sistema que valoriza e premia o malfeito.

O sistema também contraria o Código de Ética Médica (CEM), em particular seus princípios fundamentais III e XIII e os arts. 61, 62 e 98, parágrafo único, abaixo:

CEM III – Para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.

XIII – “O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.”

Art. 61 – Deixar de ajustar previamente com o paciente o custo estimado dos procedimentos.

Art. 62 – Subordinar os honorários ao resultado do tratamento ou à cura do paciente.

Art. 98, parágrafo único. O médico tem direito a justa remuneração pela realização do exame pericial.

Tais características afastam peritos comprometidos, o que dificulta o acesso efetivo do trabalhador à justiça. Por outro lado, é visto como “oportunidade de negócio” por alguns. Por esses motivos, o sistema pericial gerou a Indústria da Insalubridade.

## 5. Súmula n. 236 e art. 790-B

As consequências negativas da Indústria da Insalubridade foram percebidas, entretanto as medidas tomadas para combatê-la foram ineficazes, agravaram a situação, geraram reações

da sociedade e, principalmente, atingiram o nefasto objetivo exposto por Prunes pois consolidaram o “entendimento” dos honorários periciais como custas processuais.

### 5.1. Súmula n. 236

A Indústria da Insalubridade, criada pelo sistema pericial implantado, gerou inúmeras críticas e processos infundados. Com veemência, os empregadores se voltaram contra o fato de arcarem com os honorários periciais quando não sucumbiam no objeto da perícia. Prunes<sup>(18)</sup> traz colocação sobre o assunto feita por José Alberto Couto Maciel em artigo na *LTr* 48-5/539:

Esta situação está criando dois tipos de situação irregulares: a indústria da insalubridade, através da qual os peritos recebem em média honorários mensais elevadíssimos, caracterizando insalubridade por todos os ambientes que passam; acordos efetuados com empregados mesmo quando não têm razão, porque os honorários do perito serão mais elevados do que a quantia a ser ao empregado paga em decorrência do acordo.

Parece claro que o sistema induz o malfeito, gera processos indevidos, condenações discutíveis e prejuízos à sociedade e à imagem da Justiça bem como compromete seu papel de pacificadora social.

Sobre perícias infundadas, Prunes<sup>(19)</sup> assim se manifesta:

[...] em muitos tribunais há um comportamento — verdadeira chicana — quando junto com qualquer reivindicação trabalhista justa, agregam pedidos inconsistentes de pagamento de insalubridade ou periculosidade e, de alguma sorte, atemorizar a parte contrária com oneração do custo processual direto [...]

O motivo das perícias inúteis e lides temerárias reside no equivocado sistema pericial

(18) PRUNES, *op. cit.*, p. 206

(19) *Ibidem*, p. 189.

implantado, o que parece ter sido percebido à época, como novamente esclarece Prunes<sup>(20)</sup>:

Não raros são os comentários desabonatórios a alguns peritos que, segundo os maledicentes, procuram encontrar — com trabalhos imensos — algum ponto para dar razão ao autor, visando “salvar” seus honorários.

A ideia vencedora, entretanto, foi que as lides temerárias e as perícias inúteis tinham como causa o fato de o princípio da sucumbência fazer recair sobre o reclamado o ônus dos honorários periciais mesmo tendo sido vencido em pequeno ponto do processo, sem relação com o ponto abordado na perícia.

O erro diagnóstico gerou o erro da medida corretiva aplicada: A Súmula n. 236/1985 do TST, que diz:

Honorários Periciais:

A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão relativa ao objeto da perícia.

Prunes<sup>(21)</sup> esclarece o entendimento da época, bem como os objetivos da medida:

Afastam-se com isso — ou pelo menos se pretende — não apenas as lides temerárias,

mas também os pedidos de perícia sem maiores justificativas. O que a tiver requerido, se inútil a seus propósitos, arcará com os honorários que, no caso terão um sabor de pedágio da derrota. O Tribunal Superior do Trabalho pretendeu, assim, assustar os bolsos dos demandantes ousados, daqueles temerários que não medem seus infundáveis pedidos...

Não assustou.

Pelo contrário, a medida agravou a situação pois, doravante, o perito somente receberia pelo seu trabalho, ainda que extemporaneamente, se o empregador sucumbisse no objeto da perícia. O aumento constante do número de processos após a Súmula mostra seu fracasso em atingir seus objetivos. (Vide figura 1 abaixo)

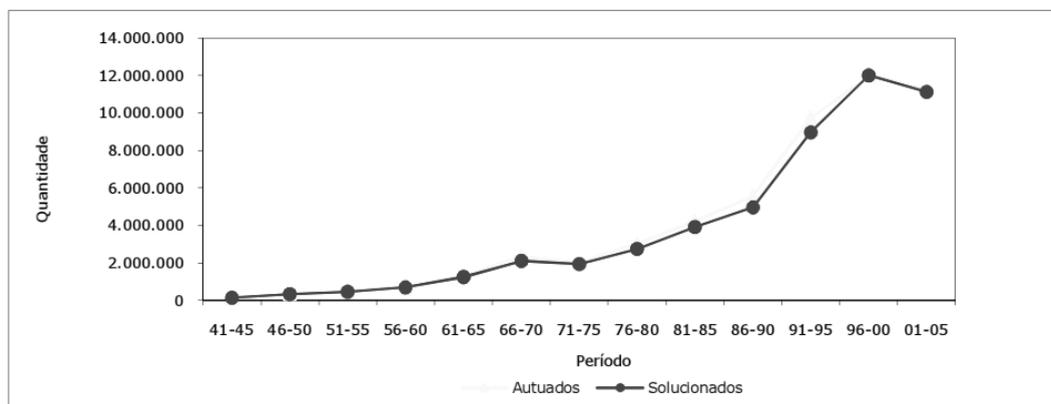
A atualidade do texto é evidente. O mesmo problema foi enfrentado pela Reforma de 2017 e a mesma solução foi aplicada. Da mesma forma e pelos mesmos motivos que a Súmula n. 236/85 falhou, a Reforma de 2017 falhará em evitar as perícias inúteis e as lides temerárias. Desta vez, entretanto, as consequências serão mais graves.

Aqui entra a importância de se lançar um novo olhar sobre o assunto.

(20) *Ibidem*, p. 190.

(21) *Idem*.

**Figura 1:** Processos Atuados e Solucionados na Justiça do Trabalho. 1941-2005.



Fonte: Subsecretaria de Estatística do Tribunal Superior do Trabalho<sup>(22)</sup>

(22) TST: Dados *Demonstrativos*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/077432b6-8aa2-44bd-adc8-9de77e97cb92>>. Acesso em: 21 out. 2018.

A Súmula tentou barrar a indústria da insalubridade alterando o pêndulo da sucumbência, ou seja, redefiniu o sentido do termo vencido, instituindo dois sucumbentes no processo, uma para as custas e outro para as despesas dos honorários periciais. A Súmula, entretanto, continua mantendo a aplicação do art. 789, § 4º ao perito, posto que não tem vida própria e serve, tão somente para interpretar o citado artigo. Desta forma, a regra para os honorários periciais passou a ser a seguinte:

Regra β: Os honorários periciais serão pagos pelo vencido no objeto da perícia, depois de transitada em julgado a decisão.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, a iniciativa fracassou pelos seguintes motivos:

Os requerentes, quase sempre hipossuficientes, não têm condições financeiras de arcar com o ônus do pagamento dos honorários. Quem não tem, não paga.

Os juízes continuaram dispensando os hipossuficientes do pagamento dos honorários periciais diante da hipossuficiência.

As condições de suspeição continuaram existindo, peritos comprometidos continuaram afastados, a oportunidade de negócios continuou presente.

### **5.2. Art. 790-B**

Na prática os hipossuficientes não pagavam perícias que perdiam, entretanto, a possibilidade de cobrar despesa processual dos beneficiários da gratuidade gerou grande discussão, particularmente após a amplitude e clareza dada ao assunto pelo art. 5º, LXXIV — o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Diante da impossibilidade de revogar uma Súmula e pensando unicamente no problema advindo da possibilidade de se cobrar despesa processual de hipossuficiente, o Congresso Nacional, em 2002, através da Lei n. 10.537, de 27.8.2002, implantou o art. 790-B na CLT, cujo

objetivo foi desautorizar a Súmula n. 236/1985, através da seguinte redação:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita.

O art. 790-B apenas e tão somente continua discutindo o significado do termo “vencido” do antigo § 4º, atual § 1º, do art. 789 da CLT. Parece que a Reforma, ao restituir a Súmula, está sendo usada para “dar o troco”.

Os honorários passaram a ser tratados através da seguinte regra:

Regra β: Os honorários periciais serão pagos pelo vencido no objeto da perícia, depois de transitada em julgado a decisão, salvo se beneficiário da justiça gratuita.

#### **5.2.1. Efeito colateral do art. 790-B**

A partir da implantação do art. 790-B, não houve mais clima para que se discutisse o sistema pericial trabalhista em sua essência. Consolidou-se a ideia que este artigo define que os honorários periciais somente poderiam ser pagos ao perito após o trânsito em julgado, pelo sucumbente no objeto da perícia. O 790-B passou a ser entendido como sendo a regra β. A comparação dos dois evidencia o erro:

Regra β: Os honorários periciais serão pagos pelo vencido no objeto da perícia, depois de transitada em julgado a decisão, salvo se beneficiário da justiça gratuita.

790-B: A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita.

A língua portuguesa impede que as duas frases sejam entendidas como equivalentes e produzam o mesmo efeito.

Caso a análise do significado das palavras não seja suficiente para esclarecer as diferenças, temos ainda os seguintes aspectos:

A causa deve, necessariamente, anteceder o efeito. O sistema pericial trabalhista foi implantado em 1968 e o 790-B em 2002. Seria um caso inédito do efeito preceder a causa em 34 anos. A evolução temporal aqui descrita deixa claro que a Súmula n. 236/85 interpretou

o termo vencido do 789, § 4º, e que o 790-B objetivou tão somente desautorizar a súmula.

Tem-se ainda que enfrentar o argumento que o 790-B impõe que os honorários do perito são sucumbenciais através do seguinte raciocínio:

1. O responsável pelo pagamento dos honorários é o sucumbente;
  - i. Trata-se de argumento verdadeiro pois é derivado da lei, art. 790-B.
2. O sucumbente somente é conhecido após o trânsito em;
  - ii. Argumento verdadeiro, pois, deriva do Direito Processual Trabalhista
3. Logo, o perito somente recebe após o trânsito em julgado, caso o sucumbente tenha condições financeiras de arcar com os valores dos honorários.
  - iii. Conclusão é falsa pois o desconhecimento do responsável final pela despesa não impede seu pagamento no momento em que ocorre. O pagador e o responsável pelo pagamento são figuras diferentes, como amplamente já mostrado.
  - iv. O desconhecimento do sucumbente não retira do perito seus direitos fundamentais, garantido pela CF/88.
  - v. Direitos Constitucionais não podem ser suprimidos por Lei ordinária e menos ainda por interpretação equivocada do texto legal.

A despeito das impossibilidades acima descritas, o art. 790-B da CLT passou a ser “entendido” como a fonte do distorcido sistema pericial implantado em 1968 e que continua ativo pela equiparação dos honorários periciais às custas processuais e a consequente aplicação do art. 789, atual § 1º aos peritos. Eis o motivo pela qual o verdadeiro fundamento do sistema pericial trabalhista não é discutido a décadas.

## 6. Honorários prévios e a OJ n. 98

É a primeira instância quem sente diretamente os problemas causados pela falta de peritos e a repercussão que as perícias tem

nos julgados. Para tentar minimizar estas dificuldades, atraindo peritos comprometidos e qualificados, surgiu a ideia de pedir às partes o adiantamento de uma parcela dos honorários do perito. Esta prática ficou conhecida como honorários prévios.

Não se pode ancorar este pedido no CPC de 1973 uma vez que este reconhece o direito do perito receber integralmente pelo seu trabalho logo após a prestação do serviço, definindo quem o pagará.

Os honorários prévios mantêm a essência do sistema pericial deformado, considerando os honorários sucumbenciais. Seu objetivo é minimizar os prejuízos que o modelo da regra β causa à sociedade atraindo peritos qualificados e comprometidos.

Apesar disso, a prática gerou, em muitos locais do país, efeitos positivos, atraindo peritos qualificados e comprometidos em número suficiente para, pelo menos, minimizar os problemas.

Os honorários prévios são, sem dúvida, o mecanismo que mais contribuiu para diminuir os prejuízos da sociedade. Nas localidades onde as empresas não se dispuseram a suportá-los os problemas continuaram mais intensos.

Inconformados com o reconhecimento incipiente do direito dos peritos receberem pelo seu trabalho especializado, houve recursos que terminaram gerando a OJ n. 98.

O número de processos que geraram a OJ foram muito reduzidos e têm em comum o fato de se exigir o depósito dos mesmos pelo hipossuficiente.

Ressalta-se que a OJ foi emitida baseada em julgados ocorrido sob a vigência da Súmula n. 236/85. Sua redação original foi:

Redação original (27.9.2002): “98 – É ilegal a exigência de depósito prévio para custeio dos honorários periciais, dada a incompatibilidade com o processo do trabalho e com a Súmula n. 236/TST, sendo cabível o mandado de segurança visando à realização da perícia independentemente do depósito.” (grifei)

O Ac. SBDI2-4536/97, rel. Min. João Oreste Dalazen, explicita os argumentos que embasaram a OJ n. 98 e será abaixo mostrado pelos olhos do perito e das repercussões que gerou na sociedade.

O acordão decide pela ilegalidade da cobrança alegando sua incompatibilidade com o direito do trabalho, princípio da gratuidade, e com os arts. 5º, incisos II e LV, da CF/88.

Na fundamentação, o relator, Min. João Orestes Dalazen, de pronto, invoca a Súmula n. 236/85 do TST para balizar que o responsável pelo pagamento dos honorários é a parte vencida. Com isso, assume que se aplica aos honorários periciais o art. 789, § 4º, da CLT. Perpetua, assim, o sistema vigente.

Admite o nobre relator que, a seu ver, a Súmula n. 236 não se aplica aos beneficiários da assistência judiciária gratuita, ou seja, nestes casos o perito deverá arcar não só com a gratuidade durante o processo como também com o custo definitivo de assistência judiciária gratuita. Expõe este ponto de vista sem fazer qualquer referência ao dever do Estado em propiciar a gratuidade ou à supressão dos direitos do perito e nem considera aos prejuízos que a conduta traz à sociedade.

Declara que a aplicação do art. 19, § 2º, do CPC, é inefetivo dada a hipossuficiência do autor e inaplicável por ser incompatível com princípio da gratuidade. O reconhecimento pelo CPC do direito que o trabalhador perito tem de receber honorários periciais é assim tratado: “O procedimento move-se ao impulso da moeda, despendida com antecipação “desde o início até a sentença final””

Enaltece que o processo do trabalho “... flui sem despesas para qualquer das partes...”, cita como exemplo a taxa judiciária, equiparando explicitamente os honorários devido ao indivíduo às custas suportadas pelo Estado e arremata: “Pode-se denominar isto de princípio da gratuidade, princípio da acessibilidade ou

princípio da menor onerosidade...”. Prossegue abordando um aspecto da Lei n. 1.060/50:

E não é difícil atinar que a ilegalidade da determinação desse depósito prévio para fins de perícia não raro deriva de óbice expresso intransponível: a Lei n. 1.060/50 declara que o eventual benefício da assistência judiciária compreende “todos os atos do processo” (art. 9º) e, portanto, importa em isenção de quaisquer despesas processuais.

A este perito soa estranho que o artigo primeiro da Lei n. 1.060/50 tenha sido desconsiderado: Diz o artigo:

Art. 1º **Os poderes públicos federal e estadual**, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, **concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.** (Redação dada pela Lei n. 7.510, de 1986) (grifei)

Não se discute o direito do hipossuficiente ao acesso pleno à Justiça e nem mesmo a extensão do princípio da gratuidade a todas as partes, suficientes ou não.

O que se discute é que a gratuidade é dever do Estado, conforme expresso claramente na Lei n. 1.060/50 e na CF/88. Discute-se o direito da Justiça do Trabalho de transferir deveres do Estado ao perito. O fundamento legal para suprimir a dignidade gerada por seu trabalho pericial. Discute-se, sobretudo, os reflexos negativos que esta conduta tem no acesso das partes à ordem jurídica justa, nos prejuízos causados à sociedade e à própria Justiça do Trabalho.

Os outros poucos julgados que subsidiaram a emissão da OJ n. 98 vão na mesma direção.

## 7. Resoluções CNJ

Os Tribunais Trabalhistas, diante da pressão causada pelo 790-B, passaram a admitir o que a Lei n. 1.060 dizia desde 1950 e na CF/88: A gratuidade da justiça ao hipossuficiente é função do Estado e abrange os honorários periciais.

As considerações apresentadas no Provisório GP-CR 06/2005, do TRT 15, deixam claro que o sistema pericial vigente é mantido

por mera questão administrativa da Justiça do Trabalho:

**CONSIDERANDO** que o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal prevê que “o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos”;

**CONSIDERANDO** que o art. 1º da Lei n. 1.060/50 estabelece que os poderes públicos federal e estadual concederão assistência judiciária aos necessitados;

**CONSIDERANDO** que a justiça gratuita também compreende a isenção dos honorários periciais, por força do que dispõe o art. 790-B, da CLT,

O aperfeiçoamento do nefasto sistema pericial pelo provimento, entretanto, é negado logo no seu primeiro artigo pois o Tribunal impôs condições para cumprir a abrangente CT/88, mantendo o entendimento que honorários são custas processuais e perpetuando seus maléficis efeitos.

As restrições são dadas pela exigência das condições (c) e (d) contidas no art. 1º:

Art. 1º Fica instituída no orçamento do Tribunal conta destinada ao pagamento de honorários periciais, sob a rubrica “Assistência Jurídica a Pessoas Carentes”, quando ocorrerem as seguintes condições cumulativas:

c) Sucumbência da parte na pretensão relativa ao objeto da perícia;

d) Trânsito em julgado da decisão.

Mantido o equívoco básico, perpetua-se os maléficis efeitos sentido pela sociedade. O início do provimento deu margem à suposição que a Justiça do Trabalho assumiria, ainda que parcial e tardiamente, parte da gratuidade processual suportada pelo perito. Entretanto o provimento impôs mais uma condição para cumprir a Constituição:

Art. 7º Os efeitos financeiros deste Provimento ficam condicionados à existência de recursos orçamentários previstos em rubrica própria.

É difícil ler este condicionante e não lembrar do dito popular “devo, não nego, pagarei quando puder”.

Desta situação surgem duas considerações:

a) como a Justiça Especializada se portaria diante de empregador que assumisse esta

conduta? Haveria quem entendesse que a situação representa condição degradante de trabalho, com todas as repercussões legais daí advindas?

(b) Os Tribunais ao realizarem compras, por exemplo, café, impõem a mesma condição? Se não, a Justiça do Trabalho coloca as coisas, mesmo as não são essenciais ao desempenho de sua missão, acima dos peritos que a servem?

As Resoluções ns. 35/2007 e 66/2010 da CNJ preservaram os aspectos acima assinalados e acrescentaram que o reajuste do valor dos honorários também está condicionado à existência de recursos orçamentários. O CNJ não aplicou reajuste desde a primeira resolução, em 2007.

A remuneração dos trabalhadores peritos passa a ser feita através da nova redação da Regra β:

Regra β: Os honorários periciais serão pagos pelo vencido no objeto da perícia, depois de transitada em julgado a decisão, salvo se beneficiário da justiça gratuita. Nesta situação o Tribunal realizará o pagamento si e quando tiver recursos.

## 8. Perícia médica na Justiça do Trabalho

Neste panorama a perícia médica desembarca no seio da Justiça do Trabalho em 2005, através do acordão referente ao Conflito de Competência n. 7.204-1, julgado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal em 29.6.2005.

A complexa perícia médica, necessária para que a indenização cível por acidente e doenças do trabalho, impôs dificuldades técnicas a serem ultrapassadas e contrasta com a precariedade do sistema pericial vigente.

As dificuldades técnicas abrangem, dentre outras, o desenvolvimento de competências para avaliar culpa, definir a amplitude da indenização, se ampla, abrangendo todos os aspectos do dano ou restrita à repercussão na capacidade laboral, interagir com os conceitos de causa e concausa e diferencia-los do conceito de etiopatogenia, próprio das perícias médicas

no âmbito civil. Tais dificuldade fogem ao escopo deste trabalho.

Aqui cabe ressaltar que a perícia médica se instalou nas regiões onde as reclamadas concordavam em realizar os depósitos prévios. Mesmo nesses locais, os peritos médicos não abundam dado a incompatibilidade entre a complexidade do trabalho e o frágil sistema pericial. Outras regiões não tiveram a mesma sorte e processos ficam parados, até mesmo por anos.

A influência da promessa dos Tribunais pagarem honorários anos depois do trânsito em julgado teve pequeno efeito neste processo, dado a falta de comprometimento com a verba alimentar.

## 9. A primeira reação à Reforma

A primeira reação à Reforma Trabalhista de 2017 foi catastrófica para o precário sistema pericial pois atingiu o sustentáculo das perícias médicas: Os honorários prévios.

Na prática, a Reforma traz para o seio da CLT a revogada Súmula n. 236/85, a OJ n. 98 e as Resoluções do CNJ, com agravantes. É o pior dos mundos, caso a base de todos os males seja mantida. A equiparação dos honorários à custas processuais e, por via de consequência, a equiparação do perito ao estado.

Analisando sobre a ótica desta equiparação olha-se exclusivamente para as alterações feitas no art. 790-B, cujo *caput* revive a Súmula n. 236/1985 do TST, com a seguinte redação:

Art. 790-B – A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

A exposição de motivos da alteração diz:

Segundo Valentin Carrion, em seus Comentários à CLT, esse dispositivo “*coloca o juiz entre dois princípios: não obstaculizar a pretensão do reclamante, de um lado, e, de outro, não sucumbir ao abuso dos que pedem caprichosamente, sem se importar com o prejuízo alheio*”. De fato, é superlativo o número de ações em que a parte requer a realização de perícia sem fundamento, apenas por que não decorrerá, para ela, quaisquer ônus.

Na medida em que a parte tenha conhecimento de que terá que arcar com os custos da perícia, é de se esperar que a utilização sem critério desse instituto diminua sensivelmente.

Cabe ressaltar que o objetivo dessa alteração é o de restringir os pedidos de perícia sem fundamentação, uma vez que, quando o pedido formulado é acolhido, é a parte sucumbente que arca com a despesa, normalmente, o empregador. Assim, a modificação sugerida não desampará o trabalhador cuja reclamação esteja fundamentada.

As alegações, motivos e objetivos são as mesmas usadas pelo TST para emitir a Súmula n. 236/1985, já descrita neste texto. Há de se perguntar de onde veio a ideia e principalmente qual o embasamento fático que se crer que desta vez a mesma medida trará os resultados que não atingiu quando de sua aplicação, em 1985?

O § 3º do art. 790-B diz:

§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.

Trata-se da incorporação da OJ n. 98 ao corpo da CLT, dando visibilidade à mesma e produzindo efeitos imediatos devastadores.

O § 4º:

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

Tal dispositivo aumenta a abrangência da Súmula n. 457 que, por seu turno, referenda as Resoluções ns. 35/2007 e 66/2010 do CNJ.

A despeito das intensas e acaloradas críticas que as alterações no art. 790-B vem recebendo do meio jurídico trabalhista, é preciso considerar que as alterações têm como base iniciativas já implementadas pelo TST e CNJ. Todas com um denominador comum: Fracassaram em seus objetivos.

Mantendo o entendimento que os honorários são custas processuais, a regra a gerir os honorários periciais será algo parecido com:

Regra β: Os honorários periciais serão **pagos** pelo **vencido** no objeto da perícia, **mesmo se**

beneficiário da justiça gratuita, depois de **transitada** em julgado a decisão. Os Tribunais somente assumirão a gratuidade se não houver opção e quando tiverem verba sobrando. Aconselhamos não adiantar nada ao perito.

A introdução nos dispositivos já utilizados pelo TST e CNJ à CLT, desta vez em conjunto, resultou na soma dos efeitos negativos outrora observados, que podem ser assim sintetizados:

- Êxodo de peritos qualificados e comprometidos;
- Queda na qualidade da prestação jurisdicional;
- Acentuação das dificuldades de acesso à Justiça;
- Fortalecimento da Indústria da Insalubridade e
- Florescimento da Indústria da Concausa.

A comemorada diminuição inicial do número de perícias começa a regredir e as periciais inúteis e temerárias já retornaram.

## 10. A alternativa propiciada pela Reforma de 2017

Não sem certa ironia, a Reforma Trabalhista, que feriu de morte o inadequado sistema pericial vigente, é a mesma que traz a alternativa capaz de devolver à Justiça do Trabalho o destaque, relevância e protagonismo que merece.

Para manter o sistema atual é preciso enfrentar aspectos até agora ignorados, tais como: a) Justificar a supressão de direitos fundamentais do trabalhador perito, b) Justificar a negação dos princípios elementares da dignidade humana que sustentam a Justiça Especializada e c) Justificar os prejuízos que o atual sistema pericial gera à sociedade brasileira.

Caso haja nova reflexão sobre o assunto o primeiro aspecto a se considerar é que a o perito não tem condições de substituir o Estado, o que impede continuar equiparando as despesas dos honorários periciais às custas processuais e aplicando o § 1º do art. 789 da CLT. Se isso

ocorrer, todas as dificuldades e tormentos da perícia trabalhista desaparecem e sólido edifício pode ser construído.

Esta construção se iniciará com a análise da mudança ocorrida no art. 818 da CLT:

Art. 818 – O ônus da prova incumbe:

I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

Este artigo não pode mais continuar sendo interpretado como se referindo apenas a provas documentais. É preciso trazer para o seio da Justiça Social a proteção já ofertada por outras esferas do Direito aos seus tutelados.

O art. 374 do CPC define quais fatos não dependem de prova com a seguinte redação:

Art. 374 – Não dependem de prova os fatos:

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Neste diapasão tem-se que a Lei n. 8.213/91 define que as patologias constantes no Nexo Técnico Epidemiológico possuem presunção legal de veracidade nos seguintes termos:

Art. 21-A – A perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa ou do empregado doméstico e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID), em conformidade com o que dispuser o regulamento.

Ressalta-se que a legislação previdenciária impõe que o empregador deve provar fato impeditivo do direito do reclamante desde 2006.

Apesar do princípio da proteção, sustenáculo do Direito Processual Trabalhista, expresso de forma ampla pelas regras: a) do “*in dubio pro operario*”; b) da prevalência da norma mais favorável e c) e da prevalência da condição mais benéfica, a Justiça do Trabalho vem sistematicamente negando aos seus tutelados estas garantias.

O mesmo se dá em relação às listas A e B do Decreto n. 3.048/99 e do afastamento previdenciário concedido segundo a espécie B 91 (auxílio-doença acidentária).

É possível negar que o trabalhador, ao alegar uma dessas doenças, deve gozar da presunção legal de veracidade, cabendo à reclamada solicitar perícia para afastar este direito previsto em lei?

Não se trata mais de artigo do CPC ou do Código de Defesa do Consumidor, trata-se da CLT. A meu ver não se trata de inverter o ônus da prova. Trata-se do próprio ônus.

Entretanto, caso a argumentação acima seja insuficiente, o art. 818 ainda acrescenta:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Aqui cabe citar as obrigações impostas ao empregador pela CF, art. 225, de preservar o meio ambiente de trabalho saudável, art. 7º, XXII, de reduzir os riscos inerentes ao trabalho, além das impostas pelas NRs, em especial a NR-01, de avaliar os riscos existentes no ambiente, informar os trabalhadores e implantar meios para sua proteção, a NR-09, de preservar a integridade física do trabalhador, NR-17, de adaptar o trabalho às características individuais do empregado e a NR-07 que impõe o controle dos possíveis agravos à saúde. Tais obrigações de fazer municiam o empregador das facilidades para produzir a prova.

Uma vez definido ônus da prova, cabe a aplicação sucessiva dos arts. 465 e 95 do CPC, tal qual descrito no início deste texto.

## 11. Conclusão

O sistema pericial influi diretamente na qualidade da prestação jurisdicional. O sistema pericial vigente apresenta distorções oriundas

do engano cometido na sua criação, em 1968. Nesse instante se transferiu o custo financeiro da gratuidade processual do Estado para o trabalhador perito. Tal transferência se deu pela equivocada equiparação dos honorários periciais, despesas, com custas processuais. O equivocado entendimento permitiu a aplicação do art. 789, § 1º — antigo § 4º — da CLT às perícias trabalhistas com as nefastas consequências aqui apresentadas.

A Reforma Trabalhista de 2017 ataca o sistema pericial vigente na esperança de melhorar a prestação jurisdicional daí advinda. Ao mesmo tempo, abre caminho para a implantação de sistema pericial capaz de produzir perícias embasadas cientificamente, imparciais e independentes, que sustentarão a prestação jurisdicional qualificada. Tal sistema será capaz, como ocorre nos demais países, de aproximar a Justiça Especializada dos seu objetivo de pacificar a sociedade através da resolução de conflitos ao mesmo tempo que garante a melhora do meio ambiente de trabalho, a dignidade da pessoa humana do trabalhador e melhoria da sua condição social.

Mudar o sistema pericial vigente é necessário, urgente e, acima de tudo possível.

## 12. Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 7 ago. 2018

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 5 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Consolidação das leis do trabalho. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943.

\_\_\_\_\_. Código Civil (2002). *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 5 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. CPC (2015). *Lei n. 13.105*, 16.3.2015. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 13 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. CPC (1973). Código de Processo Civil. *Lei n. 5.869*, de 11.1.1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 4 set. 2018.

\_\_\_\_\_. CPC (1939). Código de Processo Civil. *Decreto-lei n. 1.608*, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 5 set. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM – Brasil). Código de ética médica. Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília, DF.

MARCACINI, ATR. Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita. Rio de Janeiro: Forense; 1996.

NAKAGAWA, Fernando. Para presidente da Câmara, Justiça do Trabalho ‘não deveria nem existir’. *O Estado de S. Paulo*, 8 mar. 2017. Disponível

em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,para-presidente-da-camara-justica-do-trabalho-nao-deveria-nem-existir,70001692193>>. Último acesso em: 28 jan. 2019.

PRADO, Maeli. Justiça do Trabalho não deveria nem existir, diz deputado Rodrigo Maia. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 9 mar. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/03/1864822-justica-do-trabalho-nao-deveria-nem-existir-diz-deputado-rodrigo-maia.shtml>>. Último acesso em: 28 jan. 2019.

PRUNES, JLF. *As perícias na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1988.

SCHIAVI, Mauro. *Novo Código de Processo Civil: a aplicação supletiva e subsidiária ao Processo do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO\\_CODIGO\\_DE\\_PROCESSO\\_CIVIL-\\_APLICACAO\\_SUPLETIVA\\_E\\_SUBSIDIARIA.pdf](http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL-_APLICACAO_SUPLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf)>. Acesso em: 2 dez. 2018.

TST: *Dados Demonstrativos*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/077432b6-8aa2-44bd-adc8-9de77e97cb92>>. Acesso em: 21 out. 2018.

# Autonomia da vontade e as relações trabalhistas no Brasil após a vigência da Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista

Daniela Pinheiro Gomes Pessoa<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O presente artigo propõe-se à análise da autonomia da vontade inerente aos contratos de emprego após a vigência da Lei n. 13.467/2017 no Brasil. O estudo é realizado com fundamento na evolução das relações trabalhistas e na necessidade de intervenção estatal nos contratos de emprego em razão da hipossuficiência do empregado. O artigo sustenta a reafirmação do primado do trabalho por meio de políticas públicas estatais diante da automação dos postos de trabalho e do risco de extinção do trabalho formal. No decorrer da pesquisa utiliza-se o método dedutivo para concluir que o trabalho é inerente à condição humana sendo substancial para a promoção da Justiça Social.

## Palavras-chave:

- ▶ Autonomia da vontade — Relações de Trabalho — Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

## Abstract:

- ▶ The present article proposes to analyze the autonomy of the will inherent to the employment contracts after the validity of the law n. 13,467/2017 in Brazil. The study is based on the evolution of labor relations and on the need for state intervention in employment contracts due to the employees hyposufficiency. The article supports the reaffirmation of the primacy of work through state public policies in the face of the automation of jobs and the risk of extinction of formal work. In the course of the research the deductive method is used to conclude that the work is inherent to the human condition being substantial for the promotion of Social Justice.

---

(\*) Formada em Direito pela Universidade de Fortaleza (2004). Pós-graduada em Direito e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2008). Juíza do Trabalho (2007). Mestranda do Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da UNI7. Professora convidada dos Cursos de Pós-graduação na Universidade de Fortaleza e Instituto Intelleges em Fortaleza.

## Key-words:

- ▶ Autonomy of the will — Employment relationships — Law n. 13.467 / 2017.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Evolução das relações de trabalho e o surgimento do contrato de emprego
- ▶ 3. A autonomia da vontade nos contratos privados — peculiaridade trabalhista
- ▶ 4. Da autonomia da vontade nas relações de trabalho após a vigência da Lei n. 13.467/2017
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências

## 1. Introdução

As relações trabalhistas, em especial a empregatícia, sofreram profundas transformações em razão da revolução tecnológica vivenciada no final do século XX. Mecanismos como a informatização do saber e a robotização, culminaram na extinção de vários postos de trabalho colocando em risco de desaparecimento do emprego formal. O valor social do trabalho aparentemente fora desagregado da vida do homem em sociedade, dando início a um processo de desregulamentação dos direitos trabalhistas.

No plano nacional, tal processo pode ser visualizado em especial pela vigência da Lei n. 13.467/2017, nominada de reforma trabalhista, que, sem nenhuma aprovação social, extirpou do ordenamento jurídico infraconstitucional vários direitos dos trabalhadores alterando substancialmente a Consolidação das Leis do Trabalho, documento essencial para as classes profissionais de um modo geral.

Consideradas as transformações sociais e econômicas apontadas, faz-se pertinente uma releitura da autonomia das partes contratantes nos pactos laborais no século XXI e conforme a legislação nacional, face ao risco eminente de extinção (em prazo razoável) do próprio Direito do Trabalho.

Além da extinção pura e simples de direitos, como por exemplo extinção do pagamento a título de horas de deslocamento e diminuição

da base de cálculo remuneratória dos empregados, a Lei n. 13.467/2017 conferiu autonomia irrestrita (observados alguns requisitos) aos pactuantes do contrato de emprego, inclusive sobrepondo as vontades individuais às regras positivadas constitucionais que tratam de direitos fundamentais sociais.

Na medida em que se admite a livre pactuação trabalhista pelas partes, resgatando os moldes civilistas, renasce a ideia do *pacta sunt servanda*, obrigando-se o trabalhador a qualquer prestação e mediante qualquer preço perante o empregador, olvidando-se que existem direitos sob os quais o próprio prestador não possui disponibilidade como no caso a sua saúde.

Em que pese a extinção dos postos de trabalho, o medo do desemprego, a automação e a inversão de valores na ordem jurídica imposta pelo novo capitalismo (tutelando-se a moeda), reafirma-se a necessidade de previsão de direitos sociais mínimos, em especial trabalhistas, fruto de muita luta social.

Entende-se que o direito ao trabalho digno continua intrínseco à condição humana, não se submetendo à política econômica. Neste caso, somente com o fortalecimento desse ramo jurídico conseguirá a sociedade alcançar a paz e usufruir de verdadeira Justiça Social.

O objetivo do texto é contribuir para o fortalecimento do emprego e do Direito do Trabalho como ciência jurídica, pontuando-se

a peculiaridade da autonomia da vontade nas relações de trabalho, já que de cunho especial em relação às civilistas.

Acredita-se que somente o efetivo diálogo entre aqueles que sustentam que na pós-modernidade tudo pode ocorrer, com os que defendem, e reafirmam, a existência de direitos sociais mínimos, intangíveis e tutelados pelo Estado, é que se chegará ao equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e o efetivo direito de liberdade e felicidade do indivíduo no mundo global com fundamento no trabalho humano enquanto valor social do Estado Democrático de Direito.

## **2. Evolução das relações de trabalho e o surgimento do contrato de emprego**

O trabalho sempre foi inerente à condição humana e relacionado a sua subsistência. Se na era primitiva o homem laborava para si, na época moderna o homem trabalha para terceiros colocando ao dispor de outrem sua energia.

Até então, o homem trabalhava em função da propriedade (terra), organizando-se a sociedade politicamente com base em relações servis que caracterizaram o feudalismo. O Estado era o possuidor da terra que a disponibilizava para os senhores feudais cultivá-la enquanto os camponeses eram os responsáveis pelo cultivo em troca de uma gleba para subsistência, o que ressalta o caráter alimentar do trabalho desde estes tempos.

Nos idos dos séculos XV e XVI, não se imaginava que o trabalho humano pudesse ser objeto de pactuação privada, uma vez que a noção de direito das obrigações encontrava validade na propriedade. E mais, sendo o Estado possuidor de terras e sendo o exercício do poder de forma absolutista, era impensável que particulares livremente pudessem dispor de bens e direitos.

Paralelamente à servidão com fundamento na propriedade, restaram constituídas as corporações de ofício. Estas apareceram como

organizações rudimentares de artesões para produção por meio da utilização de trabalho manual. Os direitos civis até então reconhecidos tinham como fundamento a propriedade rural. Aquele que detinha terra, detinha direito político e alguma liberdade civil<sup>(1)</sup>.

A revolução industrial iniciada na Inglaterra no século XVIII transformou profundamente o contexto das relações trabalhistas. Isto porque implicou na transição do modelo rural para novos processos de manufatura, tem como marco a criação das máquinas. O feudalismo como forma de organização política e social é substituído pelo capitalismo. O proprietário de terra de antes passa a ser proprietário dos meios de produção concentrando riquezas com base no lucro. Vige agora a lei da oferta e da procura e o liberalismo econômico, corrente filosófica segundo a qual o mercado deve-se autorregular. O trabalho humano passou a ser substituído pela máquina, acarretado a diminuição de vários postos de trabalho.

No plano político, a revolução francesa, com a ascensão da classe burguesa em 1789, ultrapassando o feudalismo, estatuiu como lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, servindo de marco para a constitucionalização dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Tal período revolucionário é marcado pelas ideias de Estado mínimo e pelo pleno exercício das liberdades individuais, dentre elas a autonomia da vontade. Ou seja, ao homem era garantida a plena liberdade de contratação, emergindo o direito civil como principal elemento jurídico da sociedade.

Max Weber<sup>(2)</sup> retrata tal momento econômico e político pontuando que o Estado no plano da economia não é necessário, e que os particulares conseguem, através de um poder coativo próprio, regular suas transações,

(1) ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

(2) WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 1. ed. Brasília: UNB, 1999.

inclusive constituindo grandes monopólios comerciais.

Tal momento de transformação econômica, coincide com o surgimento do trabalho assalariado e do surgimento do contrato de emprego, enquanto contrato de atividade, vez que o labor humano passa a ser mercantilizado. Nas palavras de Gustavo Seferian Scheffer<sup>(3)</sup>:

Muito embora o trabalho, enquanto relação trivial e mais básica entre o homem e a natureza, seja elemento constitutivo de qualquer totalidade organizacional da produção, é apenas na ordem produtiva capitalista que recebe contornos particulares que lhe impõem repercussões jurídicas. Somente com a hegemonia burguesa e a consolidação do sistema de metabolismo social do capital que a força de trabalho passa a ser mercantilizada, enquanto objeto de contrato, passando a ser peça fundante no processo de valorização.

Karl Marx<sup>(4)</sup> muito bem identificou tal momento de transição em sua obra *O Capital*, apresentando a relação entre capital e trabalho, e introduzindo na economia o conceito de mais-valia. Com a Revolução Industrial, mão de obra assalariada e desqualificada é posta a venda, uma vez que o serviço complexo é realizado pela máquina e o trabalhador é estaque na linha de produção. O modelo fordista expressa tal realidade, onde a máquina participa de todas as etapas da linha de produção sendo o homem apenas coadjuvante no processo.

As contratações eram livres e informais sem qualquer interferência Estatal.

As primeiras leis trabalhistas surgiram nesse período, reconhecendo a Encíclica Católica *Rerum Novarum*, publicada pelo Papa Leão XIII em 1891, que o homem passa então a ser escravo da máquina. Tal documento trouxe as noções de salário justo e do tratamento do trabalhador com dignidade. Consolida-se

então o que se chama de modernidade que coincide economicamente com um mercado autossuficiente, com a intervenção estatal mínima, com muita oferta de mão de obra e com a desqualificação do trabalhador.

Darcy Ribeiro<sup>(5)</sup> discorrendo acerca dos processos civilizatórios ensina que existe um alto grau de concordância entre os estudiosos quanto ao poder de determinação dos conteúdos tecnológicos sobre os sociais e ideológicos e quanto à possibilidade de seriar o desenvolvimento tecnológico em passos evolutivos do progresso humano.

A modernidade, que se sustenta na revolução tecnológica, desta feita industrial e na afirmação da liberdade civil, implica no livre exercício da autonomia da vontade nas relações privadas, inserindo-se as relações trabalhistas em tal contexto.

Considerados a livre oferta e procura, a mão de obra ociosa, a intervenção mínima estatal na economia e o mercado enquanto regulador de preços, surge a figura do trabalhador hipossuficiente. O detentor dos meios de produção no sistema capitalista impõe o preço da mão de obra, obrigando-se o prestador a aceitar a oferta diante da escassez de posto de trabalho.

A exploração trabalhista à época da revolução industrial transparece através de jornadas de trabalho extenuantes, ambientes laborais insalubres, remuneração indigna, ocorrência de acidentes de trabalho, exploração do trabalho do menor e da mulher, entre outros. A própria classe trabalhadora, em oposição ao liberalismo econômico resolve agremiar-se e inicia o movimento sindical na busca de efetivação de direitos sociais mínimos, dando origem, em última instância ao Estado do Bem-Estar Social nos idos do século XIX.

A classe trabalhadora começa a insurgir-se contra a exploração, agremiando-se e exigindo

(3) SCHEFFER, Gustavo Seferian. *A ideologia do contrato de trabalho — Contribuição à leitura Marxista da relação jurídica laboral*. São Paulo: LTr, 2016. p. 59.

(4) MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

(5) RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório: etapas da evolução sociocultural*. São Paulo: Cia. da Letras; Publifolha, 2000.

direitos mínimos, resultando no processo de positivação dos direitos sociais nas Cartas Constitucionais, dentre eles trabalhistas, sedimentando o conceito de direitos fundamentais de segunda geração. Como exemplo, apontamos a Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil que expressamente consagra os direitos sociais no art. 6º.

Nesse aspecto, os contratos de trabalho passam a sofrer interferência Estatal, mitigando a autonomia da vontade das partes contratantes, o que se conhece como dirigismo estatal. É formalmente reconhecido um núcleo intangível de direitos trabalhistas em prol da dignidade do trabalhador, garantidos pelo Estado e intrínsecos a qualquer contrato de emprego, independente da vontade das partes.

Ocorre que após forte processo garantidor de direitos trabalhistas, inicia-se nova fase de enfraquecimento dos direitos sociais diante da demanda oriunda dos “novos mercados”. Agora, globalizado, transnacional e com fundamento no lucro excessivo, características da economia do século XXI, decorrente de nova revolução tecnológica, desta feita termonuclear e informatizada. Vivenciamos o período pós-moderno. Segundo o professor João Luís Nogueira Matias<sup>(6)</sup>:

Desde os anos de 1970, as empresas multinacionais passaram por uma fase de reestruturação, em que as suas atividades relacionadas a manufatura, e, gradativamente, outras atividades antes consideradas centrais, são deslocadas para outras empresas independentes (*outsourcing*) ou ainda para organizações de outros países (*offshoring*), significando a globalização da produção.

Os avanços tecnológicos vivenciados na era pós-moderna alteraram ainda mais o mundo das relações de trabalho. Se antes a figura do trabalhador era facilmente identificável no prestador totalmente inserido no objetivo

social da empresa, com horário de trabalho definido e local fixo de trabalho, hoje se caracteriza o empregado como o prestador à disposição da empresa, seja para laborar em atividades finalísticas do empreendimento, seja para laborar em atividades acessórias.

Não há mais correspondência entre o prestador e o local de trabalho, transmutando o conceito de subordinação jurídica para subordinação estrutural. No mais, a automação ocorre de forma desenfreada e desregulamentada, vivenciando a sociedade a era digital e globalizada, onde o saber humano é substituído pela inteligência artificial.

Percebe-se a liquidez das relações trabalhistas na pós-modernidade uma vez que o prestador muitas vezes sequer consegue identificar seu empregador, sendo a linha de produção totalmente fragmentada no intuito de aumentar o lucro empresarial, sobressaltando-se a intermitência na prestação de serviços<sup>(7)</sup>. Pontua Octavio Ianni<sup>(8)</sup>:

O que caracteriza o mundo do trabalho no fim do século XX, quando se anuncia o século XXI, é que ele se tornou realmente global. Na mesma escala em que se dá a globalização do capitalismo, verifica-se a globalização do mundo do trabalho. No âmbito da fábrica global criada com a nova divisão transnacional do trabalho e da produção, a transição do fordismo ao toyotismo e a dinamização do mercado mundial, tudo isso amplamente favorecido pelas tecnologias eletrônicas, nesse âmbito colocam-se novas formas e novos significados de trabalho. São mudanças quantitativas e qualitativas que afetam não só os arranjos e dinâmica das forças produtivas, mas também a composição e dinâmica da classe operária.

Diante de tal trajetória, abre-se espaço para a flexibilização das relações de emprego

(7) BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

(8) IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 117.

(6) *R. Jur. UNI7*, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 115-126, jan./jun. 2018.

de modo que estas se amoldem a estrutura do mercado e não ao inverso. Percebe-se um processo de desregulamentação da legislação trabalhista esvaindo-se a necessária tutela à dignidade do trabalhador em prol de regras privadas mercantilistas e de suposto desenvolvimento. Sobre o tema, discorre Milton Friedman<sup>(9)</sup>:

Considerando-se a competição entre empregadores e empregados, parece não haver razões para que os empregadores não tenham liberdade para oferecer quaisquer condições aos empregados. Em alguns casos, os empregadores acham que os empregados preferem que parte de sua remuneração assuma a forma de amenidades, como quadras esportivas e melhores instalações para repouso, em vez de dinheiro, e portanto, consideram mais lucrativo oferecer esses recursos como parte do contrato de trabalho, em vez de pagar salários mais altos. [...] Nada disso envolve qualquer interferência na liberdade das pessoas de encontrar emprego. Simplesmente reflete a tentativa dos empregadores de tornar as características do trabalho mais adequadas e mais atraentes para os empregados.

O contrato de trabalho ganha novos contornos, privilegiando a autonomia da vontade das partes contratantes sem o cuidado do dirigismo estatal. Enquadrando a discussão no plano nacional, registra-se que, recentemente, a Lei n. 13.467/2017 deu azo ao processo de total desregulamentação trabalhista, prevendo expressamente que a livre estipulação privada de cláusulas contratuais vigem com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

---

(9) FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Rio de Janeiro: LTC, 2017. p. 114.

No mesmo trilhar de ideias, a Lei n. 13.429/2017 permitiu a terceirização de serviços em qualquer atividade empresarial, seja ela atividade fim ou atividade acessória. Tal modelo trabalhista autoriza que um trabalhador, cujo vínculo empregatício é com uma empresa prestadora de serviços, labore diretamente no espaço físico do tomador, tal qual os demais empregados contratados diretamente, não identificando o dito trabalhador a quem está subordinado.

Diante das relações trabalhistas pós-modernas, de fato, há a remodelação da autonomia da vontade inerente aos contratos de empregos no plano nacional após a vigência da Lei n. 13.467/2017, desafiando o estudo das novas características nas contratações trabalhistas. O grande desafio é saber se os atores do contrato de trabalho (empregado e empregador) estão aptos a exercê-la plenamente sem a devida intervenção Estatal.

### **3. A autonomia da vontade nos contratos privados — peculiaridade trabalhista**

A autonomia da vontade sempre foi inerente ao direito dos contratos, lembrando Enzo Roppo<sup>(10)</sup>, e sendo hoje conhecido no campo civilista como direito das obrigações. A ideia de contrato consiste na jurisdicionalização das operações econômicas significando, em outros termos, atribuir efeitos jurídicos à alienação de riquezas. Traçando-se um paralelo com os contratos de emprego, é difícil perceber a prestação de serviço como mera operação econômica, possibilitando sua mercantilização, haja vista que resulta na atribuição de preço à energia humana.

A primeira ideia de contrato surge em Roma através da *stipulatio*. A referida figura era instrumento rígido considerando-se somente as formalidades para a assunção de determinada obrigação. Na *stipulatio* a vontade do indivíduo imposta no negócio era destituída de qualquer

---

(10) ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

peso jurídico. Com fulcro no direito romano até meados do século XX ensina-nos Antonio Santos Justos<sup>(11)</sup>:

O ambiente hostil à teoria da vontade tinha sido preparado: pelos comercialistas que, obcecados pela segurança jurídica, enfatizavam a declaração da vontade e desconsideravam o querer interno dos contraentes; e por IHERING que, na sua luta com SAVIGNY, declarou guerra ao dogma da vontade.

Registre-se que, nesse processo de construção da teoria objetiva da vontade, houve diversas interferências da jurisprudência no sentido de considerá-la como fundamento do pacto em si, destacando-se sobretudo a retórica grega com base na teoria de Aristóteles acerca da equidade.

O conceito de autonomia da vontade foi positivado pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento fruto da revolução francesa de 1789 que inaugurou a forma republicana de governo. A Declaração dispõe que:

Art. 4º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5º A lei proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Segundo tal lógica, o individualismo ditava as relações privadas, cabendo à autonomia da vontade das partes criar, extinguir ou modificar direitos. O Estado não poderia interferir nas transações civis, uma vez que cumpria papel apenas garantidor do cumprimento das obrigações estipuladas. Os indivíduos, obrigando-se mutuamente segundo as vontades individuais, criavam leis rígidas e intransponíveis através

(11) JUSTUS, Antonio Santo. *A autonomia da vontade e as condições gerais do Contrato de Roma ao direito atual*. Fortaleza: Imprece, 2003.

do contrato. Solidifica-se então a obrigação *pacta sunt servanda* com privilégio da vontade declarada sobre a vontade real.

Em oposição à teoria objetiva de Ihering, Frederico Carlos Von Savigny pregou que no conflito entre a vontade real e a vontade declarada, há de prevalecer a primeira<sup>(12)</sup>. No plano nacional, o Código Civil de 1916 vem reforçar tais ideias, ao prescrever que todo o ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direito, se denomina ato jurídico (art. 81). Ou seja, a liberdade de o que, como e com que contratar deveria sempre ser preservada. Ocorre que o próprio Código Civil excepciona tal regra, estabelecendo que, nas declarações de vontade, se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem (art. 85).

O pensamento liberal via o Estado como mero garantidor do cumprimento de obrigações contratuais, não havendo espaço para investigação da intenção das partes, teoria esta somente sedimentada na transição do século XX para o século XXI, onde se permitiu a revisão judicial dos contratos.

Paralelamente ao fortalecimento da autonomia da vontade, como marco da Revolução Francesa e expressão da total liberdade da classe burguesa, vivenciamos todo o processo de industrialização e o surgimento da mão de obra assalariada. Como consequência, o labor humano passa a ser mercantilizado e objeto dos contratos entre os particulares. Nesse momento igualmente surge como sistema econômico o capitalismo, cujo objetivo é a obtenção do lucro empresarial as custas do esgotamento da força de trabalho humano.

Diante da intervenção estatal mínima na autonomia da vontade em contratar, vivenciou-se um contexto de contrato de emprego informal, onde o detentor dos meios de produção ditava todas as regras contratuais, submetendo o

(12) RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*. São Paulo, Atlas, 2006.

prestador à jornadas de trabalho exaustivas, ao pagamento de salários irrisórios, à condições insalubres de trabalho e a todo tipo de discriminação. Diante da total ausência de normas tutelares estatais trabalhistas limitando as contratações empregatícias, Luiz Antônio V. Calháo Filho<sup>(13)</sup> recorda que outra alternativa não resto aos trabalhadores senão agremiarem-se e utilizarem os expedientes da greve para alcançar um nível de proteção mínima de direitos.

Interessante pontuar a questão da autonomia da vontade nos contratos de emprego quando da sua materialização. Ou seja, nos moldes civilistas (correntes individualistas e liberalistas dos séculos XVIII e XIX, principalmente), o empregado obrigar-se-ia a determinada prestação de serviços em troca do pagamento de salário cujo valor era ajustado de forma privada. Logo, a manifestação de vontade do empregado vinculava-o a seu empregador, devendo as obrigações serem adimplidas sob qualquer hipótese (*pacta sunt servanda*).

Ocorre que o objeto contratado (labor) sempre foi imaterial, a saber: a energia humana. Enquanto atividade, tal energia humana está sujeita a intempéries como doença, mutilação, fadiga, e vicissitudes do meio. Por consequência a noção civilista de *pacta sunt servanda* nunca fora adequada aos contratos de emprego, razão pela qual o direito do trabalho divorciou-se do direito civil, consolidando-se como ciência jurídica autônoma.

A autonomia da vontade, nos pactos de emprego, exterioriza-se mitigadamente pelo trabalhador pelas razões acima expostas. Diante da ausência de postos de trabalho no processo de substituição do labor humano por máquinas e sem proteção do Estado, o trabalhador era submetido a verdadeiro contrato de adesão para garantir a sua subsistência. Ou

(13) CALHÃO FILHO, Luiz Antônio V. *A nova era trabalhista: uma abordagem histórica do direito do trabalho, sua evolução e seu futuro após a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2018.

aceitava as cláusulas impostas pelo empregador ou morreria de fome ou doença. Sobre essa condição discorre Evaristo de Moraes<sup>(14)</sup>:

“a livre concorrência é tão prejudicial ao homem assalariado como favorável ao capitalista. A única força com que o operário entra em luta industrial é a dos seus braços. Deixado entregue à suposta liberdade de trabalho, ele se vê, afinal, coagido, pela férrea lei dos salários a vender seu esforço pelo pagamento ínfimo que lhe querem dar os potentados da indústria, os detentores do capital individualizado.”

Nesse contexto, o mercado de trabalho e o processo de industrialização, associado aos levantes dos trabalhadores sacudiram o Estado da sua condição de inércia, forçando-o a intervir na regulamentação privada. A partir de então nasce a fase de positivação de direitos trabalhistas mínimos, enquanto núcleo inatingível pela autonomia das partes contratantes, com expressão máxima do Estado do Bem-Estar Social sedimentado no século XXI. O trabalho passa a ser visto como essencial para a manutenção da paz na sociedade, e não como mera mercadoria disponível para negociação *inter partes*. Com propriedade percebe Maurício Godinho Delgado<sup>(15)</sup>:

A centralidade do trabalho em todos os níveis da vida da ampla maioria das pessoas é percebida por essa matriz cultural, com notável sensibilidade social e ética, erigindo-se como um dos pilares principais de estruturação da ordem econômica, social e cultural de qualquer sociedade capitalista que se queira minimamente democrática.

Transparece o primado do trabalho como elemento essencial da vida em sociedade e a necessidade de certo dirigismo estatal nas contratações trabalhistas tolhendo a vontade

(14) MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998. p.19.

(15) DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2017. p. 31.

das partes em prol de um núcleo intangível de direitos, coerentes com a dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana.

Como exemplo cita-se a Constituição Federal da República Brasileira de 1988 que, logo no art. 1º, traz como fundamento do Estado o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana. O legislador constituinte também consagra os direitos mínimos dos trabalhadores no artigo 7º, processo esse de positivação extraído do que se chamou de Constituições cidadãs.

Conclui-se que a autonomia da vontade inerente aos contratos privados nunca foi semelhante aquela específica dos contratos de emprego. Muito embora os contratos de emprego sejam de caráter privado, tais pactuações estão imantadas, justificadamente, com a devida proteção mínima estatal. Considerando as peculiaridades dos novos mercados, defende-se que empregado e empregador ainda não adquiriram a maturidade necessária para se autorregularem. Isto porque empregador e empregado nunca estão no mesmo patamar jurídico de igualdade para negociar, ao contrário do que ocorre nos contratos civis.

Logo, o dirigismo estatal justifica-se, e se mostra essencial para o sustento dos enlaces trabalhistas, sob pena de a parte mais fraca no contrato de emprego sucumbir às determinações desenfreadas do empregador.

#### **4. Da autonomia da vontade nas relações de trabalho após a vigência da Lei n. 13.467/2017**

Após esse processo de intervenção estatal nos contratos trabalhistas, solidificando direitos e mitigando a autonomia das partes contratantes inerentes ao século XX, os efeitos econômicos da globalização, vivenciados no século XXI, conduziram ao enfraquecimento do primado social do trabalho, chegando-se a sugerir a desregulamentação da proteção jurídica trabalhista.

As correntes neoliberais, em especial na voz de Milton Friedman<sup>(16)</sup>, sustentam que o trabalho não é mais o centro do capitalismo (aquilo que o sustenta e o alimenta), mas sim a moeda, devendo o Estado concentrar seus esforços nos campos econômicos e não no campo social. Mauricio Godinho Delgado<sup>(17)</sup> atribui tal virada de pensamento aos seguintes fatores específicos: nova revolução tecnológica, processo de reestruturação empresarial e acentuação da concorrência capitalista, inclusive no plano internacional.

Conforme já dito, a pós-modernidade coincide com nova revolução tecnológica, onde há a despersonalização do empregador, a desconexão entre a prestação de serviços e objeto social da empresa, a diminuição de postos físicos de trabalho e a robotização do trabalho. Como consequência, cristaliza-se a crescente da curva do desemprego.

Para os defensores neoliberais, o problema do desemprego é visto como estrutural, e não como de natureza conjuntural, em razão das novas formas de organização do capitalismo, pondo em xeque o próprio trabalho subordinado. Sustenta Mauricio Godinho Delgado<sup>(18)</sup> que a terceira revolução industrial acarretou:

Consequências devastadoras para algumas funções e profissões, é claro, muitas vezes simplesmente extinguindo-as. Determinadas funções e mesmo profissões de caráter manual, a par de outras de natureza intelectual, foram severamente afetadas ou, até mesmo, suprimidas em face da microeletrônica, da robótica, da microinformática e dos novos meios de telecomunicação.

Tal liquidez das relações de trabalho enfraquece o trabalho subordinado como conhecido, forte e rígido. A reestruturação empresarial

(16) FRIEDMAN. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: LTC, 2014.

(17) DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2017.

(18) *Ibidem*, p. 39.

sustenta, ainda que na nossa opinião equivocadamente, que não é o trabalho em si que gera riqueza, e sim a boa gestão de recursos financeiros (justificando a preocupação estatal com a economia e não com os direitos sociais), conduta que inevitavelmente relega o trabalho ao plano acessório.

O novo capitalismo prega a ideia de trabalhador multifuncional, capaz de realizar mais tarefas em menos tempo, aumentando a produtividade da empresa. Perdem-se as noções de trabalho centralizado e verticalizado. O trabalhador é flexível, adaptando-se às exigências da empresa, conforme pregado pelo toyotismo. A agregação em um único trabalhador de diversas funções por óbvio reduz os postos de trabalho e o custo do empregador, mas aumenta o lucro, mostrando-se vantajosa a diminuição de empregos formais.

Ao lado da multifuncionalidade do trabalhador recordamos a total descentralização da produção através da terceirização. Na pós-modernidade a subcontratação empresarial e ainda a fragmentação do núcleo empresarial em franquias, redes e consórcios fragiliza a garantia de direitos trabalhistas e a representação sindical já que dois empregados com as mesmas atribuições e laborando no mesmo produto podem auferir vantagens diferentes.

Logo, no campo contratual, renasce o conceito de livre pactuação, impondo como regra salários mais baixos e prestação habitual de horas extras. Há um desenfreado processo de flexibilização das normas protetivas do trabalho em total desrespeito à legislação positiva.

Revolve-se a discussão no tocante à limitação do exercício da autonomia da vontade inerentes aos contratos de emprego. Acredita-se que a ampla liberdade de contratação não promove o esperado desenvolvimento, servindo, ao contrário, de instrumento vetor de liberdade social, pontuando Guy Standing<sup>(19)</sup>:

(19) STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 47.

Não se trata apenas de ter insegurança de vínculo empregatício, de ocupar empregos de duração limitada e com um mínimo de proteção trabalhista, apesar de tudo isso ser comum. Trata-se de estar numa posição que não oferece nenhum senso de carreira, nenhum senso de identidade profissional segura e poucos, se alguns, direitos aos benefícios do Estado e da empresa que várias gerações dos que se viam como pertencentes ao proletariado industrial ou aos assalariados passaram a esperar como algo que lhe era devido. Essa é a realidade de um sistema que exalta e promove uma forma de vida baseada em competitividade, meritocracia e flexibilidade. A sociedade humana não se construiu ao longo dos séculos sobre uma mudança incessante e permanente; ela foi baseada na lenta construção de identidades estáveis e esferas de segurança bem rígidas. Uma lição do Iluminismo é que o ser humano deveria controlar seu destino, não Deus ou as forças da natureza. Diz-se ao precariado que ele deve responder às forças de mercado e ser infinitamente adaptável. O resultado é um de pessoas — em potencial, todos nós que estamos fora da elite, ancorada em sua riqueza e desapego da sociedade — em situações que só podem ser descritas como alienadas, anômicas, ansiosas e propensas à raiva. O sinal de advertência é o descompromisso político.

Insurge-se a autora veementemente, quanto à possibilidade desse novo mercado econômico, formado por grandes consórcios, com atividades produtivas totalmente descentralizadas, ditar regras contratuais privadas no campo trabalhista sem observar o arcabouço mínimo de tutela estatal.

No plano nacional, vivenciamos de perto esse contexto de desregulamentação trabalhista com a publicação da Lei n. 13.467/2017, privilegiando as negociações autônomas a despeito dos direitos sociais positivados na própria Constituição Federal de 1988. Destaca-se em especial o art. 444 da nova lei que prescreveu:

Art. 444 – As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes

interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

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

Atenta-se ao disposto em especial no parágrafo único da nova lei que sobreleva a autonomia a seu ápice, autorizando as partes a dispor sobre direito de indisponibilidade absoluta, adotando-se como únicos critérios a remuneração e escolaridade do empregado.

O art. 611-B da CLT consagra a supressão ou a redução dos direitos basicamente previstos no art. 7º da Constituição Federal que ostentam natureza jurídica de direitos fundamentais dos trabalhadores dispendo que regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

Ao permitir o parágrafo único do art. 444 da CLT que a livre estipulação das partes aplique-se às hipóteses previstas no art. 611-A, ao nosso ver, incorre em flagrante inconstitucionalidade.

O *caput* do art. 7º da Constituição Federal é inequívoco em estabelecer padrão mínimo de direitos, prescrevendo que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, os devidamente positivados.

São direitos portanto inegociáveis, irrenunciáveis e intocáveis, portanto, pela manifestação das partes figurantes no contrato de emprego.

Outrossim, será lícito concluir que o empregado que receba um pouco mais de R\$ 10.000,00 (salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do

Regime Geral de Previdência Social) e seja portador de diploma de nível superior (qualquer curso) não merece a proteção constitucional prevista no art. 7º? Estaríamos retroagindo ao século XVIII onde as contratações eram livres e ilimitadas?

Em que pese o forte pensamento disseminado pelo capitalismo neoliberal no sentido de extinção do próprio emprego, pensamos que a conjuntura política, econômica e social demanda um resgate do papel civilizatório do primado do trabalho através de políticas públicas estatais.

Não se olvida que o novo capitalismo requer a reestruturação da economia, admitindo-se de fato a extinção de postos de trabalho e otimização de mão de obra. Ocorre que essas mudanças acarretam também o surgimento de novas funções, o aumento do consumo e a potencialização do trabalho sem implicar na extinção deste. Assim, renasce para o Estado a obrigação de gerenciar políticas públicas de fomento ao emprego adaptando-o às peculiaridades econômicas trazidas pela revolução tecnológica do século XXI.

O Direito do Trabalho sempre cumpriu papel civilizatório na sociedade, equilibrando a ordem econômica e promovendo a justiça social. Desde a primeira revolução tecnológica o Direito do Trabalho sofre os influxos da economia sem perder seu caráter socializante e mostrando sua capacidade de adaptação aos novos mercados face a seu caráter progressista e modernizante. A respeito, sintetiza Mauricio Godinho Delgado<sup>(20)</sup>:

“Tudo isso significa que o Direito do Trabalho foi o grande instrumento que as democracias ocidentais mais avançadas tiveram de integração social, de distribuição de renda, de democratização social. Um poderoso e eficaz instrumento que conseguiu exatamente estabelecer

(20) DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2017. p. 121.

uma forma de incorporação do ser humano ao sistema socioeconômico, em especial daqueles que não tenham outro meio de afirmação senão a própria força de seu labor. Trata-se de uma generalizada e eficiente modalidade de integração dos seres humanos ao sistema econômico, ainda que considerados todos os problemas e diferenciações sociais, um notável mecanismo assecuratório de efetiva cidadania. Está-se diante, pois, de um potente e articulado sistema garantidor de significativo patamar da democracia social.”

Entende-se que o manto protetivo estatal ainda permanece vivo e ativo, devendo a manifestação de vontade das partes nos contratos de emprego sofrer a baliza do dirigismo estatal. Ainda que o momento econômico transpareça o contrário, cabe ao Estado remodelar o direito do trabalho, adequando-o às novas necessidades do mercado sem perder de vista seu caráter civilizatório. Segundo Mauricio Godinho Delgado<sup>(21)</sup>:

Conforme já explicitado, quer isso dizer que tais reflexos no mundo do trabalho irão depender, é claro, da capacidade de a economia e seu universo empresarial enfrentarem, positivamente, a competição exacerbada. Tal capacidade encontra-se lógica e diretamente atada às políticas públicas que o respectivo Estado observa no tocante à inserção de sua economia no cenário global, além do sentido que confere às suas próprias políticas econômicas internas.

Defende-se, portanto, em que pese a flexibilização e desregulamentação de direitos trabalhistas propostos pela Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), a autonomia da vontade do empregado e empregador nos contratos de emprego continua sujeito ao dirigismo estatal, não havendo liberdade para se dispor acerca

do núcleo intangível de direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, sob pena de se extinguir o caráter civilizatório do Direito do Trabalho, provocando desequilíbrio social imensurável.

## 5. Conclusão

As transformações econômicas demandam a reestruturação das formas contemporâneas de trabalho de modo que se encaixem no modelo proposto pela revolução tecnológica do século XXI, pautada na automação e informatização dos modelos produtivos. Ocorre que a reestruturação das formas de trabalho não pode implicar no livre exercício da autonomia das partes atores do contrato de emprego.

Em que pese os avanços tecnológicos e a robotização das linhas de produção, o trabalho humano nunca desaparecerá, já que inerente à própria condição humana e instrumento promotor da Justiça Social. Logo, o Estado do Bem-Estar Social formatado no século XXI deve batalhar arduamente pela reafirmação do núcleo intangível dos direitos trabalhistas, freando o processo de desregulamentação legal sugerido pelo neoliberalismo.

Não são as leis trabalhistas que devem amoldar-se às exigências do mercado e sim o contrário, o mercado, com as peculiaridades próprias da pós-modernidade, é que se deve curvar para o valor social do trabalho que é fundamento do Estado Democrático. Concordamos com Carla Maria Santos Carneiro, Germano Campos Silva e Lila de Fátima Carvalho Ramos<sup>(22)</sup> que sustentam que nunca haverá possibilidade de produção de riqueza sem o trabalho vivo, encontrando-se o trabalho no centro da economia de produção de valores.

Não se defende uma mera submissão das exigências do mercado ao valor social do trabalho, mas sim a implementação de políticas

(21) DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2017. p. 55.

(22) CARNEIRO, Carla Maria Santos; SILVA, Germano Campos; RAMOS, Lila de Fátima Carvalho. *Relações sustentáveis de trabalho: diálogos entre o direito e a psicodinâmica do trabalho*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2018.

públicas garantidoras de postos de trabalhos e direitos mínimos dos trabalhadores condizentes com a dignidade humana através de um diálogo entre os atores sociais envolvidos, buscando-se um equilíbrio de interesses em prol do desenvolvimento social.

Ademais, conclui-se firmemente pela inconstitucionalidade do parágrafo segundo do art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo a redação dada pela Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), uma vez que a livre disposição contratual pelas partes, por meio do pleno exercício da autonomia da vontade, ofende o art. 7º, inciso XXII, da Constituição Federal.

## 6. Referências

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- CALHÃO FILHO, Luiz Antônio V. *A nova era trabalhista: uma abordagem histórica do direito do trabalho, sua evolução e seu futuro após a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2018.
- CARNEIRO, Carla Maria Santos; SILVA, Germano Campos; RAMOS, Lila de Fátima Carvalho. *Relações sustentáveis de trabalho: diálogos entre o direito e a psicodinâmica do trabalho*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2017.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- FRIEDMAN. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: LTC, 2014.
- IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- JUSTUS, Antonio Santo. *A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato de roma ao direito atual*. Fortaleza: Imprece, 2003.
- MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.
- MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 1. ed. Brasília: UNB, 1999.
- Revista Jurídica UNI7, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 115-126, jan./jun. 2018.
- RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório: etapas da evolução sociocultural*. São Paulo: Cia. da Letras; Publifolha, 2000.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos*. São Paulo, Atlas, 2006.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- SCHEFFER, Gustavo Seferian. *A ideologia do contrato de trabalho — Contribuição à leitura marxista da relação jurídico laboral*. São Paulo: LTr, 2016.
- STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

# Jurisprudência

---

## Sentença



# Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região

Processo n.: 0001008-25.2018.5.12.0033

Origem: Vara do Trabalho de Indaial

Reclamante: Claudemar Bertolotti

Reclamado: Teka Tecelagem Kuehnrich SA — Em Recuperação Judicial

Juiz do Trabalho Titular: Reinaldo Branco de Moraes

## I – RELATÓRIO

A ré interpôs os aclaratórios de fls. 73/77 (ID. 197f509), pelas razões que declina. Requer acolhimento para condenação do autor no pagamento das custas do processo e honorários de advogado.

Houve manifestação da parte adversa acerca dos embargos de declaração pugnando pela rejeição (fls. 80/88 – ID. 1ab4057).

É o relatório.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Tempestivos, conhecimento dos embargos.

2. A ré oferta aclaratórios à sentença de fl. 72 (ID. c3cea82) constante da ata de audiência. Transcrevo o contido naquela ata:

*“Diante da ausência injustificada do reclamante CLAUDEMAR BERTOLOTTI, determina-se o ARQUIVAMENTO do presente processo, nos termos do art. 844 da CLT.*

*Custas pelo reclamante no importe de R\$ 279,52, calculadas sobre R\$ 13.976,00, dispensadas na forma da lei.”*

2.1. A embargante destaca no início dos embargos de declaração não haver “qualquer indício de crítica a este r. Juízo, mas tão somente a busca pelo aperfeiçoamento da prestação

jurisdicional em prol do devido processo legal” (fl. 73 – ID. 197f509 – Pág. 1).

Sem dúvida, o objetivo dos aclaratórios consiste em sanar eventuais imperfeições da tutela estatal jamais podendo ser recebidos com crítica à atuação do Juízo.

2.2. Aduz a embargante, em face do pronunciamento mencionado, que:

*“após a reforma trabalhista é sabido que além do arquivamento do processo, a ausência do Reclamante na audiência inicial importa no pagamento das custas, o que requer esta Embargante seja observado, ainda que concedida a justiça gratuita, e sendo este pagamento condição para propositura de nova ação, conforme disposto nos § 2º e § 3º do art. 844 da CLT.” (grifei)*

Transcrevo a Norma Consolidada:

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

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

*§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se*

*comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.*

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

**2.2.1.** Não obstante os entendimentos externados sobre a intenção do legislador reformista ao incluir os §§ 2º e 3º ao art. 844 da CLT (transformou o parágrafo único em § 1º) — cada um interpreta-os a seu modo, seja pela inconstitucionalidade, pela constitucionalidade, litigância responsável etc. —, necessário atentar ao texto do § 2º do dispositivo em tela.

A previsão de que o autor “será condenado ao pagamento das custas” na “hipótese de ausência” à audiência, **não representa nenhuma novidade**. Essa condenação sempre existiu e continua existindo. Mera decorrência da sentença terminativa.

O art. 790-A da CLT estabelece em seu *caput* que “**São isentos do pagamento de custas, além dos beneficiários de justiça gratuita:**” (redação dada pela Lei n. 10.537/2002). No particular, a Lei n. 13.467/2017 não trouxe qualquer alteração ao *caput* do art. 790-A da CLT.

Equivale dizer: desde a redação do art. 790-A da CLT, pela Lei n. 10.537/2002 (*embora a parte autora, beneficiária de gratuidade de justiça, anteriormente estivesse isenta do pagamento de custas processuais por força do disposto no art. 3º, II, da Lei n. 1.060/1950*), **no próprio Texto Consolidado, há comando expresso** acerca da **isenção do pagamento de custas por beneficiários de justiça gratuita**.

Logo, quando o § 2º do art. 844 da CLT estabelece a condenação do autor, ausente à audiência, nas custas do processo, **seja ele beneficiário ou não da justiça gratuita, não trouxe qualquer novidade ao mundo jurídico** tampouco afastou, tácita ou expressamente, aos beneficiários de justiça gratuita, o disposto no *caput* do art. 790-A do mesmo Diploma Legal.

Portanto, quando a parte autora não comparecer à audiência e for condenada em custas do processo, a isenção do pagamento decorre da lei sendo beneficiária da justiça gratuita. O pagamento a que se refere o § 3º do art. 844 da CLT é aplicável a quem **não está isento** do pagamento das custas do processo.

Por outro lado, no caso em tela, a parte autora recebia, à data da dispensa da ré, R\$ 8,08 por hora, resultando em salário mensal de R\$ 1.777,60. Trata-se de beneficiário da justiça gratuita por presunção de hipossuficiência (*recebimento de salário inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social — CLT, art. 790, § 3º*). Ademais, embora desnecessária, há declaração de hipossuficiência firmada pelo autor (**fl. 12 – ID. 4441a0d – Pág. 1**).

De rigor a **interpretação conjunta** do disposto nos §§ 2º e 3º do art. 844 *c/c* o *caput* do art. 790-A e § 3º do art. 790, **todos da CLT**. A leitura isolada do § 2º do art. 844 da Norma Celetista pode conduzir a interpretações destoantes da lógica-racional e sistemática.

Por isso que, na sentença embargada, consta a condenação da parte autora nas custas do processo e a **dispensa, “na forma da lei”**.

**2.2.2.** No entanto, ainda acaso assim não se entenda, estabelece o legislador reformista que a parte autora, que não comparecer à audiência, possui prazo de 15 (quinze) dias úteis para comprovar “**motivo LEGALMENTE justificável**”.

Fosse intenção do legislador **facultar** aos magistrados analisar “motivo justificável” de ausência do demandante à audiência, dentro da **subjetividade de cada situação em concreto** e adotando os critérios tradicionais (como razoabilidade, proporcionalidade e boa-fé objetiva da alegação invocada para a ausência ao ato), não teria o legislador **vinculado a análise a “motivo LEGALMENTE justificável”**.

Nesse contexto, “**motivo LEGALMENTE justificável**” vem a ser o que a **LEI** indica como

“motivo” a “justificar” a ausência da parte na audiência.

Porém, **não há dispositivo algum na lei processual** (*nem no CPC nem nas demais ramificações da processualística vigente*) relacionando “**motivo LEGALMENTE justificável**” capaz de dispensar o pagamento de custas ao autor que não comparece à audiência.

Quando o legislador quis deixar ao **prudente arbítrio do juiz** o exame de situação capaz de JUSTIFICAR ausência à audiência, de quem quer que seja, o fez expressamente.

Com efeito, o art. 362, II, do CPC, prevê o adiamento da audiência instrutória “*se não puder comparecer, por motivo justificado, qualquer pessoa que dela deva necessariamente participar*”.

Já o § 2º do art. 844 da CLT autoriza a dispensa do autor de pagar as custas que não comparecer à audiência havendo “**motivo legalmente justificado**”.

Note-se que o art. 362, II, do CPC, possui aplicação subsidiária no processo laboral para a “**audiência de instrução**” (*há omissão e compatibilidade – CLT, art. 769*), mas isso não ocorre para a denominada primeira audiência ou “**audiência inicial**” (*quando não for una*). No processo civil prevalece a vontade do juiz frente ao caso concreto (“*motivo justificado*”); no processo do trabalho, a vontade do legislador (“**motivo legalmente justificável**”).

De notar que o § 1º do art. 844 da CLT até permite ao juiz redesignar a audiência “**Ocorrendo motivo relevante**”. Novamente, aqui, o legislador deixa ao exame do magistrado avaliar a pertinência ou não do “**motivo**” e se “**relevante**” para a redesignação do ato.

No ponto, indene de dúvida, a CLT possui **norma em branco** no § 2º de seu art. 844, na medida que **a lei não contém palavra inútil, sem sentido ou significado**.

Não pode ser complementada pela analogia por não existente nenhum dispositivo na legislação a tratar de “**motivo legalmente**

**justificável**” para a parte autora não comparecer em audiência e cuja ausência importa “arquivamento da ação” e condenação em custas processuais.

Em verdade, enquanto persistir a norma em branco do § 2º do art. 844 da CLT, há que atribuir-se plena vigência somente ao trecho abaixo em negro:

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

Por isso, de momento, há que interpretar-se a norma supratranscrita no sentido de que a ausência do reclamante importa sua condenação nas custas (CLT, art. 789), ainda que beneficiário da justiça gratuita. E, como visto no **subitem 2.2.1**, beneficiário de gratuidade de justiça está **ISENTO** do pagamento de custas no processo laboral.

Equivale dizer: pagará custas no processo a parte autora que for condenada. As pessoas nominadas no art. 790-A, *caput*, I e II, da CLT — *dentre elas* “**beneficiários de justiça gratuita**” —, estão isentas desse pagamento.

Por esses fundamentos, entendo **não haver razão sequer para conceder prazo ao autor a apontar “motivo legalmente justificável” da ausência à audiência**.

Os motivos elencados na lei material (*como as do art. 473, I a XI, da CLT, por vezes indicadas pela doutrina para suprir a lacuna legislativa da norma em branco do § 2º do art. 844 desse mesmo Diploma Legal*) para **ausência justificada “ao serviço**”, não dizem respeito à ausência de “**motivo LEGALMENTE justificável**” de não-comparecimento à audiência.

Basta notar que, por exemplo, **poderá o juiz entender** que o trabalhador tinha 12 meses e resolveu efetuar “**doação voluntária de sangue**” (CLT, art. 473, IV) justamente no **dia de sua audiência** e, assim, reputar **NÃO justificada a ausência?**

Resposta: **sim**.

Mas esse não é “**motivo legalmente justificável**”?

Ficaria, então, **ao prudente arbítrio do julgador aplicar ou não a lei material (rol das hipóteses dos incisos I a XI do art. 473 da CLT) para suprir norma em branco da lei processual?**

O exemplo hipotético demonstra o **risco de se buscar suprir a norma em branco apontada** com situações (*da lei material*) que não guardam qualquer sintonia com o comando da parte final do § 2º do art. 844 da CLT (*norma de direito processual*).

Penso que a doutrina e jurisprudência precisarão enfrentar, **objetivamente**, essa temática da **norma em branco** do § 2º do art. 844 da Lei Consolidada e da incompletude do ordenamento jurídico vigente, nos termos antes expostos.

Dessarte, frente ao acima analisado, desnecessário sequer enfrentar a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 844 da CLT (tema objeto da ADI n. 5.766).

Aclaratórios acolhidos, em parte, apenas para prestar os esclarecimentos acima.

**2.3. Assere a embargante, ainda, que são devidos honorários advocatícios sucumbenciais em caso de arquivamento** “em razão da movimentação indevida da máquina judiciária” segundo “*melhor entendimento do art. 90 do CPC e aplicação do art. 15 do CPC*” (fl. 75 – ID. 197f509 – Pág. 3).

Analiso.

O legislador reformista inseriu na CLT, art. 791-A, *caput*, “**honorários de sucumbência**” ao “**advogado**” sobre “**o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa**”.

Em momento algum previu cabimento de honorários de sucumbência em “**arquivamento da ação**” (CLT, art. 844, *caput*).

Nenhuma das situações previstas no *caput* do art. 791-A da CLT (*sobre o “valor que resultar da*

*liquidação da sentença*”, sobre o valor do “*proveito econômico*” ou sobre o “*valor da causa*”) têm incidência em “**arquivamento da ação**”.

Com efeito, ensinam, com propriedade, **distinguindo as hipóteses de cabimento desses três balizamentos da verba honorária sucumbencial**, ANTONIO UMBERTO DE SOUZA JÚNIOR, FABIANO COELHO DE SOUZA, NEY MARANHÃO e PLATON TEIXEIRA AZEVEDO NETO:

*“Ao falar de valor que resultar da liquidação da sentença, indica a lei que os honorários de advogado incidirão não só sobre os créditos líquidos do trabalhador, mas também sobre as demais verbas calculadas, à exceção das custas, igualmente apuradas sobre o total da condenação. Sendo líquida a decisão, a respectiva planilha de cálculos haverá de contemplá-los.*

*Já o proveito econômico — para buscar uma leitura não redundante em relação ao valor da condenação — está vinculado, em regra, às ações declaratórias e constitutivas (inclusive as negativas, também conhecidas como desconstitutivas). Pense-se na anulação de um auto de infração trabalhista cuja multa administrativa não tenha sido arrecadada — o proveito econômico será a multa que não precisará ser paga.*

*Por fim, o valor atualizado da causa servirá de lastro para a condenação em honorários advocatícios nos casos de procedência em que seja inestimável o valor da condenação — o reconhecimento de vínculo, a assinatura da CTPS ou a entrega de uma carta de recomendação, por exemplo.” (in Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017. 2ª ed., São Paulo: Rideel, 2017, p. 453) (negrito no original)*

Depois do quarteto trabalhista (*assim carinhosa e nacionalmente conhecidos os doutrinadores antes nominados*) mencionar que não é singela a resposta se a lei (13.467/2017)

foi omissa ao tratar de sentença sem exame do mérito e quanto a cabimento de honorários de advogado nessa situação, enfatizam:

*“Não à toa, o legislador celetista, mesmo regravando de modo detalhado o tema e migrando diversas regras do CPC para o texto da CLT, **preferiu não estabelecer honorários advocatícios para as hipóteses de sentença sem resolução de mérito** — em sua grande maioria, na processualística laboral, suscitadas por desistências da ação (CLT, art. 841, § 3º; CPC, art. 485, VIII) e arquivamentos por faltas injustificadas do autor à sessão inaugural (CLT, art. 844, caput).*

*Deveras, nesse particular, não estamos, diante de lamentável omissão do legislador reformista, a acionar a técnica da aplicação supletiva de regras do CPC. Cuida-se, em verdade, claramente, de típica hipótese de **silêncio eloquente**. Não foi uma escorregadela normativa, pois. Trata-se, em verdade, de **firme opção legal**. Explicamo-nos.*

*Aqui, o legislador celetista avocou para si, aprioristicamente, **um delicado juízo de avaliação técnico-profissional** que, de regra, só é feito pelo julgador à luz do caso concreto (CLT, art. 791-A, § 2º, CPC, art. 85, § 2º). E, ao assim proceder, claramente **decidiu não regravar** o tema das extinções processuais sem apreciação meritória, promovendo, assim, **razoável peculiaridade processual laboral** na regência do instituto da sucumbência.*

*A medida é social e juridicamente plausível.*

*Vivemos em um país de dimensões continentais e de realidades socioeconômicas variadas, de modo que uma possível regência legal uniforme, impondo indistinta condenação em honorários sucumbenciais (mesmo em casos de arquivamento e mera desistência da ação, por exemplo),*

*poderia dar ensejo a situações de rematada injustiça, em especial com relação aos economicamente desfavorecidos e aos que se movimentaram por regiões de difícil trânsito e geograficamente longínquas com o exclusivo intuito de exercer seu direito fundamental de ação. (...) Daí a **máxima da experiência**, quiçá também levada em conta pelo legislador, de que a imensa maioria das extinções processuais sem apreciação do mérito, na Justiça do Trabalho, decorre de ausências do reclamante à sessão inaugural, quase sempre concretamente justificadas por tais compreensíveis dificuldades econômicas, geográficas ou probatórias 3 e que, em regra, acabam demandando atuação profissional ínfima da parte do advogado da reclamada nos autos.” (negrito no original e sublinhado nosso) (idem, p. 454)*

E concluem:

*“Perceba-se que se o desejo do legislador celetista fosse verdadeiramente outro — impor honorários sucumbenciais independentemente do conteúdo da decisão, mesmo em casos de extinção processual sem resolução de mérito —, certamente o legislador reformista teria transportado para o texto da CLT, como o fez em diversas outras oportunidades na Lei n. 13.467/2017 (nas regras de distribuição do ônus da prova previstas no art. 373 do CPC transplantadas para o novo art. 818 da CLT, por exemplo) e mesmo neste art. 791-A, a clara disposição a respeito constante do CPC (art. 85, § 6º). Mas assim não o fez, relevando **opção político-legislativa**, neste ponto, minimamente respeitadora da vontade constitucional de garantir livre acesso ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) e máxima gratuidade de assistência judiciária (CF, art. 5º, LX-XIV), no que preservou alguma reminiscência do regime jurídico anterior, em que o trabalhador, nas lides empregatícias, jamais poderia ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios.*

*Por tais fundamentos, gizamos nossa convicção de que, no processo do trabalho, não caberá, em hipótese alguma, a fixação de honorários sucumbenciais em sentenças que extingam o processo **sem resolução do mérito** (CPC, art. 485), relevando-se inaplicáveis, pois, na seara processual laboral, qualquer disposição do CPC que sinalize em sentido contrário.” (idem págs. 454/455). (negrito no original e sublinhado nosso)”*

Embora o respeito que a todos os advogados — *indispensáveis que são à administração da Justiça* —, os contratados pela parte demandada ajustam seus honorários diretamente com o constituinte (*não é o caso de identificar se a cobrança é por ato processual, pelo processo como um todo, com valores diferenciados enquanto o feito está na origem ou nas instâncias superiores, prestação de serviços mensais etc.*). A justa retribuição do serviço prestado, como regra, não está relacionada ao resultado de seu trabalho. Os constituídos pela parte autora praticam, no mais das vezes, a denominada advocacia de risco (*receberá percentual do que o cliente receber*). Certamente, também atento a essa realidade, resolveu o **legislador não trazer à seara laboral honorários advocatícios nos casos de sentença terminativa (seja qual for o motivo do pronunciamento sem exame do mérito)**.

Nesse sentido o precedente abaixo do TRTSC:

**“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARQUIVAMENTO DO FEITO. AUSÊNCIA DO AUTOR. NÃO INCIDÊNCIA.** No caso de arquivamento do feito, diante do não comparecimento da parte autora, não há fundamento para condenação desta em honorários advocatícios, ante a inexistência de sucumbência. (...)” (TRT12 – RO – 0001572-81.2017.5.12.0051, relatora Desembargadora MIRNA ULIANO BERTOLDI, 3ª Câmara, Data de Assinatura: 12.9.2018)

Em igual norte o Enunciado n. 184 do IV Fórum Nacional de Processo do Trabalho (FNPTTrabalho) realizado nos dias 16 a 18.11.2017 em Brasília/DF:

**“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INEXIGIBILIDADE.** Não transpando o legislador todas

as disposições do CPC referentes aos honorários advocatícios de sucumbência para a CLT, em típica hipótese de silêncio eloquente, não será exigível do reclamante tal verba quando o processo seja arquivado ou extinto sem resolução do mérito por outra causa (CLT, art. 791-A; CPC, arts. 85, § 2º, e 90).

**Resultado: aprovado por maioria qualificada”**

Em idêntica diretriz a doutrina de NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI, ao comentar o art. 791-A da CLT, na obra intitulada **Reforma trabalhista comentada por Juizes do Trabalho: artigo por artigo. Atualizada até o fim da vigência da MP n. 808/17 e Lei n. 13.660/18**, inclusive com citação de trecho do acima indicado quarteto trabalhista sobre a “*atuação profissional relevante e necessária*” de advogado da parte demandada, nos seguintes termos:

*“Quando houver extinção do feito sem resolução do mérito em face da ausência do autor à audiência inicial e desistência da ação, diante do silêncio do legislador reformador trabalhista e da existência de ‘atuação profissional relevante e necessária’ do advogado do réu, não haverá a incidência de honorários.” (Org. Daniel Lisbôa, José Lucio Munhoz. São Paulo: LTr, 2018. p. 379)*

**Indefiro** a pretensão de condenação da parte autora em honorários advocatícios ao(s) patrono(s) da ré, embora acolhendo os embargos de declaração a fim de prestar os esclarecimentos supra.

### III – DISPOSITIVO

Isso Posto, **observada a motivação acima que fica fazendo parte integrante deste dispositivo**, julgo **PROCEDENTES, EM PARTE**, os embargos de declaração apresentados pela ré para prestar os esclarecimentos acima e sem atribuir efeito modificativo.

**Intimem-se os patronos.**

Nada mais.

INDAIAL, 8 de novembro de 2018.

REINALDO BRANCO DE MORAES  
Juiz(a) do Trabalho Titular

# Índice Geral

---



## Doutrina

### **Contribuição sindical e a reforma trabalhista: fim da compulsoriedade e autORIZAÇÃO coletiva para recolhimento.**

1. Introdução. 2. Breve histórico legislativo. 3. Autorização do desconto mediante assembleia convocada conforme estatuto da entidade sindical. 4. Entendimento jurisprudencial do TST e STF. 4.1. Entendimento jurisprudencial anterior à Lei n. 13.467/2017. 4.2. Julgamento da ADI n. 5.794 pelo STF e fixação de contribuição em assembleia sindical homologada pelo tst. Entendimentos jurisprudenciais posteriores à vigência da Lei n. 13.467/2017. 5. Direito comparado, recomendações da OIT e cotejo com a Lei n. 13.467/2017. 6. Considerações finais. 7. Referências.....

17

### **Inconstitucionalidade e inconvenção do trabalho da gestante e lactante em ambiente insalubre: onde estavam os legitimados?**

1. Introdução. 2. Panorama geral da Reforma Trabalhista: a inconstitucionalidade e a inconvenção da sujeição da mulher gestante e lactante a ambiente insalubre. 3. As formas de atuação e o silêncio das instituições. 3.1. Controle de convencionalidade. 3.2. Controle de constitucionalidade. 4. Considerações finais. 5. Referências.....

30

### **Honorários de sucumbência e direito intertemporal: por uma interpretação que considere a lógica do razoável.**

1. Nota introdutória. 2. Vigência da Lei n. 13.467/2017 e os honorários de sucumbência. 3. Honorários de sucumbência no processo do trabalho. 3.1. Data do ajuizamento da ação ou data da sentença?. 3.1.1. A teoria do mínimo existencial. 3.1.2. Os princípios da causalidade e da vedação da decisão surpresa. 3.1.3. A lógica do razoável. 3.1.4. O princípio da dignidade humana. 3.2. Honorários de sucumbência na fase

recursal. 3.3. Honorários de sucumbência na fase de execução. 4. Considerações finais. 5. Referências .....

46

### **Teoria dos sistemas e negociação coletiva após a reforma trabalhista: a possibilidade de prevalência do código econômico em face dos direitos sociais dos trabalhadores.**

1. Introdução. 2. O direito, a economia e a política: elementos sistêmicos e sociais das relações de trabalho. 3. Paradigma pós-social dos direitos fundamentais. 4. A valorização da negociação coletiva advinda com Lei n. 13.467/2017. 5. Considerações finais. 6. Referências.....

64

### **A execução trabalhista e a Lei n. 13.467/2017: o desafio da efetividade processual.**

1. Introdução. 2. O processo de execução na Justiça do Trabalho. 2.1. A execução como um fenômeno essencialmente patrimonial. 2.2. O processo de execução trabalhista. 2.2.1. Os requisitos necessários e os procedimentos da execução trabalhista. 2.2.2. Da legitimidade passiva. 3. A aplicabilidade do Novo Código de Processo Civil e da Jurisprudência do TST no processo de execução. 3.1. Os reflexos do Novo CPC na execução trabalhista. 3.2. O tratamento dispendido à execução na Jurisprudência do TST. 3.3. A validade da aplicação dos entendimentos jurisprudenciais após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017. 4. A Lei n. 13.467/2017 e a execução trabalhista: inovação legislativa ou retrocesso social?. 4.1. Responsabilidade solidária e grupo econômico. 4.2. Responsabilização do sócio retirante e sucessão de empregadores. 4.3. Prescrição intercorrente. 4.4. Desconsideração da personalidade jurídica. 4.5. Execução de ofício e atualização de créditos. 5. Conclusão. 6. Referências .....

74

### **O vínculo empregatício no mundo tecnológico e o conflito de interesses que o circunda: a busca por uma solução**



<b>a partir de análise do “caso UBER”.</b> 1. Prefácio. 2. Introdução. 3. Uma breve síntese dos fatos que deram início ao “caso UBER”. 4. Proposta de solução para o conflito “relação de emprego no caso UBER” e similares. 4.1. O contrato de trabalho intermitente por convocação: modelo-base para se construir uma solução. 4.2. Comparações da realidade fática do motorista de UBER com o trabalhador aos moldes do contrato de trabalho intermitente por convocação. 4.3. Novo modelo de contrato de trabalho: contrato de trabalho intermitente por produção. 5. Conclusão. 6. Referências.....	94
<b>Da constitucionalidade da extinção do caráter compulsório da contribuição sindical.</b> 1. Introdução. 2. Breve historicidade do surgimento do sindicalismo no Brasil. 2.1. Do sindicalismo em âmbito constitucional. 3. Da função social do sindicato. 3.1. Das funções de representação e assistência. 3.2. Da função de arrecadação. 3.2.1. Contribuição sindical. 4. Da constitucionalidade da Lei n. 13.467/2017 no que tange à extinção do caráter obrigatório da contribuição sindical. 5. Impactos à estrutura sindical brasileira — reflexões. 6. Considerações finais. 7. Referências.....	110
<b>O procedimento do incidente de descon sideração da personalidade jurídica no processo do trabalho.</b> 1. Introdução. 2. O que é a descon sideração da personalidade jurídica? 3. O incidente de descon sideração da personalidade jurídica no processo do trabalho. 4. Conceito e distinção entre ônus e obrigação. 5. O procedimento do incidente e o ônus probatório. 6. Possibilidade de dinamização do ônus da prova no IDPJ. 7. Da jurisprudência. 8. Conclusão 9. Referências .....	129
<b>A limitação ao poder de sumular do Tribunal Superior do Trabalho.</b> 1. Introdução.	
2. A força dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Os óbices trazidos ao poder de sumular por parte da reforma trabalhista. 4. Considerações finais. 5. Referências.....	141
<b>Violação dos direitos humanos das mulheres e reforma trabalhista.</b> 1. Introdução. 2. Direitos humanos das mulheres e o mundo do trabalho. 3. O direito brasileiro e o trabalho da mulher: igualdade formal tardia. 4. A reforma trabalhista e o trabalho das mulheres. 5. Conclusão. 6. Referências.....	151
<b>Errata</b> .....	162
<b>Honorários sucumbenciais, responsabilidade por danos e custas processuais em ação rescisória: uma visão contemporânea à luz da Lei n. 13.467/2017.</b> 1. Introdução. 2. Ação rescisória: conceito e objeto. 2.1. Honorários advocatícios sucumbenciais na perspectiva pós-Reforma Trabalhista. 2.2. Da responsabilidade por dano processual: multa por litigância de má-fé introduzida na CLT pela Lei n. 13.467/2017. 2.3. Custas processuais: limitação legal. 3. Considerações finais. 4. Referências.....	174
<b>Las leyes de Reforma Laboral en México y en Brasil y los efectos de la precarización del trabajo: un estudio comparado.</b> 1. Introdução. 2. ¿O que son los atributos de la precarización del trabajo? 3. El mercado laboral en el mundo y el contexto de la Reforma Laboral en Brasil y México. 4. México. 5. Brasil. 6. Conclusion. 7. Bibliografía .....	187
<b>A reforma trabalhista e o trabalho da mulher.</b> 1. Introdução. 2. A discriminação contra a mulher no mercado de trabalho. 3. A Constituição da República de 1988 — o início e o fim para todas as leis. 4. Implicações da Reforma Trabalhista no trabalho da mulher. 4.1. Revogação expressa do parágrafo único do art. 372/CLT. 4.2. Revogação do art. 384 da CLT.	

4.3. Alteração no art. 394-A/CLT — gestação, lactação e atividades insalubres. 4.4. Intervalo intrajornada especial para amamentação. 5. Há sempre alguém que resiste, há sempre alguém que diz não. 6. Referências..... 202

**Trabalho intermitente: fleximodernização ou precarização do trabalho?**

1. Introdução. 2. Trabalho intermitente. 3. Trabalho intermitente e o direito comparado. 3.1. Portugal. 3.2. Itália. 3.3. Espanha. 3.4. Alemanha. 3.5. França. 3.6. Inglaterra. 3.7. EUA. 4. Pontos polêmicos. 4.1. Previdência e seguridade social. 4.2. Seguro-desemprego. 4.3. Saúde e segurança no trabalho. 4.4. Período de inatividade. 4.5. Férias. 4.6. Cotas de trabalhadores com deficiência. 5. Inconstitucionalidade. 6. Considerações finais. 7. Referências..... 217

**A reforma trabalhista e seus impactos sobre o instituto da gratuidade de justiça.**

1. Introdução. 2. O instituto da justiça gratuita. 3. A contextualização da concessão da gratuidade de justiça pré e pós-reforma. 4. Impactos da Lei n. 13.467/2017 sobre a responsabilidade do pagamento dos honorários periciais. 5. Lei n. 13.467/2017 e os honorários advocatícios. 6. Lei n. 13.467/2017 e a ausência injustificada à audiência. 7. Considerações finais. 8. Referências..... 233

**A arbitralidade nos conflitos individuais do trabalho.**

1. Introdução. 2. Aspectos gerais da arbitragem. 3. Arcabouço legislativo da arbitragem no direito do trabalho. 4. Pacificação dos conflitos após a reforma trabalhista. 5. A arbitragem trabalhista e o empregado hipersuficiente. 6. Considerações finais. 7. Referências..... 243

**Ciência da jurisprudência.**

1. Introdução. 2. Conceito de jurisprudência. 3. Precedente judicial. 4. Métodos de criação.

5. Estabilização jurisprudencial. 6. Assentamento vocabular. 7. Vantagens metodológicas. 8. Consequências da inobservância dos precedentes. 9. Conclusão. 10. Referências ..... 259

**Entidade filantrópica e Reforma Trabalhista: contribuições críticas.**

1. Introdução. 2. Entidades filantrópicas. Conceito. Histórico. 3. O acesso à justiça e entidades filantrópicas. 4. Garantia do juízo como proteção do trabalhador e o acesso à justiça: uma imprescindível conciliação. 5. Distinções. 5.1. Lei n. 12.101/2009. 6. Conclusão. 7. Referências ..... 268

**Sistema pericial trabalhista: distorções e alternativa.**

1. Introdução. 2. Contexto. 2.1. O médico perito trabalhista. 2.2. O trabalho do profissional liberal. 2.3. A perícia na justiça cível. 3. Perícia na justiça trabalhista. 4. A indústria da insalubridade. 5. Súmula n. 236 e art. 790-B. 5.1. Súmula n. 236. 5.2. Art. 790-B. 5.2.1. Efeito colateral do art. 790-B. 6. Honorários prévios e a OJ n. 98. 7. Resoluções CNJ. 8. Perícia médica na Justiça do Trabalho. 9. A primeira reação à reforma. 10. A alternativa propiciada pela reforma de 2017. 11. Conclusão. 12. Referências ..... 280

**Autonomia da vontade e as relações trabalhistas no Brasil após a vigência da Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista.**

1. Introdução. 2. Evolução das relações de trabalho e o surgimento do contrato de emprego. 3. A autonomia da vontade nos contratos privados — peculiaridade trabalhista. 4. Da autonomia da vontade nas relações de trabalho após a vigência da Lei n. 13.467/2017. 5. Conclusão. 6. Referências ..... 300

**Jurisprudência**

**Acórdão**

Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região ..... 315





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

*Capa: Forma e Conteúdo Editora Criativa*

*Finalização: Danilo Rebello*

*Impressão: PSP Digital*



