



Revista da
esmat 13
Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba

REVISTA DA ESMAT 13

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TRABALHISTA DA PARAÍBA

Criada e publicada pela Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região – AMATRA 13

CONSELHO EDITORIAL

Juíza do Trabalho Nayara Queiroz Mota de Sousa

Juíza do Trabalho Veruska Santana Sousa de Sá

Juíza do Trabalho Maria das Dores Alves

Juiz do Trabalho Francisco de Assis Barbosa Júnior

PROJETO GRÁFICO, EDITORAÇÃO, CRIAÇÃO DE CAPA E IMPRESSÃO:
MAGNO NICOLAU – IDEIA EDITORA LTDA. (www.ideiaeditora.com.br)

FOTO DA CAPA

Pedro Nogueira

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TRABALHISTA DA PARAÍBA
Rua Dep. Odon Bezerra, 184, Centro - Shopping Tambiá - Piso E3
Salas 349, 350 e 351 - CEP 58020-500 - João Pessoa - PB
Telefones (PABX-FAX) - (83) 3241.7799 - 3241.7640
E-mails: secretaria@amatra13.org.br
secretaria@esmat13.com.br

Direitos reservados à Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região e à Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba. A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores. É proibida a reprodução parcial ou total por qualquer meio de impressão, em forma idêntica, resumida ou modificada, em língua portuguesa ou qualquer outro idioma, sem a devida autorização do Conselho Editorial da R. da ESMAT 13.

Revista da ESMAT 13 – Escola Superior da Magistratura
Trabalhista da Paraíba

Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região/Escola Superior
da Magistratura Trabalhista da Paraíba. João Pessoa: ano 9, n.9,
(outubro/2018)

Anual - ISSN 1983-3830

406 p.

1.DIREITO – periódicos I. Escola Superior da Magistratura Trabalhista
da Paraíba. II. Direito do Trabalho. III. Processo do Trabalho.

CDU 34(05)

REVISTA DA ESMAT 13**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TRABALHISTA DA PARÁIBA**

Criada e publicada pela Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região – AMATRA 13

DIRETORIA DA AMATRA 13

Juíz André Machado Cavalcanti
Presidente

Juíz Luiz Antonio Magalhães
Vice-Presidente

Juíz Aécio Pereira de Lima Filho
Diretor Financeiro

Juíza Nayara Queiroz Mota de Sousa
Diretora Secretária

Juíz Marcelo Rodrigo Carniato
Diretor de Prerrogativas

DIRETORIA NOMEADA

**Juíza Francisca Poliana Aristóteles
Rocha de Sá**
Diretoria Social

Juíz George Falcão Coelho Paiva
Diretoria de Esportes

Juíz José Marcos da Silveira Farias
Diretor de Aposentados

**Juíza Mirella D'arc Cahu
Arcoverde de Souza**
Diretoria de Cidadania
e Direitos Humanos

CONSELHO FISCAL**Titulares**

Desemb. Ana Maria Ferreira Madruga
Juíza Maria das Dores Alves (Suplente)
Juíza Roberta de Paiva Saldanha
Juíza Veruska Santana Sousa de Sá

DIRETORIA DA ESMAT 13

Juíza Nayara Queiroz Mota de Sousa
Diretora

AOS COLABORADORES

A Revista da ESMAT 13 aceita propostas de artigos, mas todas as colaborações são submetidas ao Conselho Editorial, a quem cabe a decisão final sobre sua publicação. O Conselho Editorial reserva-se o direito de sugerir ao autor-colaborador modificações de forma, com o objetivo de adequar os artigos às dimensões da revista ou ao seu padrão editorial e gráfico. As notas de rodapé e referências bibliográficas devem seguir as normas técnicas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas). A publicação de um artigo não exprime endosso do Conselho de todas as afirmações feitas pelo autor.

Amatra 13

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO

ASSOCIADOS

Juíza ADRIANA SETTE DA ROCHA
 Juiz ADRIANO MESQUITA DANTAS
 Juiz AÉRCIO PEREIRA DE LIMA FILHO
 Desembargador AFRÂNIO NEVES DE MELO
 Juiz ALBÉRICO VIANA BEZERRA
 Juiz ALEXANDRE AMARO PEREIRA
 Juiz ALEXANDRE ROQUE PINTO
 Juíza ANA BEATRIZ DIAS FERNANDES
 Juíza ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA
 Juíza ANA CLÁUDIA MAGALHÃES JACOB
 Juíza ANA MARIA FERREIRA MADRUGA
 Juíza ANA PAULA AZEVEDO SÁ CAMPOS PORTO
 Juíza ANA PAULA CABRAL CAMPOS
 Juiz ANDRÉ MACHADO CAVALCANTI
 Juiz ANDRÉ WILSON AVELLAR DE AQUINO
 Juiz ANTÔNIO CAVALCANTI DA COSTA NETO
 Juiz ANTÔNIO EUDES VIEIRA JÚNIOR
 Juiz ANTÔNIO PEIXOTO DE ARAUJO
 Juiz ARNALDO JOSÉ DUARTE DO AMARAL
 Juiz ARNÓBIO TEIXEIRA DE LIMA
 Juiz CARLOS ANTÔNIO SANTA CRUZ MONTENEGRO
 Juiz CARLOS HINDEMBURG DE FIGUEIREDO
 Juiz CLÁUDIO PEDROSA NUNES
 Juiz CLOVIS RODRIGUES BARBOSA
 Juiz DAVID SÉRVIO COQUEIRO DOS SANTOS
 Desembargador EDUARDO SÉRGIO DE ALMEIDA
 Juiz EDUARDO SOUTO MAIOR BEZERRA CAVALCANTI
 Juiz EDVALDO DE ANDRADE
 Juiz FLÁVIA ROBERTA FARIAS DA COSTA ASSUNÇÃO
 Juiz FLÁVIO LONDRES DA NÓBREGA
 Juíza FRANCISCA POLIANA ARISTÓTELES ROCHA DE SÁ
 Juiz FRANCISCO DE ASSIS BARBOSA JÚNIOR
 Juiz FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA
 Juiz FRANCISCO XAVIER DE ANDRADE FILHO
 Juiz GEORGE FALCÃO COELHO PAIVA
 Juíza HERMINEGILDA LEITE MACHADO
 Juiz HUMBERTO HALISON B. DE CARVALHO E SILVA
 Juiz JOÃO AGRA TAVARES DE SALES
 Juíza JOLIETE MELO RODRIGUES HONORATO
 Juiz JOSÉ AIRTON PEREIRA
 Juiz JOSÉ ARTUR DA SILVA TORRES
 Juiz JOSE DE OLIVEIRA COSTA FILHO
 Juiz JOSÉ FABIO GALVÃO
 Juiz JOSÉ GUILHERME MARQUES JÚNIOR

Juiz JOSÉ MARCOS DA SILVEIRA FARIAS
 Juiz JUAREZ DUARTE LIMA
 Desembargador LEONARDO JOSE VIDERES TRAJANO
 Juiz LINDINALDO SILVA MARINHO
 Juiz LUIZ ANTONIO MAGALHÃES
 Juiz MARCELLO WANDERLEY MAIA PAIVA
 Juiz MARCELO RODRIGO CARNIATO
 Juíza MARGARIDA ALVES DE A.SILVA
 Juíza MARIA DAS DORES ALVES
 Juíza MARIA IRIS DIÓGENES BEZERRA
 Juíza MARIA LÍLIAN LEAL DE SOUZA
 Juíza MIRELLA DARC DE M. C. ARCOVERDE DE SOUZA
 Juíza MIRTES TAKEKO SHIMANOE
 Juíza NAYARA QUEIROZ MOTA DE SOUSA
 Juiz NORMANDO SALOMÃO LEITÃO
 Desemb. PAULO AMÉRICO MAIA DE VASCONCELOS FILHO
 Juiz PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA
 Juiz PAULO NUNES DE OLIVEIRA
 Juiz PAULO ROBERTO VIEIRA ROCHA
 Juíza RENATA MARIA MIRANDA SANTOS
 Juíza RITA LEITE BRITO ROLIM
 Juíza ROBERTA DE PAIVA SALDANHA
 Juiz RODRIGO ANDERSON FERREIRA OLIVEIRA
 Juiz ROMULO TINOCO DOS SANTOS
 Juíza ROSIVÂNIA GOMES CUNHA
 Juiz RUY ELOY
 Juiz SERGIO CABRAL DOS REIS
 Juíza SÍLVIA CERVEIRA WANDERLEY
 Juíza SOLANGE MACHADO CAVALCANTI
 Juiz THIAGO DE OLIVEIRA ANDRADE
 Juiz UBIRATAN MOREIRA DELGADO
 Juíza VERUSKA SANTANA SOUSA DE SA
 Juiz WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO

ASSOCIADOS PENSIONISTAS

JACIRA DA CONCEIÇÃO DOS SANTOS MONTE
 VÂNIA CAPISTRANO DE MIRANDA MONTE
 WALMA LOMONTE RODRIGUES

S U M Á R I O

AMIANTO: PÓ QUÍMICO OU OURO BRANCO? IMPLICAÇÕES DO ALTO GRAU DE INSALUBRIDADE CAUSADA PELO AMIANTO/ASBESTO E AS CONSEQUÊNCIAS DA REFORMA TRABALHISTA 7

Valdecir Cabral Júnior

ASSÉDIO MORAL LABORAL: NOVAS PERSPECTIVAS FRENTE À REFORMA TRABALHISTA LEVADA A EFEITO PELA LEI N. 13.467/2017 38

Amanda Cirilo Avellar de Aquino

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 69

Vivian De Gann dos Santos

Patrícia Rodrigues de Menezes Castagna

A REFORMA TRABALHISTA E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS AO TRABALHADOR NO ÂMBITO DO ACESSO À JUSTIÇA 90

Vitor Araruna Carvalho

A REFORMA TRABALHISTA NO ÂMBITO COLETIVO DO TRABALHO E SUA REPERCUSSÃO NA LIBERDADE SINDICAL ADOTADA PELO BRASIL 112

Olga Rodrigues Loiola

A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA REFORMA TRABALHISTA: ANÁLISE SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 136

Francisco de Assis Barbosa Júnior

José Antonio Mendes Neto

AUTONOMIA DA VONTADE E AS RELAÇÕES TRABALHISTAS NO BRASIL APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 – REFORMA TRABALHISTA 161

Daniela Pinheiro Gomes Pessoa

CONTRA O REVISIONISMO HISTÓRICO E A SUPRESSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO 186

Valdete Souto Severo

Jorge Luiz Souto Maior

LACUNA AXIOLÓGICA NO ART. 844 DA CLT NO PÓS REFORMA TRABALHISTA: EFEITOS LEGAIS E INTEGRAÇÃO DA NORMA 249

Diego Guerra Félix

O GRITO REALISTA DA MAGISTRATURA DO TRABALHO: ANÁLISE DOS ENUNCIADOS DA 2ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO 268

Romulo Cruz Britto Lyra

OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA SOBRE O POSTULADO DA BUSCA DO PLENO EMPREGO 289

Raphael Silva de Castro Lima

REFLEXÕES SOBRE A REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467/2017) A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO E LIMITAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL 315

Wallace Ferreira Bianchi da Silva

REFORMA TRABALHISTA: CONQUISTAS E PRIVILÉGIOS PARA O EMPREGADOR, OU MAIS UM DESAFIO À MASSA TRABALHADORA DO BRASIL? 350

Lays Costa de Oliveira

REFORMA TRABALHISTA X PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: UMA ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.467/17 381

Brenda Ribeiro Campos

Jailton Macena de Araújo

TRABALHO, TECNOLOGIAS E A REFORMA TRABALHISTA: AS CONSEQUÊNCIAS NOCIVAS DO TELETRABALHO À SAÚDE DO TELETRABALHADOR 410

Alisson Rodrigo de Araújo Oliveira

ULTRATIVIDADE DAS NORMAS COLETIVAS X REFORMA TRABALHISTA: BREVE ANÁLISE DOS IMPACTOS DA LEI Nº 13.467/2017 NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E NAS NEGOCIAÇÕES ENTRE SINDICATOS 428

Allan de Queiroz Ramos

AMIANTO: PÓ QUÍMICO OU OURO BRANCO? IMPLICAÇÕES DO ALTO GRAU DE INSALUBRIDADE CAUSADA PELO AMIANTO/ASBESTO E AS CONSEQUÊNCIAS DA REFORMA TRABALHISTA

Valdecir Cabral Júnior¹

RESUMO

Amianto é um mineral fibroso respirável altamente prejudicial à saúde das pessoas e ao meio ambiente, foi e é utilizado há muitas décadas para produção de diversos produtos, contudo, a maioria das pessoas não tem conhecimento de sua nocividade. Ao longo dos anos vem sendo banido de diversos países, e inclusive, vários Estados brasileiros publicaram leis proibindo o seu uso. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055 de 1995 que trata da extração e comercialização do amianto no Brasil. Já se comprovou que substituir o amianto é possível sem custos tão altos como alegam os defensores da permanência desse produto altamente cancerígeno, ademais, os altos níveis de insalubridade que estão expostos aos empregados que manuseiam diretamente o amianto é preocupante, não existe uso controlado e nem há estudos precisos que possam afirmar qual o tempo necessário de exposição para causar doenças. Juridicamente a situação da insalubridade se tornou mais preocupante, visto após a Reforma Trabalhista realizada pela Lei nº 13.467/2017, foi permitido por

¹Bacharelado em Direito na Uninassau – Campina Grande/PB. **Email:** juniorcabral31@gmail.com

meio de convenções ou acordos coletivos prorrogar jornada em atividades insalubres e decidir o grau de insalubridade sem licença prévia do Ministério do Trabalho e Emprego.

Palavras-Chave: Amianto. Inconstitucionalidade. Insalubridade. Reforma Trabalhista.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Amianto; 1.1 O que é Amianto; 1.2 A luta do Ministério Público do Trabalho contra o uso do amianto; 1.3 A inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/95 por via incidental e o fim do amianto no Brasil; 2. O Amianto e a Reforma Trabalhista 2.1 A continuidade do uso do amianto em confronto ao direito à saúde e seu reflexo na dignidade da pessoa humana e na proteção do trabalhador; 2.2. Os reflexos para os trabalhadores que manuseiam amianto e atividades insalubres no geral com a inclusão dos artigos 611-A (incisos XII e XIII) e 611-B na CLT através da Lei 13.467/2017; 2.3. O art. 611 - A (incisos XII e XIII) da CLT e a possível revogação tácita de alguns artigos que tratam da insalubridade; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Amianto é um mineral natural extraído de rochas presente em vários lugares do mundo, e por onde foi utilizado devastou o meio ambiente e a vida das pessoas. A principal empresa exploradora foi e é a Eternit, nomenclatura que significa eternidade e recebeu esse nome em homenagem ao próprio amianto que possui características de durabilidade e resistência incomparáveis, ou também pode ser chamado asbesto, oriundo do grego.

A principal produção com amianto é de telhas e caixas d'água de fibrocimento que adiciona a sua composição o mineral tornando os produtos mais resistentes, porém, as pessoas começaram a adoecer, principalmente, problemas respiratórios e cânceres raros, todavia, ainda não se admitiam que tais doenças tivessem relação com o mineral. Ao longo dos anos, a luta contra o uso do amianto foi se intensificando e mais pessoas tomaram

conhecimento que as telhas que cobriam suas casas eram cancerígenas, que as luvas e roupas para proteção dos bombeiros, por exemplo, tinham amianto.

Recentemente, os defensores do fim do amianto obtiveram vitória judicial por meio de decisão incidental com efeito *erga omnes* e vinculante do Supremo Tribunal Federal, quando analisava a inconstitucionalidade de leis estaduais que baniam o amianto em confronto a Lei Federal nº 9055/95. Entendeu o Colendo Tribunal que as leis estaduais são constitucionais e quem de fato merece ser tratada como inconstitucional é a lei federal que fere direitos básicos e fundamentais da Constituição Federal, como direito ao trabalho hígido, à saúde e ao meio-ambiente equilibrado.

É nessa perspectiva de compreender a conjuntura de um produto praticamente desconhecido, mas extremamente importante para o comércio nacional e internacional que movimenta a economia do mundo e manteve apoio de diversos governos, inclusive o nazista na Segunda Guerra Mundial, e se apoderou da saúde das pessoas, devastou o meio ambiente com sua poeira tóxica, e a influência que a Reforma Trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/2017 acarretará para os trabalhadores em atividades insalubres.

1. AMIANTO

O amianto foi o responsável pelo aumento de riquezas para alguns em dezenas de países no mundo, em contrapartida, também acarretou doenças e mortes em muitos trabalhadores, familiares e demais que mantiveram contato com o mineral.

Há muitos anos estudos apontam que é plenamente possível a substituição do amianto por outros materiais que contêm as mesmas características, contudo, sem prejudicar a saúde das pessoas e o meio ambiente. A luta pelo fim do seu uso (amianto) é incessante, órgãos de proteção dos trabalhadores, associações,

procuradores do trabalho, instituições públicas apresentam relatórios comprovando os grandes malefícios.

1.1 O que é Amianto

O conceito apresentado pelo Grupo de Trabalho da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara dos Deputados, destinado à análise das implicações do uso do Amianto no Brasil, intitulado: **Dossiê Amianto Brasil**, um trabalho robusto sobre o tema, realizado por meio de pesquisas bibliográficas, visitas às empresas que exploram o mineral, entrevistas com empregados, ex-empregados e audiências públicas, define a palavra amianto da seguinte forma:

O amianto é também chamado de asbesto. A palavra amianto tem origem latina (*amianthus*) e significa “sem mácula”, “incorruptível”. Asbesto vem do grego e quer dizer: “o que não é destruído pelo fogo”. As duas expressões – amianto e asbesto -, como se percebe, têm o mesmo significado. Elas identificam duas das principais qualidades do amianto: sua capacidade de suportar altas temperaturas e sua resistência à tração. (DOSSIÊ AMIANTO BRASIL, 2010, p. 41).

Estudos mostram que desde 1907 a comunidade científica alertava os perigos para a utilização do amianto. Naquela época, foi associado a utilização e manuseio do amianto ao desenvolvimento de um câncer raro, o *mesotelioma*. No entanto, o referido estudo não recebeu a atenção merecida e o amianto continuou sendo usado e manuseado sem a precaução devida.

A Eternit, conforme apresenta em seu *site* na rede mundial de computadores, é uma empresa de origem europeia, exploradora do mineral amianto. No Brasil, no início do século XX, a Eternit fundou a SAMA (S.A. Mineração de Amianto), e no fim

dos anos 30, incorporou-se a S.A. Brasilit (pertencente a um grupo francês)².

As extraordinárias características do amianto para a indústria, tais como: leveza, dureza, indestrutibilidade e incombustível, são justamente as causa das doenças, pois após as partículas das fibras de amianto ser inaladas, elas grudam nas paredes do pulmão, esôfago, laringe por anos até apresentarem os primeiros sintomas que se assemelham muito em alguns casos com pneumonia e tuberculose, como falta de ar, endurecimento dos pulmões até a morte por asfixia. Portanto, são doenças incuráveis e progressivas, não existindo possibilidade de prevê quanto tempo é necessário à exposição. Vejamos o que disse Teixeira & Moreira (1956):

O tempo necessário para a formação dos corpos asbestósicos no pulmão é variável. Já foram encontrados em operários com poucos meses de exposição ao pó de asbesto. Em animais de experimentação foram notados em pouco menos de um mês (p. 45, 1956 *apud* DOSSIÊ AMIANTO BRASIL, 2010, p. 108).

Existem algumas doenças comprovadas que sua origem foi do contato com o amianto, como: **Asbestose ou fibrose pulmonar**, também conhecida por pulmão de pedra, pois sua característica principal é endurecer os tecidos do pulmão, fazendo o doente morrer por asfixia, surgem com média de 10 (dez) anos de exposição. **Câncer de pulmão**, que tem o mesmo tratamento dos

² Construíram assim a primeira fábrica em Osasco/SP em 1941, e nos anos seguintes expandiu a empresa para outros Estados como: Bahia, na cidade de Simões Filho, Goiás, na Cidade de Minaçu com a Mina de Cana Brava (ainda em funcionamento), também expandiu para o Paraná, na cidade de Colombo, entre outros. Anos depois, mas precisamente em 1997, a empresa Brasilit separou-se da Eternit e hoje são concorrentes, mas apenas a Eternit permanece fabricando seus produtos com amianto.

demais cânceres, quimioterapia, radioterapia, surgindo em média 25 (vinte e cinco) anos após a exposição. **Mesotelioma de pleura**, que ocorre tanto em pessoas expostas diretamente como naqueles que moram nas regiões de exploração, manuseiam produtos oriundos do amianto, pode aparecer até em 50 (cinquenta) anos após a exposição. Além de doenças como câncer de laringe, colorretal, esôfago, entre outros.

1.2 A luta do Ministério Público do Trabalho contra o uso do amianto

No Brasil, importante órgão de fiscalização e luta dos direitos dos trabalhadores, o Ministério Público do Trabalho, realiza diversas fiscalizações que resultam em Termos de Ajustamentos de Condutas - TACs, assim como as Ações Cíveis Públicas - ACPs, também produz documentos informativos e conscientizadores, como cartilhas, folhetos, revista em quadrinhos, assim como edita a Revista Labor e em cada edição traz um tema de enfoque.

A Revista Labor, edição nº 3, do ano de 2013, teve como capa: *“A morte lenta e silenciosa dos empregados da Eternit”*, nessa edição podemos encontrar um dossiê das principais informações do caso amianto e sua principal exploradora no Brasil, a Eternit. Vejamos esse relato do ex-funcionário e aposentado da Eternit, Doracy Maggion, 76 anos, sobre as condições de trabalho na empresa:

Parece que foi ontem. “A imagem constante é o excesso de pó em todos os setores da fábrica e o descaso da empresa com limpeza e regras de proteção.” O mestre em mecânica recorda da sujeira aparente, mas também dos resíduos menos visíveis. Pela fresta de sol que batia à tarde, dava para ver o ar cheio de minúsculas faíscas e poeira fina, numa espécie de redemoinho em velocidade baixa. **E as árvores do pátio ficavam tão brancas que parecia neve. Depois o sereno chegava, as folhas umedeciam e o pó grudava.** Até o

piso da fábrica foi calçado com retalho de amianto durante muitos anos. Quando os caminhões e os tratores trafegavam, o poeirão subia. (REVISTA LABOR, 2013, p. 9 - Grifos nossos)

O que constatamos ao longo dessa pesquisa foi que os ex-empregados da Eternit ficaram extremamente decepcionados, pois tratavam a empresa como uma mãe, era “mãe Eternit” diziam alguns, e não entendiam como a empresa que todos se familiarizavam nos domingos em seu clube com festas e churrascos podia permitir tamanho desastre, sendo sabedora dos grandes males causados pelo amianto e ainda assim não promover medidas básicas de segurança. Vejam o que diziam ao seu Doracy, quando ele convidava ex-empregados para fazer exames pela ABREA - Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto:

As pessoas me atendiam com aquele carinho. “Oi, Doracy, vamos tomar um café.” Aí, quando eu falava da conscientização, diziam: **“Não, não, Doracy. Está louco? A Eternit foi uma mãe para mim. Está vendo tudo o que eu tenho aqui? Esta casa, tudo o que eu tenho, eu ganhei da Eternit.”** Eu cansei de ouvir isso. Na verdade, ganharam porque trabalharam, né? **Em troca, a Eternit deu doença para eles.** Mas muita gente topou fazer exame e eu ajudava em tudo. Ia de ônibus junto, buscava laudos médicos, cuidava da papelada com a Fundacentro (REVISTA LABOR, 2013, p. 11 - Grifos nossos).

Continua seu Doracy quando questionado sobre qual era a posição da Eternit diante das doenças e sobre as dificuldades trazidas por ela:

A Eternit dava um kit aos funcionários doentes, que a **gente apelidou de kit morte.** Era composto do seguinte: primeiro o cara recebia um plano de saúde. Quando ficava bem doente, ganhava um bujão de oxigênio. E depois de morto, a

família era consolada com uma coroa de flores e, às vezes, uma ajuda para fazer o enterro.

Olha, a falta de ar é uma coisa horrorosa. Eu falo, porque sinto e vi os amigos morrendo por asfixia. Então, sendo bastante realista, o que eu peço é que Deus me ajude, que me dê um infarto e que eu morra de repente, para não ter de chegar ao ponto a que meus amigos chegaram. (REVISTA LABOR, 2013, p. 11 – Grifos nossos)

Nesse sentido, vejamos o que afirmou a Revista Labor do Ministério Público do Trabalho:

Então, em uma visão mais ampla podemos perceber que países desenvolvidos já decidiram que não querem matar seu povo, já os em desenvolvimento fazem crê que se o uso do produto seguir regras rigorosas de controle não haverá risco de doenças, também é sabido que grande parte das campanhas eleitorais são financiadas por empresas que visam manter seus interesses em primeiro plano, há até jargão no Congresso Nacional para os políticos oriundos do Estado goiano que defendem o amianto branco, é a Bancada da Crisotila (REVISTA LABOR, p.17).

Nesse viés, urge salientar que países desenvolvidos não aceitam o amianto, atualmente, há em média 60 países que já aderiram ao banimento total desse mineral, aqui na nossa América do Sul apenas a Argentina (em 2001), Chile (em 2001) e Uruguai (em 2002) proíbem o amianto, já a União Europeia nenhum país o utiliza, e o grupo político de cooperação BRICS formado pelo Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul são os maiores produtores da fibra amianto, exceto África do Sul que a banuiu em 2007. A situação é tão alarmante que, segundo dados na página da ABREA, um cidadão americano se expõe em média 100 gramas ao ano, já o canadense 500 e o brasileiro 1.200 g/ano.

1.3 A inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/95 por via incidental e o fim do amianto no Brasil

No art. 2º da Lei nº 9.055/95³ temos a informação de seis Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADINs interpostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - CNTI, exceto, a ADIN nº 4066 que foi proposta pela ANPT e ANAMATRA⁴, todas obtiveram o mesmo resultado: improcedentes. Como resultado, as leis estaduais de Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo e demais estados que baniram o amianto foram consideradas constitucionais, tendo decisão incidente de inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.055/95 em seu artigo 2º, disse o Tribunal em todas as ADINs:

O Tribunal, por maioria, e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação, e, **incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, com efeito vinculante e erga omnes**. Vencidos o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que divergia parcialmente para julgar parcialmente procedente o pedido e dar interpretação conforme aos arts. 2º e 3º da Lei 3.579 do Estado do Rio de Janeiro, nos termos de seu voto. Ao final, o Tribunal indeferiu pedido de análise de modulação de efeitos suscitado da tribuna. Impedidos os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.11.2017. (Acessado 28/03/2018).

³ Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto.

⁴ ANPT – Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados

A tese firmada para determinar a inconstitucionalidade da lei federal foi a seguinte: “A tolerância ao uso do amianto crisotila, da forma como encartada no art. 2º da Lei 9.055/1995, é incompatível com os artigos 7º, inciso XXII, 196 e 225 da Constituição Federal”; ou seja, redução de riscos à saúde do trabalho e um meio ambiente equilibrado que garanta qualidade de vida.

Já em 19 de dezembro de 2017, a Ministra Rosa Weber deferiu o pedido dos vencidos para suspender a decisão apenas no ponto que atribuiu eficácia *erga omnes* da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, ou seja, permanece proibido o uso do amianto naqueles Estados que já o proibem por leis estaduais (sendo eles: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Mato Grosso do Sul, Amazonas e Santa Catarina), vejamos seus termos:

Ante o exposto, tendo em conta os aspectos invocados pela autora, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), e pelo amicus curiae Instituto Brasileiro do Crisotila (IBC) na **petição nº 75252/2017**, recebida em 11.12.2017, a fim de evitar dano grave e de difícil reparação, **defiro**, forte no **poder geral de cautela** e nos moldes dos **arts. 297, 932, II, 995, parágrafo único, e 1.026, § 1º, do CPC/2015**, o pedido de tutela de urgência ora veiculado para **suspender, em parte, os efeitos da decisão, apenas no ponto em que se atribuiu eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995**, até a publicação do acórdão respetivo e fluência do prazo para oposição dos aventados embargos de declaração.

Publique-se.

Brasília, 19 de dezembro de 2017.

Ministra Rosa Weber

Relatora

Nesta feita, parece-nos que a batalha de décadas daqueles que lutam contra o amianto em todas suas espécies está chegando ao fim com essa determinação do Supremo Tribunal Federal, e se assim permanecer, após algumas décadas, poderemos estar livres de todos os males que tal produto nos causa e a natureza, visto o seu grande lapso de latência para apresentar doenças.

Assim, utilizando dos conhecimentos do autor Maurício Godinho Delgado, podemos concluir que para se conquistar o mínimo de civilidade possível, garantindo o crescimento social e econômico, deve-se agregar o trabalhador como pilar de tudo, permitindo que ele faça parte dessa evolução:

[...] Na medida em que Democracia consiste, em essência, na atribuição de poder também a quem é destituído de riqueza – ao contrário das sociedades estritamente excludentes de antes do século XIX, na história –, o trabalho assume caráter de ser o mais relevante meio garantidor de um mínimo de poder social à grande massa da população, que é destituída de riqueza e de outros meios lícitos de alcance desta. (...) O emprego regulado e protegido por normas jurídicas, desponta, desse modo, como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética (2015, p. 31-32).

Nesse sentido, as decisões judiciais que vêm condenando as empresas por causar doenças aos seus funcionários, as inúmeras normas internas e externas que prescrevem formas de prevenção para evitar danos irreversíveis à saúde e ao meio ambiente e o recente reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95 é provavelmente o início de um novo tempo.

2. O AMIANTO E A REFORMA TRABALHISTA

Com o fim de cumprir o que determinou a CLT em seu artigo 190, o Ministério do Trabalho regulamentou as chamadas Normas Regulamentadoras, por sua vez a NR 15 é a que trata das “Atividades e Operações Insalubres”, o anexo 12 é o que trata dos “Limites de Tolerância para Poeiras Minerais” dedicado ao Asbesto/Amianto.

Toda essa conjuntura entre amianto, insalubridade e reforma trabalhista, tem forte ligação, pois a Lei nº 13.467/2017 realizou diversas alterações na legislação trabalhista, as quais são importantes para acompanhar o desenvolvimento social e as relações interpessoais, contudo, algumas delas pairam em retrocesso ou distorções Assim, iremos apresentar as contradições entre os artigos novos apresentados pela lei acima informada e os já existentes na Consolidação das Leis do Trabalho, ocasionando questionamento sobre a revogação desses artigos. Principalmente, ao ponto específico da insalubridade pairam muitos questionamentos de como proceder com as novas normas, e se direitos mínimos constitucionais serão respeitados.

2.1 A continuidade do uso do amianto em confronto ao direito à saúde e seu reflexo na dignidade da pessoa humana e na proteção do trabalhador

Vivenciamos um período do Estado Liberal, conhecido como o Estado de bem-estar social, nesse período entendeu-se que era necessário que as pessoas igualmente dispusessem de direitos e deveres, sem intervenção estatal, porém, nos anos 70 houve a crise do petróleo e com ela a necessidade de um novo conceito de liberalismo, surgindo, então, o neoliberalismo. Quanto ao liberalismo, disse Bonavides, 2003, p. 60: *Quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse.*

Esse era o Estado Liberal o mais afastado possível das relações particulares, contudo, como sabemos, esse conceito foi sendo alterado e durante as décadas, novos direitos foram se incorporando por meio da garantia estatal, não só garantindo como sendo responsável direto pela criação, implementação, fiscalização e punição. Hoje, pelo menos em tese, temos uma garantia completa, afinal, somos um Estado Democrático de Direito, e se nossa Constituição Federal de 1988 conseguir fazer cumprir seus objetivos fundamentais: *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, CF/88), seremos um país com desenvolvimento saudável e acima de tudo, humano, no sentido, de sensível aos problemas sociais.

Sob esse viés, temos que diante do novo modelo constitucional de Estado Social não há mais essa divisão tão severa entre público e privado, conforme leciona Rosalice Fidalgo Pinheiro:

Promove-se o redesenho nas relações entre Estado e sociedade, com rompimento de dicotomias que sustentavam o Estado Liberal. **O poder político intervém no mercado estabelecendo normas imperativas que possam a regular setores das relações inter-privadas.** A intangibilidade do mercado se desfaz, e restam rompidas as barreiras que separavam o público do privado. Nesse desenho, a ideologia individualista cede diante do princípio do solidarismo, caracterizado pela supremacia da coletividade e do Estado sobre o indivíduo.

Por conseguinte, os direitos fundamentais não se constituem em mera defesa dos cidadãos contra o Estado, mas passam a desempenhar o papel de valores que norteiam a sua atuação política, no sentido de conferir prosseguimento aos direitos sociais (REVISTA FORENSE, p. 175, v. 392 – Grifos nossos).

Em especial, ao tema do direito fundamental à saúde do trabalhador garantido nos artigos 7º, XXII e 200, VIII da CRFB/1988 não se tem tido a efetiva preocupação e prevenção para evitar que nossos trabalhadores adoçam, os acidentes de trabalho, as doenças ocupacionais, a perda ou diminuição da capacidade laborativa, em especial, as mortes vinculadas ao trabalho tem causado grave prejuízo para a economia do país, pois, os empresários e o poder público não conseguem perceber que é mais vantajoso ter um funcionário saudável, motivado, com reconhecimento no seu trabalho do que esperar ele se acidentar ou adoecer por não se tomar medidas pequenas de prevenção.

Conforme foi apresentado no capítulo anterior, a decisão do Supremo Tribunal Federal, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em relação às leis estaduais que proibiam o amianto em confronto com a Lei Federal nº 9.055/95, causou um efeito inusitado com decisão incidental de efeito *erga omnes* e vinculante determinando que a inconstitucionalidade não estava presente nas leis estaduais em questão e sim na lei federal, argumentando justamente com os artigos 7º, XXII, 196, 225 da CRFB/1988, trazendo a ênfase maior para a dignidade do homem, do trabalhador.

E temos que ter em mente que ao serem criadas normas e implementadas políticas públicas para garantia de direitos sociais, todos devemos participar do processo de fiscalização, não sendo dever apenas dos órgãos de fiscalização e controle como Ministério Público ou Tribunal de Contas. Assim sendo, só nos resta pautarmos todas as nossas ações e medidas na dignidade da pessoa humana para por meio dele atingirmos os objetivos e respeitar que dele advém todos os demais direitos, direitos alcançados com muita luta e sangue derramado.

Por sua relevância, transcreve-se a definição formulada por Sarlet sobre a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2006, p. 60).

Leomar Daroncho, em sua monografia “Adicional de Insalubridade: Entre a Monetização da Saúde do Trabalhador e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente de Trabalho Hígido” realiza forte crítica ao pagamento do adicional de insalubridade, como compensação pela atividade que causa danos a saúde, acrescenta afirmando que a própria CLT traz primeiro os graus de incidência e sua porcentagem de pagamento para depois determinar que devam ser realizadas medidas que eliminem ou reduzam os riscos a saúde e ao meio-ambiente (2012). Isso é uma constatação preocupante para todos os trabalhadores de atividades insalubres, em especial, no nosso caso, aqueles que manuseiam o amianto.

Em seguida, Daroncho apresenta análise sobre o que considera das interpretações da doutrina e dos tribunais o que determina a Constituição Federal atual e demais legislações, primeiro ele afirma que o pagamento do adicional de insalubridade é como uma compensação, mas deve ser analisado que dispor do próprio corpo é proibido pela legislação cível quando diminuir a integridade física ou causar risco de vida, conforme consta nos artigos 13 a 15, Código Civil 2002.

Contudo, nem sempre essa compensação remuneratória é suficiente, então, é possível pleitear indenização com base no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, combinado com artigos 186, 187 e 927

CC/02. E finaliza seu pensamento com uma correlação importante mostrando que é permitido o trabalho insalubre desde que seja pago o referido adicional; e aos empregadores acabam restando optar, como uma verdadeira obrigação alternativa apresentada no art. 252 do Código Civil 2002 “Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou”, ou seja, sendo o empregador o devedor nesse caso, ele irá optar pelo o que lhe seja menos oneroso, então ele pode manter o ambiente de trabalho saudável ou pagar o adicional de insalubridade.

Desse modo, observa-se uma contradição entre a legislação cível que visa proteger a integridade física da pessoa humana e a legislação trabalhista que tem como sua marca principal a proteção do trabalhador.

E nessa linha indagamo-nos: E o princípio da proteção do trabalhador é ferido diante dessa conjuntura? Esse princípio é à base do direito do trabalho, por entender que em uma relação contratual trabalhista não há igualdade necessita-se amparar o mais frágil (nesse caso o empregado); o princípio da proteção divide-se em três outros subprincípios: a) *in dubio pro operario*, b) da aplicação da norma mais favorável, c) da condição mais benéfica; assim, todas as vezes que alguma decisão é tomada sem observar esse princípio que tem sua origem também na dignidade da pessoa humana estaremos indo de encontro com os interesses dos trabalhadores, e sob o enfoque do nosso estudo, a cada novo empregado contratado para trabalhar em um ambiente insalubre, em uma mina de extração de amianto, na fabricação de produtos com amianto, no manuseio desses produtos (como motoristas, pedreiros, serventes) mesmo tendo notório conhecimento que não é apenas um material insalubre, mas altamente cancerígeno estamos lesando a saúde, a vida, e, portanto, a dignidade desses trabalhadores.

2.2. Os reflexos para os trabalhadores que manuseiam amianto e atividades insalubres no geral com a inclusão dos artigos 611-A (incisos XII e XIII) e 611-B na CLT através da Lei 13.467/2017

A reforma trabalhista, promovida pela Lei nº 13.467, apresentou diversas mudanças nas relações de trabalho veio com a promessa de aperfeiçoar as relações contratuais, de gerar mais empregos e renda, alguns afirmavam que a legislação trabalhista era ultrapassada, necessitando de modernização; no início eram apenas sete artigos que iriam alterar a CLT, depois a votação no Congresso Nacional aprovou mais de cem artigos.

A crítica apresentada por alguns é que a nossa CLT não passou por uma verdadeira reforma, mas apenas recebeu normas novas que beneficiarão parcela da sociedade (principalmente, o empresariado), se observamos rapidamente o texto da CLT ela permanece com alguns artigos em desuso, com nomenclaturas não mais utilizadas como: Juntas de Conciliação como órgão da Justiça do Trabalho (art. 644); artigo 402 que traz a expressão “menor”, essa nomenclatura era utilizada no Código de Menores de 1979, revogado após a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, desde a Constituição Federal de 1988 e o ECA 1990 as expressões corretas são “criança” ou “adolescente”, então, mais uma expressão que merecia reforma diante dos grandes avanços jurídicos e ideológicos alterados ao longo dos anos, e é tema de tamanha importância que foi criada a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, 1989.

Nesse diapasão, o Juiz do Trabalho, José Aparecido dos Santos, afirmou que seu artigo “Reforma Trabalhista e Proteção à Saúde do Trabalhador”, publicado na Revista Juslaboris do TST, o seguinte:

A reforma trabalhista, divulgada como forma de modernização da legislação trabalhista, é, em seu sentido mais profundo, anti-moderna, pois tenta reverter o polo gravitacional dos direitos sociais e: a) exacerba o individualismo ao mesmo tempo em que diminui ou elimina mecanismos de participação coletiva; b) naturaliza o

trabalho extraordinário, reconhecendo ser normal e esperado que se ultrapassem os limites de duração do contrato; c) despersonaliza o empregador, principalmente por meio da Lei 13429/2017; d) reduz a proteção sobre o salário. (REVISTA JUSLABORIS, 2017, p. 57)

É importante frisar que a doutrina e a jurisprudência ainda são muito escassas quanto às discussões sobre todas as mudanças realizadas na legislação trabalhista, permeia no mundo jurídico muitas dúvidas e discussões sobre a permanência de algumas súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho, a própria Medida Provisória nº 808 que não foi convertida em lei, ademais, os manuais de direito e processo do trabalho estão apresentando a legislação nova sem grandes aprofundamentos.

Nessa perspectiva, iremos apresentar o art. 611-A da CLT⁵, em que sofreu (sofre) forte crítica, pois ele deu autonomia quase que irrestrita as partes: empregador, detentor do poder de contratação e do capital, e empregado, até então tratado como

⁵ 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: (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

[...]

~~XII – enquadramento do grau de insalubridade; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)~~

XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

~~XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Revogado Medida Provisória nº 808, de 2017)~~

[...]

hipossuficiente, equiparado ao consumidor na esfera cível; partes essas em tese desigual que irão regular importantes direitos por meio de convenção ou acordo coletivo; teve modificações por intermédio da Medida Provisória 808, contudo, como esta não foi regulamentada, perdeu vigência.

Então, esse artigo deixa claro que todos os direitos dispostos ali irão prevalecer o que for negociado em detrimento da lei, trazendo à tona grandes discussões sobre a constitucionalidade do referido artigo visto ferir o princípio da legalidade, da dignidade da pessoa humana, do acesso à justiça. Tal disposição elevou sobremaneira o princípio do *pacta sunt servanda*, ou seja, os acordos firmados devem ser mantidos, embora saibamos que não se trata de contratos ou acordos civis, mas sim, trabalhistas, pois foi assim que determinou o § 1º do art. 611-A, CLT “No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação”, então vejamos o que dispõe o referido §3º:

Art. 8º

[...]

§ 3o No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará **exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico**, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017 – Grifos nossos).

Então, ao afirmar que a Lei nº 13.467/2017 alterou a Consolidação das Leis do Trabalho tem vários pontos inconstitucionais, deve-se a situações como essa, claramente reduziu a Justiça do Trabalho a apenas um verificador de *elementos essenciais do negócio jurídico*, assim poderíamos questionar se a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que alterou diversos artigos da atual Constituição Federal, em principal, no seu art. 114, §2º não tem validade? Pois, a

interpretação que fazemos ao ler o art. 8^a, §3^o da CLT nota-se que a justiça laboral ao examinar uma convenção coletiva só poderá verificar requisitos de validade, existência e eficácia e não mais decidir o conflito baseado em normas mínimas já conquistadas pelos empregados, como determina o art. 8^a, §3^o da CLT.

Art. 114, §2^o CF/88: Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Contudo, como se sabe, a Constituição é o centro de todas as leis, é por ela que as demais normas devem ser redigidas, então, não há como sustentar o que acima foi mencionado - um artigo de uma Constituição Federal vigente não ter validade - principalmente, o fazendo com base em lei infraconstitucional - poderíamos ter uma discussão sobre o tema se tivéssemos nos referindo à norma internacional sobre direitos humanos aprovada no quórum de emenda constitucional - até porque até o momento não se sustentam teorias sobre normas constitucionais inconstitucionais, pois o poder constituinte originário é pleno e irrestrito, a nada se limita e sendo assim, o texto constitucional produzido por ele é válido na sua essência, na sua produção.

É pertinente observarmos o artigo 611-B da CLT que traz o seguinte, em seu caput: *Constituem **objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a **supressão ou a redução dos seguintes direitos.***** Ao ler esse caput, imaginamos que iremos nos deparar com uma verdadeira proteção de direitos, que irá atenuar a invasão de “flexibilização” trazida pelo artigo antecessor (611-A), porém, apenas apresenta uma repetição fiel do art. 7^o da Constituição Federal de 1988, em que trata da impossibilidade de suprimir ou excluir: seguro-desemprego,

salário mínimo, décimo terceiro salário, anotação na Carteira de Trabalho etc., como se fosse necessário repetir tal norma em lei infraconstitucional, ainda, trazendo referência que eles (os direitos) não podem ser suprimidos ou reduzidos; sendo certo que do contrário, haveria flagrante inconstitucionalidade.

Ademais, se referida Lei nº 13.467/2017 desejava referenciar a tais direitos não deveria apresentar aquele caput, pois o art. 7º da CRFB/88 diz: *São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social*, ou seja, diz que ali estão apenas os direitos básicos, mas que podem e devem aperfeiçoá-los; em contrapartida, o art. 611-B da CLT não anuncia melhoria, mas sim, o que já consta na Constituição Federal **não pode diminuir ou excluir**. Havendo duas razões para tal disposição: a) os legisladores não vislumbram hierarquia de leis, tendo em vista, ser a Constituição Federal superior e tudo que nela consta é o mínimo, que não pode ser excluído e nem suprimido (pelo menos, em regra) ou; b) os legisladores tem consciência que o texto supre outros direitos dos trabalhadores, inclusive, com abertura para fazer isso através de negociações coletivas, e então preferiu deixar claro e explícito que aqueles direitos (os mínimos que constam na Constituição Federal) não podem ser suprimidos ou excluídos.

2.3. O art. 611 - A (incisos XII e XIII) da CLT e a possível revogação tácita de alguns artigos que tratam da insalubridade

O art. 611-A da CLT, em especial, os incisos XII e XIII foram alterados pela Medida Provisória nº 808, porém, ela não foi convertida em lei. A Lei inicialmente trouxe que o foi convenionada entre partes prevalecerá sobre lei quanto ao grau de enquadramento de insalubridade, ou seja, quanto será necessário pagar de adicional ao trabalhador (10%, 20% ou 40%), e que a prorrogação de jornada nesses lugares insalubres não necessita de licença prévia.

Então, a Medida Provisória já mencionada tentou melhorar a redação dos incisos (na verdade, tentou fazer isso em todo o texto) e determinou que tanto o enquadramento quanto a prorrogação da insalubridade deveria respeitar as normas básicas de saúde, higiene e segurança do trabalho, **mas permaneceu afirmando não ser necessário licença prévia das autoridades do Ministério do Trabalho**, podendo até contratar perícia se assim desejar os empregadores.

Inclusive, duração de jornada e intervalo não é norma de saúde, higiene e segurança do trabalho, como afirma o parágrafo único do art. 611 - B⁶ da CLT, então, a prorrogação de trabalho em lugar insalubre não necessita respeitar critérios mínimos legais, contudo, vejamos o que afirmou Maurício Godinho Delgado sobre o tema:

[...] Intervalos e jornada, hoje, não se enquadram, porém, como problemas estritamente econômicos, relativos ao montante de força de trabalho que o obreiro transfere ao empregador em face do contrato pactuado. É que os avanços das pesquisas acerca da saúde e segurança no cenário empregatício têm ensinado que a extensão do contato do empregado com certas atividades ou ambientes laborativos é elemento decisivo à configuração do potencial efeito insalubre ou perigoso desses ambientes ou atividades. **Tais reflexões têm levado à noção de que a redução da jornada em certas atividades ou ambientes, ou a fixação de adequados intervalos no seu interior, constituem medidas profiláticas importantes ao contexto da moderna medicina laboral** (DELGADO, 2013, p. 963 - Grifos nossos).

Assim, a doutrina e a jurisprudência são fartas, comprovando que empregador que não respeita jornada de trabalho e

⁶ Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

nem seus intervalos adoecem seus empregados, causam excessivos acidentes de trabalho e muitas vezes fatais. Então, ainda não podemos compreender quais foram os anseios da lei com tal dispositivo.

Quanto ao enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada nesses ambientes e sua desnecessidade de autorização ou licença do Ministério do Trabalho é outro grave problema que se instala, pois é de conhecimento notório que com toda a legislação que temos atualmente, com a possibilidade de fiscalização, multa, embargo de atividade/obra, responsabilização cível, administrativo e penal não é suficiente para fazer as empresas cumprirem as leis, a maioria não fornecem EPI- Equipamento de Proteção Individual -, não pagam os adicionais devidos e não buscam realizar medidas preventivas contra danos ao meio ambiente.

Temos exemplos catastróficos no nosso país e no mundo, como o rompimento da barragem da Samarco, em Mariana - MG, em 2015, o vazamento de óleo na baía da Guanabara, no ano 2000; em 1987, a contaminação de radiação em Goiânia, por meio do Césio 137, quando catadores levaram para casa um aparelho radiológico de um hospital abandonado, infectando centenas de pessoas, contaminando água, solo e causando a morte de algumas pessoas, e claro, o nosso presente caso de estudo, o amianto explorado e comercializado pela Eternit (e outras empresas) que já matou centenas de pessoas, e após o fechamento de algumas fábricas abandonou diversas embalagens do produto, além da ausência de reconstrução ambiental.

Assim sendo, permitir que empresas que causam mal a saúde e ao meio-ambiente possam decidir seu grau de insalubridade e a prorrogação da jornada dos funcionários é realmente uma inversão de valores, é o mesmo que perguntarmos se queremos pagar impostos ou qual o montante de imposto que entendemos justo ser pago.

Contudo, o problema não é só esse! Em breve e rápida leitura pela CLT - Consolidação das Leis do Trabalho - podemos

encontrar vários artigos que tratam da insalubridade, e como já dito, a referida reforma trabalhista, não se preocupou em fazer um apanhado geral na CLT, não alterou artigos que poderiam causar contradição com a normativa nova e foi o que de fato ocorreu, vejamos abaixo alguns desses mencionados artigos que se contradizem.

Iniciemos pelo artigo 190, CLT, não houve qualquer alteração, e ele traz que o Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades insalubres, o tempo máximo de exposição do empregado aos agentes, limites de tolerância; então, resta-nos a dúvida: utilizar o art. 190 que dá poderes ao Ministério do Trabalho ou o inciso XII, do art. 611-A que afirma ser possível prorrogar jornada em ambientes insalubres, sem prévia autorização do Ministério do Trabalho?

Art. 190 - O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Já o art. 191 da CLT trata da eliminação ou neutralização da insalubridade, e em seu parágrafo único afirma: *Caberá às Delegacias Regionais do Trabalho, comprovada a insalubridade, notificar as empresas, estipulando prazos para sua eliminação ou neutralização, na forma deste artigo.*

Os artigos 192 e 194 da CLT prescrevem:

Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

Art.194 - O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho.

Pela atual conjuntura do inciso XII do art. 611-A, esses artigos foram revogados tacitamente? Pois, se os limites de tolerância serão determinados pelo Ministério do Trabalho, assim como caso sejam eliminados também haverá normas daquele órgão, não faz sentido, fazer uma norma se a convenção ou acordo coletivo podem ignorá-la.

O art. 195 da CLT redação da Lei nº 6.514, de 22.12.1977, parece ser o principal artigo que não tem qualquer relação com o inciso XII do art. 611-A, pois ele (o art. 195) claramente informa que perícia no local deve ser realizada por médico ou engenheiro do trabalho do Ministério do Trabalho.

Art. 195 - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.

§ 1º - É facultado às empresas e aos sindicatos das categorias profissionais interessadas requererem ao Ministério do Trabalho a realização de perícia em estabelecimento ou setor deste, com o objetivo de caracterizar e classificar ou delimitar as atividades insalubres ou perigosas.

§ 2º - Arguida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.

§ 3º - O disposto nos parágrafos anteriores não prejudica a ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho, nem a realização ex officio da perícia.

Em seguida, outras disposições como o art. 196 da CLT informa ser devido o referido adicional a partir do enquadramento nos quadros do Ministério do Trabalho, o art. 295, trata do trabalho em subsolo que a duração da jornada poderá ser reduzida de acordo com as condições e métodos de trabalho, porém afirma que para prorrogar jornada deve ter autorização prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho:

Art. 295 - A duração normal do trabalho efetivo no subsolo poderá ser elevada até 8 (oito) horas diárias ou 48 (quarenta e oito) semanais, mediante acordo escrito entre empregado e empregador ou contrato coletivo de trabalho, **sujeita essa prorrogação à prévia licença da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho.** (Grifos nossos).

E, por fim, vieram as mudanças quanto às gestantes e lactantes que poderão trabalhar em lugares insalubres em grau médio ou mínimo, quando volitivamente desejar e apresentar atestado médico autorizando, conforme art. 394-A, CLT. Quando, mais uma vez, urge salientar que saúde e segurança não fazem parte de disposições de vontade das partes, mas devem seguir rigorosamente as normas que prescrevem proteção à saúde da gestante, lactante e do seu filho, contudo, diante da necessidade que se instala com um novo ente na família que exigirá despesas, provavelmente, aquela (mãe) funcionária optará por trabalhar no local insalubre para ter mais renda no final do mês, essa é, portanto, a “flexibilização” exaltada na reforma trabalhista a riscos sérios de causar danos irreversíveis para a mãe, o feto/bebê.

É necessário salientar que o art. 611-A da CLT determina que o grau de insalubridade seja determinado por convenção ou acordo coletivo e logo em seguida o art. 611-B da mesma lei descreve que não haverá supressão ou redução do *adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (inciso XVIII) e normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho (inciso*

XVII). Então, se insalubridade é tema afeto a saúde e segurança qual a função prática de manter o inciso XII do art. 611-A da CLT, pois se não pode suprir o direito já existente o que poderão acordar as convenções ou acordos coletivos que já não estejam no mundo jurídico?

Assim, podemos concluir (com base nas informações aqui presentes) que a Reforma Trabalhista apresentada pela Lei nº 13.467/2017 trouxe algumas inovações processuais importantes, contudo, há contradição no seu texto entre si e com a própria CLT, cabendo aos doutrinadores e juristas elucidar esses questionamentos, e a jurisprudência começar a firmar novos entendimentos para que a população mais afetada, qual seja, os trabalhadores possam entender quais são reais direitos e lutar por eles.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse estudo teve como tema central o amianto, a insalubridade e as consequências da reforma trabalhista, mas sua importância maior se deu diante da necessidade de proteger as pessoas, em especial, os trabalhadores, então, por que não dizer: proteger a dignidade da pessoa humana. Ao longo dos anos, esse importante princípio foi tão disseminado que as pessoas já não se referem a ele com o respeito e magnitude que ele merece, mas é a partir dele que tudo acontece, quando se dá dignidade ao homem as consequências são as mais proveitosas possíveis.

Assim, o princípio da dignidade humana faz com que outros preciosos preceitos surjam, em especial, na seara trabalhista, não podemos nos referir a direito do trabalhador sem mencionar que toda e qualquer relação laboral/empregatícia deve respeitar dogmas básicos, como: a proteção do trabalhador por ser o mais frágil na relação, em caso de dúvida, deve-se aplicar a regra mais favorável ao trabalhador, a irrenunciabilidade de direitos e a primazia da realidade, esses são apenas alguns dos mais importantes ensinamentos do direito do trabalho.

Nesse viés, todos os movimentos sociais, das Ongs, de instituições públicas e privadas contra o amianto foram na perspectiva de manter a dignidade humana por meio de um trabalho que não adoecesse e não matasse, e claro, sob a premissa de todos os demais princípios trabalhistas que fomentam a proteção do trabalhador.

Assim, só com a luta diuturna e consistente a sociedade poderá se ver livre de indústrias que prometem renda e emprego, mas na verdade, a devastação social fica sob responsabilidade de todos nós, pudemos observar que foi assim com o amianto por meio da Eternit por onde se instalou, mas diversos países, como toda a Europa, já não permite produtos que possuam na sua composição amianto; a Itália condenou não só civilmente, mas penalmente os sócios da Eternit, por entender que de forma consciente e deliberada eles adoeceram e mataram os trabalhadores e demais pessoas que mantiveram contato com o amianto, e de forma tardia, o Brasil, em dezembro de 2017, resolveu tornar inconstitucional a exploração e comercialização do amianto, forçando as empresas a produzirem seus produtos através de outras fontes não prejudiciais à saúde e ao meio ambiente.

Portanto, a produção e comercialização de produtos prejudiciais à saúde deve ser alvo constante de medidas para seu fim favorecendo não só os envolvidos diretos, como os trabalhadores, mas toda a sociedade. Pudemos observar que a Eternit (empresa exploradora do amianto), o IBC (Instituto Brasileiro da Crisotila), empresários do setor, políticos e outros beneficiários diretos da permanência do uso do amianto afirmam que se usá-la de forma controlada e com segurança não há risco algum; contudo, instituições como a Organização Mundial da Saúde já constatou que não há limite seguro e nem se sabe quanto tempo é necessário de exposição para adquirir suas doenças, fazendo-nos lembrar do caso do seu Aldo Vincentin que trabalhou apenas quatro anos no almoxarifado da Eternit em Osasco - São Paulo e após quarenta anos adquiriu mesotelioma.

As tristes histórias que tiveram como enredo central o amianto foram muitas; muitos de nós até então não sabíamos da sua existência, assim como não temos conhecimento de tantos outros produtos que atualmente são responsáveis por doenças e mortes futuras, mas sabemos que não podemos desistir de lutar pela vida, pelos direitos dos trabalhadores, por um meio ambiente saudável, em especial, o do trabalho e que frases como: “Não respire – contém amianto”, não serão mais reproduzidas.

REFERÊNCIAS

ABREA. **Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto**. Disponível em: <<http://www.abrea.com.br/o-amianto/sobre-o-amianto.html>> Acessado em 12/02/2018.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. (4ª ed.). São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5/10/1998**. Brasília: Senado Federal, 2018.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10/01/2002. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 01/03/2018.

_____. **Decreto Lei nº 5.452**. Consolidação das Leis do Trabalho, de 1º de maio de 1943.

_____. *Dinastias do Amianto – As Multinacionais Eternit*. 2011. Disponível em <<http://worldasbestosreport.org/articles/eternit/brazil/dinastias.pdf>> Acessado em 28/03/2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Dossiê Amianto Brasil**: Relatório do Grupo de Trabalho da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento

Sustentável da Câmara dos Deputados destinado à análise das implicações do uso do Amianto no Brasil. Brasília, 2010.

DARONCHO, Leomar. **Entre a Monetização da Saúde do Trabalhador e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente de Trabalho Hígido**. Brasília, 2012.

DE MELO, Raimundo Simão. **Responsabilidade Civil do Empregador pelos Danos ao Meio Ambiente do Trabalho e à Saúde do Trabalhador** - Estudos Aprofundados Ministério Público do Trabalho. Editora JusPodvim. 2ª Ed. 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego – entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução** – LTr - 2ª Edição – 2015 – p. 31-32.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil: atores, processos e trajetória*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Norma Regulamentadora nº 15**, com redação dada pela Portaria MTPS n.º 3.214, de 08 de junho de 1978.

NICCOLO, BRUNA. PRANDSTRALLER, ANDREA. POLVERE. Documentário: **Il Grande Processo Dell’Amianto**. Disponível: < <https://www.youtube.com/watch?v=5CqX380WS2A> > Acessado em 25/02/2018.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **A boa-fé como “um mar sem fronteiras” e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Revista Forense, 2012, v. 392, p. 176

PORTEZAN, Ana Carolina. **AMIANTO: TRABALHO QUE NÃO DIGNIFICA, ADOECE**. Brasília, 2013.

Revista do Ministério Público do Trabalho - Labor. **A morte lenta e silenciosa dos empregados da Eternit**. ISSN 2317-2401. Ano I, nº 3, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Ingo Wolfgang Sarlet (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2006

SANTOS, José Aparecido dos. **Reforma trabalhista e proteção à saúde do trabalhador**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 7, n. 64, p. 53-64, dez. 2017/jan. 2018. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/124654>>

ASSÉDIO MORAL LABORAL: NOVAS PERSPECTIVAS FRENTE À REFORMA TRABALHISTA LEVADA A EFEITO PELA LEI N. 13.467/2017

*Amanda Cirilo Avellar de Aquino**

RESUMO

Este artigo destaca o fenômeno chamado assédio moral, especificamente no ambiente de trabalho sob a nova ótica da Lei n. 13.467/2017, objetivando contribuir e assegurar os direitos fundamentais constitucionais à vítima. O debate evidencia-se, sobretudo, por se tratar de um direito ainda não legitimado, bem como, por ser considerado na prática, um fenômeno de árdua identificação. Assim, expõe o assédio moral em sua integralidade, desde a sua conceituação, aspectos históricos até o momento em que se questiona as recentes alterações legislativas em confronto com os direitos fundamentais. Para alcançar tais objetivos, o presente trabalho recorre ao direito comparado, apresentando o modo em que o fenômeno se revela em doutrinas estrangeiras, bem como em panorama nacional.

Palavras-chave: Assédio moral. Reforma trabalhista. Direito laboral. Direito constitucional. Direito civil.

1 INTRODUÇÃO

O tema proposto tem como objetivo discutir as relações de trabalho em conjunto ao fenômeno chamado de assédio moral, e,

* Bacharel do curso de direito do Unipê, amandaaquino_@hotmail.com

especificamente demonstrá-lo sob a ótica da reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017), apresentando sua origem, suas características, espécies e tratamento jurídico, enfatizando o fundamento constitucional do princípio da dignidade humana e sua aplicabilidade em casos de assédio moral. O principal objetivo do tema abordado é de cunho social, com finalidade de torná-lo notório por todos, devido a sua grande importância e incidência nos dias atuais. Outrossim, frise-se que a conduta em apreço, em prevalência, apresenta-se e manifesta-se por meio de atos encobertos, tornando a prática de complexa identificação.

Visa, ainda, abrir espaço à análise e debate quanto as consequências e danos causados, bem como, apresentar a forma de combater o assédio moral, chamando atenção à dificuldade de comprovação do assédio moral no ambiente de trabalho e como a ausência de punição gera estímulo à repetição da conduta e incentiva a outros agressores, e, sucessivamente, expor soluções para os danos causados.

Por fim, apresentará a problemática que surge juntamente à Reforma Trabalhista, que acarretou profunda mudança na legislação e altera o modo de fixação da indenização dos danos extrapatrimoniais decorrentes do assédio moral na seara trabalhista, propondo o tabelamento e tomando como base o salário da vítima, questiona-se, assim, a constitucionalidade deste dispositivo.

A conscientização do assédio moral no trabalho poderá fazer com que menos trabalhadores sofram com esse tipo de violência, por conseguinte, impedirá o enfrentamento às nefastas consequências decorrentes da conduta em questão.

A natureza da vertente metodológica dessa pesquisa será a qualitativa. Isso se deve em razão do tema possuir uma preocupação social considerando que a dignidade do trabalhador é violada, tendo em vista que o assédio moral se caracteriza por toda e qualquer conduta de comportamento abusivo, frequente e intencional que possam ferir a integridade física ou psíquica de um indivíduo. O método de abordagem aplicado será o dedutivo,

em que preliminarmente, destacam-se aspectos gerais pertinentes a□ evolução histórica do assédio moral no ambiente de trabalho em um aspecto global.

Ademais irá destacar a sua evolução com relação ao seu contexto histórico e as consequências no Brasil, até que adentre ao momento atual, trazendo às novas perspectivas frente à Reforma Trabalhista levada a efeito pela Lei n. 13.467/2017.

O combate deve ser feito de modo a responsabilizar, punir os assediadores e as empresas responsáveis, visando sua total extinção, tornando, desta forma, a sociedade um lugar mais justo e digno para se viver e trabalhar. Por fim, a pesquisa concluirá no tópico relativo às considerações finais, no qual serão apresentados pontos esclarecedores a respeito do tema, destacando a importância de uma maior valorização da prova subjetiva, que por consequência irá dirimir demandas dessa natureza, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o assédio moral no ambiente de trabalho.

2 ASSÉDIO MORAL - CONCEITO

Preliminarmente, se faz necessário buscar realizar uma breve explanação conceitual a respeito do assédio moral propriamente dito. Tarefa complexa, visto que inexistente legislação específica que trate a respeito do instituto atualmente. Conceituar significa, portanto, viabilizar a prevenção e punição das condutas consideradas impróprias.

No sistema jurídico brasileiro, a ausência de definição legal e a diversidade de forma que o assédio moral pode se apresentar torna essa tarefa mais complexa. Para justificar essa omissão, a doutrina de Mauricio Godinho Delgado aborda a sua concepção a respeito do tema:

O chamado *assédio moral* consiste na exacerbação desarrazoada e desproporcional do poder diretivo, fiscalizatório ou disciplinar pelo empregador de modo a produzir injusta e

intensa pressão sobre o empregado, ferindo-lhe o respeito, o bem-estar, a higidez físico-psíquica e a dignidade (DELGADO, 2017, p.1383).

Não obstante, é possível afirmar, com base em estudos relacionados ao tema, que o Assédio Moral ou “*Mobbing*”, em um plano geral, caracteriza-se como ato de violência psicológica, o qual ocorre sempre de forma reiterada e não isolada, advindo, de modo geral, de superior hierárquico ou, por vezes, de colegas de trabalho da vítima, por um período prolongado.

Segundo Filho, Wyzykowski e Barros (2016, p. 143) “a ofensa que se verifica no assédio moral, é velada”, o que torna ainda mais difícil seu reconhecimento, inclusive pela vítima, que em geral, chega ao ponto de se considerar culpada pelas agressões realizadas pelo assediador. Caracteriza-se como uma conduta discriminatória, por conseguinte, é considerada tendo em vista que a vítima se submete a situações ultrajantes em razão da condição de hipossuficiência a qual se encontra o trabalhador, este, por sua vez, possui a necessidade do emprego para sua própria subsistência, e, por conseguinte, teme em perdê-lo, tornando a vítima, figura mais suscetível a se submeter ao assédio moral.

Sob outra perspectiva, o ofensor se utiliza, de forma imoderada do “*jus variandi*”, previsto no artigo 2º, *caput*, da CLT, ou seja, do seu poder diretivo sobre o trabalho subordinado como pretexto de condutas atentatórias ou ofensivas aos direitos fundamentais

Em suma, o que se deve atentar e saber diferenciar é, justamente, até que ponto é razoável o grau de imposição e dependências que todo trabalho apresenta e o que de fato caracteriza o assédio moral, não devendo o confundir com decisões legítimas.

Sobre o tema, pondera Lopes (2009) que “a imposição de metas para alcançar maior produtividade não implica qualquer violação aos direitos do empregado. Ao contrário, já que podem servir como motivação para alcançar bônus ou prêmios”. Assim

sendo, encontramos um dilema que reside no equilíbrio entre os atos legítimos decorrentes do poder diretivo e a proteção à dignidade do empregado e da sociedade. É, portanto, um tema que necessita ser tratado com bastante cuidado, pois existe uma linha tênue entre tais interesses. O sistema jurídico português, especificamente o Código de Trabalho de Portugal de 2009, no art. 29º, n. 1, estabelece:

Entende-se por assédio o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em fator de discriminação, praticado quando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objetivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

A partir destes breves conceitos, é possível apurar que o reconhecimento do assédio moral tem papel significativo no contexto social. É imprescindível dar a sua devida atenção, pois este fenômeno pode acarretar graves impactos no âmbito da coletividade.

Ademais, as recentes alterações legislativas implementadas pela Lei n. 13.467/2017 tornaram o fenômeno um tema considerado ainda mais delicado, ocasionando incessantes debates e questionamentos quanto à constitucionalidade e o enfrentamento de conflitos entre princípios constitucionais basilares. Desta maneira, considera-se que o tema deve ser observado com maior cautela, devendo atribuir, assim, uma maior atenção e relevância ao referido problema.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS

O assédio moral foi considerado por muitos anos como ato idôneo, com principal finalidade de elevar a produtividade nas empresas, por conseguinte, o terror psicológico era disfarçado.

Isto posto, conclui-se que não se trata de fenômeno novo, no entanto, os estudos e discussões relacionados ao tema são recentes.

O fenômeno em questão é considerado por diversos estudiosos como sendo tão antigo quanto o próprio trabalho, seu vasto campo de incidência, revela-se em diversos momentos históricos. Neste sentido, Rodolfo Pamplona Filho, Adriana Wyzykowski e Renato da Costa Lino de Goes Barros, explicam:

Os maus-tratos nos locais de trabalho são recorrentes na história brasileira. Primeiramente, o Brasil adotou a mão de obra escrava, tratando o ser humano como coisa a ser explorada em prol da alta produtividade agrícola. Posteriormente, vieram ao país os imigrantes, que embora não fossem escravos em razão da privação da liberdade, também eram coisificados na medida em que trabalhava, em excesso por uma quantia ínfima que somente servia para pagar o aluguel ao patrão e a comida. No período de industrialização, o Brasil repetiu o padrão de comportamento na medida em que não garantia direitos fundamentais aos trabalhadores. Estes, agora, embora livres, ainda eram mero instrumento de produção, sendo vítimas de maus-tratos no local de trabalho. Hoje, vive-se em um período em que a violência no local de trabalho ainda é latente, posto que consagrados os direitos fundamentais do trabalhador (FILHO; WYZYKOWAKI; BARROS, 2016, p. 115).

Atualmente, constata-se que os direitos dos trabalhadores se encontram em substancial retrocesso, o que torna a prática do assédio moral mais passível de ser concretizado. Ao realizar uma breve análise, podemos constatar o regresso referido ao observar as mais recentes alterações legislativas, a exemplo da indenização tarifada atribuída ao processo do trabalho, inserido no artigo 223-G pela Lei n. 13.287/2016 (que toma como base da indenização o salário daquele que sofreu o dano, utilizando-se de uma espécie de

tabelamento) e por meio da Portaria 1.129 (que limita a definição do trabalho análogo à escravidão, cria obstáculos quanto a fiscalização e altera a forma de inserção da lista suja do trabalho escravo, a qual apenas com autorização do Ministro do Trabalho o nome de uma empresa poderá constar no documento, reduzindo, assim, o combate ao trabalho escravo).

Diante desse raciocínio, depreende-se que o assédio moral perdura até os dias atuais, assim como, lamentavelmente, tende a se apresentar em um maior grau de incidência daqui adiante.

Destarte, tal conclusão se dá não apenas em razão do cenário contemporâneo de globalização e das consequências alusivas ao capitalismo, as quais são adstritas ao cenário contemporâneo, bem como, em virtude das atuais mudanças que se inseriram a seara trabalhista, as quais propiciam a prática do assédio moral laboral, ocasionando, assim, lesões à integridade física e psíquica do empregado.

3.1 ESTUDOS RELACIONADOS AO ASSÉDIO MORAL NO MUNDO

No âmbito global, bem como na linha de evolução temporal, é possível visualizar o estudo relacionado ao tema da seguinte forma:

A amplitude da discussão acerca do assédio moral no ambiente de trabalho teve início na década de 80. Difundiu primeiramente na Europa por meio de Heinz Leymann, pesquisador em Psicologia do Trabalho, que estabeleceu o conceito de *Mobbing* na Europa por intermédio de estudos e investigações a respeito do fenômeno nas relações de trabalho em conjunto à publicação do ensaio científico no ano de 1984.

Leymann define *Mobbing*:

Fenômeno no qual uma pessoa ou grupo de pessoas exerce violência psicológica extrema, de forma sistemática e recorrente e durante um tempo prolongado - por mais de

seis meses e que os ataques se repitam numa frequência média de duas vezes na semana – sobre outra pessoa no local de trabalho, com a finalidade de destruir as redes de comunicação da vítima ou vítimas, destruir sua reputação, perturbar a execução de seu trabalho e conseguir finalmente que essa pessoa ou pessoas acabe abandonando o local de trabalho (LEYMANN, 1990, p. 121).

Isto posto, verifica-se a partir deste conceito, que o referido autor determinou que para que o fenômeno seja caracterizado, deve ser praticado por um tempo determinado (por mais de seis meses, com frequência média de duas vezes na semana). Outrossim, demonstrou as consequências neuropsíquicas sobre uma pessoa exposta durante certo tempo a tratamentos humilhantes no ambiente de trabalho, pelos superiores ou por colegas de trabalho, bem como a finalidade principal de retirar a vítima do ambiente de trabalho.

Por derradeiro, surgiram as primeiras estatísticas sobre a violência psicológica no trabalho, chamando a atenção de estudiosos de outros ramos da ciência, dentre eles o Direito, para o fenômeno do assédio moral.

Na década de 90, na França, a psicanalista vitimóloga Marie-France Hirigoyen foi pioneira ao alertar sobre o tema, mediante publicação da sua obra: “Assédio moral: a violência perversa do cotidiano”. A partir de então, a divulgação e denúncia do fenômeno tornou-se global.

O assédio moral é toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo, por comportamentos, atos, palavras, gestos, escritos que possam trazer dano à dignidade, à personalidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2005, p. 17).

Em sua última obra, destaca a necessidade de uma lei trabalhista que trate de forma específica o assunto.

No Brasil, quem primeiramente tratou dessa questão no meio jurídico foi a Juíza do Trabalho Márcia Novaes Guedes, na obra “Terror psicológico no Trabalho”.

Não obstante, o tema se tornou notório a partir do estudo realizado pela médica do trabalho, Margarida Barreto, em seu livro “Violência, Saúde, Trabalho – Uma Jornada de Humilhações”, que evidenciou a violência no trabalho como um fator que deteriora a saúde do empregado.

A exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego (BARRETO, 2000).

De toda sorte, as repercussões do fenômeno no mundo do trabalho difundiram progressivamente.

Com o advento da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/201), e, por conseguinte, a criação de um cenário que, provavelmente será responsável por gerar uma maior predisposição à incidência do assédio moral no trabalho, novos óbices surgirão. Tal vulnerabilidade em relação ao tema abre espaço para novos estudos e debates com a finalidade de combater a prática referida.

4 ELEMENTOS CARACTERIZADORES E PENALIDADES

Wyzykowski e Barros (2016, p.118) ressaltam que: “No Brasil, marcado por fortes características patriarcais, o assédio moral torna-se crítico por estar, na maioria das vezes correlacionados disputas de poder e competitividade”.

Em um plano atual, observa-se que as empresas se encontram em uma busca incessante pela produtividade e em atingir metas em razão da concorrência. Fruto da globalização e do sistema capitalista, estes fatores contribuem para a prática do assédio moral.

O poder diretivo do empregador em face do empregado e o estado de subordinação do empregado são inerentes ao contrato de trabalho, e estão dispostos no artigo 2º e 3º da CLT. Ocorre que, esta condição de autonomia do empregador em face do empregado muitas vezes é utilizada de forma inadequada, de modo a exceder seus limites. Lado outro, a competitividade entre os próprios empregados também é circunstância que leva à prática do assédio moral.

Pamplona Filho (2013, p. 29) preconiza que “o assédio moral se caracteriza pelos seguintes elementos: conduta abusiva, natureza psicológica que atente contra a dignidade psíquica do indivíduo, reiteração da conduta e a intenção de excluir a vítima no local de trabalho”.

O assédio moral ocorre, em regra, pois o assediador possui diversas finalidades, dentre elas, destaca Alice Barros (2007, p.903) “[...] forçar demissão da vítima, o seu pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, uma remoção ou transferência”.

Portando, conclui-se que, em um plano geral, o objetivo principal da conduta é atingir o empregado de modo a afastá-lo do ambiente laboral.

Ademais, Hirigoyen (2008, p. 108-109), afirma que as atitudes hostis que caracterizam o assédio moral variam dentro de largo leque de composições, envolvendo: deterioração proposital das condições de trabalho; isolamento e recusa de comunicação; atentado contra a dignidade; violência verbal, física ou sexual.

Diante do exposto, faz-se necessário impor limites ao poder diretivo, que não é absoluto, tomando como base os direitos de personalidade do empregado, que são assegurados constitucionalmente, bem como, deve-se levar em consideração o marcante

desequilíbrio existente entre as partes no contrato de trabalho, destacando a hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador.

Sucessivamente, em relação ao assédio moral praticado entre os próprios empregados, colegas de trabalho, é necessário que sejam realizadas medidas efetivas de conscientização, bem como, que os agressores sejam devidamente penalizados, observando sempre a primazia do interesse do empregado lesionado pelos comportamentos considerados abusivos.

Lamentavelmente, em um plano atual, a indenização do dano extrapatrimonial disposta pelo artigo 223-G, § 1º, da Lei nº 13.467/2017, decorrente do assédio moral laboral à luz da Reforma Trabalhista é considerada falha, por acabar por promover a não reparação do dano em sua integralidade, visto que agora, a apuração da indenização será tarifada, fundada ainda, pelo salário daquele que sofreu o dano, e não pelo prejuízo propriamente sofrido.

É inadmissível a tarifação dos danos decorrentes do assédio moral, pois, este dispositivo, além de gerar uma desmedida desigualdade entre aqueles que auferem maior e menor salário, cria, assim, um ressarcimento reputado desproporcional, violando princípios como o da isonomia e da reparação integral, bem como afronta o artigo 944 do Código Civil Brasileiro, que anteriormente regulava a respeito do tema.

Ainda, seguindo raciocínio congênere, o Supremo Tribunal Federal ao se posicionar a respeito da Lei de Imprensa, especificamente com relação aos artigos 51 e 52, que estabeleciam um teto para as indenizações por danos morais:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela

CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido.

Em suma, o teor da ementa aborda a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral, com o posicionamento pelo qual as leis devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal de 1988. Não obstante, no caso em apreço, a lei ordinária afrontou o disposto nos artigos 5º, V e X, da CF, destarte, a lei geral deve prevalecer sobre a especial, sendo aquela considerada mais favorável ao empregado.

Posteriormente, a Lei de Imprensa foi afastada pelo STF na ADPF 130/2009, em razão da lei não ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, tanto por critérios puramente formais quanto materiais, dentre eles, em relação à tarifação por danos morais prevista nos artigos 51 e 52 da referida lei.

No mesmo sentido, dispõe a súmula 281 do STJ /2004) (data do julgamento em 28/04/2004, DJe 13/05 que: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Isto posto, adequando esta posição à tarifação dos danos extrapatrimoniais estabelecidos no artigo 223-G, § 1º, da Lei nº 13.467/2017, conclui-se que ao seguir este entendimento, há a possibilidade de serem atendidos de forma muito mais adequada os juízos de equidade e reparação integral que resultam na essência da reparação dos danos supramencionados.

5 MODALIDADES

Marie-France Hirigoyen, psiquiatra, psicanalista e psicoterapeuta francesa, concluiu através de estudos e pesquisas realizados, que o assédio advém não apenas do empregador contra o empregado (de cima para baixo), mas, constatou que, em 58% dos casos, o assédio vem da hierarquia; já em 29% dos casos, o assédio vem de diversas pessoas incluindo chefia e colegas; em 12% dos casos, o assédio vem dos colegas; e, por fim, 1% dos casos corresponde ao assédio provindo de um subordinado (HIRIGOYEN, 2006, p.111).

A partir desta análise, verifica-se que as modalidades do assédio moral foram estabelecidas pelos doutrinadores conforme o perfil de seus sujeitos e as relações entre si, ou seja, pelo modo de agir de cada um.

É possível constatar, portanto, a instauração de três modalidades do assédio moral no ambiente de trabalho.

Segundo Pamplona Filho (2016, p. 131-134) há três modalidades distintas pelas quais o assédio moral se configura:

Em um plano geral, o assédio moral vertical ocorre entre indivíduos que possuem graus hierárquicos distintos. Esta categoria se subdivide em vertical descendente e vertical ascendente.

A primeira tem por finalidade alcançar o seu subordinado, neste caso, o assédio é praticado por um sujeito hierarquicamente superior.

A segunda modalidade acontece quando o indivíduo hierarquicamente inferior age com intuito de assediar o seu superior.

O assédio moral horizontal se manifesta dentre aqueles que se encontram em idêntico grau hierárquico, podendo ocorrer entre um único trabalhador ou mais, contanto que seja um grupo determinável.

Por fim, o assédio moral misto. Neste, deve estar presente 3 sujeitos, o pertencente a modalidade vertical, horizontal e o assediado.

6 O ASSÉDIO MORAL EM CONFRONTO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O assédio moral, como aprazado, é um fenômeno que ocorre em decorrência da condição de subordinação jurídica em que o empregado se encontra em conjunto às relações de poder inerentes à empresa.

A pressão em razão da competitividade, a agressividade concorrencial, a precariedade de emprego, viabilizam a ocorrência frequente do conhecido fenômeno de violência psicológica no trabalho.

Os agressores visam constranger, de modo que, a prática reiterada, acaba debilitando a saúde física e psicológica da vítima, afetando, assim, a sua dignidade. Levando este ponto em consideração, observa-se também de forma inegável, a inconstitucionalidade, bem como, o descumprimento aos valores fundamentais do regime democrático e estado de direito.

Os princípios fundamentais, estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal, da Dignidade da Pessoa Humana, estabelecido pelo art. 1º, inciso III da Constituição Federal, bem como o Princípio da Proteção, cuja finalidade consiste em tentar

corrigir desigualdades nas relações de trabalho devem ser utilizados de modo a proteger os direitos das vítimas do assédio moral por meio da responsabilização dos assediadores.

7 CONSEQUÊNCIAS E EFEITOS JURÍDICOS DO ASSÉDIO MORAL

7.1 PARA O ASSEDIADO

Dentre as consequências para o assediado, Teixeira (2016, p. 42-43) destacam os resultados do comportamento abusivo caracterizador do assédio moral, que se manifesta por meio do pedido de demissão, transferência de local de trabalho, agressão verbal e/ou física, repentina queda na produtividade, dificuldade de interação com o grupo, agressividade e depressão.

O autor destaca, ainda, que os efeitos que o assédio moral pode causar dependerão de diversos fatores, como o grau de ofensas/humilhações, o estado psicológico da vítima antes do assédio, número de ofensas praticadas, a situação da carreira profissional do ofendido, o seu estado geral de saúde, predisposições a algumas doenças e ao estresse, comportamento familiar, etc.

Neste sentido, vemos a doutrina de Gustavo Filipe Barbosa, observando, de maneira precisa, o desenvolvimento do assédio moral, deixando de ser uma mera conduta, mas surgindo como um problema social:

Mesmo após um possível desligamento do ambiente agressivo, a pessoa muitas vezes carrega traumas emocionais gravíssimos, que a acompanham por vários anos, em alguns casos por toda a vida, incapacitando-a para outras atividades, em especial para o exercício do labor, em razão do medo de sofrer, novamente, experiências semelhantes acarretando fobias, transtornos e incapacidade até mesmo para tarefas do dia a dia (GARCIA, 2017, p. 17).

Tendo em vista que o assédio moral pode acarretar danos à saúde da vítima, há a possibilidade de ser considerado como doença ocupacional, na forma do art. 20 da Lei n. 8.213 de 1991, podendo acarretar doenças ocupacionais ao empregado, notadamente de ordem psíquica, como depressão, síndrome do esgotamento profissional (burnout), fobias e traumas (GARCIA, 2017, p. 77).

Ademais, danos materiais e morais, também poderão ser devidos pelo empregador. Com relação ao dano extrapatrimonial, o problema reside na recente alteração legislativa, que traz desigual tratamento unicamente em razão da remuneração auferida pelo empregado, criando, assim, uma grande insegurança jurídica.

O empregado que pratica assédio moral incorre também em justa causa, por se enquadrar como mau procedimento, conforme o artigo 482, “b”, da CLT ou artigo 482, alínea “j”, do mesmo diploma legal, o qual prevê o ato lesivo da honra ou da boa fama.

Sucessivamente, o empregado, vítima do assédio moral, tem direito a rescisão indireta do contrato de trabalho, disposto no art. 483, da CLT, podendo enquadrar nas alíneas “b”, “d” e “e”, respectivamente. Neste sentido:

Só que essa solução, em uma sociedade competitiva, com desemprego em massa, não resolve o problema e até favorece o assediador, pois o que ele deseja é se ver livre da vítima. Autorizada a rescisão indireta, seu sonho estará realizado. O mesmo ocorre se optar por transferir a vítima. Portando, o ideal é que sejam firmadas normas coletivas ou editada legislação específica determinado a nulidade da dispensa, do pedido de demissão formulado nessa situação, da punição disciplinar ou da transferência que apresente vinculação com o assédio moral, sem prejuízo de indenização por dano moral e/ou material (BARROS, 2007, p. 904).

Porém, é necessário que se mencione que, mesmo em casos de assédio moral cometido por trabalhadores contra colega(s), há a possibilidade jurídica de ser o empregador responsabilizado pela vítima, em vista de a ele competir a atribuição de criar e manter ambiente são, hígido e seguro de trabalho no estabelecimento e na empresa (art. 2º, *caput*; art. 157, ambos da CLT). Por fim, a pior consequência do fenômeno é o suicídio, que abrirá a discussão em relação a possibilidade do reconhecimento do mesmo como acidente de trabalho em razão do assédio moral nesta hipótese (FILHO; WYZYKOWSKI; BARROS, 2016, p. 161).

7.2 PARA A EMPRESA

As consequências decorrentes do assédio moral, não se limitam apenas ao empregado, como é possível pressupor. Os danos causados ao empregado atingem diretamente a empresa, de modo que, à medida que aquele se torna inábil a exercer o ofício em sua integralidade, por conseguinte, a produtividade da empresa decai de forma proporcional ao dano causado.

Diante dessa real possibilidade, Pamplona Filho (2016, p. 173-175) aponta algumas das consequências, que perfazem em perdas financeiras, na questão relativa à redução de produtividade, seja por falta de motivação, seja por falta de condições de saúde.

O referido doutrinador complementa esclarecendo que, ao atingir um empregado, acaba por atingir os demais.

Como se isso não bastasse, o conhecimento, pelos demais empregados, da existência de um caso de assédio não apurado ou não punido gera uma insegurança e intranquilidade no ambiente de trabalho, notadamente naqueles operários que estejam em situação pessoal e funcional semelhante à da vítima, levando também a uma queda geral de produtividade, onerando excessivamente a organização empresarial (PAMPLONA FILHO, 2006, p.19).

Nesta mesma linha de pensamento Rondenias (2005, p.18) afirma que o assédio moral passou a ser reconhecido como um fenômeno destruidor do trabalho, redutor da produtividade, que favorece a rotatividade e a demissão de funcionários por desgaste psicológico e debilidade física.

8 DA DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO

O assédio moral deve ser um tema que merece especial atenção, posto que se tem constatado que há um vasto campo de incidência na realidade do empregado hipossuficiente.

Em pesquisa realizada no Brasil pela médica do trabalho, Dra. Margarida Barreto, em sua tese de mestrado intitulada “Jornada de Humilhações”, apresentada no ano 2.000 perante a PUC-SP, apurou que 36% da população brasileira economicamente ativa sofriam esse tipo de violência. Foram ouvidas cerca de 2.100 pessoas (TEIXEIRA, 2013, p. 39).

Em contrapartida, há de salientar, que perdura a maior dificuldade enfrentada pelas vítimas: à busca pela tutela jurisdicional, especificamente no que diz respeito ao ônus da prova.

Além de não existir legislação específica relacionada ao tema, o assédio moral conforme Pamplona Filho, Wyzycowsky, Barros (2016, p. 195) “na maioria das vezes é oculta e atinge a esfera íntima e subjetiva da vítima”. A dor interior ou sofrimento íntimo proveniente do assédio moral é individual e se manifesta de modo específico para cada indivíduo. Apresenta-se de formas distintas, pois irá depender das individualidades e perspectivas que são inerentes a cada pessoa.

Outrossim, ressalte-se que, a comprovação se dá por meio de quem alega, ou seja, do trabalhador, vítima do assédio moral. Com fundamento no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, a prova das alegações incumbe a quem as fizer.

Ainda, a respeito da dificuldade da prova, pondera Prata:

Inspira-nos grande preocupação o fato de que, na maioria dos casos, a jurisprudência não se tem mostrado sensível à gravidade do problema probatório quando se trata de assédio moral no trabalho, exigindo da vítima “prova cabal e robusta”, esquecendo-se que o *mobbing*, geralmente, ocorre por meio de uma discreta manipulação maliciosa, muitas vezes pouco perceptível pelos circunstantes, a ponto de deixar confusa a própria vítima, que chega a duvidar de sua competência e até mesmo de sua sanidade mental (PRATA, 2008, p. 435-436).

A característica atinente ao assédio moral de possuir a predisposição de se revelar como ato predominantemente produzido de forma oculta é mais um dos fatores que prejudicam a produção da prova dos fatos alegados pelo autor.

Ademais, a doutrina e a jurisprudência, majoritariamente, já destacavam a aplicação subsidiária do artigo 373 do Código de Processo Civil, que estabelece:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas a□ impossibilidade ou a□ excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá□ o juiz 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.

§ 2º A decisão prevista no § 1o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

- I - recair sobre direito indisponível da parte;
 - II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.
- § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

A Reforma Trabalhista, em sua nova redação, no artigo 818 da Lei n. 13.467 se assemelha ao artigo do Código de Processo Civil supracitado:

Seção IX - Das Provas

Art. 818. O ônus da prova incumbe: (Redação dada pela Lei no 13.467, de 13/07/2017).

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (Incluído pela Lei no 13.467, de 13/07/2017).

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. (Incluído pela Lei no 13.467, de 13/07/2017).

§ 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.

§ 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 no 13.467, de 13/07/2017).

§ 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 no 13.467, de 13/07/2017).

Aprofundando tal raciocínio, nas palavras de Alice Barros (2007, p. 916), a aplicação prática do ônus da prova, utilizando-se do artigo supracitado se desenvolveria da seguinte forma: “[...] incumbe à vítima apresentar indícios que levem a uma razoável suspeita, aparência ou presunção da figura em exame, e o demandado assume o ônus de demonstrar que sua conduta foi razoável, isto é, não atentou contra qualquer direito fundamental.” Com a finalidade de solucionar tal problema, é possível seguir a posição a qual considera que o empregado é parte hipossuficiente na relação empregatícia, em contrapartida, o empregador possui maior aptidão com relação à produção da prova. Por conseguinte, defende-se a possibilidade da aplicação subsidiária da inversão do ônus da prova, previsto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, tendo em vista que não há incompatibilidade inerente aos princípios do Direito Processual do Trabalho (art. 769, CLT) e que há a omissão da CLT, conclui-se que é possível a aplicação deste instituto.

Neste diapasão, a posição de Mauro Schiavi:

A CLT não prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova. Como mencionado, há um único artigo que trata do ônus da prova, que é o 818, da CLT. Não obstante, no Processo do Trabalho tem grande pertinência a regra da inversão do ônus da prova, pois, muitas vezes, o estado de hipossuficiência do empregado reclamante o impede de produzir comprovação e suas alegações em juízo, ou esta prova se torna excessivamente onerosa, podendo inviabilizar a efetividade do próprio direito postulado (SCHIAVI, 2011, p. 61).

É imprescindível que exista a distribuição adequada da carga probatória. Se isto não for feito, a normativa a respeito da temática não se tornará efetiva (BARROS, 2007, p. 916).

Outro fator que dificulta a prova, segundo Fiorelli, Junior, (2007, p. 180), é, justamente, o fato de haver indivíduos que se

utilizam de falsas alegações que acabam por comprometer o instituto do assédio moral.

Incumbe ao magistrado saber diferenciá-los. Deve, portanto, apreciar cada caso individualmente, com sua própria experiência ao longo do exercício de seu mister, de modo que não generalize as condutas dos que agem com má-fé.

O que diferencia a falsa vítima da verdadeira é que esta se questiona quanto ao seu desempenho e antes de agir, busca meios para superar o problema, aquele, por outro lado, de imediato aponta e acusa. (HIRIGOYEN, 2002, p. 73-75). Nesta mesma linha de pensamento, Guedes (2005, p. 51), afirma que “o próprio assediado acaba se culpando pelos fatos que ocorreram, inibindo-o de reagir para fazer cessar tal conduta”.

Quanto a este ponto, a Reforma Trabalhista tende a saná-lo com a implementação do artigo 793-A, que trata da litigância de má-fé, *in verbis*: “Art. 793-A. Responde por perdas e danos àquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente”.

Além de responder por perdas e danos, aquele que alterar a verdade dos fatos ou induzir o juiz a erro poderá ser punido com multa de até 10% do valor da causa. Tais sanções irão conter substancialmente as demandas em que a parte possui o objetivo exclusivo de atingir a parte contrária para atingir o locupletamento ou o enriquecimento sem causa.

9 O ASSÉDIO MORAL SOB A ÓTICA DA REFORMA TRABALHISTA

9.1 DANO MORAL À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA

O dano moral se distingue do assédio moral. Não se tratam do mesmo instituto. Não obstante, é possível a indenização por danos morais como consequência ao assédio moral no trabalho.

O empregado que sofre o dano moral laboral passa a ter amparo legal a partir do momento em que há “lesão a direitos

extrapatrimoniais da pessoa, violando a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem e outros direitos da personalidade, ou mesmo direitos fundamentais que preservem a dignidade da pessoa humana” (GARCIA, 2017, p. 50).

A regulamentação legal anteriormente implementada no âmbito das relações de trabalho era a Constituição Federal de 1988, especificamente, os artigo 5º, incisos V e X, bem como o Código Civil de 2002, nos artigos 186, 187 e 927, tendo em vista que havia esta possibilidade de aplicação legislativa suplementar com fundamento no artigo 8º, parágrafo único, da CLT, que estabelece que, nos casos em que houver omissão de norma específica que trate de determinado caso, as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho podem utilizar-se do direito comum como fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais desta.

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Segundo estabelece o artigo 927 do mesmo diploma legal, o ato ilícito que cause dano a outrem obriga o ofensor a repará-lo. Portanto, não havia a estipulação normativa de um limite indenizatório. Isto posto, o dano era considerado conforme a apreciação privativa do magistrado consoante sua convicção fundada após analisar o caso concreto.

9.2 DA CONSTITUCIONALIDADE DO TABELAMENTO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS ESTABELECIDO NO ARTIGO 223-G, XI, DA LEI N. 13467/2017

Com o advento da Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, publicada no dia 14 de julho de 2017, diversas inovações foram implementadas quanto a seara trabalhista.

Dentre elas, surgiu uma demasiada preocupação quanto ao artigo 233-A. Em suma, propõe em sua redação que o dano extrapatrimonial seja exclusivamente regulado pela CLT, o que significa que haverá uma restrição normativa, de modo que haverá exclusão da utilização das regras da Constituição Federal e do Código Civil e, por conseguinte, haverá a exclusão da responsabilidade objetiva ou a decorrente da atividade de risco, casos considerados casos comuns na Justiça do Trabalho.

TÍTULO II-A

DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho exclusivamente os dispositivos deste Título.

O novo artigo 223-G, também determinado pela mesma lei supracitada, estabelece uma nova espécie de parâmetro para instituir o valor da indenização pelos danos extrapatrimoniais:

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

- I- a natureza do bem jurídico tutelado;
- II- a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III- a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV- os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V- a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

- VI- as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII- o grau de dolo ou culpa;
- VIII- a ocorrência de retratação espontânea;
- IX- o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X- o perdão, tácito ou expresso;
- XI- a situação social e econômica das partes envolvidas;**
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

Ademais, o pagamento de indenização por assédio moral levará em consideração o cargo em graus distintos: Assédio de natureza leve (três vezes o valor do salário), média (cinco vezes o valor do salário) ou grave (vinte vezes o valor do salário).

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

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

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

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

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

A substituição do estabelecimento da indenização por dano extrapatrimonial levando em consideração à extensão e gravidade da situação pelo tabelamento ou tarifação do dano extrapatrimonial de acordo com o salário é considerada inconstitucional, tendo em vista que viola diretamente o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*:

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

V - é assegurado o direito de resposta, **proporcional ao agravo**, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Esta alteração legislativa fere o referido princípio, na medida em que, se dois indivíduos que trabalham em uma mesma empresa, sofrem o mesmo dano extrapatrimonial no mesmo ato ilícito, estes receberão indenizações com valores distintos, de modo que, se um deles perceber salário superior ao outro, um receberá maior indenização, comparado àquele que auferir menor renda.

É inconstitucional a criação de uma tabela de valores de indenizações, ou de regras simples para aferição dos valores devidos, tendo em vista que jamais um caso será igual ou sequer semelhante ao outro, “[...] na avaliação do dano psicológico não há critério objetivo para quantificar a compensação correspondente, mesmo porque a absorção da dor psíquica varia de indivíduo para indivíduo, pois é um fenômeno nervoso” (BARROS, 2007, p.907). Diante desta perspectiva, conclui-se que a dignidade humana não é mensurável.

De toda sorte, reforçamos que estamos alinhados ao referido pensamento de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, que destaca o assédio moral como resultado de atos de discriminação em face da vítima:

[...] o assédio moral, inclusive quando decorre de intuito discriminatório e tendo como vítima pertencente a grupo social de maior vulnerabilidade, acarreta a degradação das condições de trabalho, desrespeita o princípio da dignidade humana, o dever de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988), bem como o direito ao respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, inciso X, da Constituição da República) (GARCIA, 2017, p. 75).

Frise-se também que há ofensa ao princípio fundamental e diretivo de proteção ao trabalhador, considerando que o magistrado não mais levará em consideração as peculiaridades de cada caso. Diante deste fato, surge uma insegurança jurídica imensurável diante dos casos que irão se manifestar daqui em diante.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desta pesquisa, após analisar o fenômeno do assédio moral no trabalho em sua integralidade, por meio de discussões tanto em doutrinas como na jurisprudência, em especial analisando como o problema se manifesta na prática, foi possível compreender por que efetivamente ele ocorre, viabilizando então, registrar algumas conclusões pontuais.

A tutela jurisdicional do assédio moral é caracterizada por certa omissão no Brasil. É um direito ainda pouco explorado no ordenamento jurídico pátrio, de modo que tais lacunas devem ser

preenchidas com a finalidade de conter ou cessar a conduta referida, de modo a alcançar soluções em conflitos laborais.

Ao contrário do que se constata em outros países, onde o assédio moral é tratado com mais cautela e preocupação, sendo considerado, portanto, como um problema social grave, que deve ser combatido por meio da implementação de diversas medidas de conscientização, e reprimido com a imposição de sanções severas, proporcionalmente ao dano ocasionado.

Resguardar o direito à indenização pelo assédio moral está diretamente aliado aos direitos da personalidade, de sorte que acaba por atingir a dignidade da pessoa humana, portanto, deve ser versado como um direito irrenunciável no sistema jurídico, devendo, assim, ter o seu reconhecimento pelo Estado democrático de direito.

O poder diretivo do empregador não se trata de um direito absoluto e, por isso, são encontrados limites no seu exercício. Ademais, nem mesmo aqueles que se encontram em igualdade quanto ao nível hierárquico no labor detêm o direito de praticar atos ofensivos à honra, à dignidade e de caráter abusivo contra outrem, pois devem ser observados e respeitados os direitos constitucionais fundamentais. Neste diapasão, foi ressaltada a recente modificação implementada pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), a qual estabelece a tarifação dos danos extrapatrimoniais, de modo que serão valorados de acordo com o salário de quem sofreu o prejuízo, ou seja, não mais se observará o princípio da isonomia.

Concluiu-se que esta alteração legislativa é inconstitucional, ferindo, assim, o direito dos empregados ao ressarcimento integral do prejuízo sofrido, bem como, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Ao considerar que cada indivíduo reage de forma distinta em relação ao assédio moral, questiona-se o motivo pelo qual o legislador estabeleceu que aquele que auferir maior renda deve receber indenização superior, não obstante, em um grupo de trabalhadores, todos sejam vítimas da mesma atitude praticada pelo ofensor.

O fato daquele que possui melhor condição financeira ter direito a indenização maior que aquele que recebe salário inferior é inadmissível, impondo-se reação dos operadores do direito no sentido de ver declarada a inconstitucionalidade do dispositivo. O critério eleito pelo legislador fere o princípio isonômico, pois o patamar salarial não influencia na intensidade do prejuízo sofrido pelo indivíduo.

Diante de todo o exposto, apurou-se que o reconhecimento do assédio moral e a garantia ao acesso à tutela jurisdicional tem papel de grande importância no amparo e defesa dos empregados, bem como, quanto à busca de melhores condições laborais. Constatou-se que o Direito do Trabalho deve viabilizar a busca pelos empregados, pelo direito à reparação integral dos eventuais danos sofridos, sob pena de ferir a garantia constitucional do acesso à justiça, o que foi verificado no cenário atual através da recente alteração legislativa. Deste modo, é possível que os controles difuso e concentrado de constitucionalidade venham a ser utilizados, com a finalidade de afastar a aplicação da norma considerada inconstitucional, relativa à reparação dos danos extrapatrimoniais.

REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho**. 4. ed. Portugal: Editora Coimbra, 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr Editora, 2007.

CARDOZO FILHO, Aloizio Apoliano. **Assédio moral no trabalho, doutrina e jurisprudência**. 1. ed. São Paulo: Editora livraria do advogado, 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leobardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista lei 13.467/2017, de 13 de julho de 2017**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

FERNANDES, Antônio Monteiro. **Direito do Trabalho**. 17. ed. Portugal: Editora Coimbra, 2014.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Casos de assédio moral crescem na crise**. São Paulo, segunda-feira, 23 de março de 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2303200902.htm>>. Acesso em: 20 out. 2017.

FREITAS, Maria Ester de; HELOANI, Roberto; BARRETO, Margarida. **Assédio Moral no Trabalho**. 1. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Assédio Moral, violência psicológica no ambiente de trabalho**. 2. ed. Bahia: editora jusPODIVM, 2017.

GIESELER, Maurício. Código Civil. **Vade Mecum Armador**. 3. ed. rev., atual. e ampliada. Bahia: Editora armador, 2017.

GIESELER, Maurício. Constituição Federal. **Vade Mecum Armador**. 3. ed. rev., atual. e ampliada. Bahia: Editora armador, 2017.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no Trabalho – Redefinindo o assédio moral**. 1. ed. São Paulo: Editora Bertrand Brasil, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr Editora, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LINHARES; TONASSI. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, Rio de Janeiro: Editora Método, 2017.

PAMPLONNA FILHO, Rodolfo; WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes. **Assédio Moral Laboral e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: LTr Editora, 2016.

RAMOS, Luis Leandro Gomes; GALIA, Rodrigo. **Assédio Moral no Trabalho**: O abuso do poder diretivo do empregador e a responsabilidade civil pelos danos causados ao empregado - atuação do ministério público do trabalho. 2. ed. São Paulo: Editora livraria do advogado, 2013.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

SCHIAVI, Mauro. **Provas no Processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr Editora, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista análise da lei 13.467/2017**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. **O assédio moral no Trabalho, conceito causas e efeitos, liderança versus assédio, valoração do dano e sua prevenção**. 3. ed. São Paulo: LTr Editora, 2016.

ZANGRADO, Carlos. **Curso de Direito do Trabalho, Tomo I**. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2008.

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

Vívian De Gann dos Santos¹

Patrícia Rodrigues de Menezes Castagna²

RESUMO

A reforma trabalhista, trazida ao ordenamento jurídico nacional pela Lei n. 13.467/2017, ao regulamentar a gratuidade de justiça impondo mecanismos limitadores à sua aplicação, pode ser considerada inconstitucional sob a ótica dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça? Este é o questionamento que se pretende aclarar no presente trabalho. Para tanto, mediante o uso do

¹ Mestranda no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Endereço profissional: Av. Almirante Tamandaré, 94, sala 506, Coqueiros, Florianópolis/SC, CEP 88.080-160. Endereço eletrônico: vivian@degann.com.br. Vinculada à Universidade Federal de Santa Catarina e à Universidade do Vale do Itajaí.

² Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera (UNIDERP/LFG) e Direito Tributário pela Fundação José Boiteux (UFSC). Endereço profissional: Av. Almirante Tamandaré, 94, sala 506, Coqueiros, Florianópolis/SC, CEP 88.080-160. Endereço eletrônico: prmc1976@gmail.com. Vinculada à Universidade do Sul de Santa Catarina.

método de abordagem dedutivo, perpassa-se inicialmente pelo estudo do instituto da gratuidade da justiça no Direito nacional, os impactos por ele sofridos em decorrência da Lei n. 13.467/2017, para alcançar a análise da temática sob o olhar dos princípios da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A gratuidade de justiça no Direito nacional: fundamentos e abrangência do instituto; 3. A reforma trabalhista e a gratuidade da justiça no Direito do Trabalho: novos paradigmas; 4. Princípios da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça: (in)constitucionalidade da gratuidade da justiça preconizada pela reforma trabalhista; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1 Introdução

Em vigor desde 11 de novembro de 2017, a reforma trabalhista, aprovada pela Lei 13.467/2017, promoveu profundas alterações na legislação laboral nacional. Do ponto de vista do Direito Processual do Trabalho, as matérias afetadas referem-se ao acesso à justiça, à gratuidade da justiça, ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, à execução de título extrajudicial e cumprimento de sentença, à prescrição intercorrente e à ação de homologação de transação judicial (BRASIL, 2017).

De todas as alterações processuais, no entanto, a mais significativa e com graves consequências para os jurisdicionados, sem dúvida alguma, diz respeito à limitação de acesso à justiça em virtude das restrições impostas à concessão do benefício da gratuidade da justiça. Sob a justificativa de atração de investimento estrangeiro no país e criação de mais empregos, fora negado ao trabalhador direito básico fundamental, qual seja, o acesso à justiça garantido pela gratuidade da justiça, na medida em que, na hipótese de não auferir êxito ao final da demanda, deverá pagar custas, despesas processuais, honorários de perito e de advogado, valores estes que podem eventualmente serem

deduzidos do crédito recebido pelo trabalhador (ALMEIDA, 2017, p. 215).

Referidas alterações foram inseridas pela Lei ordinária n. 13.467/2017, entretanto, o sistema jurídico do qual a lei em comento faz parte pressupõe uma compreensão lógica e sistemática da legislação, em consonância especialmente com a Constituição Federal, e igualmente com as Convenções da OIT, além de tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, de forma que se questiona a validade da referida norma, já que sob a justificativa de modernização, limitou profundamente o acesso dos trabalhadores ao Judiciário, ao reduzir o alcance de seus direitos (FELICIANO; DELGADO, 2017, p. 7-13).

Nesse sentido, o presente estudo pretende esclarecer o seguinte questionamento: A reforma trabalhista, trazida ao ordenamento jurídico nacional pela Lei n. 13.467/2017, ao regulamentar a gratuidade de justiça impondo mecanismos limitadores à sua aplicação, pode ser considerada inconstitucional sob a ótica dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça?

Para responder tal pergunta, no primeiro item apresentam-se os fundamentos e abrangência da gratuidade de justiça no Direito nacional, especialmente por meio de uma retrospectiva histórica do ponto de vista constitucional e legislação infraconstitucional, tanto relacionada ao processo civil quanto ao processo do trabalho, destacando-se as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Num segundo momento, traçam-se os novos paradigmas trazidos pela reforma trabalhista e a gratuidade da justiça no Direito do Trabalho, principalmente quanto aos artigos 790, 790-B, 791-A e 844 § 2º, que foram profundamente alterados ao criarem-se limitações de acesso à justiça. Traz-se ainda a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5766, distribuída no Supremo Tribunal Federal em 28 de agosto de 2017, com o objetivo de definir a (in) constitucionalidade dos dispositivos legais acima citados.

No terceiro item analisam-se as limitações impostas pela reforma sob a perspectiva dos princípios da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça, a fim de verificar se tais alterações seriam (in) constitucionais.

Quanto aos aspectos metodológicos, esta pesquisa utiliza como método de abordagem o dedutivo, pois parte-se da gratuidade de justiça no Direito nacional, notadamente no que concerne aos aspectos processuais de acesso à justiça, alterados pela reforma trabalhista, para compreender as limitações e (in) constitucionalidade da gratuidade da justiça (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 27).

2 A gratuidade da justiça no Direito nacional: fundamentos e abrangência do instituto

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece entre suas garantias e direitos fundamentais que: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consubstanciando um dos mais importantes princípios constitucionais processuais: o acesso à justiça (BRASIL, 1988). Segundo ALVIM, serve “a expressão “acesso à justiça” para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: a) primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; e b) segundo, deve ele produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (2018, p. 87).

A pretensa igualdade de acesso a todos, no entanto, somente é viabilizada se compreendida em conjunto com outra garantia (e direito fundamental constitucional), qual seja aquela prevista no artigo 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988).

No pensamento de MARINONI e MITIDIERO, para que o Estado Constitucional logre êxito em tutelar de maneira adequada o direito de todos, a proteção jurídica estatal deve ser pensada em uma perspectiva social, preocupada com a organização de um

processo democrático acessível a todos (2015, p. 787). Do ponto de vista internacional, tal preocupação já encontrava destaque na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que estabelece normas de proteção ao acesso à justiça a todos, indistintamente:

Artigo 7. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.

Artigo 8. Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

[...]

Artigo 10. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele (ONU, 1948).

Desse modo, uma vez assegurado o acesso à justiça, é fundamental que tenham os cidadãos, os quais comprovem a insuficiência de recursos, a mesma possibilidade de acessá-la, por meio da isenção do pagamento de taxas judiciárias, emolumentos e custas processuais. Dessa forma, indispensável a prestação de assistência jurídica integral e gratuita, realizada pela Defensoria Pública e, subsidiariamente, pelas instituições oficiais de ensino superior jurídico e advogados nomeados.

No tocante ao Direito nacional, observa-se que o instituto da gratuidade da justiça nasceu muito antes da Constituição Federal de 1988. Em verdade, no Brasil, “a preocupação com a assistência jurídica aos menos favorecidos economicamente apareceu pela primeira vez no direito constitucional brasileiro na Constituição Federal de 1934 (art. 113, n. 32)”, a qual foi omitida na Constituição Federal de 1937, e retornou nas Constituições Federais de 1946 e 1967 (MARINONI, 2015, p. 787).

A legislação infraconstitucional igualmente normatizou a matéria. Do ponto de vista do processo do trabalho, iniciou-se a produção legislativa sobre a temática com o Decreto-Lei n. 8.737/1946, que alterou o art. 789 da Consolidação da Lei do Trabalho, ao prever que as custas seriam pagas ao final, após o trânsito em julgado da decisão, invertendo-se a lógica de antecipação pelo autor da ação (MOLINA, 2017, p. 225). Na sequência, a Lei n. 1.060/1950 regulou a assistência de forma abrangente, de forma a ser aplicada em todas as searas do Direito, a todos os necessitados cuja situação econômica não lhe permitissem pagar as custas processuais e honorários de advogado sem prejuízo do próprio sustento ou da família (BRASIL, 1950).

Em 1970, a assistência jurídica integralmente gratuita foi regulamentada na esfera do processo do trabalho pela Lei n. 5.584, que garantiu a proteção aos jurisdicionados por meio do sindicato, o qual teve remuneração garantida por intermédio dos honorários assistenciais (BRASIL, 1970). Mais recentemente, por meio da Lei n. 10.537/2002, o art. 789 da CLT foi novamente alterado, e a partir da nova redação, permitiu que o pagamento de custas ocorresse por parte do vencido na demanda trabalhista após o trânsito em julgado, exceto nos casos de recursos, quando as custas passaram a ser pagas dentro do prazo recursal - excetuando-se, nas duas hipóteses, os beneficiários da justiça gratuita (BRASIL, 2002).

Em 2015, com a aprovação do atual Código de Processo Civil, que derogou quase completamente a Lei n. 1.060/1950, a assistência jurídica aos necessitados continuou a ser prestada pelo sindicato da categoria profissional no processo do trabalho, com a possibilidade de deferimento da gratuidade judiciária mesmo quando a parte litiga por meio de advogado particular. Nesse cenário, aquele a quem se atribuía a benesse da gratuidade da justiça gozava de isenção de custas, despesas processuais e honorários periciais, desde que comprovasse nos autos renda não superior a dois salários mínimos, ou quando mesmo acima desse patamar, demonstrasse que não detinha condições de litigar em

juízo sem prejuízo do sustento próprio e da família (MOLINA 2017, p. 227).

Até a entrada em vigor da reforma trabalhista, em 11 de novembro de 2017, os direitos constitucionais de acesso à justiça e assistência jurídica gratuita aos necessitados, na esfera do processo do trabalho, encontravam-se previstos nos artigos 789 e 790 da CLT; na Lei 5.584/1970; no CPC/2015 e na Lei 1.060/1950 naquilo que não foi derogada (SCHIAVI, 2018, p. 93).

Nesse sentido, é possível afirmar que referido regime jurídico garantia amplo acesso à justiça àqueles que não detinham comprovadamente condições financeiras de litigar em juízo, sem prejuízo do próprio sustento. Entretanto, após a entrada em vigor da reforma trabalhista, alteraram-se aspectos substanciais quanto ao acesso à justiça, em especial nos casos em que o beneficiário é vencido no processo, conforme se verá na sequência.

3 A reforma trabalhista e a gratuidade da justiça no Direito do Trabalho: novos paradigmas

A Lei n. 12.467/2017, intitulada reforma trabalhista, passou a vigorar em 11 de novembro de 2017, como dito alhures. Após tal momento, mudanças substanciais atingiram a CLT, entre as quais se destaca a do art. 790, que trata das condições para a concessão da gratuidade da justiça.

Na forma da atual redação do referido dispositivo, especificamente de seu parágrafo terceiro, a benesse da gratuidade da justiça pode ser deferida àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, que no ano de 2018 importa em R\$ 2.258,00³. Antes da reforma, o limite era o dobro do salário mínimo, hoje equivalente a R\$ 1.908,00⁴.

³ Em razão da Portaria n. 15/2018, do Ministério da Fazenda, o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no ano de 2018, é de R\$ 5.645,80 (cinco mil seiscientos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos), ao

Por sua vez, o parágrafo quarto do art. 790, após a reforma, estendeu o benefício da justiça gratuita à parte que comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas processuais, deixando evidente que mesmo aqueles que possuam renda superior a 40% (quarenta por cento) do teto da Previdência Social poderão ter o benefício concedido.

Segundo pensamento de SILVA e ESTEVES, a nova norma permite a concessão do benefício da gratuidade da justiça de ofício ou a requerimento, reforçando a natureza fundamental da prestação estatal em prol do necessitado e a sua ampla cognoscibilidade (2018).

A impressão inicial, portanto, é a de que o benefício foi ampliado, uma vez que além de aumentar o teto salarial para a concessão - inclusive de ofício - pelo magistrado, permitiu que a parte que perceba valor superior a R\$ 2.258,00, desde que comprove a sua necessidade, requeira e seja concedida a gratuidade da justiça. Os artigos seguintes, contudo, demonstram que não ocorreu propriamente um avanço, sob a ótica do direito fundamental de acesso à justiça do trabalhador.

No que se refere ao pagamento dos honorários periciais, o art. 790-B da CLT passou a dispor que: “a responsabilidade pelo

passo que, 40% (quarenta por cento) deste valor equivale a R\$ 2.258,00 (dois mil e duzentos e cinquenta e oito reais). In: BRASIL. **Portaria n. 15, de 16 de janeiro de 2018, do Ministério da Fazenda. 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.** Disponível em <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/01/2018&jornal=515&pagina=28&totalArquivos=168>>. Acesso em 30 de mai. 2018.

⁴ De acordo com o Decreto n. 9255/2017, a partir de 1º de janeiro de 2018, o salário mínimo passou a ser de R\$ 954,00, de modo que o dobro importa em R\$ 1.908,00. In: BRASIL. **Decreto 9255, de 29 de dezembro de 2017. Regulamenta a Lei nº 13.152, de 29 de julho de 2015, que dispõe sobre o valor do salário mínimo e a sua política de valorização de longo prazo.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9255.htm>. Acesso em 31 de mai. 2018.

pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita” (BRASIL, 1943). É interessante observar que o legislador alterou completamente o dispositivo, pois, se antes da reforma trabalhista a norma consolidada estabelecia que o sucumbente seria responsável pelos honorários periciais, “salvo se” beneficiário da justiça gratuita; agora define que o sucumbente pagará tal verba “ainda que” usufrua da benesse.

No entendimento de Molina, no caso específico dos honorários periciais, de acordo com o novo art. 790-B, § 4º, se o reclamante não tiver obtido crédito algum na ação proposta, o perito não ficará aguardando dois anos o incremento do patrimônio do devedor para execução, pois haverá quitação pela União (2017, p. 231).

A reforma trabalhista ainda inovou no que concerne aos honorários advocatícios sucumbenciais, de modo que, ao inserir o art. 791-A na CLT, estabeleceu que a parte sucumbente, mesmo quando beneficiária da gratuidade da justiça, deverá pagar honorários advocatícios entre 5% e 15%. Isso ocorrerá ainda que assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria, desde que ele tenha obtido em juízo, ainda que em outra ação, créditos capazes de suportar a despesa. Caso não tenha tais créditos de imediato, a exigibilidade ficará suspensa por dois anos, podendo o credor, ao provar que a razão da concessão da gratuidade da justiça deixou de existir, executar o seu crédito futuramente (SCHIAVI, 2018, p. 97).

Ressalte-se que nem mesmo a Justiça Comum aplica norma tão severa ao litigante beneficiário da gratuidade judiciária, eis que a nova redação da CLT, ao permitir que os honorários periciais ou advocatícios sejam deduzidos dos créditos recebidos pelo autor da ação, é excessivamente mais gravosa do que a previsão normativa do Código de Processo Civil, o qual não permite tal dedução (BRASIL, 2015).

Além disso, o art. 844, parágrafo segundo, da CLT, foi alterado no sentido de impor ao reclamante ausente na primeira

audiência do processo a condenação ao pagamento das custas processuais, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se provar que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável. Mas não é só, o artigo em comento condiciona a propositura de nova ação ao recolhimento de tais custas (BRASIL, 1943).

Nesse sentido, entende Schiavi, que:

[...] exigir o recolhimento das custas, e ainda condicionar o recolhimento destas como condição de ingresso de nova ação, no caso de autor beneficiário de justiça gratuita viola o princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), e também da assistência judiciária integral (art. 5º, LXXIV, da CF), e a própria essência do benefício da justiça gratuita, que é isentar a pessoa economicamente vulnerável das despesas do processo. Além disso, atenta contra o princípio da gratuidade do processo trabalhista que exterioriza o princípio do protecionismo processual na esfera trabalhista. Portanto, de nossa parte, as custas do beneficiário de justiça gratuita em caso de arquivamento não devem ser cobradas pela Justiça do Trabalho (inconstitucionalidade e existência de lacuna axiológica da lei processual trabalhista) (2018, p. 119).

Diante da relevância da discussão e especialmente por afrontar os princípios constitucionais de acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana, entre outros, em agosto de 2017 foi distribuída no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5766, cujo Relator é o Ministro Luís Roberto Barroso. Na citada ADIn, questiona-se a constitucionalidade dos artigos 1º, 790-B, § 4º, 791-A, § 4º e 844, § 2º da Lei 13.467/2017, sob o fundamento de afronta aos artigos 1º, III e IV; 3º, I e III; 5º, "caput", XXXV e LXXIV e §§ 2º, 7º, 8º e 9º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2017).

O julgamento da ADIn n. 5766 teve em início no dia 09 de maio de 2018 e foi suspenso no dia seguinte. Fora realizada sustentação oral pela Procuradoria Geral da República, favorável à

inconstitucionalidade da reforma, sob o argumento de que a previsão de pagamento pelo trabalhador de honorários periciais e sucumbenciais com os recursos que obtiver em caso de êxito no processo afronta a garantia de amplo acesso à justiça⁵. Em contrapartida, defende a constitucionalidade dos artigos da Lei 13.467/2017 a Advocacia Geral da União, porque “as alterações introduzidas pela reforma estabeleceram um equilíbrio entre o direito de acesso à justiça e a manutenção do sistema de gratuidade assegurado constitucionalmente, fazendo com que o benefício seja concedido a trabalhadores que efetivamente necessitem” (NOTÍCIAS STF, 2018).

Nesse sentido, até 28 de maio de 2018 já havia votado de forma divergente o Relator Luís Roberto Barroso e o Ministro Edson Fachin. Na sequência, o Ministro Luiz Fux pediu vista em 10 de maio de 2018 (NOTÍCIAS STF, 2018).

O Relator Barroso julgou parcialmente procedente a ação sob o entendimento de que o direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva; a cobrança de honorários sucumbenciais pode ocorrer sobre verbas não alimentares, como indenizações por dano moral; limitou ao percentual de até 30% do valor que exceder o teto da integralidade; e, é legítima a cobrança de custas judiciais pela ausência do reclamante à audiência mediante prévia intimação pessoal para que justifique o não comparecimento (BRASIL, 2017b).

O Ministro Edson Fachin, contudo, abriu divergência, posicionando-se pela procedência do pedido. Segundo o Ministro,

⁵ Até a confecção deste artigo científico, os votos dos ministros não se encontravam disponíveis, tendo-se acesso somente à decisão de cada magistrado em notícias extraídas do site do Supremo Tribunal Federal. *In*: NOTÍCIAS STF. **Plenário inicia julgamento de primeira ADI contra alteração introduzida pela Reforma Trabalhista**. Publicado em: 10 mai. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377922>>. Acesso em 27 mai. de 2018.

os dispositivos questionados mitigaram em situações específicas o direito fundamental à assistência judicial gratuita e o direito fundamental ao acesso à justiça. Além disso, as restrições impostas trazem como consequência o esvaziamento do interesse dos trabalhadores em demandar na Justiça do Trabalho, tendo em vista a pouca perspectiva de retorno. Para ele, há a imposição de barreiras que tornam inacessíveis os meios de reivindicação judicial de direitos a hipossuficientes econômicos (NOTÍCIAS STF, 2018).

Aguarda-se, portanto, o julgamento pela Corte Constitucional a respeito da (in) constitucionalidade da reforma trabalhista no ponto em que trata do acesso à justiça de seus jurisdicionados, especialmente do trabalhador, que sem a menor dúvida, diante da sua fragilidade e hipossuficiência na relação trabalhista, encontra grandes obstáculos em garantir os seus direitos sem acessar o Judiciário.

4 Princípios da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça: (in)constitucionalidade da gratuidade da justiça preconizada pela reforma trabalhista

Analisadas as principais alterações provenientes da reforma trabalhista no tocante à gratuidade da justiça, é fundamental observá-las em conjunto os princípios da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça, a fim de verificar possível inconstitucionalidade das limitações impostas pela Lei 13.467/2017 à benesse em comento. Nesse sentido, de pronto cabe ressaltar o entendimento doutrinário a respeito dos referidos princípios, os quais restam delineados na Constituição Federal de 1988, notadamente nos artigos 1º, III e 5º, XXXV (BRASIL, 1988).

O conceito de dignidade da pessoa humana é de extrema abrangência para ser delimitado em um conceito, embora seja indiscutível que ele é inerente à natureza humana e está diretamente ligado a ela, desde sempre; é a essência do ser humano. Segundo Lemisz “podemos afirmar que nunca houve

uma época em que o homem esteve separado de sua dignidade, mesmo que ainda não a reconhecesse como um atributo ou como uma qualidade inata da pessoa” (2010). Na realidade, no dizer de Sarlet (2004, p. 29), a ideia do valor intrínseco da pessoa humana nasce no pensamento clássico e no ideário cristão.

Em relação à criação das normas, afirma Nunes (2007, p. 50) que o princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

Ao destacar os aspectos essenciais para definição da dignidade humana, Barroso destaca que um deles refere-se às condições para o exercício da autodeterminação, porque:

[...] não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, mas é indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica. Para que um ser humano possa traçar e concretizar seus planos de vida, por eles assumindo responsabilidades, é necessário que estejam asseguradas mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas (2018, p. 65).

Nesse sentido, a criação das normas jurídicas – ou sua alteração – deve não apenas respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, mas prover meios adequados para a sua concretização. Assim, o cerceamento da liberdade de acesso ao Judiciário a partir das alterações da Lei n. 13.467/2017, ao determinar que o reclamante pague honorários de perito e advogado, mesmo quando beneficiário da gratuidade da justiça, segue rumo oposto ao da dignidade humana expressa no texto constitucional.

Além disso, sob o prisma do Direito do Trabalho, é possível afirmar que este ramo da Ciência Jurídica constitui propriamente instrumento da dignidade humana, uma vez que se edificou sobre o pilar do princípio da proteção do trabalhador, “critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador” (RODRIGUEZ, 2000, p. 35).

Ademais, há que se destacar que o princípio e garantia do acesso à justiça é fundamental para o respeito e ratificação dos direitos assegurados pela ordem jurídica, especialmente a dignidade da pessoa humana. No pensamento de Capelletti e Gatt, o acesso à justiça pode ser reconhecido como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário, que não apenas proclame, mas efetivamente garanta os direitos de todos (1998, p. 11). Dessa forma, restringir o acesso à justiça equivale a atentar contra o mais básico dos direitos humanos (ALMEIDA, 2017, p. 219).

Além disso, do ponto de vista social, há que se observar que as restrições impostas pela alteração normativa da reforma trabalhista trouxe o esvaziamento do interesse dos trabalhadores em litigar na Justiça do Trabalho, diante da menor perspectiva de retorno e maior risco de custas e despesas. Por exemplo, o pagamento dos honorários periciais para comprovar a insalubridade não paga pelo empregador pode reduzir substancialmente o seu ganho e, em consequência, pode importar na inaccessibilidade ao pleito judicial pelo empregado e no paradoxal benefício do empregador.

Nas palavras do Ministro Edson Fachin, que proferiu o voto divergente na ADIn n. 5766: “mesmo que os interesses contrapostos a justificar as restrições impostas pela legislação impugnada sejam assegurar um maior compromisso com a litigância para a defesa dos direitos sociais trabalhistas, verifica-se, a partir de tais restrições, uma possibilidade de negar-se direitos fundamentais dos trabalhadores” (NOTÍCIAS STF, 2018).

Dessa forma, não apenas o acesso à justiça é negado ao trabalhador, mas os próprios direitos sociais trabalhistas desrespeitados, bem como o direito à cidadania e dignidade da pessoa humana como base para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, pautada na erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais (NOTÍCIAS STF, 2018).

Por outro lado, o Ministro Luís Roberto Barroso, relator da ADIn n. 5766, entende que a reforma busca restringir a judicialização excessiva das relações de trabalho. Segundo o Ministro, “mais de uma em cada 3 pessoas no Brasil está litigando. Não é só legítima como necessária em um país como o Brasil, em favor dos trabalhadores e da economia em geral, a adoção de políticas públicas que, sem comprometer o acesso à Justiça, procure conter o excesso de litigiosidade”. Assim, o eventual pagamento de honorários pela parte sucumbente não envolverá desembolso por parte do trabalhador, atingindo apenas os valores a serem pagos em juízo, de modo a desincentivar demandas irresponsáveis, muitas vezes incentivadas pelos próprios advogados (NOTÍCIAS STF, 2018).

Do que se verificam ambos os posicionamentos exsurgem com sólidos fundamentos. Entretanto, é inegável que, ainda que se observe que antes da reforma havia uma verdadeira cultura de excessos de demandas trabalhistas, a negativa da gratuidade judiciária – ou ainda, a sua concessão mitigada – fecha as portas do Judiciário para grande parte dos trabalhadores, em especial àqueles que necessitam realizar prova pericial para garantir seus direitos em casos em que trabalharam por curto período na empresa.

Importante destacar, conforme já ventilado, que nem mesmo na Justiça Comum, que em geral a relação entre as partes é equânime, o ônus do autor é tão gravoso. Neste caso, embora tenha o autor que adiantar os honorários periciais, uma vez vitorioso em seu pedido, caberá ao réu restituir-lhe a despesa, por força da sucumbência. Porém, se for beneficiário da gratuidade da

justiça, mesmo que não tenha êxito, não terá que arcar com os honorários do perito ao final do processo (BRASIL, 2015).

É notório, portanto, que ao impor mecanismos limitadores à aplicação da gratuidade da justiça, a reforma trabalhista, inserida no ordenamento jurídico nacional pela Lei n. 13.467/2017, é inconstitucional ao limitar o acesso do trabalhador à justiça, porque, dessa forma, tolhe a garantia dos seus direitos básicos trabalhistas, os quais estão completamente relacionados ao exercício da própria dignidade da pessoa humana.

5 Conclusão

Sob a justificativa de, supostamente, aumentar a eficiência econômica e a competitividade das empresas, atrair investimento estrangeiro e criar empregos, a reforma trabalhista foi aprovada e sancionada, sob severas críticas, em 13 de julho de 2017, a qual se encontra em vigor desde 11 de novembro de 2017. As consequências humanas, sociais e políticas são graves, pois o direito do trabalhador de acessar o Judiciário para resolução de conflitos, consagrado por décadas, desde a Constituição de 1934, restou claramente prejudicado (FELICIANO; DELGADO, p. 2017, p. 7).

Do cenário pós-reforma trabalhista, portanto, é possível observar que, paradoxalmente, o jurisdicionado que litiga na Justiça Comum e que recebe o benefício da gratuidade judiciária goza de maior facilidade de acesso à justiça do que o trabalhador na esfera da Justiça do Trabalho. Na realidade, o que a reforma propiciou ao trabalhador foi um “falso benefício”, na medida em que qualquer possível sucumbência que venha a sofrer (seja de pedidos, seja em perícia), poderá ser abatida do crédito alimentar recebido na ação trabalhista, mesmo que beneficiário da gratuidade da justiça.

Nesse sentido, não resta dúvida que a alteração legislativa incorporada por intermédio da reforma trabalhista à dinâmica da gratuidade da justiça limitou o acesso do trabalhador ao Judiciário

para discussão dos direitos que lhe foram negados durante o contrato de trabalho. Assim, uma vez compelido ao pagamento de custas e despesas processuais, ainda que beneficiário da gratuidade da justiça, ao empregado eventualmente poderá não compensar a judicialização de seu pleito, o que, por via transversa, possibilita um estímulo à supressão de direitos por parte dos empregadores.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5766, que até 10 de maio de 2018 contava com um voto favorável e outro desfavorável à constitucionalidade dos 1º, 790-B, § 4º, 791-A, § 4º e 844, § 2º da Lei 13.467/2017, definir se a previsão de pagamento pelo trabalhador de honorários periciais e sucumbenciais com os recursos que obtiver em caso de êxito no processo afronta a garantia de amplo acesso à justiça.

Contudo, ante todo o explanado, compreende-se que ao impor mecanismos limitadores à aplicação da gratuidade da justiça, a reforma trabalhista é inconstitucional ao cercear o acesso do trabalhador à justiça e, dessa forma, garantir seus direitos básicos trabalhistas, os quais estão completamente relacionados ao exercício da própria dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio. A reforma trabalhista e o acesso à justiça. **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica**. Guilherme Guimarães Feliciano, Marco Aurélio Marsiglia Treviso, Saulo Tarcísio de Carvalho Fontes, organizadores. São Paulo: LTr, 2017.

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 21 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Acesso em 25 de mai. 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>.

Acesso em 31 de mai. 2018.

_____. **Decreto-Lei n. 8.737, de 19 de janeiro de 1946. Altera disposições da Consolidação das Leis do Trabalho referentes à Justiça do Trabalho, e dá outras providências**. Disponível em

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del8737.htm)

[lei/Del8737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del8737.htm)>. Acesso em 31 de mai. 2018.

_____. **Decreto 9255, de 29 de dezembro de 2017. Regulamenta a Lei nº 13.152, de 29 de julho de 2015, que dispõe sobre o valor do salário mínimo e a sua política de valorização de longo prazo**. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

[2018/2017/decreto/D9255.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9255.htm)>. Acesso em 31 de mai. 2018.

_____. **Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados**. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm>. Acesso em 31

de mai. 2018.

_____. **Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências**. Disponível

em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5584.htm>. Acesso em 31 de mai. 2018.

_____. **Lei n. 10.537, de 27 de agosto de 2002. Altera os arts. 789 e 790 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, sobre custas e emolumentos da Justiça do Trabalho, e acrescenta os arts. 789-A, 789-B, 790-A e 790-B.**

Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10537.htm>. Acesso em 31 de mai. 2018.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25 de mai. 2018.

_____. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 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-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)

[2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)>. Acesso em 25 de mai. 2018. (a)

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5766, de 2017.** Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>.

Acesso em 31 mai. 2018. (b)

_____. **Portaria n. 15, de 16 de janeiro de 2018, do Ministério da Fazenda. 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.** Disponível em

<<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/01/2018&jornal=515&pagina=28&totalArquivos=168>>. Acesso em 30 de mai. 2018.

CAPELLETTI, Mauro; GART, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; DELGADO, Maurício Godinho. Apresentação. In **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica**. Guilherme Guimarães Feliciano, Marco Aurélio Marsiglia Treviso, Saulo Tarcísio de Carvalho Fontes, organizadores. São Paulo: LTr, 2017, p. 7-13.

LEMISZ, Ivone Ballao. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Reflexão sobre o princípio da dignidade humana à luz da Constituição Federal**. 2010. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5649/O-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em 27 mai. 2018.

MOLINA, André Araújo. **Justiça gratuita. Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica**. Guilherme Guimarães Feliciano, Marco Aurélio Marsiglia Treviso, Saulo Tarcísio de Carvalho Fontes, organizadores. São Paulo: LTr, 2017.

NOTÍCIAS STF. **Julgamento de ação ajuizada pela PGR contra reforma trabalhista é suspenso por pedido de vista**. Publicado em: 10 mai. 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378076>>. Acesso em 27 de mai. 2018.

NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em 31 de mai. 2018.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2 ed. Novo Hamburgo: Feevale.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4 ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHIAVI, Mauro. **Reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2018.

SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. **A nova disciplina da gratuidade de justiça na reforma trabalhista**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-mar-13/disciplina-gratuidade-justica-reforma-trabalhista>>. Acesso em 26 mai. 2018.

A REFORMA TRABALHISTA E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS AO TRABALHADOR NO ÂMBITO DO ACESSO À JUSTIÇA

Vitor Araruna Carvalho¹

RESUMO

O presente artigo científico tem como objetivo primordial realizar um estudo acerca das mudanças implementadas pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) no âmbito do acesso à justiça. Busca-se, a partir da análise da nova legislação uma conclusão crítica a respeito das limitações impostas à justiça gratuita que poderá afastar o trabalhador dos litígios processuais trabalhistas. Nesse sentido, objetiva-se o estudo das modificações ocorridas nos institutos da justiça gratuita, dos honorários periciais e dos honorários advocatícios sucumbenciais. O trabalho justifica-se por tratar-se de um tema em grande discussão atualmente em virtude da realidade fática trabalhista em nosso país e restrições impostas aos trabalhadores na busca pela tutela jurisdicional. Para isso, portanto, foi utilizada uma abordagem metodológica teórico-crítica.

Palavras-chave: Lei nº 13.467/2017; Reforma Trabalhista; Acesso à Justiça; Justiça Gratuita.

1 INTRODUÇÃO

¹ Advogado. Pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista na Paraíba – ESMAT13. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: vitorcarvalho.adv@hotmail.com. Endereço: Rua Plácido de Azevedo Ribeiro, 100, ap. 1504, Altiplano. João Pessoa-PB. CEP: 58046-115.

O Direito do Trabalho surge com o objetivo de equilibrar uma relação naturalmente desigual entre o trabalhador e o empregador. Sob esse aspecto inicial, emerge um importante princípio inerente ao processo trabalhista e que deve nortear todas as relações laborais. Trata-se do princípio basilar da proteção, que, diante da evidente desigualdade existente entre as partes envolvidas, busca o equilíbrio e um tratamento igualitário entre reclamante e reclamado a partir de prerrogativas garantidas ao trabalhador para que seja compensada sua hipossuficiência econômica.

Diante do cenário acima exposto, qual seja do trabalhador como parte hipossuficiente economicamente da relação laboral, deve haver um zelo em busca de um amplo e efetivo acesso à justiça² para que seja proporcionado, sem empecilhos, o pleito pelos direitos que serão tutelados juridicamente.

Ressalta-se que para uma tutela jurisdicional eficiente àquele desprovido de recursos financeiros não basta o mero ingresso com alguma demanda por parte do postulante, mas que, durante todo o curso da marcha processual, seja propiciada às partes paridade no exercício de seus direitos, amenizando a desigualdade inicial entre os litigantes e tornando mais justa a celeuma jurídica.

Nesse sentido, a doutrina com Kazuo Watanabe³ destaca que “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim, de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

² A Constituição Federal de 1988 prevê o acesso à justiça em seu artigo 5º, inciso XXXV que versa: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”

³ WATANABE, Kazuo, **Acesso à Justiça e sociedade Moderna, in Participação e processo**, São Paulo, Ed. RT, 1988.

Desse modo, é importante salientar que o acesso à justiça não se limita ao ajuizamento da demanda processual, pelo contrário, apresenta larga abrangência e implica também no acesso à informação e orientação jurídica e a todos os meios alternativos de composição de conflitos. Enfim, haverá uma viabilidade judiciária durante todo o decurso processual, proporcionado ao obreiro o exercício de sua garantia constitucional.

Na seara trabalhista, sobretudo por suas peculiaridades e objetivando um equilíbrio entre as partes, não pode haver limitações que impeçam o amplo acesso à jurisdição. Tratam-se as demandas, em sua ampla maioria, de trabalhadores recém-desempregados e em condições financeiras delicadas.

Nesse contexto geral supracitado da necessidade e previsão constitucional de amplo acesso ao Judiciário e diante das alterações promovidas na legislação trabalhista com o advento da Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, surge a reflexão central proposta pelo presente artigo científico: as modificações proporcionadas irão limitar o acesso dos trabalhadores à Justiça do Trabalho?

O estudo da Lei nº 13.467/2017 sob o aspecto do acesso à justiça será analisado em três importantes vertentes para sua compreensão: primeiro será analisado os critérios previstos pela nova legislação, no que diz respeito ao benefício da justiça gratuita; posteriormente, será abordada a questão das novas regras relativas aos honorários periciais; por fim, analisar-se-á a implementação dos honorários advocatícios de sucumbência.

Porém, antes de adentrar as modificações instituídas pela reforma trabalhista propriamente dita, faz-se necessário abordar parâmetros para interpretação da nova legislação, destacando a necessidade de uma análise ampla em torno do ordenamento jurídico como um todo para que se possa compreender as intenções do legislador ao instituir a Lei nº 13.467/2017. Tais parâmetros serão estudados a partir de da análise dos métodos interpretativos oriundos do ramo da Hermenêutica Jurídica que

possibilitarão ao leitor compreender as alterações legislativas de uma forma ampla.

2 PARÂMETROS PARA A INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 13.467/2017

É importante salientar que a análise da Reforma Trabalhista não deve ser realizada isoladamente, mas tendo a Constituição Federal de 1988⁴ e o conjunto normativo pátrio e internacional (ratificados pelo Brasil) como alicerce a ser observado e com a devida aplicação de parâmetros hermenêuticos conforme preceitua Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado⁵

Os referidos doutrinadores acima nominados destacam que “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”⁶.

Sob esse enfoque, “a interpretação é o processo analítico de compreensão e determinação do sentido e extensão da norma jurídica enfocada”, sendo a integração jurídica “o processo lógico de suprimento das lacunas percebidas nas fontes principais do Direito em face de um caso concreto, mediante o recurso a fontes normativas subsidiárias”. Por fim, a aplicação jurídica pode ser conceituada como “o processo de incidência e adaptação das normas jurídicas às situações concretas”.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 05.mai.2018.

⁵ 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.86.

⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 236.

Verifica-se, portanto, que não basta a mera interpretação isolada da Reforma Trabalhista, sendo imprescindível que sua análise esteja estreitamente relacionada à integração com outras normas jurídicas para uma melhor aplicabilidade.

Atualmente, três métodos interpretativos oriundos do ramo da Hermenêutica Jurídica são tidos como fundamentais para dirigir o processo de interpretação das normas jurídicas e merecem destaque: método lógico, método sistemático e método finalístico que se coadunam com o raciocínio aqui proposto.

Delgado ressalta que a Hermenêutica Jurídica recomenda ao intérprete fazer um uso harmônico, combinado, dos três métodos de interpretação supramencionados, conceituando-os da seguinte maneira:

Lógico (ou racional) é o método de interpretação que busca o significado, coerência e harmonia do texto legal, socorrendo-se de técnicas da lógica formal. Tal método tem como válido o suposto de que a lei, após produzida, encarna uma vontade própria; assim deve-se compreender a lei, afastada do conceito de ser mera exteriorização psíquica de uma pessoa ou entidade. Por esse método, pesquisa-se a *ratio legis*, a *mens legis*, o pensamento contido na lei, ainda que exteriorizado em fórmula linguística inadequada.⁷

Sob essa vertente analítica conclui-se que é necessário extrair o que a essência da legislação busca ao ser editada. A vontade da lei propriamente dita, independentemente da forma como fora escrita. Requer do intérprete uma profunda busca da razão de existir lei, que deve, ainda, ser analisada diante do contexto jurídico ao qual está inserido. Esse último aspecto se relaciona ao método interpretativo sistemático. Vejamos:

Sistemático é o método interpretativo que se caracteriza pela busca de harmonização da norma ao conjunto do sistema

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Ob. cit., p. 247.

jurídico. Tal método volta-se a produzir uma interpretação vinculada e harmônica ao conjunto do sistema do Direito. O método sistemático de interpretação compreende que as normas jurídicas e o próprio diploma normativo têm de ser integrados ao conjunto normativo mais amplo a que pertençam, sob pena de exalarem certos exotismo e desarmonia, que são incompatíveis com o caráter sistêmico, lógico e racional do fenômeno jurídico.⁸

De forma sintetizada, o método sistemático busca que a interpretação se dê no âmbito de todo o sistema jurídico e não da lei isoladamente. É preciso, por exemplo, respeitar os aspectos constitucionais quando promovidas alterações no âmbito da legislação trabalhista, sendo as leis norteadas por princípios inerentes ao conjunto normativo pátrio como um todo. Por fim e não menos importante, haja vista a necessidade de sempre se relacionar os três métodos interpretativos aqui abordados, temos o método teleológico ou finalístico, que segundo Delgado pode assim ser definido:

Teleológico (ou finalístico) é o método que busca subordinar o processo interpretativo ao império dos fins objetivados pela norma jurídica. Propõe tal conduta teórica que o intérprete deve pesquisar, na interpretação, os objetivos visados pela legislação examinada, evitando resultados interpretativos que conspirem ou inviabilizem a concretização desses objetivos legais inferidos. O método teleológico de interpretação enfatiza a relevância de se observar o caráter finalístico da norma, do diploma e do Direito interpretados.⁹

Ou seja, além de uma análise da busca pela extração da vontade da legislação e de sua interpretação em conjunto com as normas jurídicas como um todo, a finalidade da legislação deve

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Ob. cit., p. 247.

⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Ob. cit., p. 248.

ser levada em consideração. Às vezes, a forma como é escrita pode gerar dúvidas e interpretações diversas, mas diante de uma análise abrangente e que possibilita a extração da finalidade objetivada pela norma é possível superar as lacunas e chegar a conclusões interpretativas adequadas.

Diante da conceituação dos importantes métodos interpretativos mencionados e de sua compreensão prática, é possível realizar um estudo abrangente acerca da Lei nº 13.467/2017 e seus desdobramentos no âmbito do acesso à justiça, que não seja visto isoladamente, mas em conjunto com o ordenamento jurídico como um todo para se chegar a conclusões efetivas do que a novel legislação proporcionará ao trabalhador.

3 AS ALTERAÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA NO QUE TANGE AO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

Com o advento da reforma trabalhista, o instituto do benefício da justiça gratuita sofreu alterações que certamente causarão impactos no âmbito da Justiça do Trabalho, sobretudo ao trabalhador, parte hipossuficiente da relação jurídica laboral. Os critérios normativos sobre essa temática foram alterados, causando limitação à gratuidade judicial, o que poderá acarretar em uma consequente restrição ao acesso à justiça.

Antes de adentrar nas considerações pertinentes, impende destacar o texto normativo alterado na Consolidação das Leis do Trabalho¹⁰ pela lei nº 13.467/2017 em sua literalidade. Vejamos:

CLT. Art. 790. §3: 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%

¹⁰ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943.Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 09 mai. 2018.

(quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

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

Percebe-se que a nova legislação limita o benefício da justiça gratuita até o limite de percepção de salário de 40% do teto dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (acima desse parâmetro, é necessária a comprovação de hipossuficiência e a demonstração de que não é possível ao obreiro demandar sem prejuízo do sustento próprio ou da família), ou seja, estipula um parâmetro objetivo que, ainda assim, não vincula ao juízo sua concessão tendo em vista ser uma mera faculdade.

É o primeiro obstáculo proporcionado ao trabalhador na busca pelo efetivo acesso à justiça.

Deve-se ter em mente, na abordagem trabalhista, que os reclamantes são predominantemente pessoas tidas como econômica ou socialmente em estado de vulnerabilidade. Nesse contexto, a justiça gratuita é essencial para o real e amplo acesso ao Judiciário. As dificuldades impostas pela nova legislação vão muito além, restringindo os benefícios da justiça gratuita ao trabalhador e atingindo preceitos constitucionais.

Conforme será adiante relatado em tópico específico, ainda que beneficiário da gratuidade judicial, o reclamante deve arcar com o pagamento de honorários periciais, caso seja sucumbente na pretensão do objeto da perícia. Da mesma forma, se responsabilizará por honorários advocatícios sucumbenciais (tema também abordado em tópico específico mais adiante).

Outro dispositivo que aqui merece destaque e que sofreu alteração importante, também no sentido de atingir o trabalhador e restringir seu acesso à justiça é o artigo 844 da Consolidação das Leis do Trabalho abaixo transcrito para ser examinado. Tal dispositivo está enquadrado na seção que versa sobre a audiência de julgamento. Vejamos:

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.¹¹

Verifica-se que, caso o reclamante não compareça à audiência inaugural, o processo será arquivado, como antes já ocorria. Entretanto, a reforma trabalhista impõe que o obreiro será condenado ao pagamento das custas mesmo que seja beneficiário da justiça gratuita, atingindo o patrimônio daquele que é hipossuficiente economicamente, salvo se comprovar motivo justificável.

Observa-se ainda que o pagamento mencionado é condição para a propositura de nova demanda (haja vista o arquivamento da primeira). Desse modo, é evidente que diante das condições financeiras dos trabalhadores de um modo geral haverá uma enorme restrição ao acesso à justiça, por vezes, inibindo o trabalhador de buscar a tutela jurisdicional. Nesse sentido pondera Delgado:

Ora, sabendo-se que a restrição monetária, relativamente aos segmentos sociais sem lastro econômico-financeiro, assume o caráter de restrição absoluta ou quase absoluta, percebe-se que os comandos constitucionais expressos nos incisos

¹¹ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 09 mai. 2018.

XXXV e LXXIV do art. 5º da CF/88 mostram-se flagrantemente desrespeitados pela Lei n. 13.467/2017 no que concerne à sua regulação do instituto da justiça gratuita no Direito Processual do Trabalho.¹²

Sendo assim, é constatável que a reforma trabalhista apresenta nítidos empecilhos no que concerne ao acesso à justiça por parte do trabalhador tendo em vista as limitações impostas pelo novo regramento do benefício da justiça gratuita que, mesmo se concedido, não abrange diversas situações e podem ensejar no atingimento do patrimônio do reclamante.

Sobre a questão do efetivo acesso à justiça, renomados doutrinadores, a seguir mencionados, ao traçar uma análise histórica do referido instituto, concluem que a desigualdade econômica entre os litigantes processuais é o seu principal obstáculo.

Mauro Cappelletti e Garth¹³ ressaltam que a disparidade econômica entre as partes pode se tornar uma vantagem estratégica para a parte que possua recursos financeiros e que assume os eventuais riscos que uma demanda pode vir a ensejar, privando e prejudicando a parte hipossuficiente da relação.

Os mencionados autores dissertam que a capacidade econômica, quando pertencente a apenas um dos litigantes, pode se tornar uma poderosa arma como elemento externo capaz causar uma influência quanto à efetividade do direito, e nesse cenário, mais uma vez, o trabalhador se vê em posição de desvantagem em relação ao empregador (detentor dos recursos financeiros). Vejamos:

¹² 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.326.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

Pessoas ou organizações que possuem recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva.¹⁴

De fato, tal tese é preocupante e gera uma reflexão sobre o efetivo acesso ao Judiciário, tendo em vista que o mesmo jamais poderá ser restrito apenas a quem detenha poderio econômico e se torne um obstáculo a quem não seja dotado de recursos financeiros suficientes para assumir os riscos de uma demanda jurídica, podendo gerar uma série de violações de direitos que não chegariam ao apreço judiciário.

É necessário compreender que a noção de acesso à justiça está intimamente relacionada a uma garantia constitucional, sendo um direito fundamental a toda pessoa que possua capacidade processual. Portanto, não se trata de um direito dos trabalhadores, mas de um dever estatal de proporcionar o seu acesso ao Judiciário.

Sob essa perspectiva, o Estado tem um dever, conforme a Constituição Federal de 1988, de legislar em estreita observação à garantia efetiva dos direitos fundamentais, adequando os institutos jurídicos para que se tornem acessíveis e livres de obstáculos que dificultem o seu acesso.

O direito do trabalho abrange direitos sociais básicos, e deve respeitar o pleno acesso à Justiça por parte dos trabalhadores que buscam a garantia de direitos violados. As condições dos obreiros brasileiros, em geral, são de natureza hipossuficiente economicamente, devendo ser tuteladas pela Justiça do Trabalho respeitando o mínimo existencial, visto que, como se sabe, as verbas têm natureza de caráter alimentar.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p.21.

Dessa forma, as mudanças instituídas no que tange ao benefício da justiça gratuita geram obstáculos às postulações dos trabalhadores e riscos nas demandas trabalhistas, prejudicando a tutela efetiva de direitos fundamentais e precarizando as condições laborais haja vista o crescente distanciamento entre o obreiro e a Justiça diante das modificações previstas a partir da Lei 13.467/2017.

4 NOVAS REGRAS RELATIVAS AOS HONORÁRIOS PERICIAIS

A principal alteração promovida com o advento da reforma trabalhista em relação aos honorários periciais segue a mesma lógica instituída no caso de não comparecimento à audiência inaugural e de honorários advocatícios de sucumbência, qual seja, o acréscimo da expressão: “ainda que beneficiário da justiça gratuita”. Ou seja, nesses casos, mesmo que concedido os benefícios da gratuidade judiciária, haverá responsabilização do reclamante no que diz respeito ao pagamento de custas ou honorários conforme for o caso.

Anteriormente, o beneficiário da justiça gratuita era excluído de responsabilidade por sucumbência na pretensão do objeto da perícia, passando a ser incluído, de forma inovadora, pela Lei nº 13.467/2017.

É justamente o fato de incluir o beneficiário da justiça gratuita como responsável por eventuais pagamentos de honorários periciais, advocatícios e custas que ensejou a Procuradoria Geral da República a propor junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5766)¹⁵ contra dispositivos da Lei nº 13.467/2017, que impõem “restrições

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5766**. Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=13465868&tipo=T&descric=ao=ADI%2F5766>>. Acesso em 10.mai.2018.

inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho”.

Em relação aos honorários periciais, assim dispõe a CLT pós reforma:

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.

[...]

§ 4 o 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. (Grifos nossos).

Desse modo, observa-se que a parte sucumbente na pretensão do objeto da perícia continua como responsável pelo pagamento de honorários ao perito. Entretanto, a legislação modificada indica que essa responsabilidade abrange também o beneficiário da justiça gratuita. Veja, o trabalhador que sucumbe no pleito do objeto pericial deverá arcar com os custos da perícia.

Com as alterações legislativas no âmbito trabalhista, a União passará a responder pelas despesas periciais apenas em caso de o reclamante sucumbente não tiver obtido em juízo créditos capazes de suportar os gastos necessários. Tais créditos podem ter sido obtidos em outros processos, restando evidenciado o intuito do legislador de buscar a todo custo a responsabilização do trabalhador e causando temor ao mesmo no momento de ajuizar alguma demanda trabalhista diante da possibilidade de diversos ônus incrementados pela reforma trabalhista.

Tal medida se impõe como uma limitação ao acesso à justiça e gera riscos à parte hipossuficiente economicamente que antes não existiam, podendo prejudicar o seu próprio sustento ou de sua família. Percebe-se que a regulação de honorários periciais no âmbito laboral restringe o acesso ao Judiciário atingindo

frontalmente garantias constitucionais da justiça gratuita¹⁶ e do amplo acesso à jurisdição¹⁷.

O legislador desconsidera a natureza das verbas trabalhistas (natureza alimentar), que engloba a grande massa trabalhadora na medida em que as submete ao pagamento de outros créditos processuais, uma verdadeira afronta aos princípios que norteiam o processo do trabalho e às mencionadas garantias previstas na Constituição Federal de 1988.

Vale salientar que o Código de Processo Civil¹⁸, em seu artigo 95, §3º, trata os honorários periciais de maneira diversa ao estabelecer que o beneficiário da justiça gratuita não arcará com o ônus de seu pagamento, estabelecendo responsabilidade diversa. Ressalta a legislação mencionada:

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.

(...)

§ 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:

¹⁶ CF. Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos [...].

¹⁷ CF. Art. 5º: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...].

¹⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22/05/2018.

I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;

II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça. (...). (Grifos nosso).

Verifica-se, portanto, que a legislação trabalhista, historicamente protetiva ao trabalhador na medida em que se busca igualar uma relação jurídica naturalmente desigual apresenta mais desvantagens do que o código processualista pátrio. A reforma trabalhista agrava as condições do reclamante que correrá riscos em eventual sucumbência no objeto pericial. A comparação entre ambas as legislações supramencionadas confirmam o caráter inibitório para ajuizamento de novas demandas presente na seara do direito laboral com o advento da Lei nº 13.467/2017.

Por fim, merece atenção o fato de que uma atividade pericial, em casos envolvendo beneficiários da justiça gratuita, abrange um caráter de essencialidade, cuja indenização pleiteada é indispensável à sobrevivência e subsistência do trabalhador e de seus familiares, como casos de doença ou acidentes fatais, bem como limitações ou incapacidades laborais que o impedem de exercer outras atividades.

Destaca-se que a atividade pericial assume uma notada relevância social em demandas trabalhistas tendo em vista que se objetiva a apurar fatos relativos à saúde e segurança do trabalhador, obrigatória para caracterização de insalubridade e periculosidade e indispensável em ações decorrentes de acidente ou doença laborais.

5 IMPLEMENTAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA

A reforma trabalhista traz em seu conjunto normativo a previsão de honorários advocatícios de sucumbência na esfera trabalhista, inclusive devidos por beneficiários da justiça gratuita. Para debater de forma contundente, faz-se necessário a transcrição do novo artigo 791-A, caput e parágrafos 4º e 5º da Lei nº 13.467/2017. Vejamos:

Art. 791 -A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

[...]

§4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

Verifica-se, portanto, ao interpretar a novel legislação, que o novo regime para concessão dos honorários advocatícios de sucumbência certamente gerará fortes impactos no processo trabalhista, atingindo, sobretudo, a parte hipossuficiente da relação processual, qual seja, o trabalhador ainda que beneficiário da justiça gratuita.

Essa possibilidade prevista pela nova lei sobre a responsabilidade daquele que goza dos benefícios da justiça gratuita pelos honorários advocatícios gera uma reflexão sobre a

pertinência e abrangência fática que tais “benefícios” passam a apresentar na prática com a mera sucumbência no pleito em juízo.

Chama atenção o novo texto legal pela busca incessante de satisfazer as despesas relativas às obrigações decorrentes de sucumbência na medida em que além de atingir o beneficiário da justiça gratuita, ressalta que os créditos podem ser obtidos, inclusive, em outros processos em que figure o reclamante.

Constata-se uma severa amplitude restritiva à garantia constitucional, sendo exigido do trabalhador hipossuficiente o pagamento de verbas honorárias sucumbenciais com uso de créditos auferidos em qualquer processo.

Não bastassem as disposições mencionadas, o parágrafo 4º do artigo 791-A da CLT passa a prever que os créditos capazes de suportar as despesas sucumbenciais ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade, podendo ser executadas nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão as certificou, bastando que o credor demonstre que há recursos do devedor passíveis de serem executados.

Ora, suponhamos que um trabalhador ajuíze uma ação trabalhista após ser dispensado sem justa causa e lhe seja deferido os benefícios da justiça gratuita. Caso venha a ocorrer sucumbência em alguns dos pedidos postulados, esse obreiro deverá arcar com os honorários advocatícios sucumbenciais da parte adversa com os créditos obtidos na mesma demanda. Ainda, se a sucumbência for total, a execução poderá ocorrer nos dois anos subsequentes, inclusive sobre eventuais créditos obtidos em outro processo trabalhista.

Desse modo, pode ocorrer de pessoas hipossuficientes, que necessitam de qualquer valor financeiro para auxiliar em seu próprio sustento e de sua família, serem prejudicadas ao ter que arcar com honorários advocatícios sucumbenciais.

A legislação trabalhista, historicamente, foi desenvolvida para evitar prejuízos ao trabalhador, prezando pelo princípio da proteção. Nesse sentido, verifica-se que não há um cuidado necessário para proteger o obreiro, pelo contrário, repita-se, o que

há é uma busca incessante de atingir o trabalhador beneficiário da justiça gratuita a pagar honorários de sucumbência.

Outro aspecto negativo quanto ao benefício da justiça gratuita é que a legislação despreza a condição de insuficiência de recursos financeiros por parte do trabalhador. Ora, inicialmente, diante de sua hipossuficiência, é deferida a gratuidade judicial. Entretanto, de forma contraditória, mesmo sem condições financeiras suficientes, deverá arcar com honorários advocatícios sucumbenciais.

A ADI 5766¹⁹ ressalta que os créditos trabalhistas auferidos em demandas propostas por trabalhadores pobres assumem caráter de mínimo existencial, compatível com o princípio constitucional da dignidade humana. Segundo a referida ação declaratória de inconstitucionalidade, a gratuidade judiciária ao trabalhador pobre equivale à garantia inerente ao mínimo existencial. Ao pleitear na Justiça do Trabalho cumprimento de direitos trabalhistas inadimplidos, os trabalhadores carecedores de recursos, com baixo padrão salarial, buscam satisfazer prestações materiais indispensáveis à sua sobrevivência e à da família.

Pode-se afirmar que as mudanças quanto à questão dos honorários advocatícios sucumbenciais são impactantes sob a ótica do trabalhador. Sabe-se que no âmbito da Justiça do Trabalho o reclamante hipossuficiente economicamente muitas vezes ou buscava advogados particulares (caso em que firmava contrato de honorários em sua maioria dependente de sucesso na demanda) ou socorria-se à assistência gratuita por sindicatos ou pelo próprio Estado. Ou seja, o efetivo custo com a assistência judicial se dava em razão de procedência parcial ou total do pleito tutelado com valores (percentagens) previamente estabelecidos.

¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5766**. Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=13465868&tipo=T&descriçao=ADI%2F5766>>. Acesso em 10.mai.2018.

Com a reforma trabalhista há o estabelecimento de riscos ao demandante na medida em que o mesmo não pode prever o que irá ou não ser concedido em sua demanda processual. Essa incerteza certamente inibirá o obreiro na busca pela tutela jurisdicional. Em casos de total improcedência, por exemplo, corre-se o risco de o trabalhador (insuficiente economicamente) se tornar devedor.

Ora, suponhamos que um desempregado ajuíze uma ação trabalhista em busca de direitos que julga terem sido violados. Caso haja improcedência de alguns ou todos os pedidos, haverá o dever de efetuar o pagamento de honorários sucumbenciais ao advogado da parte adversa, podendo ser executado o crédito em análise.

É preciso refletir o caráter protecionista do direito do trabalho em contraposição à Reforma Trabalhista que infringe com diversas violações os direitos dos trabalhadores constitucionalmente garantidos conforme pôde ser observado nos institutos aqui abordados (justiça gratuita, honorários periciais e honorários advocatícios de sucumbência).

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, observa-se que a Lei nº 13.467/2017 trouxe diversos artigos em que atinge o trabalhador beneficiário da justiça gratuita, parte hipossuficiente da relação processual. Nesse sentido, a legislação vigente acaba por inviabilizar o acesso à justiça por parte do obreiro, que passará a temer os riscos inerentes à demanda processual previstos com o advento da reforma trabalhista como o pagamento de custas, honorários periciais e honorários advocatícios sucumbenciais debatidos no presente estudo.

A legislação parece ignorar a natureza alimentar dos créditos trabalhistas, prevendo, inclusive, que deles sejam descontados pagamentos relativos a honorários sucumbenciais, por exemplo. Dessa forma, haverá prejuízo do sustento próprio do

trabalhador e de sua família (questões de sobrevivência), que ficará receoso quanto à viabilidade de demandar judicialmente, num claro obstáculo ao acesso à justiça.

A Justiça do Trabalho surgiu com o intuito de equilibrar uma relação naturalmente desigual entre trabalhador e empregador, prezando pelo princípio da proteção. Ao permitir a alteração dos institutos aqui abordados, há uma grave modificação dos preceitos inerentes ao processo trabalhista, cujo objetivo fundamental é o atendimento de demandas da grande massa trabalhadora em busca de solução de conflitos oriundos de violações de direitos laborais que lhe são próprios.

A busca pelo equilíbrio entre as partes litigantes nos processos trabalhistas deve nortear o processo do trabalho. As modificações promovidas com o advento da Lei nº 13.467/2017 impõem uma restrição à justiça gratuita no âmbito trabalhista, violando princípios constitucionais, tais quais o princípio da isonomia²⁰ e o princípio da inafastabilidade da jurisdição²¹ (óbice ao acesso ao judiciário).

Desse modo, diante das inúmeras limitações impostas no âmbito da justiça gratuita a partir da reforma trabalhista (modificações abrangendo os institutos da justiça gratuita, dos honorários periciais e dos honorários advocatícios sucumbenciais), certamente ocorrerá um natural afastamento do obreiro em relação à litígios processuais trabalhistas.

Necessário se faz compreender que sem a assistência judiciária gratuita, o trabalhador sujeita-se ao pagamento de honorários contratuais ao próprio advogado contratado sobre as verbas trabalhistas deferidas, além de honorários advocatícios e

²⁰ “C.F. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

²¹ C.F. “Art. 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

periciais de sucumbência, incidentes sobre pedidos improcedentes. No final da demanda, o obreiro será compelido a abrir mão de verbas laborais essenciais ao seu próprio sustento e ao de sua família, violando preceitos constitucionais e obstaculizando inclusive a garantia do mínimo existencial.

É necessário zelar pelo amplo acesso ao Judiciário e proporcionar igualdade entre as partes na busca pelos seus direitos, respeitando as condições econômicas e a necessidade de gozo da gratuidade judicial sem causar prejuízos ao sustento próprio ou da família de qualquer dos polos presentes no processo do trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 09.mai.2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 05.mai.2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22/05/2018.

BRASIL. **Lei nº 13.467**, de 13.jul.2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1>. Acesso em 04.mai.2018.
CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5766**. Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=13465868&tipo=TP&descricao=ADI%2F5766>>. Acesso em 10.mai.2018.

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

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e sociedade Moderna, in Participação e processo**. São Paulo, Ed. RT, 1988.

A REFORMA TRABALHISTA NO ÂMBITO COLETIVO DO TRABALHO E SUA REPERCUSSÃO NA LIBERDADE SINDICAL ADOTADA PELO BRASIL

Olga Rodrigues Loiola¹

RESUMO

O presente artigo tem por objeto o estudo da lei 13.467/2017 que introduziu a reforma trabalhista no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente das alterações trazidas para o âmbito do direito coletivo do trabalho e como elas influenciam na liberdade sindical adotada pelo Brasil na Constituição Federal de 1988. Pode-se perceber que a reforma tem tanto um viés desregulamentador como um viés flexibilizador e que as alterações trazidas pela lei se mostram um tanto quanto contraditórias no âmbito coletivo, vez que em algumas traz novas incumbências aos sindicatos, o que naturalmente lhes tornaria mais importantes e, por outro lado, traz normas que retiram a obrigação de os sindicatos intervirem nos processos, enfraquecendo-os. Demonstrar-se-á também o grande questionamento trazido pela doutrina a respeito da norma que torna a contribuição sindical facultativa, para saber se essa terá o condão de modificar a liberdade sindical no Brasil.

Palavras-chave: direito sindical; reforma trabalhista; liberdade sindical;

INTRODUÇÃO

¹ Especialista em Direito Previdenciário pela UNOPAR e em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela UNICHRISTUS. Graduada em Direito pela FA7 (atual UNI7). Advogada. Endereço eletrônico: olgaloiola@hotmail.com.

Nos últimos anos, os brasileiros têm vivenciado uma considerável mudança na conjuntura política e, com isso, mudanças também sociais e de prioridades nas políticas públicas, assim como de criação legislativa.

Um dos grandes marcos dessas transformações é o advento da Lei 13.467/2017, a famigerada reforma trabalhista, que fez alterações significativas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

As opiniões sobre a reforma são as mais diversas, havendo quem a chame de lei de modernização trabalhista e outros, de forma diametralmente contrária, de lei do retrocesso. Sem adentrar esse mérito, é importante dizer que a criação da referida lei se deu de forma abrupta, se se considerar o grande número de direitos tutelados pela CLT e que a sua alteração foi realizada sem o amplo debate que se mostrava pertinente.

A reforma também recebe muitas críticas por parte de membros do ministério Público do Trabalho e da Magistratura Trabalhista, sobretudo pelo fato de suas normas claramente favorecerem o empregador em detrimento do empregado e muito mitigar o princípio da proteção.

No âmbito coletivo do direito do trabalho, a lei também trouxe alterações significativas no que diz respeito à atuação dos sindicatos, embora a doutrina acredite que está longe de poder se considerar uma reforma sindical.

O presente artigo tem por objetivo estudar a influência dessa reforma na liberdade sindical da forma como é adotada pelo Brasil. Para tanto, pretende-se apresentar o conceito de liberdade sindical, esmiuçando os seus aspectos, bem como o modelo de liberdade sindical adotado pelo Brasil e os seus limitadores ou elementos que a mitigam de seu caráter pleno, como determina a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, e o porquê da não ratificação dessa convenção pelo Brasil.

Verificar-se-á, ainda, de forma mais aprofundada as alterações feitas pela reforma no direito coletivo do trabalho e

como elas influenciam no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na interpretação das normas elencadas pela constituição.

2 A LIBERDADE SINDICAL

Inicialmente, cumpre apresentar a liberdade sindical e a forma como era recebida pelo ordenamento jurídico brasileiro, para, em seguida, abordar sobre a reforma e as alterações trazidas por ela no campo do direito coletivo do trabalho.

Sinteticamente, pode-se dizer que a Liberdade Sindical significa a possibilidade de empregados e empregadores se unirem em defesa de seus interesses sem qualquer intervenção por parte do Estado.

É importante ressaltar a abrangência dada a esse princípio pelo plano internacional, principalmente através da Organização Internacional do Trabalho, que atribui fundamental importância à promoção e à proteção dos direitos humanos, por dar ênfase as liberdades civis, e atenção especial à liberdade sindical (OIT, 1993).

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens também demonstra expressamente em seu texto essa importância, constante no artigo 23.4 que “Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses” (OIT, 1993, p. 3).

O Ordenamento Jurídico brasileiro consagrou a liberdade sindical como Princípio Constitucional, por assegurar no artigo 8º da Constituição Federal: “É livre a associação profissional ou sindical” (BRASIL, 1988). Este princípio, no entanto, não foi concebido nos moldes estabelecidos no âmbito internacional, pois sofreu diversas restrições pelo Estado brasileiro, que poderão ser vistas ao longo deste capítulo.

2.1 Conceito e vertentes da liberdade sindical

O Princípio da Liberdade Sindical é essencial para o Direito Sindical, e encontra amplo tratamento pela doutrina, citado de forma quase unânime pelos doutrinadores como um pilar de fundamental importância para a sustentação e o desenvolvimento desse Direito.

Como dito, a Liberdade Sindical é a possibilidade de empregados e empregadores se unirem em defesa de seus interesses sem qualquer intervenção Estatal. Muitos são os conceitos trazidos pela doutrina, que o aborda sob diversos aspectos, como se verá a seguir.

Brito Filho (2009, p. 71) define a liberdade sindical como:

[...] direito dos trabalhadores (em sentido genérico) e empregadores de constituir as organizações sindicais que reputarem convenientes, na forma que desejarem, ditando suas regras de funcionamento e ações que devam ser empreendidas, podendo nelas ingressar ou não, permanecendo enquanto for sua vontade."

Nascimento (2009, p. 39) por sua vez, aborda a complexidade da liberdade sindical:

Para alguns, a liberdade sindical é individual ou coletiva, a primeira pertinente à pessoa singularmente considerada, a segunda, aos grupos profissionais. Para outros, em especial na doutrina italiana, a liberdade sindical expressa-se como liberdade de organização sindical, liberdade de administração dos sindicatos, liberdade de negociação, liberdade de filiação e autotutela dos grupos. Há amplas enumerações das diversas formas de liberdade sindical, como a de Orlando Gomes e Gottschalk, seguida por Arion Romita. Russomano acentua três aspectos: a sindicalização livre ou obrigatória, a autonomia sindical e a unidade ou pluralidade sindical. Enfim, o tema oferece perspectivas múltiplas.

Barros (2006, p. 1181) também conceitua e aborda as diversas perspectivas da liberdade sindical, como se pode ver:

A liberdade sindical poderá ser focalizada sob vários prismas: como o direito de constituir sindicatos; como o direito de o sindicato autodeterminar-se; como a liberdade de filiação ou não a sindicato e como a liberdade de organizar mais de um sindicato da mesma categoria econômica ou profissional dentro da mesma base territorial, que se identifica com o tema intitulado pluralidade sindical.

Diante do exposto, é possível ver que se trata de um conceito muito amplo e que abrange vários outros. A doutrina faz várias divisões com o objetivo de facilitar o entendimento sobre suas diversas faces.

Ao considerar sua complexidade e amplitude, dividir-se-á a liberdade sindical em individual e coletiva, esta ainda subdividida em liberdade de associação, de organização, de administração e de exercício das funções, com o objetivo não restringir esse conceito que é tão vasto.

Quando se refere à concepção de liberdade individual, se diz que é aquela que impede o empregador de impor restrições ou que, de alguma forma, intervenha na escolha do empregado de filiar-se ou não ao sindicato de sua escolha. Da mesma forma, impede que sejam criados obstáculos para que o empregado continue filiado ao sindicato.

Assim, percebe-se que leva em consideração as pessoas de forma individual, e não como um grupo, como vai acontecer no aspecto coletivo, que abrange as liberdades de filiação, de não filiação e de desfiliação (BRITO FILHO, 2009, p. 73).

A liberdade para não filiação é aquela que respeita a vontade de o indivíduo manter-se inerte, sem qualquer obrigação ou coação para que faça parte de sindicato. A de filiação quer dizer que, ao haver o interesse do indivíduo em filiar-se, nada poderá se opor para que o faça. E a de desfiliação é a garantia de que o

indivíduo poderá deixar de fazer parte do sindicato quando achar conveniente.

Viegas (2003, *online*), ao comentar a obra de Avilés, demonstra uma divisão da liberdade individual em algumas dimensões, que podem ser de liberdade constitutiva, de filiação ou de participação.

A primeira refere-se a livre escolha de determinado grupo de trabalhadores em se unirem para criarem um sindicato com o intuito de se fortalecerem e facilitarem a representação de seus interesses.

A segunda, como já bem explorada, se refere à liberdade de filiação, de não filiação e de desfiliação.

Já na terceira, a liberdade de participação diz respeito à necessidade efetiva de participação e intervenção dos membros na vida cotidiana do sindicato, até para que fiquem mais claros os interesses de todo o grupo e, inclusive, da possibilidade de todo e qualquer membro participar diretamente da administração do sindicato, como, por exemplo, ao fazer parte de sua diretoria.

No objeto a ser estudado será o direito da coletividade e não mais dos indivíduos vistos isoladamente. Por isso, o estudo se dará sobre o Sindicato.

A liberdade de associação, também chamada pela doutrina de liberdade de constituição, garante o direito de trabalhadores e empregadores de criarem organizações sindicais.

É importante salientar a diferença deste instituto com o da liberdade consagrada no plano individual, em que cada pessoa tem o direito de participar de um grupo para a criação de entidade sindical. No âmbito coletivo, essa liberdade é para que a entidade, em si, seja criada. Pressupõe uma garantia pelo ordenamento jurídico de que seja possível a existência de sindicatos, e de que não serão impostos pelo Estado qualquer tipo de condição, restrição ou até mesmo de grandes burocracias que dificultem a formação da organização sindical, além de não aceitar nenhuma espécie de tentativa de controle dessas entidades pelo Estado.

Neste sentido, Nascimento (2015, p. 140) ensina que:

[...] caracteriza-se como o reconhecimento, pela ordem jurídica, do direito de associação sindical, corolário do direito de associação; portanto, liberdade sindical nesta perspectiva, é o princípio que autoriza o direito de associação aplicado ao âmbito trabalhista.

Para Cairo Junior (2011), a liberdade de criação de entidades sindicais decorre da autonomia de constituição, pois devem os trabalhadores e empregadores, sem qualquer tipo de autorização, serem livres para escolher o critério que será utilizado para a organização do sindicato em todos os seus aspectos, seja quanto à base territorial ou que espécie de grupo será representado. Acredita-se que esta definição melhor se enquadraria no aspecto da liberdade de organização.

Quanto à liberdade de organização, percebe-se certa confusão por parte dos autores, mas pode-se dizer que se caracteriza pela possibilidade de os membros do Sindicato escolherem o modelo em que este será organizado e definirem seus critérios de representatividade. Neste contexto, leciona Nascimento (2015, p. 142):

A liberdade de organização compreende uma série extensa de aspectos: as relações externas do sindicato; o direito, conferido pela ordem jurídica, de filiação a associações internacionais; a estrutura orgânica; o direito de livre composição dos seus órgãos internos; a escolha dos diretores do sindicato mediante eleições democráticas; a aprovação dos estatutos da entidade sindical; as atribuições de cada órgão interno do sindicato; o direito de criar entidades de nível superior, como uniões, centrais, federações e confederações; e o direito, preenchidos os requisitos razoáveis, ao registro do sindicato como condição de sua existência legal.

Viegas (2003) acredita que essa liberdade de organização se dá, independentemente, de ser o sindicato livre ou controlado pelo Estado.

Nascimento (2015) denota que essa organização pode ser espontânea ou preestabelecida pelo Estado, por ser a primeira decorrente da autonomia dos grupos para definir os critérios do direito de associação, enquanto a segunda trata-se de modelo sindical restrito, sem possibilidade de escolha pelos interessados.

A liberdade de administração faz referência, principalmente, a questões internas da entidade sindical e de sua autonomia externa, que devem ser livres da interferência do Estado ou de terceiros, e sempre pautadas pelos princípios democráticos.

O sindicato deve ser livre para formular os seus estatutos e regimentos internos, como, por exemplo, o referente às eleições, que deverão ter os seus critérios escolhidos de forma democrática pelos seus integrantes, além de ser autônomo em toda e qualquer questão referente à sua administração.

Nascimento (2015, p. 143) entende que a democracia interna do sindicato exige respeito às oposições e disputas eleitorais internas, esclarecendo que “Nada compromete mais a democracia interna da vida sindical do que a perturbação do processo eleitoral, quando prejudicado indevidamente”. De nada adiantaria estar livre de intervenção de terceiros ou do Estado, se internamente o sindicato não conseguisse se organizar e agir democraticamente, ao buscar sempre a prevalência dos interesses de seus membros.

A liberdade de exercício de funções representa o reconhecimento das entidades sindicais defenderem os interesses de seus representados, ao possibilitar a execução das ações necessárias ao cumprimento dessas finalidades (VIEGAS, 2003, *online*).

Faz-se necessário que a entidade sindical tenha condições de atuar, para exercer as suas prerrogativas sem interferência, a fim de concretizar o seu objetivo maior, que é proteger e fortalecer seu grupo de representados.

2.2 A Liberdade Sindical sob a ótica da OIT

O tema da Liberdade Sindical é tratado de forma especial pela OIT. A primeira Convenção a tratar desse assunto foi a de número 11, que garantiu aos trabalhadores da agricultura os mesmos direitos dos trabalhadores da indústria, mas não foi muito além. Outras também versaram sobre o tema, mas não de forma direta ou que tenham trazido grande relevância (OIT, 1993).

Foi a Convenção de número 87 que trouxe a garantia de que todos os trabalhadores e empregadores têm o direito de constituir as organizações que acharem convenientes e a elas se filiarem, sem qualquer distinção ou autorização prévia. Como se verá adiante, esta garantia é a mais ampla possível, pois abrange diversos aspectos da liberdade (OIT, 1993).

Já a Convenção de número 98 surgiu com o objetivo de complementar a anterior, foca sua atenção nas relações diretas entre empregados e empregadores, e resguarda, principalmente, os trabalhadores contra atos dos empregadores que possam prejudicá-los por fazerem parte de organização sindical (OIT, 1993).

A OIT assegura que estas Convenções estão entre as mais ratificadas pelos países que a compõem. Entretanto, o Brasil não ratificou até hoje a Convenção número 87, datada de 9 de Julho de 1948, considerada a mais importante no que concerne as relações sindicais.

Como enunciado, a Convenção de número 87 traz, em seu bojo, normas que definem o que há de mais importante na Liberdade Sindical, por isso, mostra-se importante, a transcrição dos seus artigos 2º e 3º:

Artigo 2º

Trabalhadores e empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão o direito de constituir, sem prévia autorização, organizações de sua própria escolha e, sob a única condição de observar seus estatutos, a elas se filiarem.

Artigo 3º

1. As organizações de trabalhadores e empregadores terão o direito de elaborar seus estatutos e regimentos, eleger livremente seus representantes, organizar sua administração e atividades e formular seus programas de ação.

2. As autoridades públicas abster-se-ão de qualquer intervenção que possa limitar esse direito ou cercear seu exercício legal (OIT, 1993).

Como se pode ver, o artigo 2º cumpre fundamental importância por afirmar a Liberdade individual e coletiva, enquanto o artigo 3º vem solidificar os conceitos que compõe a Liberdade coletiva, ao demonstrar, de forma clara, a necessidade de observância desse instrumento por todos os países que compõem a OIT, como meio de garantir sua efetividade de forma igualitária entre os trabalhadores e empregadores de todo o mundo.

Nascimento (2015, p. 143) revela que essa Convenção ressalta quatro garantias sindicais universais, quais sejam: a de fundar sindicatos; a de administrar sindicatos; a de garantir a atuação dos sindicatos; e a de assegurar o direito de se filiar ou não a um sindicato.

2.3 O Modelo Adotado pelo Brasil na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, conhecida como a “Constituição Democrática”, é considerada um importante avanço para o desenvolvimento do sindicalismo no Brasil. Nas palavras de Nascimento (2015, p. 94) “É um instrumento de efetivação do processo democrático e de reordenamento jurídico da Nação”, com ressalvas, porém, a contradição embutida no sistema de organização sindical, que tenta combinar a liberdade sindical com a unicidade e a contribuição sindical imposta por lei.

A liberdade de associação é amplamente garantida no Brasil, ao passo que a Constituição, principalmente em seus artigos 5º e

8º, veda qualquer exigência legal de autorização pelo Estado para a fundação de sindicatos, com ressalva apenas do registro no órgão competente (BRASIL, 1988). Para muitos doutrinadores, tal registro não deve ser visualizado como um óbice à liberdade de associação, mas como uma forma de controle formal, principalmente para garantir a unicidade Sindical (que exista um único sindicato para uma mesma categoria na base territorial mínima de um município).

Cumprе salientar que as normas infraconstitucionais, sobretudo as que estão contidas na Consolidação das Leis do Trabalho, que estabeleciam requisitos para a criação e o reconhecimento das entidades sindicais, perderam a sua vigência por causa da incompatibilidade com a atual Constituição.

Da mesma forma, a Constituição não admite que o Estado intervenha no dia a dia dos sindicatos, o que garante a chamada liberdade de administração.

Apesar de a atual constituição ter buscado trazer melhorias para o sistema sindical, muitos ainda são os empecilhos para que seja vivenciada a liberdade sindical plena.

Tal sorte não socorreu outros aspectos, como é o caso das liberdades de organização e de exercício de funções, que sofreram diversas restrições. Consequentemente poder-se-á compreender por que a liberdade no Brasil não é plena.

A pluralidade sindical consiste na possibilidade de existência de mais de uma entidade representativa do mesmo grupo em determinada base. Nos lugares em que se adota a pluralidade, pode haver o surgimento da unidade sindical, que representa a manutenção de apenas um sindicato, como representante de determinado grupo, em determinada base territorial, por vontade exclusiva dos interessados.

O Brasil, no entanto, adota o princípio da unicidade sindical, que veda a criação de mais de um sindicato na mesma base territorial e dentro da mesma esfera de representação. Assim leciona Nascimento (2015, p. 163):

O Nosso sistema não faculta, aos trabalhadores, a possibilidade de organização espontânea para formar uma coletividade natural, uma unidade de fato, ou de elegerem, na empresa, o sindicato que os representará. O mesmo sindicato que representa a categoria os representará, também, como membros da categoria que são, ainda nos casos de interesses específicos coletivos de trabalhadores de uma empresa.

Além da unicidade, a Constituição brasileira ainda estabelece que a base territorial mínima de representação, deve ser de um município.

Cabe aos interessados definirem a base territorial, desde que obedeçam a esse limite. Assim, podem os trabalhadores ou empregadores de determinada categoria definirem, por exemplo, que sua base territorial será de três municípios. Do mesmo modo, se o sindicato for formado pela categoria de três municípios, seus membros podem optar pelo desmembramento, para que cada município tenha o seu próprio sindicato.

Quanto à abrangência da representação, esta se restringe a sindicalização por categoria profissional ou econômica e, excepcionalmente por categoria profissional diferenciada.

Nas palavras de Brito Filho (2009, p. 73), a sindicalização no Brasil é vertical por atividade, visto que as categorias econômicas e profissionais se formam de acordo com a atividade na qual estão inseridos os empregadores, com exceção dos sindicatos que podem se formar de acordo com a profissão, no caso, chamadas de categorias.

A categoria econômica é formada pelo vínculo de empresas que exercem atividades idênticas, conexas ou similares.

Já a categoria profissional, é a união de trabalhadores que exerce seu ofício no âmbito de determinada atividade econômica, independente da natureza do trabalho que executem.

Cairo Junior (2011, p. 913) destaca que “O agrupamento das categorias econômicas com as correspondentes categorias

profissionais foi feito, inicialmente, de acordo com as confederações respectivas”.

Por sua vez, a categoria profissional diferenciada, exceção no ordenamento jurídico brasileiro, se forma pela aglutinação de pessoas que tenham a sua profissão regulada por lei ou regulamentação própria. Tais categorias encontram-se descritas no Quadro de Atividades e Profissões da Consolidação das Leis do Trabalho.

Cumprе salientar, por oportuno, que a liberdade sindical plena não admite nenhuma destas limitações estabelecidas pelo artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Na opinião de Pego (2012, *online*) não se pode admitir a delimitação da atuação de um sindicato a uma região ou categoria, pois se deve respeitar a vontade da maioria, uma vez que são os trabalhadores os maiores interessados. Sua vontade deve ser soberana e não pode ser submetida a limitações.

A liberdade coletiva de exercício de funções também sofre restrições, no momento em que o sindicato é obrigado a participar das negociações coletivas de trabalho e que a Justiça do trabalho continua a ter competência normativa (BRITO FILHO, 2009, p. 74).

A contribuição sindical compulsória, também conhecida por imposto sindical, até então era interpretada como uma determinação legal devida por todos aqueles que pertençam a uma categoria profissional ou econômica, e não somente restrita aos associados.

Na opinião de Cairo Junior (2011, p. 914) essa contribuição manteria o sindicato atrelado ao Estado, quando este determina que aquele imponha uma obrigação a toda uma categoria, o que caracterizaria uma função estatal delegada.

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro garantir que cada indivíduo tem o direito de escolher se quer ou não se sindicalizar, Pego (2012, *online*) acredita que a liberdade de filiação não é plenamente garantida no Brasil. Este autor acredita que tal liberdade não pressupõe apenas a possibilidade ou não de ingresso no sindicato, mas no sindicato da escolha do trabalhador,

que não se faz possível por causa da obrigatoriedade de filiação na categoria determinada.

3 REFORMA TRABALHISTA: DESREGULAMENTAÇÃO OU FLEXIBILIZAÇÃO?

Há uma inegável dicotomia quando se fala sobre os argumentos prós e contras da reforma. De um lado, os trabalhadores questionam a supressão de direitos trabalhistas conquistados duramente ao longo de décadas; do outro, os empregadores argumentam que era insustentável manter “tantos direitos” num cenário de tão grave crise econômica.

Sobre isso Machado (2017, *online*) tenta encontrar um meio termo ao aduzir que é possível modernizar a legislação e adequá-la à realidade, para que ambas as partes se satisfaçam. No entanto, alerta que essa modernização precisa ser feita por meio de flexibilização legislativa e não de desregulamentação, cuja diferença faz-se a seguir.

A desregulamentação ocorre quando o Estado deixa de intervir em relações que eram regulamentadas.

Nascimento leciona a respeito desse instituto nas relações coletivas de trabalho:

[...] política legislativa de redução da interferência da lei nas relações coletivas de trabalho, para que se desenvolvam segundo o princípio da liberdade sindical e a ausência de leis do Estado que dificultem o exercício dessa liberdade, o que permite maior desenvoltura do movimento sindical e das representações de trabalhadores, para que, por meio de ações coletivas, possam pleitear novas normas e condições de trabalho em direito entendimento com as representações empresariais ou com empregadores (2015, p. 150).”

Ver-se que a desregulamentação abre espaço para que as partes negociem entre si e ditem as próprias regras para a regulação das relações de trabalho.

Para Machado (2017, *online*) o instituto traz imenso prejuízo para os trabalhadores, já que estes se tornariam as principais vítimas, razão pela qual deveria ser desencorajada por estes e também pela mídia e operadores do direito.

Por outro lado, eleva a flexibilização como melhor forma para uma reforma trabalhista, uma vez que as partes envolvidas poderiam estabelecer algumas regras de suas relações de forma direta, seja através do contrato de trabalho ou nas negociações coletivas por meio de seus sindicatos, diminuindo a intervenção estatal para adaptar as relações de trabalho as peculiaridades regionais e conjunturais, mas não a exaurindo, ou seja, mantendo um patamar mínimo.

Nascimento conceitua a flexibilização como sendo “o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante das situações que o exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir os seus comandos (2015, p. 149)”.

A reforma trabalhista tem tanto um viés desregulamentador como um viés flexibilizador, como poderá ser visto com a verificação das principais alterações no âmbito coletivo.

3.1 Principais alterações no âmbito coletivo

As alterações trazidas pela lei que introduziu a reforma trabalhista se mostram um tanto quanto contraditórias no âmbito coletivo do trabalho, vez que em algumas traz novas incumbências aos sindicatos, o que naturalmente lhes torna mais importantes, e de outra banda traz normas que retiram a obrigação de os sindicatos intervirem nos processos.

Pode-se citar, como exemplo dessas últimas, a possibilidade de arbitragem no âmbito individual do trabalho, a validação e regulamentação do acordo extrajudicial e a criação da figura do representante de empregados.

A arbitragem no direito do trabalho apenas era possível no âmbito coletivo, como é possível se verificar no artigo 114, parágrafo primeiro, da Constituição Federal. Com a alteração

legislativa, no entanto, ficou possível o seu uso para a resolução de conflitos trabalhistas individuais, nos termos do artigo 507-A da CLT.

Referido artigo deixa certo que para usar a arbitragem é preciso que se preencham alguns requisitos, como que a relação de trabalho se dê com “alto” empregado e haja cláusula compromissória no contrato de trabalho.

Assim, o instituto que antes era usado apenas pelos sindicatos ou por intermédio desses para tratar de direitos difusos ou coletivos, agora os dispensa, podendo ser utilizado em contendas individuais, dando, inclusive, quitação geral e irrestrita das verbas trabalhistas.

Outra alteração trazida pela reforma foi a possibilidade de fazer acordo extrajudicial entre empregado e empregador a respeito da demanda trabalhista, sem a interferência ou auxílio do sindicato.

O acordo assim como o seu procedimento estão previstos nos artigos 855-A a 855-E.

Pode ainda ser citado, como exemplo de instituto novo que afasta a necessidade de sindicato a representação de empregados, que está disciplinada pelos artigos 510-A a 510-D.

Essa figura está prevista como obrigatória para todas as empresas que possuam mais de duzentos empregados e, conforme o texto legal, têm por finalidade promover o entendimento direto dos empregados com os empregadores.

Ver-se claramente que esse instituto coloca uma outra figura, no caso empregados que estão sob a influência direta dos empregadores, exatamente para dialogar com esses, criando uma espécie de concorrência, já que isso também é atribuição dos sindicatos.

Por outro lado, entretanto, criou-se a figura da quitação anual feita perante o sindicato dos empregados. Disciplinada pelo artigo 507-B, poderá ser feita durante ou após a vigência do contrato de trabalho, de onde restará um termo discriminando as

obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente, com eficácia liberatória das parcelas especificadas no termo.

Imperioso lembrar, por oportuno, que a regra do artigo 477, parágrafo primeiro, da CLT foi revogada, não existindo mais a obrigatoriedade de homologação da rescisão do contrato de trabalho pelo sindicato dos empregados ou do Ministério do Trabalho e Emprego.

Um das novidades legislativas que mais causa alvoroço e preocupação na doutrina é a disposta nos artigos 611-A e 611-B da CLT, em que coloca o negociado em prevalência ao legislado.

Até então, poderia, sim, ocorrer tal prevalência, desde que previssem direitos mais favoráveis aos trabalhadores, sustentados pelo princípio da norma mais benéfica.

O debate nesse ponto está em saber se convenção e acordo coletivos podem estabelecer regras que sejam menos benéficas do que o que está disposto em Lei.

Garcia (2017, *online*) lembra que a Constituição Federal já prevê hipóteses em que seria possível a flexibilização de normas trabalhistas (artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV), desde que seja de forma excepcional e justificada e que diga respeito a redução de salários, jornada e turnos ininterruptos de revezamento, sempre com o fulcro de proteger o emprego.

O mesmo autor lembra a importância das entidades sindicais nessas negociações coletivas, ao dizer:

O aprimoramento das condições coletivas de trabalho, adaptando-se à realidade de cada momento, grupo ou setor, é função exercida, com responsabilidade, pelos entes sindicais, por meio da negociação coletiva de trabalho (GARCIA, 2017, *ONLINE*).

A lei apenas distingue quais são os direitos negociáveis (artigo 611-A), que seriam os direitos individuais relativos, e os que não podem ser tratados em negociação coletiva (artigo 611-B)

- direitos individuais absolutos, que juntos formam o patamar civilizatório mínimo.

Entretanto, o artigo 611-A elenca direitos que vão muito além dos que são excepcionados pela Constituição, causando um intenso debate doutrinário sobre a constitucionalidade da norma mencionada.

Garcia (2017, *online*) ainda questiona a forma da organização sindical, com a unicidade sindical, como uma imensa barreira para que a negociação coletiva possa ter polos negociadores verdadeiramente igualitários, aduzindo que somente um sistema de plena liberdade sindical é que possibilitaria a defesa de um preceito onde o negociado prevalecesse sobre o legislado e acrescenta:

[...] é evidente que a negociação coletiva de trabalho realizada sindicato único não possui legitimidade democrática para dispor de forma contrária à lei, em prejuízo dos trabalhadores, mesmo porque estes não têm assegurada a liberdade sindical de constituir e se filiar a outras entidades sindicais concorrentes, relativas à mesma atividade desenvolvida na base (GARCIA, 2017, *ONLINE*).

Outra norma que inovou no ordenamento foi a que trata da ultratividade das cláusulas mais favoráveis dos instrumentos de negociação coletivas.

Antes, por falta de norma legal, era a jurisprudência consolidada que regia a matéria, disciplinando na súmula 277 do TST que elas só poderiam ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva.

Agora, o artigo 614, §3º da CLT determina que as normas dos acordos e convenções coletivas não mais se incorporam no patrimônio jurídico do empregado, se encerrando junto com a vigência do instrumento de negociação coletiva.

A alteração normativa a respeito da contribuição sindical que a tornou facultativa é, certamente, a que mais tem poder de

interferir na forma como a liberdade sindical é tratada no Brasil, haja vista que a compulsoriedade da contribuição era tida como um dos grandes limitadores para que a liberdade sindical fosse concebida na sua forma plena.

A atual redação do artigo 545 da CLT deixa certo que a contribuição sindical depende agora de autorização prévia e expressa por parte do trabalhador.

Essa nova redação vem corroborar com o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores, através da Súmula Vinculante 40 e Súmula 666 do STF e OJ 17, da SDC do TST, que já entendiam necessárias as autorizações dos trabalhadores para que se fizesse desconto nos salários.

Foram alterados também os artigos 578 e 579 da CLT, reforçando a regra de que a contribuição sindical é facultativa.

Figueiredo (2018, *online*) analisa tal alteração como brusca, pois tem o poder de interferir diretamente na liberdade negativa, em que o trabalhador pode escolher se quer ou não se filiar ao sindicato que lhe representa.

Ao falar sobre o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da alteração acima, Katiusca lembra que:

[...] a nova regra está em plena conformidade com o Precedente Normativo 119 do TST, tendo sido essa compreensão ampliada no sentido de que que, para o recolhimento da contribuição sindical, será sempre necessária autorização prévia e expressa dos trabalhadores (2018, *online*).

Importante salientar que a contribuição sindical é norma constitucional, inserida no Artigo 8º, III da Constituição Federal.

Ocorre que a referida norma não diz a forma como será repassada a contribuição, deixando a cargo das Leis regulamentar. Assim, antes da reforma, a CLT trazia a previsão de que a contribuição sindical era devida independente de filiação ou autorização.

A doutrina traz alguns questionamentos acerca da natureza jurídica da contribuição sindical. Para os que acreditam se tratar de imposto (com era, inclusive, chamado pela lei) a contribuição sindical não poderia deixar de ser compulsória. Outros defendem não se tratar de imposto, já que não estar no rol do artigo 150 da Constituição.

Sobre a discussão de inconstitucionalidade da nova regra, Katusca (2018, *online*) esclarece que “a obrigatoriedade do pagamento não decorreu de norma constitucional”, assim as mudanças não teriam o condão de violar a Constituição Federal.

Figueiredo chama atenção para os resultados que a mudança legislativa pode trazer, apresentando duas teorias antagônicas. Em suas palavras:

Este suspiro de liberdade pode acarretar em um incentivo aos sindicatos a trabalharem com afinco para fidelizar os seus filiados e conseqüentemente que estes por expressa vontade continuem contribuindo para a manutenção de sua representação. Ou pode degradingolar de vez aquela que seria em tese a única entidade capaz de pelear em pé de igualdade os direitos de seus representados (2018, *online*).

A retirada da contribuição compulsória pode, ao menos aparentemente, tornar a adesão do Brasil a liberdade sindical plena mais próxima.

Por outro lado, não seria nenhum pecado pensar na possibilidade de se tratar apenas de uma jogada política, já que uma emenda constitucional para retirar a unidade sindical é uma possibilidade muito remota, haja vista a divisão clara em se encontra a sociedade e, sobretudo, a classe política brasileira.

Para Machado (2017, *online*) a reforma trabalhista está enfraquecendo o sistema sindical, vez que os sindicatos dos trabalhadores permanecerão como parte mais fraca nas mesas de negociação, e lembra que é preciso, antes de qualquer coisa,

“encontrar mecanismos que os ternem mais fortes e eficazes perante a classe empresaria”.

E ao tratar da plena liberdade sindical, diz:

[...] Princípio esse que afeta diretamente a vida da maioria de seu povo, pois confere poder à classe dos trabalhadores na incessante luta em busca de seus direitos. O princípio da unicidade vai de encontro às tradições democráticas, e deve ser urgentemente eliminado do ordenamento jurídico brasileiro. (MACHADO, 2017, *ONLINE*)

Figueiredo expõe que somente a pluralidade sindical pode ser aceitável num estado democrático de direito, colocando a unicidade sindical como um atraso para que se possa construir uma sociedade livre e perfeita e, ao citar trecho da obra *Raízes Políticas e Ideológicas da CLT*, de Orlando Gomes, diz:

[...] para que o sindicato possa assumir, no quadro atual, a nova posição de lhe está reservada, impõe-se a reformulação da política legislativa quanto à liberdade e à ação sindical para que passe a ser centralizada no diálogo social, removendo a legislação incompatível com a essência de uma sociedade livre e pluralista que consagre, numa só palavra, o primado da autonomia coletiva, privada e ampla, e que essa liberdade sindical não seja apenas um Deus retórico (2018, *online*).

Katiusca (2018, *online*) também defende uma ampla reestruturação e fortalecimento dos sindicatos, para que seja efetivamente possível fazer a representação sindical e mostrar para os representados a necessidade de se contribuir para que as entidades permaneçam vivas e fortes.

Garcia (2017, *online*) fala que, mesmo após a reforma trabalhista, o sistema sindical brasileiro ainda impõe diversas restrições a liberdade sindical, como a unicidade sindical e suas nuances: base territorial mínima e o critério de categoria.

Aduz ainda que “é imprescindível a instituição, de forma plena, da liberdade sindical, como requisito para a legitimidade democrática do que vier a ser autonomamente pactuado” (GARCIA, 2017, *ONLINE*).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo com o intenso debate que se desenvolveu após a vigência da Lei 13.467/2017, seja na doutrina ou nos meios acadêmicos, ainda não é possível tirar conclusões a respeito da maioria das normas alteradas, sobretudo da influência que a facultatividade da contribuição sindical trará para a liberdade sindical no Brasil.

Como se viu, muitas foram as alterações na esfera coletiva do trabalho. Entretanto, tais mudanças não seguem no mesmo sentido, já que por vezes parecem enaltecer as entidades sindicais e, em outras, parecem buscar enfraquecê-las, já que lhes retira prerrogativas e impede sua interferência em alguns institutos que antes dependiam do seu intermédio.

A contribuição sindical que é tratada como um limitador para a adoção da liberdade sindical plena pelo Brasil antes era interpretada por compulsória, agora é expressamente tratada como facultativa, o que, a priori, parece ser um avanço.

Todavia, a unicidade sindical, com todas as suas nuances, como a divisão por categoria e com base territorial mínima, ainda está plenamente vigente no ordenamento jurídico, vez que sua previsão é constitucional e a possibilidade de alteração parece ser muito remota, já que a inalterabilidade da constituição foi exatamente um dos argumentos dos legisladores para defender a reforma trabalhista.

Muitos dos que criticam a reforma dão ênfase a alteração na contribuição sindical e a permanência da unicidade, e trazem como argumento que essa medida apenas servirá para enfraquecer os sindicatos de menor porte, levando-os inevitavelmente à ruína,

permanecendo apenas os sindicatos que já têm uma estrutura considerável.

Levando em conta tal argumento, entende-se que, caso se consolide essa previsão, a representatividade real dos sindicatos perderia muito, pois as categoriais menos favorecidas seriam as grandes prejudicadas e ficariam ainda mais à margem da proteção pretendida pelas normas coletivas do trabalho.

Na prática, o que se vê são os operadores do direito do trabalho ainda receosos na aplicação das novas regras, e, os juízes mantendo o máximo de cautela em seus julgados, dizendo de forma uníssona que aguardam a formação de jurisprudência pelos Tribunais Superiores para firmarem seus entendimentos definitivos.

Assim, dada a forma abrupta em que foi formatada a lei em estudo, percebe-se a temeridade da mesma, esperando-se que os estudiosos do direito coletivo do trabalho, assim como dos entes coletivos que firmam jurisprudência, possam dar a melhor interpretação possível, primando pelos princípios que alicerçam as relações de trabalho.

Além disso, corroborando com os argumentos trazidos pelos vários estudiosos apresentados, entende-se que não é mais possível pensar um sistema sindical em que haja limites para a liberdade sindical plena.

A busca por um sistema que se baseie nos princípios republicanos e democráticos depende essencialmente na consciência política do povo, sobretudo dos trabalhadores, em atenção às relações de trabalho mais justas e humanas, para as quais o direito do trabalho se volta e historicamente busca proteger.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2006.

- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- CAIRO JUNIOR, José. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
- FIGUEIREDO, Danilo. A reforma trabalhista e a liberdade sindical. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://danfigueredo.jusbrasil.com.br/artigos/562754728/a-reforma-trabalhista-e-a-liberdade-sindical>> Acesso em: 07 mai 2018.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Liberdade sindical e reforma trabalhista. **Gen Jurídico**. 23 jun 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/06/23/liberdade-sindical-e-reforma-trabalhista/>> Acesso em: 07 mai 2018.
- KATIUSCA, Lilian. A contribuição sindical sob o viés da reforma trabalhista. **Jota**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/contribuicao-sindical-sob-o-vies-da-reforma-trabalhista-18012018>> Acesso em: 07 mai 2018.
- MACHADO, Leonardo Furtado. Reforma sindical: o princípio da plena liberdade sindical diante da reforma das leis trabalhistas. *Jus Navegandi*. [s.l.], 03/2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56396/reforma-sindical-o-principio-da-plena-liberdade-sindical-diante-da-reforma-das-leis-trabalhistas>> Acesso em: 07 mai 2018.
- NASCIMENTO, Amauri Marcaro do. **Curso de direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.
- _____. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A liberdade sindical**. Brasília, DF: Ministério do Trabalho e Emprego, 1993.
- PEGO, Rafael Fortesti. **Fundamentos do direito coletivo do trabalho e o paradigma da estrutura sindical brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- VERLENGIA, Rachel. **Representatividade sindical no modelo brasileiro: crise e efetividade**. São Paulo: LTr, 2011.
- VIEGAS, Weverson. Liberdade sindical. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4063>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA REFORMA TRABALHISTA: ANÁLISE SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Francisco de Assis Barbosa Júnior**

*José Antonio Mendes Neto***

RESUMO

O tema abordado baseia-se em uma análise da nova regulamentação sobre a terceirização disposta na Reforma Trabalhista brasileira. Após o advento da Lei 13.467/17, foi alterado o que estava disposto sobre a utilização da terceirização no mercado de trabalho brasileiro, uma vez que passou a ser permitido que esta estratégia de gestão possa ser utilizada em quaisquer das atividades da contratante ou tomadora, inclusive para a sua atividade principal. Destarte, diante da frequência da utilização da terceirização por parte da Administração Pública, este estudo tem como objetivo fazer uma análise geral da terceirização com destaque na sua aplicação no setor público, demonstrando sua possível

* Professor Orientador, Juiz do Trabalho – 13ª Região, graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba e mestre em História do Direito pela Universidade Federal de Campina Grande. Docente no curso de Direito da UniFacisa – Centro Universitário, na Escola Superior da Magistratura Trabalhista – ESMAT13 e no curso de pós-graduação do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ.

** Graduando do Curso de Bacharelado em Direito pela UniFacisa – Centro Universitário. Pós-Graduando em Direito Material e Processual do Trabalho (UniFacisa). E-mail: jamendesnt@gmail.com

ilegalidade diante de preceitos e princípios constitucionais, bem como a precarização do serviço público perante a sua utilização na modalidade irrestrita.

Palavras-Chave: Inconstitucionalidade. Terceirização. Administração Pública.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é a análise da terceirização do trabalho sob a ótica da Lei 13.467/17, intitulada como “Lei da Reforma Trabalhista”, abordando as discussões acerca da terceirização irrestrita e sua atuação no setor público.

No dia 31 de março de 2017, o Presidente Michel Temer sancionou a Lei nº 13.429/17, que trata da regulamentação da terceirização. Ao passo que a “Lei da Reforma Trabalhista” só veio a ser sancionada no dia 13 de julho de 2017, com entrada em vigor no dia 11 de novembro do referido ano, trazendo mudanças para o cenário trabalhista atual. Essa Lei tem como objetivo a flexibilização das relações entre empregados e empregadores, com o intuito de promover a negociação coletiva.

Posto isto, para esse trabalho, é importante mencionar que a nova Lei propõe a possibilidade da prestação de serviços terceirizados para atividade-fim, o que provoca discussões a respeito da terceirização em sua modalidade irrestrita. Além disso, a atuação dessa estratégia de gestão no setor público também gera conflitos, pois uma vez que não há vedação expressa no texto da lei, a legislação abre brecha para que se terceirizem as mais variadas áreas desse setor – vedando apenas o setor judiciário e policial. Sendo assim, o Estado tem a opção de deixar de realizar concursos públicos e passar a contratar empresas prestadoras de serviço.

Dispõe o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal:

Art. 37. (...)

II - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

O artigo supramencionado entra em conflito com o que versa a nova regulamentação sobre a terceirização, uma vez que foi aprovada a terceirização para a atividade-fim no setor público. Desta forma, a atuação da terceirização irrestrita no setor público fere preceitos da Constituição Federal?

Torna-se necessário realizar esse estudo para compreender a terceirização no âmbito da Reforma Trabalhista e das transformações que esse mecanismo pode produzir no setor público, pois diante da popularização e regulamentação desse fenômeno, é importante estabelecer estudos que auxiliem aos operadores dessa área a estabelecerem diretrizes que respeitem a essência do Direito do Trabalho.

O presente trabalho foi dividido em cinco capítulos, o primeiro aborda o conceito e o contexto histórico da terceirização trabalhista, abordando sua classificação e sua evolução histórica até o contexto trabalhista brasileiro atual. O segundo capítulo trata sobre as alterações trazidas pelas novas leis do ano de 2017 na terceirização trabalhista.

O terceiro capítulo ocupa-se dos princípios que regem a Administração Pública dispostos no artigo 37 da Constituição Federal. O quarto capítulo dispõe sobre o conceito e a constitucionalidade do concurso público, abordando a sua importância e as exceções à sua utilização.

Por fim, no último e quinto capítulo, está disposto uma fundamentação acerca da inconstitucionalidade da terceirização na sua modalidade irrestrita no setor público. Analisa-se a divergência do que a Lei da Reforma Trabalhista dispõe diante da

Constituição Federal e o princípio do concurso público e, por conseguinte, a precarização dos serviços prestados perante sua utilização irrestrita.

2 A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

A terceirização trabalhista é definida como uma organização do processo produtivo em que se é contratado um terceiro para a realização de uma atividade periférica da empresa. Segundo Maurício Godinho Delgado:

[...] terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido (DELGADO, 2016, p.487).

Conforme exposto, esta estratégia consiste na possibilidade de contratação de terceiros para realização das atividades-meio de uma empresa, não sendo possível a sua utilização para a prestação das atividades-fim, ou principais. Ainda, é caracterizada como um contrato de prestação de serviços, uma vez que nela surge uma relação comum de trabalho no qual o empregador é o prestador de serviços, ou o contratado, e o empregado é o tomador de serviço, ou o contratante, caracterizado pela pessoa jurídica ou natural que contrata a prestadora para realização de um determinado serviço.

Cumprе frisar que os trabalhadores são subordinados à empresa prestadora e não à tomadora, ou seja, existe uma relação jurídica triangular, no qual existe um contrato regido pelas leis do Direito Civil entre a empresa tomadora e a prestadora, e entre a empresa prestadora e o trabalhador há um contrato de trabalho. Sendo assim, a empresa passa a atribuir a responsabilidade de determinadas atividades para outras empresas.

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

A terceirização assumiu abrangência apenas nas últimas três décadas no Brasil, sendo considerada como um fenômeno novo para o Direito do Trabalho. Por isso, na época da elaboração da CLT, a saber, na década de 1940, a terceirização não foi regulamentada, sendo feita menção apenas a duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e subempreitada, dispostas no art. 455, compreendendo também a pequena empreitada, que está disposta no art. 652, “a”, III, da CLT.

A falta de disposição sobre a terceirização está explicada uma vez que esse fenômeno não possuía grande alcance no contexto socioeconômico que se encontrava o país nas décadas de 1930 e 1940. Ademais, mesmo quando a economia brasileira despontou nos anos 1950, o modelo das relações de trabalho manteve-se fundado no vínculo bilateral empregado-empregador.

Ao final da década de 1960 e início da década de 1970 vieram os adventos do Decreto-Lei n.200/67 e da Lei n. 5.645/70, sendo instituída referência normativa sobre o fenômeno que hoje é chamado de terceirização. Porém, mesmo assim, tal referência só dispunha a respeito do segmento público do mercado de trabalho, ou seja, administração direta e indireta da União, Estados e Municípios.

Foi a partir da década de 1970 que a terceirização obteve espaço no diploma normativo, sendo incorporada ao campo privado da economia com a Lei n. 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário). Já na década de 1980, a Lei 7.102/83 autorizou a

terceirização do trabalho de vigilância bancária no caráter permanente, sendo contrária à lei supracitada, que era temporária.

A partir das últimas três décadas do século XX, o segmento privado da economia passou a se utilizar cada vez mais da terceirização, independentemente da sua normatização. Ademais, as jurisprudências trabalhistas nos anos de 1980 e 1990 também se submeteram a esse fenômeno, diante da amplitude que estava obtendo no cenário trabalhista, inclusive, sobre o contrato de prestação de serviço, o Tribunal Superior do Trabalho revogou a súmula de nº 256 de 1986, acolhendo a súmula de nº 331, de 1993.

A Súmula nº 331 do TST, que dispõe:

“A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº6.019/74)”.

Com base na Súmula nº 331, se entende por terceirização lícita toda aquela que ocorre na atividade-meio da tomadora, ou seja, a que se dá em atividades secundárias, como de vigilância, conservação e limpeza, e que, ainda, não possui subordinação diante do tomador de serviço.

Sendo assim, não devia haver pessoalidade, ou seja, se a empresa tomadora de serviços estivesse insatisfeita com o serviço prestado, deveria se reportar a empresa que prestou o serviço e não ao trabalhador; e a terceirização ilícita configurava-se quando a atuação era na atividade-fim da empresa tomadora, ou na condição que restava configurada subordinação do trabalhador diante do tomador de serviço.

Antes da Lei 13.429, a terceirização não possuía regra específica na legislação brasileira que a regulamentasse, dessa maneira, os parâmetros para sua atividade se encontravam na súmula supracitada.

A Lei 13.467/17 que dispõe sobre a Reforma Trabalhista estabelece o conceito de terceirização como mais abrangente, a qual alterou o Art. 4o-A da Lei 6.019/74, passando a dispor:

Art. 2º. A Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar com as seguintes alterações:

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

O fato é que o texto desse artigo gera bastante discussão acerca da regularidade da terceirização, uma vez que possibilita a subordinação do vínculo direto entre o trabalhador e a empresa tomadora, fazendo assim que haja vínculo empregatício, o que caracteriza a terceirização irregular.

Diante do crescimento desse fenômeno, é certo que se tem produzido modificações indiscutíveis no mercado de trabalho e na ordem jurídica trabalhista do país. Porém, existe carência quanto o entendimento da dimensão e extensão desse fenômeno, uma vez que é extremamente necessário para que, diante do seu crescimento, os operadores do ramo trabalhista o molde de acordo com as diretrizes do Direito do Trabalho, para que não haja negligência e desrespeito aos seus princípios, institutos e regras.

3 ALTERAÇÕES DAS LEIS A RESPEITO DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

O método da terceirização divide-se em duas modalidades: trabalho temporário e a prestação de serviços por empresa terceirizada. O primeiro estava definido no Art. 2º da Lei 6.1039, que fora alterada pela Lei 13.429/17, que dispõe:

Tabela 1 – Modalidades do método de terceirização

REDAÇÃO ANTERIOR (LEI 6.019/74)	NOVA REDAÇÃO (LEI 13.429/17)
Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.	Art. 2º. Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

Fonte: Autoria própria.

Ou seja, nesta modalidade de terceirização acontece a intermediação da mão de obra, no caso, a empresa prestadora de serviços intermedia o trabalho temporário de um trabalhador em outra empresa, a tomadora de serviços. No caso da atividade-fim, está disposto no §3º, do artigo 9º da mesma lei: “O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.”.

Já no caso da prestação de serviços por empresa terceirizada, dispõe o Art. 4º-A da Lei 6.019/74 que fora reformada pela Lei da Reforma Trabalhista, a Lei 13.467/17:

Tabela 2 – Disposições a respeito da prestação de serviços por empresa terceirizada

REDAÇÃO ANTERIOR (LEI 6.019/74)	NOVA REDAÇÃO (LEI 13.467/17)
Art. 4º - A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada à contratante serviços determinados e específicos. (grifo nosso)	Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.” (grifo nosso)

Fonte: Autoria própria.

De acordo com a tabela supramencionada, torna-se evidente que a nova redação da Lei vai contra o conceito do que é a terceirização. Dessa maneira, a nova regulamentação abre brechas para que a terceirização seja utilizada na atividade principal da empresa contratante, o que a sujeita a sua utilização em uma modalidade irrestrita.

4 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios são pressupostos básicos e fundamentais pela qual uma sociedade deve se orientar. No caso da Administração Pública, alguns dos seus princípios encontram-se esculpidos no caput do art. 37, da Constituição Federal, vejamos:

Art. 37. **A administração pública** direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifos nosso)

Dentre muitos dos princípios norteadores da Administração Pública, o presente estudo apreciará os princípios que estão dispostos no artigo supracitado.

4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“(...) constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.” (DI PIETRO, 2015, p. 98).

De acordo com o princípio da legalidade, o gestor público só pode o praticar atos que a lei permite, ou seja, toda a sua atividade funcional deve estar sujeita ao que a lei impõe e às exigências do bem comum, sob pena de sanções caso desviar-se dessas premissas.

4.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

A interpretação positiva do princípio da impessoalidade na Administração Pública determina que o administrador não deverá favorecer nenhum dos membros da sociedade baseado em critérios individuais e pessoais, considerando, para as decisões, primariamente o interesse público.

A terceirização na contratação de servidores públicos para exercerem atividades-fim dentro de qualquer Órgão é abrir caminhos para o nepotismo, sendo assim, utilizar terceirização como forma de admitir pessoal, evitando-se o princípio da impessoalidade, pode distorcer todo o processo que a envolve.

4.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da moralidade administrativa é diferente da moral comum, uma vez que impõe aos agentes públicos o dever de observância e respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade na prática diária de boa administração. A Constituição Federal definiu a moralidade como padrão de comportamento, dessa maneira, ao cumprir a lei, o princípio já se torna atendido.

4.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “O princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição Federal, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses em sigilo previstas em lei.” (DI PIETRO, 2015, p. 105)

Ou seja, este princípio propicia o dever de divulgação oficial dos atos administrativos. Pois uma vez que os agentes públicos devem atuar de acordo com os interesses da coletividade, o princípio da publicidade permite o controle de legalidade do seu comportamento, divulgando-o para conhecimento público, e demonstrando os efeitos de cada ato.

4.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência impõe à Administração Pública a busca do bem comum por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, prezando pela adoção de critérios legais e morais necessários para melhor utilização dos recursos públicos, buscando evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O princípio da eficiência apresenta-se, na realidade, sob dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.” (DI PIETRO, 2015, p. 117).

O fato é que esse princípio se torna muito importante em uma discussão acerca da terceirização no serviço público, uma vez que ao se tratar da máquina pública faz-se necessário uma melhor atuação de seus agentes, além de uma melhor organização e estruturação por parte da Administração Pública. Pois, o Estado deve se preocupar em produzir resultados positivos e satisfatórios as necessidades da sociedade, o que com a terceirização na modalidade irrestrita, esse princípio possa vir a ser ferido se não houver contratações de qualidade.

5 CONCURSO PÚBLICO: PREVISÃO CONSTITUCIONAL

O concurso público é o processo seletivo que tem por objetivo avaliar candidatos concorrentes a um cargo efetivo no setor público de uma entidade governamental. Esse método é exigido e utilizado para avaliar a competência dos candidatos relativos ao cargo pelo qual estão concorrendo e para evitar que políticos que ocupem cargos eletivos usem de sua influência para fornecer empregos públicos, o que desrespeita os princípios da igualdade e isonomia.

O ingresso no setor público é acessível aos brasileiros, natos ou naturalizados, aos portugueses e equiparados que preencham os requisitos estabelecidos em lei, e desde a Emenda Constitucional nº 19, em 04 de junho de 1998, aos estrangeiros, na forma da lei, sendo proibida qualquer possibilidade de discriminação.

O que dispõe os incisos I e II do artigo 37 da Constituição Federal, sobre o ingresso no setor público:

Art. 37. (...)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (grifo nosso)

Ainda sobre, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“A exigência de concurso público é feita também para ingresso nas carreiras institucionalizadas pela Constituição: para ingresso na Magistratura, no cargo inicial de juiz substituto, o artigo 93, I, exige concurso público de provas e títulos com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases; para ingresso na carreira do Ministério Público, o artigo 129, § 3º, faz idêntica exigência; iniciais da Advocacia Geral da União (art. 131, § 2º), na carreira de Procurador do Estado (art. 132) e na de Defensor Público (art. 134, § 1º).” (DI PIETRO, 2015, p. 670)

O concurso público é a forma democrática e segura para o preenchimento de cargos no setor público. Ademais, permite que pessoas sem influência política conquistem cargos de qualquer nível de escolaridade. Ou seja, o concurso público é a método mais eficiente para a observação do princípio da impessoalidade.

5.1 EXCEÇÕES AO CONCURSO PÚBLICO

Apesar da obrigatoriedade da aprovação em concurso público para a investidura em cargos públicos, também existem hipóteses legais de contratação de pessoal sem que haja essa necessidade.

Para cargos em comissão, o artigo 37, II da Constituição Federal, dispensa o concurso público, mas não significa que existe a livre escolha dos seus ocupantes, uma vez que a lei é que definirá os casos, condições e percentuais mínimos para o provimento da contratação desses cargos. Como preceitua o inciso V do mesmo dispositivo, segue:

Art. 37. (...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Ademais, com intuito de prevenir ofensas ao que preceitua a Constituição Federal e em defesa da Administração Pública contra os riscos do denominado nepotismo, em especial, garantir a aplicação dos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência, buscou-se, por meio de enunciado amplo, oficializar a proibição de contratação em tais moldes, dispõe a Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

Além dos cargos em comissão, a Constituição Federal ainda estabelece exceções referentes à nomeação dos membros dos Tribunais (artigos 73, §2º, 94, 101, 104, parágrafo único, II, 107, 111-A, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, 119, II, 120, III e 123).

Há casos em que existe a carência de pessoal qualificado, num determinado momento e/ou para uma determinada tarefa. De acordo com o inciso IX, do artigo 37 da Constituição Federal: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. Nesses casos, via de regra, é possível a contratação de pessoal sem a realização de concurso público, uma vez que há a ocorrência de um evento imprevisto, ou cujos efeitos, por negligência, não foram devidamente dimensionados, nos quais se têm necessidade urgente de atuação do Estado. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“[...] a demora do procedimento do concurso público pode ser incompatível com as exigências imediatas da Administração, em caso, por exemplo, de epidemia ou outra calamidade pública.” (DI PIETRO, 2015, p. 673)

No âmbito federal, a Lei nº 8.745, de 1993, alterada por leis posteriores, em seu artigo 1º dispõe sobre a contratação por tempo determinado:

“Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei.”

Já seu artigo 2º, indica os casos de excepcional interesse público.

6 INCONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como previamente fundamentado, o concurso público é o meio democrático de acesso a à carreira no setor público, sendo assim, a permissão da terceirização de forma irrestrita nesse setor acaba burlando o seu conceito essencial, e conseqüentemente, indo contra o que está disposto na Constituição Federal.

Corroborando com o exposto, é o entendimento do Juiz Federal William Douglas, conforme trecho de entrevista publicada pelo site Folha Dirigida:

“O juiz federal William Douglas também afirmou que o texto se torna inconstitucional ao permitir a terceirização de funções inerentes a concursados na forma que prevê a Constituição”. “Não é exagero afirmar que o texto do PL é aberrante à ordem constitucional vigente”, disse.

Também para ele, a aprovação da proposta com essa possibilidade viola o princípio do acesso democrático ao serviço público. “Com certeza poderá permitir a contratação indiscriminada de terceirizados, aí incluindo parentes, afins, companheiros e esposas.”

Com relação à possibilidade de terceirização das atividades-fim no serviço público, o magistrado se mostrou convicto de que a medida não terá efetividade. “O Congresso, ao aprovar essa ideia, irá se submeter a um novo constrangimento, pois a **terceirização do serviço público, mesmo que aprovada, não será aplicada, pois com certeza será objeto de ação direta de inconstitucionalidade**”, disse ele.

William Douglas afirmou que há precedente do STF que permite dizer que a ação de inconstitucionalidade será bem sucedida. Ainda segundo ele, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal Superior do Trabalho (TST) também já manifestaram entendimento contrário à terceirização indiscriminada no serviço público, assim como o Tribunal da Contas da União (TCU).

Segundo ele, a questão poderá ainda ser tratada por meio de mandado de segurança pelo concursando, para que tenha sua nomeação realizada por burla ao concurso, e por meio de ação civil pública contra a contratação de empresa terceirizada pelo poder público.

De acordo com posicionamento da equipe do deputado Laércio Oliveira, relator do PL 4.302/98, **no serviço público, a terceirização seria limitada pela Constituição, assim como por outros dispositivos legais.**"

(FOLHA DIRIGIDA, 2017) (grifo nosso)

Conforme supracitado, a nova regulamentação acerca da terceirização para atuar nas atividades-fim do setor público torna-se inconstitucional, uma vez que uma lei infraconstitucional não pode ferir preceitos de uma lei constitucional, muito menos ferir princípios da Administração Pública. Além disso, retrata a possibilidade de contratação desordenada de terceirizados para atuação no serviço público, o que caracterizaria o nepotismo.

Neste sentido, o STF editou a Súmula 685, que dispõe:

"É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido."

No contexto trabalhista atual já é possível perceber problemáticas referentes à utilização irrestrita da terceirização no setor público. A título de exemplo, apresenta-se a recente jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em epígrafe:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONCURSO PÚBLICO - TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES-FIM - OFENSA A PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ARTIGO 11 DA LEI Nº 8429/1992) - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMPROVADA - SENTENÇA REFORMADA. - Os atos de improbidade que violem os princípios da Administração Pública independem

da efetiva constatação de dano ao patrimônio público. Exige-se, todavia, a presença do elemento subjetivo (dolo do agente). Restando evidenciado que **o Administrador Público deixou de realizar concurso público para o preenchimento de cargos efetivos, preferindo terceirizar a mão de obra, impõe-se sua condenação por improbidade administrativa.** (TJ-MG - AC: 10024131696353001 MG, Relator: Elias Camilo, Data de Julgamento: 06/03/2018, Data de Publicação: 27/03/2018) (BRASIL, 2018) (grifos nosso).

No caso em tela, fora ajuizada ação civil pública por ato de improbidade administrativa do então Secretário de Estado de Saúde do estado de Minas Gerais Ministério Público do mesmo estado, uma vez que aquele se utilizou de contrato celebrado com a empresa MGS - Minas Gerais Administração e Serviços para terceirizar atividades privativas de servidores públicos.

O número de empregados terceirizados pelo Secretário passava de 2.000 (dois mil), enquanto o número de servidores efetivos era de pouco mais de 2.700 (dois mil e setecentos). Ademais, apesar de os contratos firmados entre as partes estabelecerem a contratação deste pessoal para o exercício de atividades-meio, o Secretário do Estado de Saúde se valeu destes para contratar pessoal ligado à atividade-fim, sendo contratados funcionários terceirizados para ocupar cargos de nível superior, cujos salários eram maiores que os pagos aos servidores efetivos com a mesma função. Assim, o Secretário se serviu deste contrato com a empresa durante quatro anos consecutivos, burlando a norma constitucional de acesso aos cargos públicos.

Outro princípio desrespeitado é o da isonomia, uma vez que o processo de terceirização aplicado no setor público, assim como ocorre no setor privado, tem apresentado distorções em relação à remuneração do trabalhador, pois, via de regra, os trabalhadores terceirizados são contratados com salários menores que os praticados aos servidores efetivos.

Além das distorções salariais, alguns benefícios ou vantagens, como auxílio alimentação, vale transporte, assistência médi-

co-odontológica, entre outros, oferecidos aos servidores efetivos, costumam não ser disponibilizados aos terceirizados, o que contribui para aumentar a diferença entre os salários efetivamente pagos às duas categorias profissionais.

No caso supramencionado, devemos prestar atenção no fato de que esta prática foi utilizada para fugir à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), pois as despesas com a terceirização não compõem o cálculo dos percentuais de gastos com o pessoal efetivo, o que acaba auxiliando o gestor público a manter o equilíbrio das contas públicas, além de representar um ganho em termos de redução de custos.

A Lei Complementar nº 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), está alicerçada sobre os princípios constitucionais contemplados no artigo 37 da Constituição Federal, bem como a normatização constitucional do Título VI, Capítulo II, que trata da tributação e orçamento. Esta se traduz como um instrumento de fiscalização e controle do dinheiro público, além disso, como diretriz da conduta do gestor público, principalmente por adotar o princípio da transparência fiscal.

De acordo com Ricardo Basto Ferraz, “entre 30% e 50% dos funcionários das estatais são terceirizados, estima a Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública, ligada ao Ministério Público do Trabalho” (FERRAZ, 2006, p. 252). Esse elevado número da terceirização no serviço público é decorrente da imposição que o gestor público sofre para não infringir o rigor desta Lei e vir a sofrer as sanções cabíveis.

A contratação de trabalhadores terceirizados pelo serviço público tem como resultado uma ameaça real aos regimes jurídicos adotados na Administração Pública do Brasil, pois além da possibilidade de contrariar a legislação pertinente, existem riscos decorrentes desse processo, conforme enfatiza Fernando Basto Ferraz, ao demonstrar alguns fatos e consequências identificados pelo Ministério Público do Trabalho:

“O que o Ministério Público do Trabalho já identificou:

- As estatais contratam terceirizados em vez de empregar pessoas que prestaram concurso público
- Estão mais sujeitos a acidentes de trabalho
- Não têm o mesmo treinamento dos funcionários efetivados
- Os terceirizados recebem salários inferiores e não têm os mesmos direitos que os efetivos (contratados com carteira)” (FERRAZ, 2006, p. 252).

Nesse mesmo sentido, Ricardo Resende elenca como possíveis ameaças à aplicação do processo de terceirização na Administração Pública:

- a) Precarização dos direitos trabalhistas em geral e rebaixamento de salários, em especial;
- b) Precarização do meio ambiente de trabalho, ante a pulverização dos trabalhadores;
- c) Enfraquecimento do movimento sindical, mediante a dispersão dos trabalhadores em inúmeras empresas pequenas, sem qualquer preocupação com sua integração social” (RESENDE, 2014, p. 230-231).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dos objetivos da Reforma Trabalhista de flexibilizar as relações de emprego, os seus impactos não são inteiramente positivos, uma vez que princípios constitucionais e supralegais parecem ter sido colocados de lado para a elaboração da nova lei.

Com o intuito de evitar excessos de gastos públicos, uma vez que se encontra sujeito a sanções de acordo com o disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), o gestor público passou a se valer do processo de terceirização. No entanto, para que haja segurança jurídica, o gestor público deve obedecer à referida lei e exercer a contratação de funcionários públicos em consonância ao disposto nos regimes jurídicos aplicados na Administração Pública

e ao preceito constitucional que obriga a aprovação em concurso público para investidura no serviço público, de acordo com o disposto no artigo 37, inciso II da Constituição Federal de 1988.

Apesar das divergências diante da aplicação da terceirização em determinadas atividades na Administração Pública, é inegável que a sua prática irrestrita e intensiva penaliza o Estado, na medida em que esta passar a se tornar completamente dependente dos serviços executados pelas empresas prestadoras dos serviços.

O fato é que a prática descontrolada e intensiva da terceirização na Administração Pública pode fazer com que o Estado se torne completamente dependente dos serviços executados pelas empresas prestadoras de serviços ou que fique à mercê dos políticos e da prática do famigerado nepotismo. Essa dependência seria inevitável, uma vez que o Estado abriria mão de realizar concursos públicos para contratação de pessoal.

No contexto atual, diante da nova lei que permite a terceirização irrestrita, muitos irão se aproveitar dessa prática para poder promover o nepotismo e se utilizar dos benefícios que os cargos públicos trazem. Sendo assim, está demonstrada a inconstitucionalidade da terceirização nessa modalidade.

A máquina pública necessita de funcionários mais eficientes para a obtenção de melhores resultados, posto isto, como supracitado no presente estudo, o concurso público acaba funcionando como uma espécie de “peneira” que permite apenas que àqueles que estejam mais preparados cheguem à obtenção de cargo público efetivo, ou seja, aqueles que são competentes para exercer prestação de serviços de maneira mais eficiente para suprir as necessidades do interesse coletivo.

Por fim, pode-se concluir que contratação de mão de obra terceirizada constitui uma ameaça à boa gestão pública, uma vez que ao ferir preceitos e princípios constitucionais e da Administração Pública resulta em consequências como a ausência de qualidade de serviços e a pouca eficiência dos métodos de

contratação. Ou seja, a utilização da terceirização irrestrita resulta em um processo desvantajoso para a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

- ASSUNÇÃO, R. F. **A terceirização no setor público é constitucional?**. 2017. Disponível em: <<https://francatto9.jusbrasil.com.br/artigos/442915271/a-terceirizacao-no-setor-publico-e-constitucional>>. Acesso em: 03 mai. 2018.
- BENHAME, M. L. **Nova Lei de Terceirização – o que muda nas contratações?**. 2017. Disponível em: <https://www.jurisite.com.br/advogado_foco/nova-lei-de-terceirizacao-o-que-muda-nas-contratacoes/>. Acesso em: 22 nov. 2017.
- BORGES, A. **Aprovada a ampliação da terceirização: Juristas afirmam que a decisão é inconstitucional**. 2017. Disponível em: <<https://folhadirigida.com.br/noticias/concurso/especial/aprovada-terceirizacao-no-setor-publico-juristas-afirmam-que-decisao-e-inconstitucional>>. Acesso em: 03 mai. 2018.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº5452, de 1º de maio de 1943: Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial dos Estados Unidos do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943. Secção 1, p. 11937-11984. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/19276>>. Acesso em: 15 out. 2017.
- _____. **TJ-MG – AC: 10024131696353001 MG, Relator: Elias Camilo, Data de Julgamento: 06/03/2018, Data de Publicação: 27/03/2018**. 2018. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/560827864/apelacao-civel-ac-10024131696353001-mg/inteiro-teor-560827938>>. Acesso em: 03 mai. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo, 168 p., 1990.

_____. **Lei 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: 15 out. 2017.

BRUNO, D.; NELSON, L. N. Lei abre brechas para terceirização no setor público e pode diminuir concursos. 2017. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/economia/lei-abre-brechas-para-terceirizacao-no-setor-publico-pode-diminuir-concursos-21106669.html>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

CALCINI, R. S. **Contrato de trabalho anterior à reforma trabalhista deve seguir Súmula 331.** 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-29/ricardo-calcini-contrato-anterior-reforma-trabalhista-seguir-sumula-331>>. Acesso em: 17 out. 2017.

CARNEIRO, F. M. A. A terceirização na administração pública: vantagens, desvantagens e ameaças ao regime jurídico das relações do trabalho. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 2, n. 2, p. 61-80, 2016.

CORREIA, H. **Direito do trabalho para os concursos de analista do TRT e MPU.** 10ª ed Salvador: JusPODIVM, 2017.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho.** 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

DE MORAIS, J. F. **Os impactos da terceirização nos contratos de trabalho e a terceirização de atividade-fim do tomador de serviços.** 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58984/os-impactos-da-terceirizacao-nos-contratos-de-trabalho-e-a-terceirizacao-de-atividade-fim-do-tomador-de-servicos>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, F. B. **Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2006.

GARCIA, G. F. B. **Lei não é clara quanto a permissão para atividade-fim**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>>. Acesso em: 19 out. 2017.

JORGE NETO, F. F.; CAVALCANTE, J. Q. P.; WENZEL, L. C. M. A **terceirização, o Direito do Trabalho e a Lei 13.429/17[1]**. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/05/08/terceirizacao-o-direito-trabalho-e-lei-13-429171/>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

LEITE NETO, G. M. **Terceirização e a Lei de Responsabilidade Fiscal - MEF14682 - BEAP**. Disponível em: <<http://www.etecnico.com.br/paginas/mef14682.htm>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PIRES, V. C. F. C. **Administração pública: princípio da legalidade**. 2012. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7643/Administracao-Publica-principio-da-legalidade>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

RESENDE, R. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 4ª ed., São Paulo: Editora Método, 2014.

SILVA, J. S. T. **Terceirização e a precarização do trabalho**. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI72951,11049-Terceirizacao+e+precarizacao+do+trabalho>>. Acesso em: 27 nov. 2017

VALOIS, F. A atuação do Princípio da Eficiência. 2003. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1099/A-atuacao-do-Principio-da-Eficiencia>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

VIANA, M. T. **Para entender a terceirização**. 2^a ed. São Paulo: LTr, 2017.

AUTONOMIA DA VONTADE E AS RELAÇÕES TRABALHISTAS NO BRASIL APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 – REFORMA TRABALHISTA

Daniela Pinheiro Gomes Pessoa¹

RESUMO

O presente artigo propõe-se à análise da autonomia da vontade inerente aos contratos de emprego após a vigência da lei nº 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 nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

INTRODUÇÃO

¹ Daniela Pinheiro Gomes Pessoa. 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. E-mail: danipgpessoa@hotmail.com

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 nº 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 nº 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 pacto *sunt seroanda*, 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.

1. EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O SURGIMENTO DO CONTRATO DE EMPREGO

O trabalho sempre foi inerente à condição humana e relacionado à 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 esses tempos.

Nos idos do século 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 civil².

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. Vigê agora a lei da oferta e da procura e o liberalismo econômico, corrente filosófica segundo a qual o mercado deve-se auto regular. O trabalho humano passou a ser substituída 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

² ENGELS, Friedrich. **A Origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

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 Weber³ retrata tal momento econômico e político pontuando que o Estado no plano da economia não é necessário, e que os particulares conseguem, por meio de um poder coativo próprio, regular suas transações, 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 Scheffer⁴:

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.

³ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. 1. ed. Brasília: UNB, 1999.

⁴ SCHEFFER, Gustavo Seferian. **A ideologia do Contrato de Trabalho** – Contribuição à Leitura Marxista da Relação Jurídico Laboral. São Paulo, LTR, 2016, pg. 59.

Karl Marx⁵ 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 estanque na linha de produção. O modelo fordista expressa tal realidade, em que 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 Ribeiro⁶, 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.

⁵ MARX, Karl. **O capital**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

⁶ RIBEIRO, Darcy. **O processo civilizatório**: etapas da evolução sociocultural. São Paulo: Companhia da Letras; Publifolha, 2000.

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 por meio 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 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 artigo 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 Matias⁷:

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, transmudando 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, em que 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 empre-

⁷ R. Jur. UNI7, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 115-126, jan./jun. 2018.

sarial, sobressaltando-se a intermitência na prestação de serviços⁸. Pontua Octavio Ianni⁹:

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 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 Friedman¹⁰:

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

⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

⁹ IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, pg. 117.

¹⁰ FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. Rio de Janeiro: LTC, 2017, pg. 114.

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 nº 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.

No mesmo trilhar de ideias, a Lei nº 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 subordinada.

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 nº 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.

2. A AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS PRIVADOS - PECULIARIDADE TRABALHISTA

A autonomia da vontade sempre foi inerente ao direito dos contratos, lembrando Enzo Roppo¹¹, 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 por meio 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 peso jurídico. Com fulcro no direito romano até meados do século XX, ensina-nos Antonio Santos Justos¹²:

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.

¹¹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

¹² JUSTUS, Antonio Santo. **A autonomia da vontade e as Condições Gerais do Contrato de Roma ao Direito Atual**. Fortaleza: Imprece, 2003.

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. 4.º 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. 5.º 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 criarem, extinguirem ou modificarem 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 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 primeira¹³. 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 (artigo 81). Ou seja, a liberdade de o que,

¹³ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues Junior. **Revisão Judicial dos Contratos**. São Paulo, Atlas, 2006.

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 (artigo 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, em que 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 às 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, em que o detentor dos meios de produção ditava todas as regras contratuais, submetendo o prestador à jornadas de trabalho exaustivas, ao pagamento de salários irrisórios, às condições insalubres de trabalho e a todo tipo de discriminação. Diante da total ausência de normas tutelares estatais trabalhistas limitando as contratações empregatícias, Luiz Antonio V. Calhao Filho recorda¹⁴ 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.

¹⁴ FILHO, Luiz Antonio V. Calhao. **A Nova Era Trabalhista: Uma Abordagem Histórica do Direito do Trabalho, Sua Evolução e seu Futuro Após a Reforma Trabalhista.** SÃO Paulo, Ltr, 2018, pg.

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 (pacto sunt servada).

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 pacto 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 aceitava as cláusulas impostas pelo empregador ou morreria de fome ou doença. Sobre essa condição discorre Evaristo de Moraes¹⁵:

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.

¹⁵ MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de Direito Operário**.4.ed. SãoPaulo: LTr, 1998. p.19.

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 Social do Bem-Estar 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 interpartes. Com propriedade percebe Maurício Godinho Delgado¹⁶:

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 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 artigo 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.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: Entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos de Reconstrução**. São Paulo: LTR, 2017, pg. 31.

Conclui-se que a autonomia da vontade inerente aos contratos privados nunca foi semelhante àquela 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 autorregular. Isso 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 enlances trabalhistas, sob pena da parte mais fraca atora no contrato de emprego sucumbir às determinações desenfreadas do empregador.

3. DA AUTONOMIA DA VONTADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 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 Friedman¹⁷, 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. Murício Godinho Delgado¹⁸ atribui tal virada de pensamento aos seguintes fatores específicos: nova revolução tecnológica, processo de reestruturação

¹⁷ FRIEDMAN. **Capitalismo e Liberdade**. São Paulo: LTC, 2014.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: Entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos de Reconstrução**. São Paulo: LTR, 2017.

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 Maurício Godinho Delgado¹⁹ 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 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

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: Entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos de Reconstrução**. São Paulo: LTR, 2017, pg. 39.

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 por meio 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 inerente 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 Standing²⁰:

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 d empresa que várias gerações dos que se viam como pertencentes ao proletariado industrial ou

²⁰ STANDING, Guy. **O precariado**: A nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, pg. 47.

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 nº 13.467/2017, privilegiando as negociações autônomas a despeito dos direitos sociais positivados na própria Constituição Federal de 1988. Destaca-se em especial o artigo 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 artigo 611-B da CLT consagra a supressão ou a redução dos direitos basicamente previstos no artigo 7º da Constituição Federal que ostentam natureza jurídica de direitos fundamentais dos trabalhadores dispondo 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 artigo 444 da CLT que a livre estipulação das partes aplique-se às hipóteses previstas no art. 611-A, a nosso ver, incorre em flagrante inconstitucionalidade.

O caput do artigo 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

artigo 7º? Estaríamos retroagindo ao século XVIII, em que 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 em face de seu caráter progressista e modernizante. A respeito, sintetiza Maurício Godinho Delgado²¹:

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 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

²¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: Entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos de Reconstrução**. São Paulo: LTR, 2017, pg. 121.

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 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 Maurício Godinho Delgado²²:

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 nº 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

²² DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego**: Entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos de Reconstrução. São Paulo: LTR, 2017, pg. 55.

civilizatório do Direito do Trabalho, provocando desequilíbrio social imensurável.

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 atoras 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 Ramos²³ 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

²³ 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**. 1ed. São Paulo: LTR, 2018.

políticas públicas garantidoras de postos de trabalhos e direitos mínimos dos trabalhadores condizentes com a dignidade humana por meio 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 artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo a redação dada pela Lei nº 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 artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

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**. 1ed. São Paulo: LTR, 2018.

DELGADO, Maurício 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.

FILHO, Luiz Antonio V. Calhao. **A Nova Era Trabalhista: Uma Abordagem Histórica do Direito do Trabalho, Sua Evolução e seu Futuro Após a Reforma Trabalhista**. SÃO Paulo, Ltr, 2018.

FRIEDMAN. **Capitalismo e Liberdade**. São Paulo: LTC, 2014.

IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues Junior. **Revisão Judicial dos Contratos**. São Paulo, Atlas, 2006.

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 São 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: Companhia da Letras; Publifolha, 2000.

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 Editora, 2017.

CONTRA O REVISIONISMO HISTÓRICO E A SUPRESSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO

Valdete Souto Severo
Jorge Luiz Souto Maior

Nossa intenção com esse texto é debater, academicamente, o voto já expresso pelo Ministro Luís Roberto Barroso, na ADI 5766, pela qual se questiona a constitucionalidade dos artigos 790-B (caput e § 4º), 791-A, § 4º e 844, § 2º da CLT, com a redação que lhes fora dada pela Lei n. 13.467/17 (a lei da “reforma” trabalhista).

É importantíssimo estabelecer esse debate público, porque o Ministro fez várias considerações valorativas que transbordaram a interpretação dos textos legais e que foram expressas com a motivação clara de tentar direcionar o posicionamento do STF em todas as demais matérias afetas à “reforma” trabalhista.

As considerações tiveram a relevante preocupação de advertir para a importância de se trazer para o processo mental de atribuição de sentido jurídico à lei a realidade atual das relações de trabalho, assim como de se avaliar as implicações econômicas das novas regras.

No entanto, tudo leva a crer que o ilustre Ministro foi induzido a erro por suas fontes e, por isso, é necessário e urgente colocar as coisas em seu devido lugar.

1. Interpretando ou legislando?

A ementa do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, na ADI 5766, foi assim redigida, conforme leitura feita na sessão em que feita a votação:

“As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta. O descasamento entre o custo individual de postular em juízo e o custo social da litigância faz com que o volume de ações siga uma lógica contrária ao interesse público. A sobreutilização do Judiciário congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais, vale dizer afeta, em última análise, o próprio direito constitucional de acesso à justiça. Dessa forma, é constitucional a cobrança de honorários sucumbenciais dos beneficiários da gratuidade de justiça, como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos aventureiros. A gratuidade continua a ser assegurada pela não cobrança antecipada de qualquer importância como condição para litigar. O pleito de parcelas indevidas ensejará, contudo, o custeio de honorários ao final, com utilização de créditos havidos no próprio feito ou em outros processos. Razoabilidade e Proporcionalidade da exigência. Todavia, em resguardo de valores alimentares e do mínimo existencial, a utilização de créditos havidos em outros processos observará os seguintes critérios: 1) Não exceder a 30% do valor líquido recebido por aplicação analógica das normas que dispõem sobre o desconto em verbas alimentares; 2) Não incidir sobre valores inferiores ao teto do Regime Geral da Previdência Social, atualmente R\$ 5.645,80.

Também é constitucional a cobrança de custas judiciais dos beneficiários da justiça gratuita que derem ensejo ao arquivamento do feito em razão do não comparecimento

injustificado à audiência. Respeito e consideração à justiça e à sociedade que a subsidia, ônus que pode ser evitado pela apresentação de justificativa para a ausência. Por fim, e igualmente constitucional o condicionamento da propositura de novação ao pagamento das custas judiciais decorrentes do arquivamento. Medida adequada a promover o objetivo de acesso responsável à justiça.

Dispositivo: Interpretação conforme a Constituição dos dispositivos impugnados para assentar como teses de julgamento: 1) O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários aos seus beneficiários. 2) A cobrança de honorários sucumbenciais poderá incidir: 1. Sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais em sua integralidade. 2. Sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas remuneratórias. 3) É legítima a cobrança de custas judiciais em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante sua prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.”

Da leitura da ementa extrai-se, de plano, a conclusão de que o Ministro, embora não tenha dito que os artigos postos em discussão são inconstitucionais, acabou fazendo-o por via transversa, já que, concretamente, para atender aos preceitos constitucionais, do modo como os vê, conferiu nova redação aos textos legislativos.

Restou claro que na visão do Ministro Barroso os artigos não podem ser aplicados em sua literalidade. Aliás, sob o ângulo de visão dos defensores da “reforma”, o Ministro teria se recusado a aplicar a “reforma”.

Para que essa percepção não fosse ao ponto da explicitação de uma inconstitucionalidade, que seria um baque ainda maior para os objetivos da “reforma”, encontrou-se a saída de reescrever os textos legais.

Não nos parece, no entanto, que seja legítimo ao Poder Judiciário, sob o pretexto de salvar a obra legislativa, se colocar na posição do Legislativo e reescrever o texto legal.

Além disso, a ementa é contraditória. Ao mesmo tempo em que admite que os créditos obtidos no processo em que haja o “pleito de parcelas indevidas”, sem qualquer limitação, sejam utilizados para pagamento dos custos do processo, fixando restrição apenas para os “créditos havidos em outros processos”, com relação aos quais se devem observar os critérios de: “não exceder a 30% do valor líquido recebido por aplicação analógica das normas que dispõem sobre o desconto em verbas alimentares” e de “não incidir sobre valores inferiores ao teto do Regime Geral da Previdência Social, atualmente R\$ 5.645,80”; mais abaixo, no dispositivo, mistura tudo e estabelece novos critérios, chegando até mesmo a abandonar a diferenciação em torno das “verbas alimentares”, que passam a ser tratadas como “verbas remuneratórias”.

No dispositivo da ementa consta o seguinte:

“A cobrança de honorários sucumbenciais poderá incidir: 1. Sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais em sua integralidade. 2. Sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas remuneratórias. 3) É legítima a cobrança de custas judiciais em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante sua prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.”

Ou seja, para consertar a lei, o Ministro criou, arbitrariamente, uma normatização mais confusa que a da própria lei. Como se diz, popularmente, “a emenda ficou pior que o soneto”, ou, no caso concreto, “a ementa ficou pior que a lei”.

2. Redução de custos não amplia o mercado de trabalho

Os pressupostos de todo o raciocínio expresso no Ministro do relator Luís Roberto Barroso estão lançados, expressamente, no início de sua fala, quando, após dizer que “em uma sociedade desigual, um dos principais papéis do Estado é contribuir para a redução da desigualdade e para o enfrentamento da pobreza” e que isso depende do “crescimento econômico e da distribuição justa de recursos”, afirma textualmente:

“as diretrizes que pautam o raciocínio que a seguir vou desenvolver são as seguintes: Qual dentre as interpretações possíveis facilita o crescimento com a expansão do mercado de trabalho? Qual dentre as interpretações possíveis produz a melhor alocação de recursos sociais, porque isso é imprescindível para a distribuição de justiça e de riqueza?”

Vê-se, claramente, que o Ministro fez uma escolha axiológica, para determinar quais deveriam ser os objetivos da lei: ampliar o mercado de trabalho e distribuir justiça e riqueza.

Há, no entanto, arbitrariedade na escolha e ilusão quanto aos efeitos.

Ora, como disse o próprio Ministro, o crescimento econômico é o determinante na produção de empregos e, portanto, não é a lei que amplia o mercado de trabalho. A lei, primeiro, regula o mercado de trabalho, visando à preservação de valores humanos sem os quais a sociedade se desfaz e que nenhum sucesso econômico é, por si, capaz de reverter, e contribui para uma melhor distribuição da riqueza produzida.

Não se pode imaginar que o Direito possa gerar crescimento econômico e muito menos que a isso se chegue com a mera redução dos custos representados pelas normas jurídicas que estipulam valores humanos mínimos aos trabalhadores.

Como consagrado desde o Tratado de Versalhes, quando se criou a Organização Internacional do Trabalho, 1919, “o trabalho

humano não é simplesmente mercadoria de comércio” e este compromisso foi internacionalmente assumido pelos diversos países exatamente para que não se buscasse nunca mais a solução de problemas econômicos por meio da eliminação da condição humana dos trabalhadores.

Então, as garantias jurídicas trabalhistas não são equações matemáticas das quais se podem abrir mão. São, isso sim, os valores que se entendem necessários respeitar para que se possa construir uma sociedade que se rege pelo império da paz social. Os custos desses direitos, portanto, constituem um “problema” que a economia deve obrigatoriamente observar.

O “mercado de trabalho” não é um ente com vida própria, mas sim, o resultado da circulação de riquezas. Em um país capitalista, não há produção, nem circulação de riquezas, sem emprego, com salário adequado e tempo para o consumo. Trata-se de dois fatores que já eram apontados desde o início da regulação especial das relações de trabalho pelos estados capitalistas e, portanto, desde o Século XVIII.

Não é possível, pois, considerar que se possa, pela via da interpretação da lei, ampliar o mercado de trabalho.

3. Crença sem história

Na sequência, o Ministro Barroso promete que vai introduzir uma análise empírica, fazendo-o nos seguintes termos:

Depois de ter estabelecido que essas são as premissas interpretativas que irei adotar, eu gostaria de compartilhar três experiências, três precedentes que marcam o modo como eu interpreto esta matéria que está sob julgamento.

A abordagem é, na verdade, autorreferencial. O Ministro não faz uma investigação empírica para encontrar as respostas das perguntas que formulou inicialmente. De fato, já possuía um posicionamento, deslocado de qualquer análise fática, e é esse seu

modo pessoal de compreender alguns institutos jurídicos que chama de “experiência”.

Ao trazer essa “experiência”, ou como chama o Ministro, compartilhar “essa primeira crença”, ele afirma que “proteção fora da justa medida desprotege além de infantilizar indivíduos, que precisam ser autônomos e precisam ser responsáveis pelas decisões que tomam”. Menciona o “efeito sistêmico negativo que o excesso de protecionismo, muitas vezes, acarreta”.

Essas considerações, no entanto, não possuem qualquer base científica. Aliás, são baseadas, como o próprio Ministro pontua, em uma “crença” e nos parece pouco adequado que se firmem posicionamentos judiciais, ainda mais na Corte Suprema do país, com base em “crenças”.

Essa “crença” de que “proteção fora da justa medida desprotege além de infantilizar indivíduos, que precisam ser autônomos e precisam ser responsáveis pelas decisões que tomam” era a que imperava no século XVIII e que, mantida prevalecente no século XIX, gerou todo o desajuste social e econômico que conduziu a humanidade a duas guerras mundiais.

A “crença” do Ministro remete aos postulados básicos de um Direito na ordem liberal¹ quando se considerava que: a) a preocupação com o próximo decorre de um dever moral: tornar esse dever uma obrigação jurídica elimina a moral que deve existir como essência da coesão social; b) todo direito obrigacional emana de um contrato: a sociedade não deve obrigação a seus membros; só se reclama um direito em face de outro com quem se vincule pela via de um contrato; c) a desigualdade social é consequência da economia (e a igualdade, também): quando o Direito procura diminuir a desigualdade, acaba acirrando a guerra entre ricos e pobres (ricos, obrigados à benevolência, buscam eliminar o peso do custo de tal obrigação; pobres, com direitos, tornam-se violentos); d) a fraternidade é um conceito vago que não pode ser

¹. Vide EWALD, François. *Historie de l'État Providence: les origines de la solidarité*. Paris: Grasset, 1996, pp. 23 e ss.

definido em termos obrigacionais; e) o Direito só tem sentido para constituir a liberdade nas relações intersubjetivas, pressupondo a igualdade (a ordem jurídica tem a função de impedir os obstáculos à liberdade); f) o Direito não pode obrigar alguém a fazer o bem a outra pessoa; g) “em uma sociedade constituída segundo o princípio da liberdade, a pobreza não fornece direitos, ela confere deveres”².

Como consequência lógica, dizia-se que os riscos a que se sujeitam os trabalhadores em um ambiente do trabalho não podem ser imputados a quem os subordina e muito menos à sociedade³.

Queria se crer que as incertezas da vida e os seus riscos atingiam a todos igualmente; não se tratava, pois, de atributo de uma certa classe de homens. Assim, caberia a cada um ganhar sua segurança no exercício pleno da liberdade. A previdência, de natureza individual, apresentar-se-ia, pois, como a virtude liberal por excelência. “Riqueza e liberdade têm a mesma origem, a liberdade. O pobre poderia ser rico pela mesma virtude que fez a riqueza do rico. Assim, assegurar seria apenas uma atribuição de cada um. Querer descarregar sobre outro a sua responsabilidade é abdicar de sua liberdade, renunciar a sua qualidade de homem, desejar a escravidão”⁴.

Neste sentido, haveria, sobretudo, uma responsabilidade de cada um por atingir os meios de sua sobrevivência, inclusive quanto aos aspectos dos riscos presentes e futuros. “Em outras palavras, no modelo liberal não há *vítimas*. Neste sentido, inicialmente, apenas o fato de sofrer um mal não vos confere nenhum direito sobre nada. Neste sentido, ainda, somente à própria vítima, qualquer que sejam os sentimentos de piedade e de

². EWALD, François. *Historie de l'État Providence: les origines de la solidarité*. Paris: Grasset, 1996, p. 35.

³. EWALD, François. *Historie de l'État Providence: les origines de la solidarité*. Paris: Grasset, 1996, p. 35.

⁴. EWALD, François. *Historie de l'État Providence: les origines de la solidarité*. Paris: Grasset, 1996, p. 36.

compaixão que ela possa inspirar, é supostamente sempre o autor de seu destino”⁵.

Pela noção jurídica de responsabilidade civil no modelo liberal, portanto, “não há nenhum desejo de uma ação corretiva da sociedade sobre a natureza. A responsabilidade jurídica apenas remete as coisas ao seu estado: ela não corrige, ela restabelece, repara”⁶.

Na nova racionalidade jurídica, que conduziu à formação do Direito Social, para superar as causas que conduziram a humanidade às duas guerras mundiais, toda essa lógica matemática, economicista, foi abandonada, colocando-se os valores humanos em primeiro plano.

Fundamentalmente, difere o novo modelo jurídico do que lhe é antecedente e contrário no aspecto da solidariedade, que deixa o campo da ordem moral para se integrar o campo da coerção jurídica, reconhecendo-se que do vínculo social advém a responsabilidade de uns para com os outros.

Chegar-se a esta proposição jurídica é mesmo uma necessidade no pós-guerra, pois a quantidade de pessoas vitimadas pela guerra é extremamente grande e essas por serem mutiladas ou órfãs não teriam a mínima condição de sobrevivência, sem um aparato de natureza social. Não haveria como dizer que essas pessoas possuem direitos, identificando um ente obrigado a seu cumprimento, se mantidos os pressupostos teóricos do direito liberal.

A nova concepção de Direito, portanto, transcende as relações individuais, alcançando o ser humano pelo simples fato de ser integrado à “família humana”.

Todos possuem responsabilidade com relação a todos, reconhecendo-se uma relação jurídica básica pré-existente a

⁵. EWALD, François. *Historie de l'État Providence: les origines de la solidarité*. Paris: Grasset, 1996, pp. 35-37.

⁶. EWALD, François. *Historie de l'État Providence: les origines de la solidarité*. Paris: Grasset, 1996, p. 37.

qualquer relação jurídica de natureza específica. Somente, assim, o Estado, que é a configuração jurídica, institucionalizada, da sociedade, pode ser visto como ente responsável pelo cumprimento de direitos aos cidadãos, pelo simples fato de estarem vivos, integrando-se a esses direitos o mais evidente de todos que é o de se manterem vivos e com dignidade. É somente assim também que todas as pessoas são integradas ao mesmo contexto não apenas como titulares de direitos, mas como detentores de obrigações, sobretudo no que se refere a cumprir as obrigações necessárias à satisfação do projeto coletivo para a garantia, pelo Estado, de tais direitos, atingindo, principalmente, as entidades econômicas que, na realidade capitalista, buscam impor modos de vida que satisfaçam aos seus propósitos.

Na ordem social que se busca conferir ao capitalismo, cumpre ao Estado a promoção de todos os valores que preservem a dignidade humana, na sua inteireza, independente da condição econômica ou da sorte de cada um. Dentro desse contexto, concebe-se que na produção capitalista, que permite a utilização do trabalho humano de outrem para geração de riquezas próprias, decorrem obrigações que vão muito além daquelas estabelecidas em “cláusulas contratuais”.

O Direito que resulta da busca de uma nova racionalidade para os problemas do mundo é o Direito Social, que está no topo do conjunto normativo como um conceito fundamental, tendo como objetivos buscar a justiça social, a efetivação da democracia, e a internacionalização das normas, objetivos estes vistos como condições para a paz mundial. No novo Direito impera a concepção de um regramento que tem por consequência a melhoria da posição econômica e social de todos e a preservação da dignidade do sentido da elevação da condição humana. Esse é o Direito que se denomina Direito Social também por contraposição daquilo que lhe é historicamente antecedente, o Direito Liberal, no qual a liberdade, a igualdade, o individualismo conduzem apenas a uma proposição de que as pessoas estão livres para a busca de sua satisfação pessoal fora de qualquer contexto

coletivo (como se a felicidade, sem relacionamentos pessoais, fosse de fato possível).

É importante deixar claro, como visto acima, que a expressão Direito Social, na época de sua formulação, atinge os debates jurídicos, não como forma de catalogar alguns direitos específicos, mas como designação da transformação da própria racionalidade do Direito.

O Direito, concebido a partir da razão liberal, era concebido como Direito Liberal, ainda que não se o dissesse claramente. A nova racionalidade transforma o Direito em Direito Social. Trata-se de entidades contrapostas, representando o Direito Social a superação do Direito Liberal. Em outras palavras, traduz a superação da racionalidade liberal, que impera no direito durante o século XIX, pela racionalidade social, que se produz como avesso da razão anterior, da mesma forma como se deu na passagem do absolutismo para o liberalismo. São preceitos que não convivem, contemporaneamente, portanto.

O próprio nome é indicativo do que se está falando. A expressão Direito Social só tem sentido posta em contraposição ao Direito Liberal. Sem essa referência, que, de fato, é histórica, pode-se chegar à conclusão equivocada de que a expressão Direito Social é despropositada, pois todo direito se volta à sociedade e assim social todo direito é⁷.

A denominação utilizada, Direito Social, advém, naturalmente, da contraposição que se estabelece ao interesse econômico. Não se trata, por óbvio, de uma objeção ideológica eis que se integra ao contexto do capitalismo, mas por se inspirar em muitos propósitos socialistas, abarcados pelos movimentos dos trabalhadores, fornece a possibilidade de uma contradição sistêmica, favorecendo o antagonismo, que conduz as relações sociais a um processo evolutivo.

7. Vide, por todos, Arnando Sússekín, Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1991, p. 106.

O Direito assume, assim, um relevante papel de reforma da realidade, partindo-se da constatação, conforme esclarecido por Ascareli, que o “direito espontâneo, que se forma, ou se acredita formar-se, diretamente pelo livre jogo das forças em luta, é sempre o direito do mais forte”⁸

Na visão proposta por Orlando Gomes e demais autores acima citados, o Direito Social seria a expressão para designar a mudança na raiz do direito como um todo, sendo que esta mudança foi proposta pelo advento do Direito do Trabalho.

Esse Direito, aliás, é o instrumento que fornece a possibilidade concreta da existência do capitalismo enquanto modelo de sociedade. Organizando o capitalismo, o direito social, por evidente, preserva interesses econômicos. Mas, ao fixar a prevalência da solução dos problemas postos pela questão social, que é abertamente reconhecida como tal, o postulado da justiça social aparece como condição de sustentabilidade do sistema. São, portanto, sustentáculos do direito, no século XX, a construção da **justiça social**, a efetivação da **democracia** e a consagração da **paz mundial**.

Para atingir esses propósitos, parte-se do exame histórico, que é essencial ao direito, e busca-se não eliminar, por certo, os valores incorporados à consciência humana por toda obra humanista, científica e iluminista dos séculos XV a XVIII, mas inseri-la em outro contexto, o contexto das razões do Direito Social.

Desse modo, a **liberdade** e a **igualdade** são compreendidas no contexto de um projeto coletivo, social, que não desprezando o modelo capitalista de produção, que se mantém, faz com que o **individualismo** e o **empreendedorismo**, que são decorrências daqueles valores na acepção capitalista, não se prestem, unicamente, a um sentimento egoísta e sim à construção de uma

⁸. *Apud* BOBBIO, Norberto. Da estruturação à função: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 248.

vida melhor para todos. Não se podendo mais acreditar na ideia liberal de que a soma das vontades egoístas, livremente expressadas, possam conduzir a este resultado, entende-se necessário fixar parâmetros, no sentido de limites, para o exercício real desses preceitos, até porque no livre jogo do mercado há a formação de grandes conglomerados econômicos que engolem não apenas os trabalhadores, mas todos os demais cidadãos, além do meio ambiente, como mais tarde vai se compreender.

O Direito Social, portanto, não é o direito que limita a liberdade, mas que a promove em sentido real, advindo daí o seu caráter promocional, conforme revela Norberto Bobbio:

“Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes.”⁹

A figura típica do Direito Liberal, o contrato, perde sentido enquanto instrumento de preservação do interesse do mais forte frente ao mais fraco e de legitimador da aquisição de propriedades. A **propriedade**, por sua vez, deixa de ser, por óbvio, um direito sagrado, até porque não há nada mais irracional do que em nome da razão buscar um fundamento sacro para justificar a propriedade. A propriedade, assim, deixa de ser vista como uma condição inata do ser, até porque a realidade do período de formação do capitalismo, desde o século XV, demonstrou que poucos eram os homens que detinham algum tipo de propriedade do ponto de vista dos considerados bens imóveis (terras, casas e indústrias) e mesmo assim não deixavam de existir, embora muitos, como visto, tenham sobrevivido em condições subumanas.

⁹. BOBBIO, Norberto. Da estruturação à função: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007, p.15.

O desejo de adquirir uma propriedade e de preservá-la para si foi uma das grandes causas dos desajustes sociais, já destacada mesmo na obra de Locke, um dos principais teóricos do modelo liberal.

A propriedade, portanto, no contexto do Direito Social é extraída de sua aceção liberal e seu valor é condicionado à sua **função social**, isto é, ao efeito concreto que possa gerar em favor de toda a sociedade e não penas para o seu proprietário, sobretudo, quando sua quantidade for além do que se entenda o necessário para a sobrevivência.

Esse preceito, por óbvio, vai repercutir no próprio sentido da riqueza produzida pelo modelo capitalista, que não pode ser vista como pertencente apenas ao proprietário, àquele que detém os meios de produção. Se os seus bens servem a toda a sociedade, é evidente que a riqueza que deles se extrai, até porque para ser extraída depende, necessariamente, do trabalho alheio, deve ser distribuída em favor da sociedade, preservando-se, por óbvio, a justa parte do empreendedor, sendo que essa sua justa parte não pode significar que o empreendedor fique cada vez mais rico e o trabalhador cada vez mais pobre.

As riquezas adicionais produzidas devem ser direcionadas ao bem público, para a construção de escolas, hospitais, habitação, previdência, e também lazer, com parques, praças e conjuntos esportivos, por exemplo.

A função do Direito Social é **distribuir a riqueza**, para fins não apenas de eliminar, por benevolência, a pobreza, mas integrar todos ao projeto de uma sociedade na qual todos possam, efetivamente, adquirir em sua aceção máxima o sentido da cidadania, experimentando a beleza da condição humana, sendo certo que um dos maiores sentimentos que agridem o ser é a injustiça.

A humanidade foi obrigada a procurar outra racionalidade para os arranjos sociais, vez que os preceitos da liberdade, do individualismo, e da igualdade formal pressuposta não foram eficazes para a construção da nova ordem mundial.

Conforme assinala Arno Dal Ri Júnior, “após o insucesso da aventura liberal manifestou-se viva a crença de que as atividades concernentes à economia e ao comércio internacional deveriam ser regidas por precisas normas multilaterais, que possibilitassem uma integração entre os Estados. Esta última deveria obrigatoriamente se fundamentar sobre uma política de estabilidade e confiança recíproca. Esta crença pode ser observada já no artigo 23 do 'Pacto' que levou à criação da Liga das Nações. Deve ser salientado, porém, que esta organização internacional, no seu curto período de vida, promoveu diversas conferências e encontros na tentativa de incentivar um amplo debate sobre a necessidade de tais normas multilaterais”¹⁰.

Importante deixar claro, também, que o Direito Social, mesmo com seu propósito de ordem coletiva, não despreza o ser humano, ou a sua individualidade, da qual decorrem conceitos que, podemos admitir, são fundamentais, tais como a intimidade, a privacidade, a liberdade de expressão e de crença religiosa, o raciocínio etc. Muito ao contrário. A defesa da dignidade humana é a expressão máxima do Direito Social, na medida em que vislumbra a formalização das bases existenciais necessárias para que esses valores humanos sejam concretizados, sendo de se destacar que a maior relevância do direito neste assunto diz respeito às pessoas que estão em posição vulnerável na sociedade dos pontos de vistas político, cultural, social e econômico. A racionalidade imposta pelo Direito Social permite visualizar as angústias, as dificuldades e as restrições que atingem todas as pessoas que integram a sociedade, sobretudo, as que são mais vulneráveis economicamente, e assumir uma postura para efetivar uma defesa concreta dos valores humanos.

Desse modo, o Direito Social, que tem por base a visualização do outro, buscando pelo espírito de solidariedade, a elevação da condição humana, integrando o homem, sem

¹⁰ DAL RI JÚNIOR, Arno. *História do direito internacional; Comércio e moeda; Cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2004. p. 115.

distinções, ao todo social, está mais afeito aos dilemas postos pela efetivação dos denominados direitos fundamentais (vida, saúde, trabalho, lazer, intimidade, privacidade, liberdade de expressão, de crença religiosa etc.), que o Direito Liberal, voltado para a individualidade egoísta desvinculada de qualquer interesse social.

Os denominados direitos civis e políticos ganham no Direito Social uma nova dimensão, que lhes confere maior significação, um sentido verdadeiro. Lembre-se, por exemplo, que embora a Declaração de 1789 tenha falado em liberdade e igualdade, fazendo apelo ao conceito de cidadania, em verdade, tais valores atingiram apenas uma pequena parcela da sociedade.

O advento de um Direito Social, baseado em nova racionalidade, como elemento de superação do Direito Liberal é inquestionável, sobretudo por conta da consagração do constitucionalismo social, que alterou a até mesmo a natureza do Estado. Como reflexo da importância da questão social para a humanidade, as normas que lhe dizem respeito passaram a integrar o corpo de diversas Constituições. Esta inserção de normas de natureza social na Constituição se justifica porque a concretização de seus preceitos não depende meramente do cumprimento de obrigações na esfera individual, mas da conjugação de diversos fatores sócio-econômicos de todo um corpo social e, em especial, da atuação do próprio Estado, que neste contexto não mais aparece como mero ente coercitivo da ordem jurídica, mas como estimulador, financiador e promotor dos direitos constitucionalmente assegurados. A fixação na Constituição de interesses sociais representa, por assim dizer, um compromisso do Estado e da sociedade com o implemento e satisfação de tais interesses, sendo o Estado até mesmo um sujeito passivo obrigado a efetivá-los. Juridicamente, o Estado deixa de ser um mero legitimador dos interesses dos dominantes e transfigura-se em autêntico Estado social (pelo menos no prisma do direito).

De um ponto de vista classificatório pode-se resumir o que acima foi dito da seguinte forma: historicamente, o Direito avança

de sua tradição liberal para a concepção social. Como veremos adiante, as separações criadas pelo advento das Declarações do pós-segunda guerra não desprezam essa ruptura e ao mesmo tempo não eliminam as conquistas da razão humana, desenvolvidas desde o século XV. Os denominados direitos civis e políticos, tipicamente liberais, são preservados, mas fora de um projeto exclusivamente capitalista. Sua aplicação, que é até mais abrangente, pois serve, de fato, a todos os membros da sociedade e não apenas a alguns como se dava no projeto liberal, está vinculada ao respeito dos preceitos fixados na nova raiz do direito, o Direito Social.

Além disso, os denominados “Direitos sociais”, notadamente, o Direito do Trabalho e o Direito da Seguridade Social são preservados para fins de identificação com maior acuidade dos problemas vivenciados pelos trabalhadores em sua correlação com o capital, sendo este o foco principal do direito para impor ao capitalismo os limites necessários à própria sobrevivência da humanidade. Somente no contexto de uma raiz de Direito Social é que os direitos sociais podem ser, efetivamente, aplicados.

Parece-nos, portanto, um enorme retrocesso, em termos de concepção teórica, voltada à compreensão dos arranjos sociais, políticos e econômicos que se desenvolvem na sociedade capitalista, dizer que “proteção fora da justa medida desprotege além de infantilizar indivíduos, que precisam ser autônomos e precisam ser responsáveis pelas decisões que tomam”.

As necessidades humanas e a ausência de alternativas de sobrevivência a que são submetidas as pessoas é que determinam os seus atos. Reconhecer isso não é “infantilizar” ninguém. Trata-se, isso sim, de respeitar a sua condição humana e, ainda, de não desprezar a realidade.

Considerar que pessoas em estado de necessidade são livres e autônomas, inclusive para renunciar Direitos sociais, que se conceberam como preceitos de ordem pública para a reconstrução da humanidade, é, isto sim, uma afronta ao real.

O que o Ministro chama de “excesso de protecionismo” não passa de uma expressão retórica para destruir o pressuposto básico de toda a ordem do Direito Social que é o reconhecimento das desigualdades.

4. Autonomia que aprisiona

A primeira “experiência” concreta mencionada é o julgamento de um recurso acerca da possibilidade de PDV fixar cláusula de quitação geral do contrato.

Aqui é preciso pontuar, em primeiro lugar, que Plano de Demissão Voluntária é incentivo à perda do emprego em um país cujos índices oficiais apontam mais de 14 milhões de trabalhadores, número que tem aumentado em razão da precarização e da perda na circulação de dinheiro que a “reforma” trabalhista promove.

A questão, no caso trazido pelo Ministro, não é, porém, a possibilidade de instituir tal plano, mas o efeito de, pela adesão, o trabalhador ou trabalhadora concordarem com a vedação do acesso à justiça. Nesse aspecto, é feliz a lembrança do Ministro, pois se trata mesmo de casos similares. Em ambos, tanto na ADI 5766, quanto no RE 590415, a questão de fundo é a vedação do acesso à justiça, negando, portanto, efetividade tanto ao artigo 5º, quanto ao art. 7º, XXIX, ambos da Constituição.

E mesmo naquele caso, o STF fez questão de ressaltar que se tratava de situação excepcional e o Ministro Barroso, em seu voto, salientou:

“O direito individual do trabalho tem na relação de trabalho, estabelecida entre o empregador e a pessoa física do empregado, o elemento básico a partir do qual constrói os institutos e regras de interpretação. Justamente porque se reconhece, no âmbito das relações individuais, a desigualdade econômica e de poder entre as partes, as normas que regem tais relações são voltadas à tutela do trabalhador. Entende-se que a situação de inferioridade do empregado

compromete o livre exercício da autonomia individual da vontade e que, nesse contexto, regras de origem heterônoma – produzidas pelo Estado – desempenham um papel primordial de defesa da parte hipossuficiente. Também por isso a aplicação do direito rege-se pelo princípio da proteção, optando-se pela norma mais favorável ao trabalhador na interpretação e na solução de antinomias. Essa lógica protetiva está presente na Constituição, que consagrou um grande número de dispositivos à garantia de direitos trabalhistas no âmbito das relações individuais.”

Portanto, o STF tem precedente, da lavra do próprio Ministro Barroso, reconhecendo a importância fundamental da proteção na regulação estatal das relações de trabalho.

É certo que isso não se restringe ao âmbito material, pois do contrário não faria sequer sentido a existência de regras processuais trabalhistas, diversas daquelas que regulam o processo civil.

A proteção que informa o âmbito processual da regulação das relações entre capital e trabalho assume relevância especial quando nos damos conta de que o Brasil é um dos únicos países do mundo ocidental capitalista que ainda insiste em permitir despedidas sem qualquer motivação. A Constituição impediu a chamada despedida “ad nutum” no inciso I do art. 7º, até hoje não regulamentado pelo Parlamento. E a prática, apesar da literalidade desse dispositivo, e da definição de dispensa arbitrária que estabelece tanto o art. 165 quanto o 510-D (introduzido pela Lei 13.467/2017), é a da aceitação de que despedidas ocorram sem motivo algum.

Em uma tal realidade, na qual o trabalhador sabe que existem mais de 14 milhões de desempregados e que pode ser despedido, sem que o tomador do seu trabalho sequer motive o ato, como é possível afirmar que há proteção em demasia?

Como falar em autonomia de trabalhadores que dependem do trabalho para sobreviver e que sequer podem exigir respeito

aos seus direitos sem o receio razoável de perda do posto de trabalho?

Note-se que o Ministro está tratando de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade que ataca três dispositivos inseridos/alterados na CLT, que tratam da possibilidade de acesso à justiça para trabalhadores e trabalhadoras para os quais reconhecida a necessidade de gratuidade da justiça.

Não está, portanto, a tratar do exercício de direitos trabalhistas durante o vínculo, nem da capacidade de efetiva “negociação”, seja individual, seja por intermédio do Sindicato.

Não está a tratar de possibilidade ou extensão do instituto da quitação.

A ADI 5766 refere-se a artigos que oneram cidadãos e cidadãs que buscam o Poder Judiciário trabalhista e tem reconhecida a incapacidade econômica para atuar em juízo, porque tais artigos determinam que esses sujeitos paguem os custos do processo com o resultado das pretensões procedentes.

Ou seja, o que está em jogo, na ADI 5766, é a possibilidade de que os valores decorrentes de atos ilícitos (descumprimento de direitos fundamentais trabalhistas) sejam utilizados para pagamento de honorários de advogado, perito ou pagamento de custas. Por isso, significa devolver ao agressor da ordem jurídica os valores que ele ilícitamente havia subtraído do trabalhador ou da trabalhadora.

A ADI 5766 trata, portanto, da possibilidade de se verem lesões a direitos fundamentais reconhecidas pelo Estado e de se chegar ao resultado concreto de que os valores que daí decorrem serem sumariamente retidos e devolvidos ao agressor da ordem jurídica.

Logo, mesmo que estivéssemos diante de partes em situação de igualdade, mesmo que pudéssemos falar de autonomia, estaríamos diante de regras que subvertem a própria razão pela qual outorgamos ao Estado o monopólio da jurisdição, qual seja, a possibilidade e o dever de recompor agressões a direitos.

5. Paralelo inaplicável

A segunda “experiência” que o Ministro Barroso compartilha, trata da Lei de Locações. Para o Ministro, embaraços à desocupação de imóveis locados impediam as locações. A nova lei, facilitando o despejo, “aumentou exponencialmente a oferta de imóveis para a locação e caiu significativamente o preço dos aluguéis”.

Sem ingressar no tema delicado do despejo, que implica concretamente, muitas vezes, deixar famílias sem moradia, cabe aqui uma reflexão. O aumento exponencial da oferta de imóveis ou a queda no preço dos aluguéis é um objetivo razoável, a ser perseguido com a desproteção de direitos fundamentais, como o de moradia (art. 6º da CF)? Teriam sido revogados, sem que ninguém soubesse, os primeiros artigos de nossa Constituição e o seu preâmbulo?

Até mesmo quando trata da ordem econômica, no art. 170, a Constituição de 1988 fixa que essa deverá obedecer aos ditames da justiça social.

É a solidariedade, portanto, o parâmetro constitucional para a aplicação das normas jurídicas.

O exemplo do Ministro, além de não guardar qualquer relação com o caso em discussão, no qual, repita-se, discute-se o direito de acesso à justiça para quem o Estado reconhece como incapaz de suportar as despesas de um processo, já indica uma possível subversão da ordem de valores contidos na Constituição, colocando a ordem econômica (preço de aluguéis/ oferta de imóveis) em sobreposição ao direito à moradia.

6. Nem “esquerda”, nem “direita”: dados da realidade

A terceira “e última experiência” que Barroso compartilha, segundo ele, “é mais pessoal” e vale a transcrição:

“Em algum momento da década de 90, eu participei de uma comissão que foi apurar a situação do BANERJ (Banco do Estado do Rio de Janeiro). Em poucos dias no BANERJ, nós todos da comissão verificamos que o BANERJ era, infelizmente, um antro de perversão, de dinheiro público mal versado, de empréstimos irresponsáveis, de favorecimento aos amigos e de corrupção pura e simples, e portanto era um caso típico brasileiro, que aliás se repete historicamente, de apropriação privada do espaço público, apropriação privada de uma empresa estatal. E portanto, não tive ali nenhuma dúvida de qual era a melhor coisa a fazer com o BANERJ, que era vendê-lo, tirá-lo das mãos de um Poder Público que o pervertia em proveito de uma elite extrativista. A despeito disso, a posição dos partidos de esquerda naquele debate era manter o BANERJ estatizado. E portanto, o dogma da estatização se colocava acima do fato real que era a apropriação privada do Banco, e ali, e considero isso importante de dizer porque pauta o meu raciocínio, eu aprendi a separar o que é ser de esquerda do que é ser progressista. Progressista é defender aquilo que produz o melhor resultado para as pessoas, para a sociedade e para o país, sem dogmas, sem superstições ou sem indiferença à realidade. E portanto presidente, este não é um debate entre esquerda e direita e sim sobre o que é melhor para os trabalhadores, para a sociedade e para o país, e quero deixar claro, e acho que falo por todos, mas certamente falo por mim, ninguém aqui está do lado dos mais ricos ou do lado da injustiça, todo mundo aqui está querendo produzir a solução que seja capaz de melhor distribuir a justiça e de trazer melhores resultados para a sociedade e para o país.”

Depois dessa afirmação, o Ministro ainda pontua que "estamos tratando de uma lei que foi a Lei da Reforma Trabalhista e um capítulo específico com tópicos processuais, na verdade, *discutindo quem paga a conta em determinadas situações*".

A partir daí, o Ministro, “data máxima venia”, desvirtua o debate.

Antes de demonstrar isso, é preciso, porém, chamar a atenção para o não dito do discurso. O Ministro faz questão de afastar a ideia de um “debate entre esquerda e direita”, e diz querer “deixar claro, e acho que falo por todos, mas certamente falo por mim, ninguém aqui está do lado dos mais ricos ou do lado da injustiça”.

Ora, a Ação Direta de Inconstitucionalidade tem fundamento jurídico, com o qual se discute alteração legal que desafia a literalidade do artigo 5º da Constituição. Embora, evidentemente, seja impossível esconder a perversidade social e moral do conteúdo das regras ali discutidas ou mesmo a ideologia que perpassa os atos dos “reformadores” e que está clara nos relatórios tanto do Deputado Rogério Marinho quanto do Senador Ricardo Ferraço, sequer seria razoável cogitar estivessemos diante de um debate entre esquerda e direita, o que quer que isso signifique. Menos ainda seria de cogitar que um Ministro, ao examinar alterações em regras processuais, estivesse do “lado da injustiça” ou “dos mais ricos”, pois sua função é precisamente fazer valer a ordem constitucional vigente.

O conteúdo da fala do Ministro Barroso, entretanto, tem extrema relevância, pois ao enunciar o que *não está fazendo*, evidencia que ao menos em seu raciocínio, essa possibilidade, de que a decisão seja tomada a partir de uma identidade moral com esquerda ou direita, justiça ou injustiça, ricos e pobres, é presente.

A gravidade disso vem sendo amplamente discutida sob a expressão “judicialização da política” ou “politização da justiça”. É mais ou menos como passar quase 40 páginas de uma sentença dizendo que não é suspeito e nada tem contra o réu, para depois condená-lo sem provas. Não é preciso que juiz de instância alguma informe o que não está fazendo, a não ser que o faça justamente para, de modo um tanto inconsciente, deixar que suas verdadeiras motivações se revelem ao leitor/ouvinte.

O argumento, além disso, pode ter o objetivo, também impróprio, de acusar aqueles que discordem de sua posição de estarem sendo ideológicos, de estarem do lado dos ricos ou se serem “esquerdistas”, reduzindo o debate jurídico no âmbito do Supremo Tribunal Federal a uma “conversa de botequim”¹¹.

Segundo o Ministro, a “inequívoca intenção do legislador foi a de enfrentar um problema que é a sobreutilização do Judiciário de uma maneira geral, da litigiosidade excessiva de uma maneira geral e particularmente na Justiça do Trabalho, que de acordo com a Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, em volume já assinado pela presidente Cármen Lúcia, concluiu que a Justiça do Trabalho em 2015 finalizou o exercício com 5 milhões de processos em tramitação, tendo sido ajuizado, somente em 2015, 4 milhões de ações trabalhistas”.

Vejamos esses números, no entanto, mais de perto.

No relatório do CNJ, Justiça em Números, de 2016, relativo aos dados do ano de 2015 consta que a Justiça Estadual recebeu, em 2015, **18,9 milhões de processos**¹².

Enquanto isso, a Justiça do Trabalho, recebeu, no mesmo ano, “um total de aproximadamente **4 milhões de processos**”.

Segundo o relatório, na Justiça do Trabalho, “o número de casos novos vem crescendo historicamente, muito embora a elevação, especialmente nos três últimos anos, tenha sido discreta se comparada com o número de processos baixados”, o que desmente a suposição de que haja uma busca maior pelo Poder Judiciário Trabalhista, em face da simples vontade dos trabalhadores de tirar dinheiro de seus empregadores, como se fosse fácil para um cidadão que depende do trabalho para sobreviver, perder seu tempo e dinheiro, deslocando-se para

¹¹. Vide, a propósito, texto de Hugo Cavalcanti de Melo Filho (<https://www.ocafezinho.com/2018/05/11/conversa-de-botequim-hugo-melo-filho/>)

¹². <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>

buscar um advogado que o represente e comparecendo à Justiça do Trabalho para tentar demonstrar as lesões que sofreu.

O mesmo estudo do CNJ revela que os assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho são férias, remuneração, verbas resilitórias e horas extras, que perfazem cerca de 49% das demandas.

No Rio Grande do Sul, esse número é ainda maior. Estudo realizado pela Justiça do Trabalho do RS observa que do “total de pedidos que chegam à Justiça do Trabalho gaúcha, 54% referem-se a verbas resilitórias (saldo de salários não pagos, 13º salário e férias proporcionais, 40% dos depósitos do FGTS, etc)”¹³.

Portanto, a maior parte das demandas é ajuizada apenas para que o trabalhador consiga receber verbas de sua rescisão.

A judicialização, portanto, é sintoma da extrema fragilidade jurídica e dependência econômica a que são submetidos os trabalhadores e trabalhadoras no Brasil, pois podem perder o emprego sem que o empregador tenha que apresentar justificativa para tanto. O impedimento mínimo para que isso ocorra, que é o estabelecimento de custos para se conduzir alguém ao desemprego, representados pelas denominadas “verbas rescisórias”, sequer é respeitado. No Brasil, de forma recorrente, cessam-se vínculos de emprego por denúncia vazia e sequer se pagam os custos que são fixados como pressupostos de legalidade desse ato.

A consequência é que os trabalhadores no Brasil há muito vêm sendo alvo de quatro atos de violência: perdem o emprego; não recebem as verbas rescisórias; se veem constrangidos a “buscar os seus direitos na Justiça”; e, no âmbito do processo, acabam aceitando acordos para prejudiciais aos seus interesses, que não representam a totalidade de seus direitos, para que possam receber com maior rapidez as verbas das quais depende para sobreviver.

¹³.[http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaW
indow?cod=1445050&action=2&destaque=false&filtros=](http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=1445050&action=2&destaque=false&filtros=)

O não pagamento de verbas rescisórias, que é uma grave ilegalidade, acaba sendo genericamente admitida e passa até a ser vista como estratégia administrativa de muitas empresas que fragilizam a eficácia de todos os demais direitos trabalhistas.

E, agora, presentemente, no bojo da discussão da “reforma” trabalhistas, foram alvo de mais uma violência: a da consideração de que vão à Justiça de forma abusiva para extorquir seus ex-empregadores, mesmo que sequer tenham sido registrados, que sua jornada de trabalho não fosse anotada em cartões de ponto fidedignos, que recebessem salário “por fora” ou que suas verbas rescisórias não tivessem sido pagas.

E essa violência tem sido repetida por vários meios de comunicação e chegou até mesmo a ecoar em decisão do Supremo Tribunal Federal.

Na pesquisa feita pelo CNJ, outro dado é interessante de ser reproduzido: a terceirização é fator significativo no aumento do número de demandas ajuizadas na Justiça do Trabalho. A terceirização gera demanda em razão do fato objetivo de que na maioria absoluta dos casos em que há atravessamento de um terceiro na relação de trabalho, ocorre o inadimplemento de verbas salariais ao trabalhador. A grande maioria dos processos envolvendo terceirização diz com empresas prestadoras de serviços que “somem no ar” sem pagar sequer o salário do trabalhador.

Há, ainda, mais um dado que a pesquisa revela: o alto índice de conciliação, próximo aos 25%, e que atinge 40% dos processos na fase de conhecimento.

De acordo com o TRT da Quarta Região, a maior parte dos processos, 42% ou 77,2 mil ações em 2015, foi resolvida por meio de acordo¹⁴.

Não é algo de que devemos nos orgulhar, porque sabemos que a conciliação muitas vezes esconde o desrespeito contumaz a

¹⁴.[http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaW
indow?cod=1445050&action=2&destaque=false&filtros=](http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=1445050&action=2&destaque=false&filtros=)

direitos fundamentais, impedindo uma atuação mais eficiente, tanto por parte do MPT quanto do Poder Judiciário Trabalhista.

Fato é que esses números oficiais desmentem a cantilena recorrente de que o direito material e processual do trabalho, e a Justiça que o aplica, são condescendentes com os trabalhadores.

Aliás, tal afirmação não resiste à análise de outros números trazidos pela pesquisa publicada pelo TRT da Quarta Região: 25% das demandas ajuizadas na Justiça do Trabalho são julgadas improcedentes. Em 2015, os juízes do trabalho do RS apreciaram 184.043 ações. “Em mais de 46 mil desses processos, nenhum dos pedidos do autor foi atendido”. Os processos julgados “procedentes em parte”, em que o reclamante ganha alguns pedidos e outros não, chegaram a 57,3 mil, ou seja, 31% do total das ações solucionadas. “Em menos de 2% das ações (3,2 mil), a decisão atendeu a todos os pedidos feitos pelo autor”. De novo, nada de que possamos nos orgulhar. Sabemos bem que as improcedências decorrem, muitas vezes, da impossibilidade concreta de produção de provas, em uma realidade na qual apenas o empregador tem acesso aos documentos do contrato.

No relatório de 2016, o CNJ faz constar que a Justiça do Trabalho apresenta, historicamente, **“taxas de congestionamento baixas e índices de atendimento à demanda elevados se comparados aos verificados nos demais ramos de justiça”**, sendo por isso mesmo **“reconhecida como um aparato ágil e eficiente”**.

Acrescenta que “o reflexo de um rito processual historicamente voltado para as soluções consensuais dos conflitos, já sentido no índice de conciliação, faz-se presente novamente na apuração do tempo do processo na Justiça do Trabalho”.

O mesmo relatório do CNJ revela que na Justiça do Trabalho a execução leva em média 3,5 anos, enquanto os processos na fase de execução na Justiça Estadual duram em média 4,3 anos.

Na fase de conhecimento, na Justiça Estadual, o processo permanece, em média por 1,9 anos. Na Justiça do Trabalho, o

processo tem a fase de conhecimento encerrada no prazo médio de 6 meses. É muita diferença!

Além disso, enquanto na Justiça Estadual, a “cada 100 processos que tramitaram” em 2015, “apenas 25 foram baixados”; na Justiça do Trabalho, “de cada 100 processos que tramitaram” durante o ano de 2015, cerca de “46 foram baixados”.

Essa efetividade revelada em números, se tem alguma serventia, é exatamente a de desmascarar o discurso de que a legislação trabalhista é ultrapassada ou de que a Justiça do Trabalho é excessivamente protecionista.

O estudo mostra, ainda, que na Justiça Estadual, “levando em conta todos os casos pendentes de solução em 31/12/2015, verifica-se que estes processos estão pendentes, em média, há 6 anos e 10 meses”.

Na Justiça do Trabalho, “diferentemente do que ocorre na Justiça Estadual, o tempo médio do processo pendente não difere significativamente do tempo médio de sentença ou de baixa no processo de conhecimento, o que indica a alta rotatividade dos feitos”.

Em outras palavras, o processo de conhecimento na Justiça do Trabalho fica pendente somente durante o tempo necessário para que seja sentenciado e baixado, não havendo margem para a formação de grandes acervos.

Os processos de execução são resolvidos com grande agilidade e as pendências se referem “a um acervo de processos antigos onde não se conseguiu efetivar a execução, por motivos diversos”. Dentre os motivos, sabemos bem, está a dificuldade na cobrança em razão dos artifícios utilizados para a movimentação do capital (criação de novas pessoas jurídicas, transferência de patrimônio para “laranjas” etc), fraudes que alterações produzidas pela Lei 13.467/2017 buscam facilitar.

Esses números sequer refletem a complexidade do trabalho realizado por juízes e servidores, nem tem a capacidade de desvelar o drama existencial que mal se esconde por trás da grande maioria das demandas trabalhistas. Ainda assim, tem o

condão de demonstrar a falácia do discurso que milita em favor da “reforma” trabalhista.

Demonstram, sem possibilidade de refutação, que a Justiça do Trabalho funciona.

Os números revelam que o processo do trabalho é eficiente exatamente porque é simples, ágil e rápido.

Alterações como a que estabelece a sucumbência recíproca, e que é objeto da ADI 5766, retiram exatamente as peculiaridades que fazem da Justiça do Trabalho um instrumento eficaz de realização dos direitos fundamentais trabalhistas.

Essa constatação está longe de significar que a Justiça do Trabalho seja o produto pronto e acabado da jurisdição. Há muito que melhorar, mas as melhoras estão relacionadas, isso sim, à ausência de uma atuação efetivamente punitiva do ilícito trabalhista, que, tantas vezes, faz do processo do trabalho um efeito desejável pelo empregador.

Já faz tempo, inclusive, que se denuncia o fato de que não cumprir direitos dos trabalhadores é um bom negócio no Brasil. Os índices que acima reproduzimos provam isso, pois mais da metade das demandas trabalhistas são resolvidas por meio de acordo. E as conciliações, como sabemos, não consideram a integralidade dos direitos pleiteados pelo trabalhador. No mais das vezes não consideram sequer o valor total dos direitos já comprovados no processo, até o momento em que o acordo é formulado.

Não se corrige esse problema, no entanto, limitando o acesso à justiça.

Se for dificultado o acesso à Justiça, se forem reduzidos e criados novos prazos de prescrição e forem retirados direitos que hoje são assegurados aos trabalhadores, só se conseguirá agravar ainda mais esse efeito nocivo de tornar a desobediência à Constituição um “bom negócio”.

7. O verdadeiro ilícito trabalhista

Em seguida, o Ministro Barroso se reporta ao relatório elaborado pelo deputado Rogério Marinho, segundo o qual "a judicialização excessivamente ampla das relações de trabalho no Brasil trouxeram (SIC) como consequência a circunstância de que o custo do trabalho somente é conhecido depois do término do contrato de trabalho. Na verdade, só é conhecido depois do término da reclamação trabalhista que invariavelmente se segue ao contrato de trabalho. Portanto, não é como em toda a parte do mundo que você avalia o custo e risco no momento em que você contrata. Aqui você só consegue saber o custo da relação de trabalho depois que ela acaba, alguns anos depois que ela acaba, quando se dá o desfecho da reclamação trabalhista".

Os números apresentados anteriormente revelam que a minoria dos trabalhadores e trabalhadoras ajuíza demanda trabalhista. E se o faz, antes de afirmar que isso onera de algum modo o tomador do trabalho, precisamos descobrir porque isso ocorre.

Evidentemente, não há dúvida de que a partir da Constituição de 1988 há um aumento no número de processos judiciais no Brasil, em todas as esferas. Segundo relatório *Justiça em Números 2017*, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva (Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017, p. 65). Trata-se de um fenômeno social que decorre da abertura democrática e, portanto, da maior consciência de cidadania.

No caso da Justiça do Trabalho, se a maioria absoluta das demandas são julgadas parcialmente procedentes é porque tem havido, conforme judicialmente reconhecido, a prática de lesões reiteradas aos direitos fundamentais trabalhistas.

O Ministro chega a admitir, mais para o final da sua explanação, que as regras em discussão na ADI 5766 tem objetivo de "criar ônus que vão até o hipossuficiente" e revelando a confusão entre litigância de má fé e impropriedade, propõe a

criação de "ônus para os litigantes contumazes da Justiça do Trabalho". Refere que "segundo o Conselho Nacional de Justiça entre os 100 maiores litigantes, 82% são concentrados no setor público federal e estadual, nos bancos, no setor de telefonia e na indústria. Portanto, é muito provável que esses litigantes contumazes, do lado do reclamado, estejam também se beneficiando da litigiosidade excessiva e da judicialização e que, portanto acabam preferindo pagar, algum tempo depois, quem sabe alguns anos depois, em juízo, do que cumprir desde o momento devido à obrigação que tem em relação aos seus empregados. Portanto, se 82% dos 100 maiores litigantes são sempre os mesmos, é porque há algum ganho, também nesse litígio"

Ou seja, é a consagração da ideia de processo um bom negócio, estimulando - em vez de coibir - a prática de agressões no ambiente de trabalho. Nas palavras do juiz do trabalho Gustavo Fontoura Vieira:

"(...) 95 milhões de processos tramitam no Poder Judiciário em todo o país. Embora vivamos numa sociedade marcada pela competição, pelo litígio, esse dado estatístico, aberto e estudado, revela informações muito preocupantes. Impacta constatar que o Judiciário está instrumentalizado por habituais sonegadores de direitos: grandes empresas, grandes grupos econômicos nacionais e estrangeiros e por órgãos e empresas públicos. Está cooptado para processar milhões de demandas que atendem, por discutíveis motivos e pela demora na tramitação, aos interesses desses entes públicos e privados. Segundo dados estatísticos recentes divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça os maiores litigantes são operadoras de telefonia, bancos públicos e privados, a União, a Previdência Social, dentre outros (www.cnj.jus.br). Na Justiça do Trabalho não é diferente: são instituições bancárias e financeiras, empresas de petróleo e telefonia, frigoríficos, municípios e empresas estatais (www.csjt.jus.br). Destacam-se, também, empresas de

serviços terceirizados, comprovando as consequências nefastas da terceirização. Os cidadãos e as empresas têm assegurada na Constituição Federal a reparação dos direitos lesados e podem buscar essa reparação em ação judicial. O problema surge quando se identifica que os habituais litigantes criaram estratégia ilícita para transformar Tribunais em departamentos de atendimento a clientes, Varas do Trabalho em setores de recursos humanos. Assim, eliminam ou reduzem custos com estrutura extrajudicial de solução de conflitos. Por sua vez, o Estado sonegador de direitos descumpra obrigações legais, protela soluções de nível administrativo e entulha o Judiciário. Essa grave distorção prejudica o funcionamento do Poder Judiciário: torna a prestação de justiça mais demorada, dificulta e desestimula o acesso à justiça pelo cidadão comum. Para os grandes sonegadores de direitos descumprir a lei tornou-se regra de conduta e vantagem competitiva. “Vá procurar seus direitos!” é expressão emblemática que traduz o desprezo pela ordem jurídica no Brasil.”¹⁵

O problema do pressuposto estabelecido no voto é que enquanto o descumprimento de direitos trabalhistas ou postergar a solução de uma demanda judicial representa a prática de **atos ilícitos**, discutir em juízo direitos dos quais se acredita titular não se trata de ato ilícito algum. Mesmo que o pleito seja julgado improcedente não se estará diante de um ato ilícito.

Precisamos admitir que, sobretudo no Brasil, ajuizar uma demanda trabalhista não é mera diversão e já implica, no mínimo, assumir um desgaste com colegas de trabalho, pois, na maior parte das vezes, decorrente do modo como se tem entendido o instituto das provas no processo do trabalho, do depoimento destes, na condição de testemunhas, dependerá o sucesso da demanda. Implica, também, a perda de um dia ou turno em que poderia

15.

<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?action=2&destaque=false&cod=1152580>, acesso em 25/8/2016.

estar trabalhando ou procurando por um novo posto de trabalho. Implica, ainda, a possibilidade concreta de prejuízos futuros, em razão da comunicação entre o empregador demandado e os possíveis futuros tomadores do seu trabalho, prática tão comum que tem até apelido: “lista suja”.

Com todos os empecilhos, no Brasil, mover uma reclamação trabalhista está bem mais para um ato de coragem do que de “esperteza” e se, apesar de todas as dificuldades, o número de reclamações só aumentou, é sintoma de que a Justiça do Trabalho soube conferir efetividade aos preceitos de acessibilidade, ganhando a confiança do jurisdicionado.

No entanto, o que deveria ser comemorado e considerado como uma grande conquista, qual seja, o fato de se ter conseguido conceber uma instituição que confere sentido real à cidadania e que não se submete ao poder econômico, atribuindo efetividade à ordem jurídica e aos preceitos democráticos, tem sido objeto de inúmeras críticas, o que só revela ao caráter tendencioso e parcial dos argumentos apresentados.

Cumprir verificar que a Justiça do Trabalho atendeu, historicamente, a milhões de trabalhadores e trabalhadoras brasileiros e não se vê nenhum movimento desse segmento social buscando extinguir a Justiça do Trabalho e os críticos, inequivocamente vinculados aos interesses empresariais, falam de uma parcialidade da Justiça do Trabalho, mas não apontam, com estatísticas, a suposta atuação baseada em “erros judiciais” para favorecimento indevido dos trabalhadores.

Valendo lembrar que as decisões da Justiça do Trabalho são, igualmente, submetidas a duplo grau de jurisdição e que podem, ainda, ser conduzidas a uma Corte Superior, o TST, podendo, inclusive, chegar ao STF, a possibilidade da existência de uma atuação generalizada baseada em erros judiciais é completamente cerebrina e desprovida de qualquer embasamento fático.

O maior número de procedências, total ou parcial, com relação ao número de improcedências está longe de significar uma

atuação indevida dos juízes trabalhistas, uma vez que o mesmo fenômeno é verificado na Justiça Federal e na Justiça Comum, incluindo os Juízes Especiais Cíveis¹⁶, pois é a ação só existe por iniciativa do autor e este, claro, como regra, só se submete ao desgaste da atuação judicial (ainda que beneficiário da justiça gratuita) quando considera que efetivamente um direito seu foi resistido por ato do réu.

Reitere-se: o processo é um ato de coragem para o trabalhador brasileiro, que muitas vezes não tem sequer o dinheiro para a passagem de ônibus que o conduzirá até a audiência trabalhista. É um ato de coragem em uma realidade na qual insistimos em não reconhecer eficácia ao inciso I do art. 7º da Constituição, quando garante o dever de motivação da despedida. O fato de que o trabalhador pode ser despedido, sem saber a razão, a qualquer momento, faz com que a maioria absoluta dos reclamantes na Justiça do Trabalho seja de desempregados. E se o cidadão brasileiro ainda assim busca seus direitos, é porque no mais das vezes perde o emprego sem sequer receber saldo de salário.

Não é possível, portanto, afirmar que há litigiosidade demais no Brasil, no âmbito da Justiça do Trabalho, seja porque isso é desmentido pelos números do CNJ, seja porque se litigiosidade houver, não há razão lógica para atribuir sua responsabilidade ao trabalhador, e não ao tomador de trabalho que sonega direitos fundamentais.

8. Não há “Litigiosidade excessiva” e sim proporcional às práticas ilícitas

O Ministro Luís Roberto Barroso na sequência afirma que a lógica “equivocada e perversa da litigiosidade excessiva e da

¹⁶http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013_dia_gnstico_sobre_juizados.pdf

judicialização compulsiva traz uma consequência ainda pior”, qual seja:

“É que muitas vezes como o litígio é inexorável, o empregador já não cumpre mesmo sua obrigação, ele fica esperando a reclamação trabalhista e aí então ele resolve em juízo. Às vezes anos depois ou às vezes por acordo, em que ele fica com uma fatia a mais aquilo que deveria ter honrado desde a primeira hora. Portanto, essa judicialização exacerbada, essa litigiosidade excessiva das relações de trabalho prejudica o mercado de trabalho, prejudica os trabalhadores e prejudica os empreendedores corretos e honestos(...)”

Essa talvez seja a mais grave afirmação de todo o voto. A naturalização do descumprimento de direitos fundamentais, como se fosse dado ao tomador do trabalho optar por não honrar direitos dos trabalhadores e trabalhadoras e simplesmente “esperar pela ação trabalhista”.

É bastante sério que uma manifestação do Supremo Tribunal Federal trate o ato ilícito com tanta condescendência e ainda vise responsabilizar a vítima, como se a culpa pelo desrespeito aos seus direitos fosse do próprio trabalhador.

Pela afirmação textual do Ministro, os trabalhadores e trabalhadoras no Brasil não têm seus direitos respeitados, porque ajuízam demandas para exigí-los por intermédio do Estado.

O que se depreende dessa afirmação é que o ato ilícito foi tratado como mera inadimplência do empregador e que o ato do empregador é culpa do trabalhador, gerando a consequência de que o trabalhador deve ser punido por exercer o direito à tutela jurisdicional.

Seria plenamente impróprio, mas diante da inversão de valores jurídicos, acaba sendo necessário lembrar que a procedência do pedido não equivale, juridicamente, à improcedência. Quando se declara a procedência, reconhece-se o cometimento de um ato ilícito por parte do reclamado, ou uma sucessão de atos

ilícitos (como se dá, em geral, no Direito do Trabalho, por ser uma relação de trato sucessivo – não pagar horas extras, por exemplo). Já a improcedência não reflete a prática de nenhuma ilegalidade, vez que o direito de ação é abstrato e o seu exercício regular não está vinculado à procedência da pretensão.

Ao admitir que para remunerar o advogado da reclamada, seja retido parte do valor reconhecido como devido ao trabalhador, o que a Lei 13.467 institui é a devolução dos valores indevidamente subtraídos àquele que os subtraiu, ao autor do ato reconhecido como ilícito.

Como consequência, tal determinação premia o infrator do ato ilícito e gera dano a quem nada fez de errado.

A litigância de má-fé tem efeito próprio e está prevista tanto no CPC quanto na atual redação da CLT. Não se pode confundir litigância de má-fé com improcedência de alguma pretensão.

A certeza do direito é a antítese do processo. Se há certeza, não há razão para discussão judicial. O trabalhador ajuíza demanda porque, obviamente, não tem a certeza do resultado de sua pretensão ou mesmo que a tenha não possui outro instrumento legítimo do qual possa se servir. Em alguns casos, sequer tem a possibilidade de aferir a priori o seu direito, pois depende da produção de prova pericial (insalubridade/ periculosidade). A função do perito é justamente examinar o ambiente de trabalho e saber se há ou não condição insalubre/perigosa de trabalho. Pelo texto em discussão na ADI 5766, uma perícia que não reconhece situação insalubre de trabalho gerará para o trabalhador **alcançado pelo benefício da gratuidade da justiça** dever de pagamento dos honorários do profissional que auxiliou o juízo, como se fosse dele, do reclamante, a responsabilidade pela análise técnica realizada.

A lógica fixada na lei, acolhida pelo voto, se descola totalmente da realidade e, meramente, busca punir o reclamante que ousa submeter à controvérsia sobre a salubridade do ambiente do trabalho ao Estado.

Condenar o beneficiário da gratuidade da justiça a pagar honorários de advogado, de perito, ou custas, apenas porque não conseguiu convencer o juízo da veracidade de suas alegações ou porque a inspeção demonstrou que não há risco ou dano em seu ambiente de trabalho, serve meramente para punir economicamente o reclamante e, com isso, criar um obstáculo generalizado ao acesso à Justiça, reduzindo, de maneira artificial e estimulante do desrespeito aos direitos trabalhistas, a quantidade de processos distribuídos na Justiça do Trabalho.

Importante lembrar, também, que as vultosas condenações em honorários têm tomado como parâmetro os pedidos de indenização por dano moral por agressão a direito de personalidade ou pela ocorrência de acidentes de trabalho (incluindo doenças profissionais), o que torna as condenações em questão ainda mais desprovidas de fundamento jurídico.

No que se refere aos pleitos de indenização, os valores do pedido são apenas indicativos. Concretamente, o valor eventualmente devido é livremente fixado pelo juiz, tendo à vista as peculiaridades do caso e quase sempre é totalmente desvinculado do valor expresso na inicial, até porque a configuração do dano e seus efeitos, no que se refere aos acidentes do trabalho, depende de perícia médica, realizada no curso do processo por profissional habilitado e de confiança do juízo. A pretensão do reclamante a respeito, portanto, é sempre uma suspeita, já que não sendo médico ou jurista não possui o conhecimento necessário para fazer, tecnicamente, essa avaliação, o que se dá também com relação às pretensões pertinentes à insalubridade e periculosidade.

Com relação aos acidentes de trabalho, a regra básica é a de que esse tipo de ação, mesmo em outras esferas do Judiciário, deve ser isenta de qualquer custo, para que não se impeça que as discussões a respeito do tema, dada a sua gravidade social, com imensa repercussão no potencial econômico do país, não deixem de chegar aos órgãos públicos. Há, por assim dizer, um interesse público em não criar obstáculos para que a temática seja levada ao Judiciário.

9. Reduzir o sentido e o alcance da cidadania não é solução

Proferindo seu voto, o Ministro Barroso ainda fez a leitura do artigo 5º, XXXV da Constituição (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) e do inciso LXXIV (“O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”), para concluir que: “Portanto a Constituição assegurou o acesso à justiça e assegura assistência jurídica integral aos hipossuficientes”. E acrescentou: o “acesso à justiça inclui também o direito a um processo justo, efetivo e a uma justiça que funcione, que funcione em tempo razoável e de maneira eficiente”.

É preciso repetir aqui a conclusão do relatório do CNJ, no Justiça em Números, de 2016: a Justiça do Trabalho apresenta, historicamente, **“taxas de congestionamento baixas e índices de atendimento à demanda elevados se comparados aos verificados nos demais ramos de justiça”**, sendo por isso mesmo **“reconhecida como um aparato ágil e eficiente”**; “o reflexo de um rito processual historicamente voltado para as soluções consensuais dos conflitos, já sentido no índice de conciliação, faz-se presente novamente na apuração do tempo do processo na Justiça do Trabalho”.

No Direito do Trabalho, o pressuposto teórico é o do reconhecimento da desigualdade material entre o capital e o trabalho, de modo que aos trabalhadores são garantidos preceitos jurídicos mínimos, como forma de consagração de sua cidadania. Nesse contexto, qualquer forma de impedimento aos trabalhadores, sobretudo àqueles a quem não se possa negar a condição de hipossuficiência econômica, de terem acesso ao Judiciário representa uma ofensa ao projeto constitucional e aos direitos fundamentais que a Constituição reservou aos trabalhadores.

Ora, se a Justiça do Trabalho é reconhecidamente mais eficiente, como é possível tratar de vedação do acesso à justiça como uma necessidade decorrente do “alto grau de litigiosidade”,

sabendo que no direito comum, onde essa mesma eficiência não existe, não se põem as restrições contidas na Lei 13.467 e que são objeto da ADI 5766.

No art. 98 do Código de Processo Civil se conferiu à “pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios” o direito “à gratuidade da justiça”.

Segundo esse mesmo artigo, a gratuidade da justiça compreende: “I - as taxas ou as custas judiciais; II - os selos postais; III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios; IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse; V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais; VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira; VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução; VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório; IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.”

No âmbito do direito comum, o qual sequer se reconhece a assimetria presente na relação entre capital e trabalho, a gratuidade foi estabelecida no sentido próprio da palavra, ou seja, para a eliminação de todo o custo do processo que impeça ou dificulte o acesso à justiça, o que não afastou a possibilidade da aplicação de multas processuais ao beneficiário, evidentemente apenas no caso em que este exerça o direito processual de forma abusiva (§ 4º do mesmo artigo).

A única exceção que o artigo 98 admite e que, de fato, não constitui uma exceção, diz respeito à obrigação de pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios que decorram da sucumbência (§ 2º), mas que somente poderão ser cobradas pelo credor se, no prazo de 05 anos, o beneficiário superar a situação econômica que lhe conferiu o direito à gratuidade, cabendo, inclusive, ao credor fazer prova a respeito (§ 3º), até porque “presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural” (§ 3º do art. 99).

As normas inseridas na CLT pela Lei n. 13.467/17, no entanto, sugerem que o próprio proveito econômico obtido pelo trabalhador no processo seja utilizado para o pagamento das despesas do processo, incluindo os honorários da parte contrária, estabelecendo, desse modo, objetivamente, um rebaixamento da cidadania dos trabalhadores na comparação com os demais cidadãos em outras relações jurídicas, contrariando a própria essência do Direito do Trabalho.

Neste sentido, os dispositivos em questão não merecem sequer o atributo de normas trabalhistas, vez que sua preocupação fundamental foi a de negar a garantia constitucional de amplo acesso à Justiça aos trabalhadores.

Essa “estratégia legislativa”, inclusive, já vem repercutindo gravemente no número de reclamações trabalhistas.

No entanto, a redução de litigiosidade, apoiada no artificialismo jurídico que submeteu os trabalhadores à ameaça de custos processuais, quebrando a eficácia do princípio do acesso à justiça e, portanto, o que Barroso chama de “processo justo, efetivo e a uma justiça que funcione, que funcione em tempo razoável e de maneira eficiente”, representa exclusivamente maior incentivo ao descumprimento da legislação do trabalho, gerando aumento do sofrimento nas relações de trabalho, intensificação do processo de acumulação da riqueza, quebra do sistema previdenciário, diminuição do consumo e agravamento da crise econômica, com efeito inevitável na insegurança pública.

Vale reparar que dias após ter sido divulgada a queda do número de reclamações trabalhistas, apontada por alguns, inclusive, como efeito benéfico da nova lei, já se anunciava o aumento da concentração da renda e do desemprego, além da abertura de vagas de trabalho apenas para uma remuneração de até dois salários mínimos, a queda do número de trabalhadores com carteira assinada e o aumento do trabalho informal, evidenciando o caráter precarizante da nova lei¹⁷.

Acompanha a constatação da diminuição do número de reclamações até mesmo o argumento de que se pode pensar na extinção da Justiça do Trabalho, desprezando-se a importância dessa instituição na efetivação dos direitos de milhões de brasileiros e brasileiras.

Os dispositivos que estão sendo alvo de discussão na ADI 5766 põem em questão a própria viabilidade do modelo de sociedade preconizado no pacto firmado por ocasião da elaboração da Constituição de 1988, que sequer, até hoje, foi completamente cumprido, sendo certo que todas as experiências tomadas para negar validade ao projeto de Estado Social Democrático de Direito, mantidas as bases econômicas do capitalismo, sobretudo em um país de economia dependente como a do Brasil, já se mostraram desastrosas, tendo servido apenas para aumentar os problemas econômicos e sociais que atingem, no nível do desespero, milhões de brasileiros e brasileiras.

Há uma grande responsabilidade, portanto, na definição jurídica sobre a questão do acesso à Justiça do Trabalho, exigindo-se, antes de tudo, avaliação profunda de todas as matérias que com ela se interligam.

Mesmo o raciocínio mais simplista, extraído da lógica formal, conduz à inviabilidade jurídica das leis que criam obstáculos específicos de acesso do pobre à Justiça do Trabalho.

¹⁷<http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2018/02/trabalhadores-informais-denunciam-dificuldade-em-encontrar-vagas-registradas>.

Ora, se, por uma questão de cidadania, a todos, sem distinção, é dado o direito de acesso ao Judiciário e se é entendido que com relação ao pobre existe um obstáculo que precisa ser superado pela assistência judiciária gratuita, para que o princípio isonômico seja concretizado, não se pode fixar o pagamento de honorários prévios e honorários advocatícios a quem é alvo de assistência judiciária gratuita, porque isso é o mesmo que negar a essas pessoas o acesso à justiça, diminuindo-lhes a cidadania.

10. Presumindo má-fé sem correspondência fática

O Ministro Barroso insiste em afirmar: há “excesso de litigiosidade, e acho que não só na Justiça do Trabalho, mas em múltiplas áreas, a judicialização da vida e o excesso de litigiosidade são marcas bem visíveis do Brasil contemporâneo e o fenômeno é particularmente perceptível na Justiça do Trabalho com aquelas 4 milhões de ações novas em 2015 e os números provisórios de 2016 são próximos a esse também”. E define as causas para isso:

“A primeira é grave. Há muitos empregadores que descumprem as suas obrigações. A segunda, há muito ajuizamento de ações temerárias. E a terceira, a legislação é complexa e é muito difícil mesmo adimplir com tudo que ela prevê.”

É preciso repisar o que antes já dissemos: das 3,9 milhões de demandas trabalhistas ajuizadas no Brasil em 2016, apenas 7% foram julgadas totalmente improcedentes. É evidente, portanto, que o alto número de reclamações está ligado ao elevado estágio de descumprimento da legislação e da própria ordem constitucional.

Por isso mesmo, a negação do acesso à justiça só serve para incentivar ainda mais essa prática, que, como dito, não é

perniciosa apenas para os trabalhadores individualmente considerados.

O Ministro Barroso admite que a maior parte das reclamações resulta do inadimplemento de obrigações pelo empregador, mas sugere que esses empregadores são, de certo modo, incentivados a não cumprirem a legislação do trabalho, seja por conta da complexidade da lei, seja porque, segundo lhe foi dito, os trabalhadores que perdem o emprego sempre entram com uma reclamação trabalhista mesmo e, então, o empregador prefere não “adimplir” as obrigações trabalhistas e fazer acordo na Justiça.

A lógica argumentativa acatada, no entanto, gera um perdão para a prática ilícita, que sequer é vista enquanto tal, e culpa aquele que, sendo vítima do ato ilícito, vai à Justiça pedir o resgate da autoridade da ordem jurídica.

Para justificar sua conclusão, o Ministro relata um caso que lhe foi relatado por alguém:

“Eu estive recentemente em um evento internacional, em que estava um importante dirigente de uma importante empresa brasileira, de boa reputação, e que me disse, aliás, disse publicamente, depois me disse reservadamente que ele investe no seu compliance trabalhista, que a existência de reclamações trabalhistas contra a sua empresa traz um custo institucional alto, que ele gostaria de evitar e que não obstante gastar muito dinheiro com o compliance trabalhista e se empenhar por cumprir tudo o que a legislação exige, ainda assim tem milhares de reclamações trabalhistas. Portanto há alguma coisa errada em um sistema em que mesmo aquele que faz o máximo para cumprir a norma, não consegue.”

Acontece que a situação verificada na jurisdição trabalhista contraria o pressuposto adotado, isso porque exemplos não faltam de empregadores que, ao contrário daqueles que levaram seus “pareceres” ao Ministro Barroso, induzindo-o a uma percepção equivocada da realidade das relações de trabalho no Brasil,

cumprem regularmente, como deve ser a legislação do trabalho, tendo como consequência o fato de que apenas raramente aparecem como acionados em reclamações trabalhistas.

É o caso, por exemplo, da empresa Lupo, em Araraquara, que, possuindo na sede fabril naquela cidade cerca de 4.500 empregados, foi parte reclamada em 30 (trinta) reclamações trabalhistas no ano de 2016, sendo que, considerando os dados específicos da 3ª. Vara do Trabalho de Araraquara, foram, nos últimos 10 (dez) anos, 54 reclamações. Ordinariamente, essas ações, inclusive, dizem respeito a discussões sobre eventual ocorrência de acidente do trabalho e não ao “inadimplemento” de obrigações trabalhistas. E o grupo ao qual se integra referida empresa teve, desde a década de 90, considerando toda a jurisdição abrangida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região, 399 reclamações.

Em Jundiaí, a empresa Maccaferri, com 369 empregados, teve 48 reclamações trabalhistas nos anos de 2015, 2016, 2017 e 2018. A empresa Weir, com 335 empregados, e a empresa Prensa Jundiaí, com 120 empregados, tiveram, respectivamente, no mesmo período, 53 e 27 reclamações; para ficar em alguns poucos exemplos.

Os números, portanto, não autorizam a dizer que todo trabalhador é um delinquente em potencial, no sentido de possuir uma propensão a utilizar o processo de forma abusiva para extrair benefício indevido de seu ex-empregador; ou que todas as empresas não cumprem deliberadamente os direitos de seus trabalhadores, porque sabem que serão alvo de reclamações trabalhistas.

Aliás, não se chegaria a essa situação completamente deturpada do exercício do direito de ação sem o necessário “conluio” generalizado de advogados e advogadas (de empregados e também de empregadores, vez que a atuação deliberada de descumprir a lei supostamente se basearia em aconselhamento jurídico), daí porque o argumento atinge a própria dignidade da

advocacia trabalhista e, por conta disso, foi alvo de uma carta de repúdio assinada por 150 advogados e advogadas trabalhistas¹⁸.

Fato é que essa presunção de má-fé, que foi utilizada para negar vigência à garantia constitucional da justiça gratuita, não se apoia em dados reais.

De todo modo, para as ações temerárias, existe a previsão de condenação por litigância de má-fé. Trata-se de exceção e, como tal, deve ser enfrentada. Os dispositivos em análise na ADI 5766, repita-se, não se referem à coibição do ajuizamento de demandas temerárias. E nem conseguem atingir tal objetivo.

O mais estranho é perceber que mesmo sob a ótica distorcida e perversa de que demandas temerárias devem ser coibidas com vedação de acesso à justiça o resultado será inócuo.

Ora, se a demanda for totalmente improcedente, o reclamante reconhecidamente pobre e sem condições de litigar em juízo de modo oneroso, certamente não terá condições de pagar honorários de advogado ou perito. Logo, quando estivermos realmente diante de lide temerária, a decisão de total improcedência, mesmo condenando ao pagamento de honorários, será fadada a entrar para o rol de execuções trabalhistas não resolvidas, pois de acordo com a previsão legal, não havendo créditos para serem compensados, após dois anos de “suspensão da exigibilidade”, o processo poderá ser definitivamente arquivado.

Nada demonstra de modo mais claro que o objetivo desses dispositivos não é, nem nunca foi, coibir demandas temerárias. Não se trata de evitar demandas que a parte autora sabe destituídas de fundamento. Trata-se, isso sim, de estabelecer a lógica da penalização pelo exercício do direito de acesso à justiça, beneficiando claramente o agressor da ordem jurídica, com a previsão de que o trabalhador ou a trabalhadora em relação aos quais houve lesão reconhecida pelo Estado sejam compelidos a devolver os valores que lhes forem deferidos a quem efetivamente cometeu ato ilícito. O recado não poderia ser mais claro. Evitar que

¹⁸. <https://www.conjur.com.br/dl/carta-ministro-barroso-relatorio.pdf>

trabalhadores e trabalhadoras, para os quais exercer o direito de ação já é um ato de coragem, não ajuízem mais demandas trabalhistas.

Ora, se trabalhadores e trabalhadoras não tiverem coragem de ajuizar demanda trabalhista em relação aos atos ilícitos contra eles praticados no ambiente de trabalho, haverá redução do número de ações trabalhistas, mas será, como já afirmamos, uma redução artificial. E, em pouco tempo, veremos questionada a própria existência de uma estrutura destinada a cuidar desse conflito de interesses. Se os litígios não são judicializados, não há necessidade de uma estrutura de Poder Judiciário para deles cuidar.

A perversidade desse objetivo vai muito além do simples desmonte do sistema de proteção estatal para a relação capital e trabalho e de todas as implicações dessa opção legislativa, para a própria manutenção da ordem capital.

11. A culpa não pode ser atribuída à vítima

O Ministro segue afirmando que:

“A Reforma Trabalhista, e esta lei que nós estamos discutindo aqui, só enfrentou um problema, que é o excesso de judicialização por parte dos empregados, não enfrentou nem a complexidade da legislação nem os descumprimentos contumazes da legislação trabalhista, e sobre isso eu vou falar brevemente ao final do meu voto. Seja como for, é disso que a lei trata, é esta lei que nós estamos aqui apreciando e é sobre isso que eu estou expondo ao longo do meu voto. Nós temos um sistema, anterior a esta lei, cuja estrutura dava excessivos à litigância. As pessoas na vida, como regra, elas fazem escolhas racionais e se movem por incentivos e riscos. A mesma lógica se aplica aos litígios judiciais. Se existe chance de algum proveito e nenhum risco de perder, o que se faz é dar-se um incentivo estatal à litigância fútil. Agora,

se no caso de uma litigância que gere insucesso houver algum tipo de ônus, algum tipo de perda, pequena que seja, o indivíduo fará uma avaliação mais séria e responsável antes de ajuizar uma demanda. Portanto, nós tínhamos um sistema em que havia um incentivo para demandar e nenhum ônus para conter esse demandismo. Portanto, *criar algum tipo de ônus, modesto como seja, para desincentivar a litigiosidade fútil me parece ser uma providência legítima para o legislador*".

Dessa afirmação se extrai que a ideia do legislador, da fixação de despesas aos beneficiários da justiça gratuita, estaria justificada pela necessidade de conter a "litigiosidade fútil".

O fundamento da legislação, no entanto, teria invertido toda a lógica jurídica constitucional, destruindo de vez a já tão abalada "presunção de inocência" e pondo em seu lugar, ao menos com relação os pobres (assim como tais considerados pela própria lei), uma "presunção de culpa", ou uma "presunção da utilização abusiva do processo por parte do beneficiário da justiça gratuita".

Essa presunção, que não decorre explicitamente do texto da Lei n. 13.467/17 ou de qualquer outra e que não se sustenta em máximas de experiência estatisticamente verificáveis, não é fundamento legítimo, portanto, para negar vigência à garantia fundamental, fixada expressamente na Constituição Federal, da assistência judiciária integral e gratuita aos que não tenham condições econômicas de suportar os custos do processo.

Haveria, ainda, nessa presunção, uma insuperável contradição, pois os mesmos custos não são impostos a litigantes em outras esferas do Judiciário.

Por consequência, apenas com relação aos trabalhadores **que estão reconhecidamente na condição de beneficiários da justiça gratuita**, tal presunção derrubaria a pecha de delinquentes em potencial que precisariam ser "desincentivados" de praticarem o ato abusivo, pois com relação a outros litigantes o mesmo pressuposto não existiria.

O uso abusivo do direito de ação tem regramento específico e deve ser declarado em decisão judicial devidamente fundamentada que vincule o fato ao tipo legal expressamente previsto. A presunção de exercício abusivo do direito, fixada, sem base fática, como fundamento de uma interpretação legislativa, adquire a feição de uma presunção “iuri et de iure”, vez que não torna impossível àqueles a quem a presunção atinge negativamente exercerem o seu direito de defesa e produzirem prova em sentido contrário.

É imprópria, pois, a criação de uma “presunção da utilização abusiva do processo por parte do beneficiário da justiça gratuita”, que não decorre de texto de lei e que não se sustenta em máximas de experiência estatisticamente verificáveis, pois aniquila a presunção de inocência e até impede o legítimo direito de defesa, não sendo, pois, fundamento legítimo para negar vigência à garantia fundamental, fixada expressamente na Constituição Federal, da assistência judiciária integral e gratuita aos que não tenham condições econômicas de suportar os custos do processo.

Tal presunção, aliás, não tem respaldo constitucional e, por consequência, não pode servir como fundamento para negar vigência a uma garantia fundamental, até porque estimula preconceitos e, como preconiza Paulo Bonavides, “Uma Constituição aberta não deve abrigar preconceitos”.

E vale reforçar que apenas 7% das reclamações trabalhistas são julgadas totalmente improcedentes, o que afasta, estatisticamente, a presunção de exercício abusivo, do direito de ação de forma generalizada na Justiça do Trabalho.

Em um aspecto o fundamento oralmente apresentado, que guiou o voto, tem razão de ser e se refere ao fato de que os empregadores que cometem ilícitos trabalhistas têm sido beneficiados nas lides processuais com a realização de acordos vantajosos. Essa prática processual de estímulo ao acordo a qualquer custo, não punindo o ilícito trabalhista e até conferindo ao empregador o benefício da “quitação ampla geral e irrestrita de todas as obrigações decorrentes do contrato de trabalho”, efetiva-

mente constituiu, ao longo de anos, um enorme incentivo ao descumprimento da legislação trabalhista, sendo, em certa medida, uma das grandes causas do elevado número de reclamações trabalhistas.

O Ministro Barroso refere os "custos da máquina judiciária" e afirma que "apenas 11% do custeio da justiça é recuperado por meio de taxa judiciária, custas e emolumentos. Isso significa que cerca de 90% da atuação do Poder Judiciário são 90% subsidiados pela sociedade, isto é, quem paga a fatia mais larga deste custo não são os litigantes, é a sociedade como um todo. Em última análise, é o povo brasileiro e, portanto dinheiro que vai para o custeio do Judiciário, importante como seja o papel do Judiciário, é dinheiro que não vai para a educação, é dinheiro que não vai para a saúde, é dinheiro que não vai para o saneamento, é dinheiro que não vai para melhorar estradas".

Esquece-se de considerar a relevância dos valores arrecadados pela Justiça do Trabalho para a Previdência Social. Em 2016, a Justiça do Trabalho arrecadou R\$ 2.385.672.884,90 para a Previdência Social. Em 2017, já sob o assombro da nova lei, esse número foi reduzido para R\$ 1.356.057.399,35¹⁹.

O Relatório Geral da Justiça do Trabalho revela que, em 2015 (portanto, antes do corte orçamentário que tirou 29% da verba de custeio e 90% da verba de investimentos), os custos totais para a estrutura de 24 TRTs, 1.587 varas do trabalho em todo o país, quase 4 mil juízes e cerca de 45,5 mil servidores na ativa, além do TST e CSJT, eram de R\$ 17,1 bilhões; o total distribuído nos processos trabalhistas chegou a R\$ 17,4 bilhões, fora a arrecadação de outros R\$ 2,8 bilhões em tributos, custas e emolumentos aos cofres públicos.

Portanto, a Justiça do Trabalho devolve, diretamente, cerca de 18% a mais do que custa. Isso sem considerar a receita indireta: emprego de milhares de advogados, peritos judiciais, prestadores de serviço, e todos os demais repasses que entram na economia,

¹⁹ <http://www.tst.jus.br/arrecadacao>

como os gastos com manutenção, aluguéis, obras, materiais, insumos e muitos outros²⁰.

No Relatório relativo ao ano de 2016, consta que a Justiça do Trabalho “contava com 47.545 magistrados e servidores, quantitativo 0,4% inferior ao do ano anterior”. Ainda assim, sua produtividade foi 4,3% superior à alcançada em 2015.

A despesa da Justiça do Trabalho para cada habitante foi de R\$ 85,16, 5,2% inferior à de 2015. Em contrapartida, a Justiça do Trabalho arrecadou para a União o montante de R\$ 3.276.651.454,37 em IR, INSS, Custas, Emolumentos e multas aplicadas pelo Órgão de Fiscalização, valor correspondente a 18,7% da sua despesa orçamentária e 9,2% superior ao arrecadado em 2015.

Foram pagos aos reclamantes R\$ 24.358.563.331,43, 30,5% a mais que em 2015. Os valores pagos decorrentes de acordos judiciais representaram 37,1% do total e aumentaram 18,0%; os decorrentes da execução da sentença representaram 52,8% e aumentaram 33,0%. A demanda processual, em comparação com o ano anterior, aumentou 5,9%, somando ao final de 2016, 3.700.642 casos novos. **A cada 100.000 habitantes do País, 1.796 pessoas** ingressaram com pelo menos uma ação ou recurso na Justiça do Trabalho²¹.

No ano de 2017, também como efeito do assédio da “reforma”, esse número foi reduzido para R\$ 13.246.602.442,95, o que, inegavelmente, repercute, negativamente, na produção, no consumo e na geração de empregos²².

O orçamento destinado à Justiça do Trabalho em 2017 representa uma conquista frente às dificuldades enfrentadas pelo grave corte orçamentário e da luta do presidente do CSJT, ministro Ives Gandra Martins Filho, para reestabelecer o orçamento e não

²⁰ <http://www.tst.jus.br/consolidacao-estatistica1>

²¹ <http://www.tst.jus.br/documents/10157/3bd84696-5b95-56dc-1a66-29b804f92d39>

²² <http://www.tst.jus.br/jt-valores-pagos>

prejudicar a sociedade que precisa da prestação jurisprudencial num cenário onde o desemprego no Brasil afeta mais de 13 milhões de pessoas.

É de salientar que o próprio Ministro, quase ao final da leitura do voto, reconhece que “a Justiça do Trabalho tem um bom desempenho comparada a outros ramos do judiciário”. Reconhece que “a taxa de congestionamento bruto da Justiça do Trabalho é inferior às da Justiça Federal e da Justiça Estadual”; “o índice de atendimento à demanda é superior na média aos índices da Justiça Federal e da Justiça Estadual”; “o custo médio por habitante é substancialmente inferior ao da Justiça Estadual” e “a Justiça do Trabalho tem um percentual bem acima do das outras Justiças de solução de litígio por via de transação, por via de conciliação, o que é igualmente uma virtude que deve ser salientada”.

12. Não se melhora o acesso à justiça eliminando o acesso à justiça

O Ministro Barroso ainda afirma que "quando se permite que cada pessoa individualmente utilize o espaço público para maximizar o seu interesse, o interesse privado prevalece sobre o interesse público e em algum momento o espaço público é consumido e destruído pelo interesse privado”.

O argumento do Ministro Barroso, de que “sem conter a sobrecarga gerada para o Judiciário o próprio acesso à justiça começa a ficar comprometido e, portanto o acesso à justiça é comprometido pela negativa da possibilidade de ingresso, mas é também comprometido pela inexistência de filtros mínimos e de desincentivos mínimos para este ingresso, porque a demanda excessiva também impede um acesso à justiça, pelo menos a uma justiça que funcione com o mínimo grau de eficiência. E os números da judicialização no Brasil são muito impressionantes, os números do Judiciário e da judicialização no Brasil de uma maneira geral”, talvez sirva para a justiça comum, mas não para a trabalhista.

Tanto isso é verdade que o Ministro se reporta, para fundamentar sua conclusão, em tese de doutoramento do juiz federal Erik Navarro Wolkart, chamada “Análise econômica e comportamental *do processo civil*”.

Todos os dados antes referidos demonstram que a Justiça do Trabalho é eficiente e tem um número muito pequeno de demandas integralmente improcedentes.

A impressão que se tem é de que todo mundo entra com ação trabalhista, algo, aliás, que o Ministro afirma em trecho anterior do seu voto, chegando a dizer que os empregadores não respeitam os direitos fundamentais trabalhistas porque aguardam a ação para fazer o pagamento.

Ora, o Relatório da Justiça do Trabalho, antes já referido, assinado pelo então presidente Ives Gandra Martins Filho, refere que a **cada 100.000 habitantes do País, apenas 1.796 pessoas** ingressaram uma ação ou recurso na Justiça do Trabalho.

O Relatório ainda dá conta de que a indústria e os serviços diversos lideraram o *ranking* de atividades econômicas com maiores quantitativos de casos novos, reafirmando a relação direta entre precarização/terceirização e inadimplemento dos direitos fundamentais dos trabalhadores e trabalhadoras.

Novamente, aponta-se - nesse mesmo Relatório - que os assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho são: aviso prévio; multa do artigo 477 da CLT; multa do artigo 467 da CLT; e multa de 40% do FGTS. Ou seja, assuntos que refletem a prática de despedir sem efetuar o pagamento das verbas resilitórias.

Em 2016, pelo Relatório, as execuções iniciadas somadas às execuções pendentes de anos anteriores totalizaram 2.981.156 processos. Desse total, foram encerradas 661.850, 22,2%. Portanto, se existem tantas ações tramitando na Justiça do Trabalho, é pela renitência de empregadores que insistem não apenas em descumprir direitos como também em procrastinar a solução dos processos, escondendo patrimônio²³.

²³. <http://www.tst.jus.br/documents/10157/3bd84696-5b95-56dc-1a66-29b804f92d39>

Quanto aos gastos, convém insistir que a Justiça do Trabalho arrecadou para a União o montante de R\$ 3.276.651.454,37 em IR, INSS, Custas, Emolumentos e multas aplicadas pelo Órgão de Fiscalização, valor correspondente a 18,7% da sua despesa orçamentária e 9,2% superior ao arrecadado em 2015. E que recompôs danos da ordem de R\$ 24.358.563.331,43 (valores pagos em declamatórias trabalhistas e, portanto, decorrentes de direitos desrespeitados).

De qualquer modo, precisamos também salientar que esses números, que desconstroem a retórica de que a Justiça do Trabalho é cara para o cidadão, sequer deviam estar sendo discutidos. É que a função judicial é indispensável para um Estado Democrático de Direito, revela-se de interesse público, sobretudo na defesa das maiorias oprimidas. Logo, não pode ser pautada pela lógica da eficiência. Não estamos tratando de questão relacionada a uma empresa que visa o lucro. Estamos tratando de acesso à justiça, direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

13. Improcedência do pedido não é ato ilícito e não pode gerar aniquilamento de uma garantia constitucional

Ao examinar concretamente o art. 790-B da CLT (“A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita” e §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”), Barroso afirma que “não há desembolso, ninguém tem que tirar do que já tem, pode ter que vir a tirar daquilo que venha a eventualmente receber se tiver formulado uma pretensão e esta pretensão tiver sido reconhecida pela justiça como indevida, sendo que houve a atuação de um perito que na crença geral seria pago pela União, mas que em última análise, como a União vive do que arrecada, seria pago pela sociedade brasileira, seria pago, pelo menos em

90%, pelo subsídio que todas as pessoas, inclusive as muito pobres, dão à litigiosidade perante o Poder Judiciário”.

Quanto ao §4º do artigo 791-A (“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”), afirma ser “bastante razoável, deixou de ser hipossuficiente, passou a ter recursos, acho que deve pagar efetivamente o que deve. Se permanecer hipossuficiente não precisa pagar absolutamente nada, a menos que tenha ganhado naquele ou em outro processo créditos suficientes para arcar com esse ônus. Portanto, de novo aqui, não há necessidade de qualquer desembolso, só vai pagar se tiver obtido algum ganho parcial naquela causa ou ganho em alguma outra causa, ou seja, na prática ou o sujeito vai ter deixado de ser pobre ou ele não vai ter que pagar porque a menos que seja um litigante contumaz, o sujeito não tem 3, 4, 5 litígios correndo ao mesmo tempo”. E acrescenta:

“Eu penso, com as observações que vou fazer logo a seguir, que não há desproporcionalidade nesta previsão legal, aqui proporcionalidade utilizada em sentido técnico, saber se a medida é adequada, saber se ela é excessiva e saber se o que se ganha com ela é mais vantajoso do que aquilo que se perde. Por que que ela é adequada? Porque evidentemente se o seu objetivo; a adequação significa uma relação racional entre o meio utilizado e o fim visado. Qual é o fim visado aqui? Diminuir a litigiosidade fútil. Qual é o meio empregado? Cria-se algum ônus para quem litiga e perde, portanto o meio é claramente adequado. Quando você cria um ônus você desincentiva um determinado comportamento.

A medida claramente não é excessiva porque não interfere com o acesso à justiça, o sujeito continua podendo ingressar em juízo com a sua reclamação trabalhista sem pagar nada e se ele continuar pobre e não ganhar nada ele continua sem ter que pagar nada. Portanto acho que claramente não é uma medida excessiva e acho que ela tem proporcionalidade em sentido estrito porque concilia de um lado o interesse no acesso à justiça e de outro lado o interesse legítimo da sociedade no uso equilibrado do Poder Judiciário.

Portanto, considero que a norma é proporcional, fazendo apenas as observações que se seguem, presidente, e já me encontro no terço final do meu voto, que é o seguinte (...).”

A Lei n. 13.467/17, ao fixar o custo dos honorários advocatícios ao reclamante em razão da sucumbência recíproca mesmo ao beneficiário da justiça gratuita, potencializa as possibilidades de descumprimento de direitos pelos empregadores. Além, evidentemente, de incorrer em grave impropriedade jurídica.

É justamente essa grave impropriedade que o Ministro vê como proporcional e razoável.

Ora, se a Constituição garante a assistência integral, não é devido à lei reduzir o alcance da garantia constitucional, não se podendo adotar a improcedência do pedido como parâmetro para isso, pois o direito de ação é abstrato. Dito de outro modo, o regular exercício do direito constitucional de ação não está vinculado à procedência do pedido.

A improcedência do pedido, por consequência lógica, não representa a prática de um ato ilícito, estando, igualmente, na esfera do exercício regular de um direito.

Não pode o legislador infranconstitucional, portanto, atribuir à improcedência, vista como exercício regular de um direito, o efeito de negar vigência a uma garantia constitucional.

Expresso de modo mais direto: o exercício regular do direito de ação não pode gerar perda da eficácia da garantia constitucional da assistência judiciária gratuita.

O que a Lei 13.467 faz, para reduzir o número de reclamações trabalhistas, sem alterar quaisquer das suas causas, é simplesmente punir a vítima, dificultando o seu acesso ao Judiciário, o que, de forma reversa, representa maior incentivo às práticas ilícitas, provocando, igualmente, punição aos empregadores que cumprem a legislação.

Pensando a questão do ponto de vista da efetividade do direito, a solução seguiria caminho bastante diverso e se voltaria, como ocorre nos países costumeiramente citados como exemplos de poucas ações judiciais, aos aspectos punitivos da prática ilícita, para que o processo deixasse de ser, como tem sido, “um bom negócio” para o empregador que descumpra deliberadamente a legislação trabalhista, como já advertira há muito Orlando Teixeira da Costa, à coletivização das ações, ao desenvolvimento de técnicas processuais voltadas a conferir maior celeridade ao processo, como a tutela antecipada, a redução de recursos etc.

Aliás, diante da ausência de efeito punitivo pela prática do ilícito trabalhista, e sem uma prestação jurisdicional mais efetiva e que incentiva acordos com supressão de direitos e “quitação do extinto contrato de trabalho”, quando uma empresa se vê com alguma dificuldade econômica, o primeiro “custo” que vislumbra cortar é o que diz respeito aos direitos dos trabalhadores, sendo que, como se está dizendo, nem mesmo é a crise que justifica o ilícito trabalhista. O ilícito se insere na própria estratégia administrativo-financeira de muitas empresas, que, por esse meio, procuram, inclusive, obter vantagem sobre a concorrência.

Alheio a todo o desenvolvimento da teoria processual voltada à efetividade da prestação jurisdicional, como fator de acesso à ordem jurídica justa, o que o legislador da “reforma” trabalhista pretendeu – com acolhimento no voto oralmente prolatado pelo Ministro Barroso – foi meramente ameaçar os trabalhadores com custos processuais.

E o efeito dessa ameaça já se verifica com a drástica diminuição do número de reclamações trabalhistas, sem qualquer

demonstração de que isso tenha representado melhora na efetividade dos direitos dos trabalhadores e trabalhadoras.

A questão, de todo modo, não é sociológica e, sim, jurídica e desse ponto de vista a tentativa do legislador de obstruir o acesso à justiça ao pobre encontra óbice insuperável, como já manifestado.

Note-se que nem mesmo fora do âmbito da assistência judiciária gratuita é possível estabelecer custos processuais que anulem o benefício econômico obtido no processo, pois, de fato, o processo não cria direitos ou valores econômicos, servindo, meramente, como regra, para declarar direitos pré-existentes e definir os efeitos econômicos da agressão a esses direitos, sendo que no Direito do Trabalho, inclusive, esses efeitos já estão fixados no próprio corpo normativo. Então, se o beneficiário da justiça gratuita auferir algum valor no processo isso diz respeito a uma situação pretérita que, inclusive, já foi avaliada para fins da concessão da assistência judiciária gratuita e que apenas reflete o dano jurídico experimentado decorrente do ato de ilegalidade cometido pela parte contrária, que, inclusive, provocou a propositura da ação.

Considerar, como propõem os artigos postos à discussão, indo além, inclusive, do que dispõem a respeito os artigos do CPC, que o ganho obtido no processo pelo beneficiário da justiça gratuita possa ser utilizado para pagar despesas do processo e até os honorários advocatícios da parte contrária é o mesmo que negar a gratuidade integral ao beneficiário que formulou pretensões procedentes, ou seja, àquele que, ao menos em parte, tem razão, e manter a gratuidade integral unicamente para o beneficiário que não tem razão alguma, invertendo a própria utilidade de todo o aparato jurisdicional.

Além disso, gera a situação inconcebível de que o efeito da ilegalidade praticada pelo reclamado, cometida durante meses ou anos, considerando-se a característica da relação de emprego, de ser uma relação jurídica de trato sucessivo, seja parcialmente anulado pela própria via institucional voltada ao resgate da

autoridade da ordem jurídica, beneficiando a quem cometeu a ilicitude, isto porque o reclamante, beneficiário da assistência gratuita, que adquire algum valor no processo, mas sucumbe em outros, teria que pagar o advogado da reclamada (empresa) com o que houve por direito em função da ilegalidade cometida pela reclamada. Assim, parte da ilegalidade é revertida em proveito de quem cometeu o ato ilícito.

Bem diferente é a regra do processo civil – que sequer seria aplicável ao processo do trabalho, dada a maior proteção jurídica que se deve conferir aos trabalhadores em sua relação com o capital, que, ademais, é produzido pela força de trabalho dos trabalhadores – que permite a cobrança posterior dessa dívida constituída no processo (em decorrência da sucumbência) caso se demonstre a mudança completa de patamar da condição econômica daquele que havia sido beneficiário da assistência gratuita, mas isso, claramente, considerando a situação futura e não a pretérita que diz respeito ao processo no qual o benefício foi concedido. O proveito econômico obtido no processo pelo beneficiário da justiça gratuita não serve ao pagamento desses custos do processo pela simples e lógica razão de que fora concedido ao beneficiário tal direito para que não receasse entrar com a ação.

14. Interpretação sistemática não é o mero pinçar de normas

Ao final do seu voto, o Ministro refere ser "necessária a preservação das verbas alimentares e do mínimo existencial do trabalhador e, portanto as cobranças sucumbenciais não podem incidir sobre valores imprescindíveis à subsistência do reclamante para impedir que isso aconteça, eu estou interpretando esses dispositivos que li anteriormente conforme a Constituição para estabelecer dois critérios limitadores: o primeiro, o valor destinado ao pagamento de honorários de advogado e periciais não pode exceder 30% do valor líquido dos créditos recebidos. Dois, segundo critério, somente será possível utilizar para tal fim os

créditos que excedam o teto dos benefícios pagos pelo Regime Geral da Previdência Social, que atualmente é de R\$ 5.645,89”.

Trata-se de critérios arbitrários, propostos sem qualquer fundamento legal, que mitigam a condição de crédito alimentar, abrindo passagem para que essa condição (reconhecida expressamente no art. 100 da CF) seja negada. A proposta de voto não é, pois, conforme a Constituição, pois nega não apenas o direito de acesso à justiça, premiando o autor de ato ilícito, mas também o direito à natureza alimentar desse crédito, com todas as suas decorrências legais, previstas inclusive no âmbito do direito comum (art. 1.707 do Código Civil).

Cabe ressaltar que sequer é possível, no conflito de normas estabelecido, entre a previsão da Lei n. 13.467/17 e o Código de Processo Civil, invocar a aplicação da nova “lei trabalhista”, por ser mais específica, porque, em se tratando de garantias fundamentais, a regra específica não pode reduzir o patamar já alcançado por norma mais ampla, vez que isso representaria a consagração de um estrato social determinado ao qual se imporia uma condição de subcidadania.

Quando o tema é a preservação de garantias fundamentais, o conflito de normas se resolve pela aplicação da regra de maior proteção, ou, como fixado na base teórica do Direito do Trabalho, pela aplicação da norma mais favorável à condição humana. Sendo assim, em termos de direitos fundamentais, o geral, quando mais benéfico, pretere o específico.

No caso do voto do Ministro Barroso, não se trata de aplicar norma menos favorável, mas de criar novas regras, que não foram discutidas nem redigidas por quem detém a função de produzir leis.

15. O acesso à justiça como questão de ordem pública

Com relação ao artigo 844, cujo parágrafo 2º (“Na hipótese de ausência do reclamante este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do artigo tal da CLT, ainda que

beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar no prazo de 15 dias que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável”. E seu parágrafo 3º: “O pagamento das custas a que se refere o parágrafo 2º é condição para a propositura de nova demanda”), Barroso afirma que “de acordo com o estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), no ano de 2015, 22,6% das ações trabalhistas ajuizadas foram arquivadas. Um, ou pelo não comparecimento do reclamante ou pela inépcia da inicial no caso de procedimento sumaríssimo. Logo, para coibir esse mecanismo que mobiliza a máquina judiciária à toa, em vão, e sempre lembrando que nada é de graça e que alguém paga esse custo, parece perfeitamente legítimo fazer o que faz a lei, exigir que quem faltou apresente uma justificativa e se não tiver justificativa e quiser demandar de novo tem que recolher as custas do processo a cujo arquivamento deu causa”.

Novamente há presunção de má-fé e tentativa de punição do trabalhador. A regra refere-se a "motivo legalmente justificável", mas não diz qual seria a hipótese a ser considerada justificada na forma da lei, pois não há lei especificando razões pelas quais o trabalhador pode não conseguir comparecer à audiência. As principais, que ocorrem no dia a dia dos foros trabalhistas, “até quem não é da área sabe” quais são: o trabalhador falta quando arranhou novo emprego e tem medo que o patrão descubra a reclamação ou falta quando não tem dinheiro para pagar o deslocamento. Seriam esses motivos legalmente justificados?

E ainda que fossem, como justificar uma regra que condiciona o acesso à justiça a pagamento de custas de outro processo, já arquivado, e isso de quem é detentor do benefício da gratuidade?

Apenas o Reino Unido inseriu, em sua “reforma”, regras sobre pagamento de custas que dificultavam o acesso à justiça para os pobres. Lá, a Corte Constitucional, em decisão recente, julgou inconstitucionais tais artigos, exatamente porque implicam o impedimento do ajuizamento de demanda e, portanto, do

exercício do direito à tutela jurisdicional. A decisão foi proferida em julho de 2017, em razão de recurso apresentado pelo UNISON – Sindicato dos Servidores Públicos do Reino Unido -, o segundo maior sindicato britânico. De acordo com reportagem sobre a matéria: “Por meio da Employment Tribunals and the Employment Appeal Tribunal Fees Order 2013, o governo britânico fixou taxas para o acesso de trabalhadores aos tribunais trabalhistas. Alegadamente buscava, com a exigência de tais taxas, transferir parte dos custos dos tribunais trabalhistas para os trabalhadores, dissuadir demandas improcedentes e estimular acordos prévios. (...) O valor de tais taxas dependia do tipo da demanda ajuizada. Para o ajuizamento de demandas mais simples, passou-se a cobrar dos trabalhadores taxa no valor de 390 libras esterlinas (custo equivalente a mais de 1.500 reais), e para demandas mais complexas – envolvendo, por exemplo, questionamentos acerca de demissões injustas, equiparação salarial e discriminação de trabalhadores -, passou-se a cobrar o montante de 1.200 libras esterlinas (valor equivalente a quase 5.000 reais)”²⁴.

A declaração de inconstitucionalidade retirou esses dispositivos do ordenamento jurídico inglês.

A manutenção da nova redação do art. 844 da CLT, ao contrário do que expressa o Ministro Barroso ao referir que “seja bastante mais singelo e imaginaria que nem haja maior discussão sobre a sua constitucionalidade, mas como nós todos sabemos, aqui no Plenário a gente nunca é capaz de prever com rigor o que vai gerar discussão” é de extrema gravidade, pois implica que uma condição de cidadania já alcançada possa ser reduzida.

Essa disposição, como de resto todo o texto da Lei 13.467, fere a cláusula geral de proteção dos direitos fundamentais do não retrocesso, traduzida no Direito do Trabalho pelo princípio da condição mais benéfica, que, inclusive, tem sede constitucional, conforme previsão do “caput” do art. 7º, o qual estabeleceu que os

²⁴ <https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/500336910/suprema-corte-britanica-julga-ilegais-normas-semelhantes-as-da-reforma-trabalhista-brasileira>.

direitos trabalhistas são aqueles que ali se relacionou e quaisquer outros que “visem à melhoria” da condição social dos trabalhadores.

Há um interesse público em não dificultar o acesso à justiça para que a autoridade da ordem jurídica, de direito material, seja preservada e isso é ainda mais relevante quando se refere aos direitos sociais, essencialmente ligados a questões de ordem pública.

É essencial, portanto, que se obste, por meio da declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos em questão, a ocorrência de todos os problemas jurídicos, econômicos, sociais e humanos acima mencionados e que decorrem da negação do acesso à Justiça do Trabalho. A garantia do acesso à justiça não pode ser anulada pela própria via processual porque, com isso, se corre o grave risco de destruir a eficácia de todo o aparato protetivo da condição humana dos trabalhadores.

Em um caso, que ganhou grande repercussão midiática, a reclamante foi condenada a pagar R\$67.500,00 a um empregador. Ocorre que, na mesma sentença, foi reconhecido que o empregador feriu, diariamente, durante toda vigência da relação de emprego, vários direitos trabalhistas da reclamante, pelo que se chegou inclusive, a uma condenação no montante de R\$50.000,00. No entanto, como alguns pedidos da reclamante foram julgados improcedentes, notadamente um que dizia respeito ao recebimento de indenização por dano moral, gerando a condenação da trabalhadora ao pagamento de honorários do advogado do empregador, o que restou como mensagem foi que a ilegalidade reiterada cometida pela empresa, que atingiu preceitos de direitos fundamentais, inclusive, foi menos grave do que uma afirmação feita pela reclamante na petição inicial.

Todo o ilícito cometido durante anos pelo empregador foi perdoado porque a reclamante, na avaliação judicial feita, expressou, na petição inicial, uma pretensão improcedente. Assim, por obra da abstração processual, com aparência de moralização, chegou-se ao resultado de que o infrator contumaz da ordem

jurídica cometeu uma infração de muito menor potencial ofensivo do que a reclamante que (mesmo sem ser considerada litigante de má-fé) deduziu uma pretensão improcedente. No caso, o empregador, declaradamente agressor da ordem jurídica trabalhista, não só foi perdoado como também se viu premiado, saindo do processo credor da reclamante, a quem nenhum ato de ilegalidade foi imputado.

16. Conclusão

Conclui-se, por todos esses argumentos, que não se pode assistir em silêncio a construção de um revisionismo histórico, que tenta desconsiderar a realidade das relações de trabalho, da ineficácia dos direitos trabalhistas e da atuação diligente e eficiente (com todas as limitações aqui mesmo reconhecidas) da Justiça do Trabalho, para emplacar um dispositivo legal que representa mais uma violência contra os trabalhadores e trabalhadoras no Brasil, fazendo letra morta de uma garantia constitucional duramente conquistada do acesso à justiça ao pobre, conforme consagrado em diversos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Em hipótese alguma é possível admitir esse retrocesso!

Porto Alegre/São Paulo, 20 de maio de 2018.

LACUNA AXIOLÓGICA NO ART. 844 DA CLT NO PÓS REFORMA TRABALHISTA: EFEITOS LEGAIS E INTEGRAÇÃO DA NORMA

Diego Guerra Félix¹

RESUMO

Na mesma intensidade que cresce o fenômeno do desenvolvimento industrial e econômico em nossa sociedade, cresce a preocupação com as relações de trabalho envolvidas nesse sistema. O Direito do Trabalho, nesse contexto, deve cuidar em dar maior amparo e guarda aos trabalhadores, que são hipossuficientes em suas relações com os empregadores e, as mudanças trazidas pela legislação devem guardar atenção a não provimento do retrocesso social. É o resumo do que trata essa pesquisa reflexiva, que discute o tema, visando obter uma análise a respeito dos efeitos legais e interpretativos da lacuna axiológica deixada pela lei 13.467/2017, mais especificamente em seu artigo 844, parágrafos segundo e terceiro. Através do método exegético-jurídico, com a utilização de códigos, doutrinas, livros e artigos virtuais concernentes à matéria, buscou-se fundamentar e enfatizar a necessidade de uma urgente solução quanto a afastar aplicação do dispositivo mencionado, bem como da necessidade de utilizar-se supletivamente do NCPC, por ser conceber um tratamento mais justo. Com essa pretensão abordar-se-ão conceitos e noções gerais relativas à Justiça gratuita e custa Judiciais. Apesar de a legislação específica pertinente à matéria ter dispositivo expresso prevendo o pagamento de custas pelo trabalhador detentor da Justiça gratuita e, além de condicionar seu acesso à justiça, enquadrando-

¹ Advogado. Pós graduando em direito material e processual do Trabalho-ESMAT 13. E-mail: nayanne_diego@hotmail.com

o como uma espécie de punição, essa situação não está de forma justa tratada. Cabe ao aplicador da lei, interprete no caso concreto extrair um sentido harmônico da lei com todo ordenamento jurídico, integrando-a, respeitando os princípios da onde sua norma está inserida, buscando alcançar o seu verdadeiro sentido, afastando, portanto, qualquer mácula de mudanças inseridas que vão de encontro, criando um obstáculo de acesso à justiça do trabalhador.

Palavras-chave: Lacuna axiológica. Aplicação Supletiva. Custas judiciais. Justiça Gratuita.

1 INTRODUÇÃO

O estudo em voga introduz uma análise necessária as mudanças na seara trabalhista trazidas pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), suas consequências e efeitos jurídicos nas relações de trabalho, sobretudo quanto ao tratamento imposto ao trabalhador beneficiário da Justiça Gratuita quando tem que pagar as custas do processo, além de abordar o tratamento diferenciado dado ao cidadão comum pela lei 13.105/15 (NCPC) nesse mesmo aspecto.

Assim, este artigo tem como objetivo discutir as incongruências entre as normas do ordenamento jurídico Pátrio, no que diz respeito ao tratamento diferenciado dado ao trabalhador em face do cidadão comum, reconhecendo uma lacuna axiológica da norma trabalhista, a fim de repensar o sistema jurídico como um todo, extraindo um sentido harmônico com o ordenamento jurídico, interpretando a norma de forma a integrá-la, compatibilizando-a com todo ordenamento pátrio, dando o tratamento mais adequado e mais benéfico ao trabalhador.

O presente trabalho tem como questionamento: é possível afastar aplicação do art.844, parágrafo segundo e terceiro da Consolidação das leis do trabalho (CLT) que trata de hipótese de pagamento de custas judiciais e condicionamento de acesso à

justiça ao trabalhador e, aplicar de forma supletiva, o tratamento que o Novo código de processo civil (NCPC) dá ao beneficiários da justiça gratuita isentos das custas Judiciais, por ser mais benéfico?

Parte-se da hipótese de que a CLT tem como princípio a proteção do hipossuficiente - trabalhador - e, portanto, analisando o sistema jurídico de forma integrada, sistêmica, deve ser feita a interpretação, e a integração da norma de forma mais favorável, não aplicando a interpretação literal do artigo da lei a ele, mas sim, em face da lacuna axiológica, utilizar o interpretador, aplicador da lei, da interpretação de forma a analisar o ordenamento como um todo, utilizando-se supletivamente o que dispõem o NCPC, a respeito da justiça gratuita e custas judiciais, afastando, portanto, a aplicabilidade do pagamento de custas judiciais previstos no art. 844, Parágrafo segundo, bem como o parágrafo terceiro, de tal modo a evitar o temerário de violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição e de impedimento de acesso à justiça .

Para tanto, além da utilização da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, fazemos uso do método exegético-jurídico, que visa interpretar o sentido da lei pertinente à matéria, referenciando doutrinas, códigos e artigos virtuais, por meio do estudo teórico da doutrina pertinente, buscou-se a análise das diversas e distintas tendências do direito do trabalho.

2 DA GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA E INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Cumpra inicialmente esclarecer que a prestação da tutela jurisdicional é monopólio do Estado, que o exerce através do Poder Judiciário. O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal aduz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e é este dispositivo que propaga a ideia de garantir o acesso à justiça, de modo a nos garantir que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva

ou reparatória relativa a um direito (BRASIL, 1988; NERY JR, 2008).

Desempenhando esse comando constitucional, estabeleceu-se também a obrigatoriedade pelo Estado de assistência jurídica integral e gratuita aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, (art. 5º, inciso LXXIV), com intuito de efetivar o acesso à justiça através da concessão de benefícios distintos: sendo uma delas a justiça gratuita. (NERY JUNIOR, 2008).

É incontroverso dizer que a sociedade baseada nos ditames do estado democrático de direito precise, para alcançar a tão desejada justiça social, tenha um acesso sem obstes a fim de pleitear seu direitos. Dessa forma, o benefício da Justiça gratuita é um meio hábil a garantir o acesso à justiça àqueles que não podem, sem prejuízo de seu sustento, arcar com os custos de uma demanda jurídica. A facilitação desse acesso ao economicamente hipossuficiente ao Judiciário, mediante o benefício supracitado, constitui, nesse passo, manifestação da universalidade do direito de ação (GONÇALVES, 2008).

A expressão “acesso à justiça” é de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

O acesso à justiça, não nos revela apenas o direito de chegar ao Judiciário, mas sim, o de alcançar, através de um processo imparcial, pautado por garantias como a do devido processo legal, alcançando-se um acesso à ordem jurídica justa (GRINOVER WATANABE, NERY JR., 2011).

Dessa forma, objetivo é não apenas apontar quais seriam os direitos fundamentais, mas garanti-los: daí a importância do Poder Judiciário (e do processo) na promoção da defesa dos direitos fundamentais e da inclusão social (LEITE, 2008).

3 JUSTIÇA GRATUITA E CUSTAS: CONCEITO E DISCIPLINAMENTO NA CLT E CPC

3.1 Justiça gratuita e custas no regramento da CLT

De acordo com Schiavi (2009), citado por Minotto (2014) a justiça gratuita é um instrumento pelo qual a constituição Federal assegura aos cidadãos que não tenham condições de arcar com taxas judiciais, entre outras acesso à justiça (MINOTTO, 2014).

Diante disso, nosso ordenamento infra constitucional, através de seus dispositivos legais, previu regramentos para tal concessão e, a

A Lei 13.467/2017, lei que alterou a CLT, assim disciplina os critérios de concessão da justiça gratuita no processo trabalhista:

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. (BRASIL, 2017)

Não adentrando, aos requisitos estabelecidos pela lei supra citada para concessão, mas entendendo que o trabalhador preencheu e goza de tal benesse, necessário se faz analisar o que

dispõem os arts.844, parágrafo segundo e terceiro da CLT, incluído suas redações pela Lei nº 13.467, de 2017, senão vejamos:

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 (BRASIL, 2017).

Revela-se, nesse artigo, em seus parágrafos um descompasso, uma incongruência não só com o próprio dispositivo da CLT que concebe a justiça gratuita, mas também com a própria constituição e código de processo civil, quando em seu dispositivo, art. 844, parágrafo segundo e terceiro, prevê o pagamento de custas ao trabalhador ainda que beneficiário da justiça gratuita e, além disso, no seu parágrafo terceiro, condiciona o acesso à justiça trabalhista, ao pagamento da referida (BRASIL, 2017).

Além disso, tal tratamento posto pela Lei 13.467/2017 viola a ideia de proteção e promoção de direitos sociais trazida na Constituição de 1988 ao destoar da aplicabilidade aos princípios de proteção ao trabalhador e de proibição de retrocesso social (BRASIL, 2017).

Analisando o conceito de retrocesso, podemos de imediato nos remeter a algo que volta no tempo, retorna ao seu local de origem, recua. É através desse conceito que se permeia a ideia de proibição de retrocesso social. De acordo com Sarlet (2009), citado por Fogaça e Valente (2018), nesse diapasão, a proibição de

retrocesso social significa a proteção de direitos fundamentais, de toda e qualquer forma, em face de medidas tomadas pelo poder público - destaca-se aqui ações positivas ou negativas do legislador ou do administrador que visem suprimir ou restringir direitos fundamentais (incluindo-se os sociais) (FOGAÇA; VALENTE, 2018).

Resta evidente, que a alteração trazida pela Lei 13.467/2017, mais precisamente em seu art. 844, parágrafo segundo e terceiro, o legislador foi na contramão da proteção ao trabalhador, restringindo direitos fundamentais (BRASIL, 2017).

Ainda segundo Sarlet (2009), citado por Fogaça e Valente (2018, p. 2), há de se lembrar ainda que a proibição de retrocesso está correlacionado com a segurança jurídica e com o princípio da dignidade humana, não se confundindo com elas, bem como não é correto dizer que a proibição de retrocesso tem uma característica meramente instrumental. Isso quer dizer que, ao se entender que o reconhecimento da vedação de retrocesso não protege apenas a dignidade humana e o mínimo existencial, diz-se que o próprio entendimento de segurança jurídica, a partir de um diploma constitucional que consagra os direitos sociais, não pode se ater tão somente as figuras tradicionais de tutela dos direitos adquiridos ou da irretroatividade de certas ações dos poderes públicos (FOGAÇA; VALENTE, 2018).

Faz-se necessário citar a Constituição Federal de 1988, que prevê, em seu artigo 5º, inciso XXXV, inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de cláusula do acesso à justiça, ou do direito de ação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Dessa forma, é totalmente eivado de vício qual norma que afronte ou vá contra tal dispositivo (BRASIL, 1988; MESQUITA, 2013).

É importante fixar que o condão da gratuidade é dar àquele que não tem condições de arcar com as despesas processuais tal proteção, a fim de não impeli-lo de ter acesso a justiça e, tal tratamento do art.844, parágrafo segundo e terceiro da CLT,

destoam totalmente da finalidade da justiça gratuita na CLT (BRASIL, 2017).

Nessa esteira, Cappeletti e Garth (1988), leciona-nos, demonstrando que as despesas processuais (custas e honorários advocatícios e periciais, principalmente) são alguns dos principais obstáculos ao Acesso Jurisdicional, atingindo precipuamente as pequenas causas e os autores individuais, em especial os pobres (CAPPELETTI;GARTH, 1988).

3.2 Justiça gratuita e custas no regramento na Justiça comum - CPC

O código de Processo civil alterado pela Lei13.105/2015 disciplina nos Artigos 98 a 102 e prevê, o regramento da Justiça Gratuita no âmbito da justiça comum, o qual dispõe: “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” (grifos nossos) (BRASIL, 2015).

Com a chegada do novo CPC, basta a afirmação da parte requerente de sua “insuficiência de recursos” para obtenção da justiça gratuita, uma vez que sua alegação de presunção de veracidade, por força do§ 3ºdo Artigo 99 do Novo CPC (BRASIL, 2015).

Mais uma vez reitero que aqui não visamos abordar quais são os requisitos ou se eles foram preenchidos, mas os efeitos que decorrem ao do beneficiário da Justiça gratuita em determinadas hipóteses.

Dando continuidade a essa abordagem, verificamos que assim como na Justiça do trabalho, o Novo CPC visa dá meios de acesso à Justiça através da justiça gratuita àqueles que não conseguem suportar com as custas do andamento do processo, abarcando um rol de atos que estão protegidos pela gratuidade judicial, conforme dispõem Inciso VII no Artigo 98, § 1º, pelo Novo

CPC, que por sua vez nos traz um o rol de atos processuais abarcados pela gratuidade da Justiça, dentre eles destacamos:

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.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais; (BRASIL, 2015).

Diferente do que observamos na justiça do trabalhador, quando ela estabelece um hipótese de pagamento de custas ao trabalhador ainda que beneficiário da Justiça comum – prevista no artigo 844, parágrafo segundo e terceiro – dando um tratamento diferenciado ao trabalhador, o Código de processo Civil, por sua vez, vai na contramão disso, protegendo o cidadão beneficiário da justiça comum do pagamento de custas judiciais (BRASIL, 2015). ■

Assim *verifica-se* que na justiça comum, o detentor da justiça gratuita é dispensado do pagamento de custas judiciais, garantindo, portanto, o acesso à Justiça daqueles que não conseguem suportar as custas do processo (THEODORO JUNIOR, 2005).

4 LACUNA AXIOLÓGICA DO ART.844 PARÁGRAFO TERCEIRO E QUARTO DA CLT

Como já trazido anteriormente, podemos verificar um tratamento diferenciado e antagônico do art.844 parágrafo segundo e terceiro da CLT modificado pela Lei 13.467/2017, no qual prevê-se um tratamento prejudicial e injusto ao trabalhador, quando beneficiário da justiça gratuita, tem que pagar as custas judiciais se não se justificar dentro da hipótese legal e, ainda, se não o fizer ficará cerceado de acesso a Justiça do trabalho enquanto não o fizer. Tal disciplinamento, frente a outros institutos, seja no

plano Constitucional ou legal, criando-se, portanto, uma lacuna Axiológica.

Segundo Bobbio (1995) citado por Osmar Vieira da Silva, entende-se por “lacuna” a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma solução satisfatória, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe (SILVA, 2015).

Estamos diante, portanto, de uma situação da qual estamos tratando de lacuna axiológica. Para Bobbio (1995), citado por Osmar Vieira da Silva, as lacunas podem ser próprias ou impróprias. A lacuna própria é uma lacuna do sistema ou dentro do sistema; a lacuna imprópria deriva da comparação do sistema real com um sistema ideal. (SILVA, 2015).

Elas podem ser distinguidas pela forma que podem ser eliminadas: a lacuna imprópria somente através da formulação de novas normas; e a própria, mediante as leis vigentes. As lacunas impróprias são completáveis somente pelo legislador; as lacunas próprias são completáveis por obra do intérprete. (SILVA, 2015).

É relevante frisar que, revestem-se de particular importância as definições dos conceitos de lacuna normativa e lacuna axiológica, nos interessando essa última, uma vez que ela se produziria quando, ainda que, existente no ordenamento jurídico uma solução para certo caso, tal solução é considerada axiologicamente inadequada em razão de que o legislador não tomou como relevante certa distinção que deveria ter sido considerada (SILVA, 2015).

Portanto, destacamos que o art.844, parágrafo segundo e terceiro merece ter afastado sua aplicação pelo intérprete, abrindo mão de aplicar sua interpretação literal, fazendo-se necessário ser feito a interpretação de forma sistemática e harmônica, analisando o ordenamento como um todo, de maneira que se dê o tratamento mais benéfico, em conformidade com a principiologia trazida pela CLT. (BRASIL, 2017).

5 APLICAÇÃO SUPLETIVA E SUBSIDIÁRIA DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO

Diante de inúmeras situações, lacunas legislativas, axiológicas e normativas, a Consolidação das Leis do Trabalho trouxe em seu art.769 estabelecendo a aplicação subsidiária do CPC no Processo do Trabalho, afirmando:

Art. 769. 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.” Desta forma, quando houver o preenchimentos dos requisitos do art.469 CLT, havendo a compatibilidade entre as normas aplicadas ao processo do trabalho e o CPC, possível será a aplicação do CPC para suprir as lacunas[...] (SCHIAVI, 2015).

Duas são as possibilidades de interpretação sobre a abrangência do artigo 769 definidas por Schiavi (2015, p. 6), citado por Clemente (2017):

Restritiva: somente é permitida a aplicação subsidiária das normas do processo civil quando houver omissão da legislação processual trabalhista. Desse modo, somente se admite a aplicação do Código de Processo Civil quando houver a chamada lacuna normativa [...], e Evolutiva: permite a aplicação subsidiária do Código de Processo **Civil ao processo do trabalho quando houver as lacunas ontológicas e axiológicas** da legislação processual trabalhista. Além disso, defende a aplicação da legislação processual civil ao processo do trabalho quando houver maior efetividade da jurisdição trabalhista [...] (grifos nosso) (CLEMENTE, 2017).

Nos Interessando, segundo a classificação disposta acima, a interpretação evolutiva, uma vez que diante do que vem sendo tratado, deparamo-nos com o artigo 844, parágrafo segundo e

terceiro com uma lacuna axiológica, que roga por um tratamento mais favorável, nesse sentido, temos o NCPC que dá a possibilidade ao aplicador da lei de utilizá-lo supletivamente, promovendo o afastamento da aplicação literal do dispositivo da CLT supramencionado no tocante ao pagamento de custas na situação prevista no dispositivo mencionado (BRASIL, 2017).

Nesse diapasão, é previsto no artigo 15 do Código de Processo civil Decreto-Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 que: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente” (BRASIL, 2015).

Dessa forma, o dispositivo visa suprir uma lacuna na matéria que se trata, de tal modo que quando nos deparamos com uma omissão parcial da norma estaremos aplicando o código de processo civil de forma supletiva. Em que se pese quando, por exemplo, a legislação trabalhista tratar de forma menos abrangente e, ou ao nosso ver, quando a norma é eivada de uma lacuna axiológica, no qual o interprete aplicador da lei pode auferir uma interpretação mais abrangente dando o melhor sentido a norma, utilizando-se de um regramento de forma supletiva.

Segundo Schiavi (2015, p. 3), citado por Clemente (2017), no que diz respeito a aplicação subsidiária, pode ser aplicada de modo que as normas do Processo comum supram uma lacuna no processo do trabalho (CLEMENTE, 2017).

6 AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DO ART.844 PARÁGRAFO SEGUNDO E TERCEIRO E APLICAÇÃO SUPLETIVA DO CPC.

Após a análise dos institutos anteriormente descritos, consideramos que o artigo art.844, parágrafo segundo e terceiro, deve ter afastado sua aplicação.

Dessa forma, ao se deparar com um caso concreto, o aplicador, interprete da lei deve afastar sua aplicação, abrindo mão

da interpretação literal, uma vez que o dispositivo é maculado por uma lacuna Axiológica, que dá um tratamento diferenciado, prejudicial ao trabalhador, hipossuficiente, beneficiário da justiça gratuita, frente ao do cidadão comum, que acessa a justiça comum com o resguardo de que, quando beneficiário da justiça gratuita ficará isento do pagamento das custas Judiciais.

Diante de tal incongruência do sistema, em que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) traz disciplinamentos conflitantes, quais sejam: aparentemente beneficia àquele que não tem condições de arcar com as despesas processuais atribuindo-lhe a possibilidade de gozar da justiça gratuita, por outro lado, retira-lhe tal intenção, punindo-o, prevendo a possibilidade de pagar custas mesmo que detentor do benefício da justiça gratuita, contrariando tal instituto e, mais, limitando o trabalhador o acesso à justiça do trabalho. Diante de tal quadro não só nos deparamos com a violação de preceitos constitucionais, bem como dá um tratamento diferenciado ao trabalhador, em face de um cidadão comum, que utiliza da via da Justiça comum, amparado pelo não pagamento de custas quando detentor da justiça gratuita.

Há diante desse quadro, um temerário criado, pois foi diante da criação do dispositivo da CLT- acima mencionado-, inserido pela reforma, que houve uma mitigação do benefício da justiça gratuita altamente prejudicial ao trabalhador, de tal modo que criou-se um obstáculo ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, de impedimento de acesso à justiça, sabendo que a Justiça Gratuita é instrumento pelo qual viabiliza e dá meios a quem não tem condições de arcar com despesas do processo, daquele hipossuficiente que tenta obter a tutela jurisdicional.

Dessa forma, seguindo o princípio que rege a CLT, e as possibilidades legais que lhes são atribuídas, o interprete deve afastar aplicação do art. 844, parágrafo segundo e terceiro da CLT, e interpretar o ordenamento de forma harmônica e sistêmica de tal modo que deve recorrer-se da aplicação supletiva do CPC, e não condenar o trabalhador ao pagamento de custas processuais, aplicando o tratamento que é dado na justiça comum, por nos

parecer mais adequado por além de ser um tratamento mais benéfico, atende o verdadeiro sentido da legislação que ela está inserida, bem como harmoniza com todo o sistema jurídico Pátrio

Como se sabe, as normas jurídicas estão inseridas dentro de um sistema normativo cujas disposições, tanto quanto possível, não se excluem, mas sim se complementam – essa forma de pensar é respaldada tanto pela doutrina clássica, a exemplo de Maximiliano (2011, p. 110), quanto pela moderna Teoria do Diálogo das Fontes de Marques (MARQUES, 2004; MAXIMILIANO, 2011).

Vale trazer à baila que, além de tudo já dito, outro fator que tem de ser analisado é que as custas processuais, de acordo com a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, possuem natureza jurídica de tributo da espécie taxa, uma vez que a atividade jurisdicional é um serviço público de caráter específico e divisível nos ditames do art. 145, II, da Constituição Federal e art. 77 do Código Tributário, vejamos:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; (BRASIL, 1988).

Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (BRASIL, 1966).

Nesse sentido, portanto, a doutrina nos leciona que as custas processuais não configuram “sanção a ato ilícito” (art. 3º do Código Tributário Nacional), motivo esse o qual não se pode conjeturar cominação de “custas de caráter punitivas” ao beneficiário da justiça gratuita, de tal forma que essa noção traria uma contradição insanável em seus próprios termos - determinado instituto não pode ser, simultaneamente, dois conceitos jurídicos antagônicos, sendo certo, por outro lado, que o legislador sabe muito bem diferenciar a terminologia “custas” e “multa”, não se podendo cogitar na ocorrência de confusão no uso das expressões (MACHADO, 2010).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os objetivos iniciais desta pesquisa, o desenvolvimento do estudo feito acerca da lacuna axiológica do art.844 da CLT, parágrafos segundo e terceiro, conclui-se que se deve ter muito cuidado quanto ao alcance da justiça gratuita em relação à ausência injustificada do reclamante na audiência, pois o beneficiário da justiça gratuita não pode ser compelido pelas custas processuais impostas no processo em que se ausentou injustificadamente à audiência trabalhista, haja vista que não se pode executar uma despesa processual ou vincular a propositura de nova demanda ao recolhimento desta de alguém que, reconhecidamente, não detém condições de arcar com os custos decorrentes do processo.

Por tudo que foi analisado, em relação a pontos da reforma trabalhista que versaram sobre a gratuidade da justiça e pagamento das custas, entendemos que a melhor solução é interpretar cuidadosamente e compreender as disposições inseridas pela Lei 13.467/2017 dentro de um sistema como um todo que rege a matéria - Constituição Federal e Código de Processo Civil) - a fim de, tanto quanto possível, extrair um sentido harmônico com o ordenamento jurídico.

No decorrer do estudo abordou-se o acesso à Justiça,

fazendo um apanhando constitucional, além de analisar legislações legais, as quais versavam sobre Justiça gratuita e custas, - CLT e NCPC -, analisando suas acepções e conceituações, bem como a sua aplicabilidade. Abordou-se, ainda, sobre a possibilidade de afastar aplicação do art.844, parágrafo segundo e terceiro diante do lacuna axiológica do dispositivo, defendendo-se a aplicação supletiva do CPC pelo interprete com a finalidade de interação da norma trabalhista..

É sabido que os avanços sociais necessitam de mudanças, no entanto, cumpre a nós afirmar que as introduzidas pela Lei 13.467/2017 em seu art.844, parágrafo segundo e terceiro causaram um retrocesso social, o que é vedado, posto que restringe direitos do trabalhador causando-lhe um tratamento prejudicial.

Apesar da previsão legal permissiva de condenação a custas judiciais ao detentor da justiça gratuita, a questão é mais complexa e necessita de uma interpretação mais do que literal, utilizando-se o interprete da análise do sistema como um todo.

Nesse sentido, a aplicação supletiva do CPC é medida necessária diante de tal situação. Em assim sendo, há de haver um bom senso do interprete aplicador da lei, quando no caso concreto, diante de tal incongruência, deve proceder o afastamento da aplicação da norma eivada, buscando tratar da melhor forma atendendo ao princípio protetivo que a CLT preceitua aos hipossuficientes, mercedoras de amparo legal especial, vez que sua condição foge à sua capacidade de defesa.

O ordenamento jurídico carece de ajuste a essa situação trazida pela 13.467/2017.

Nesse contexto, o trabalhador e o cidadão comum beneficiários da justiça gratuita devem ter o mesmo tratamento no que diz respeito ao não pagamento das custas judiciais, não sendo compreensível o tratamento posto ao trabalhador, inserido pelo dispositivo amplamente discutido, ocasionado pela lei supra mencionada, haja vista que além de tolher o acesso à justiça, fere o sentido protetivo da CLT.

Por meio dessa análise minuciosa, vislumbramos a modificação do tratamento legal dado aos casos de previsão de pagamento de custa judicial ao beneficiário da justiça gratuita, na esperança de que o processo se torne mais justo ao trabalhador.

REFERÊNCIAS

1. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.
2. BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 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] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 2017.
3. BRASIL. Lei nº. 13.105/15, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil. In: **Palácio do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 ago. 2018.
4. BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de Outubro de 1966. Código tributário Nacional. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10581843/artigo-77-da-lei-n-5172-de-25-de-outubro-de-1966>. Acesso em: 08 ago 2018.
5. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabris, 1988.
6. CLEMENTE, Flávia Pala. Aplicação Supletiva e Subsidiária do CPC no Processo do Trabalho. Portal Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://flaviapala.jusbrasil.com.br/artigos/516425148>. Acesso em: 08 ago 2018.
7. FOGAÇA, Vitor Hugo Bueno; VALENTE, Nara Luiza. A reforma trabalhista brasileira e a proibição constitucional de retrocesso social : uma análise preliminar à luz da principiologia laboral. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 7, n. 67, p. 216-226, abr. 2018.
8. GONÇALVES, Rogério de Melo. Do assistencialismo à assistência

jurídica integral na Constituição Federal de 1988: breves notas históricas e recomendações. Brasília: Senado Federal, 2008. Disponível em: . Acesso em 10 julho 2018.

9. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, NERY JR., Nelson. Código Brasileiro De Defesa Do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. 2 vol. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
10. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso à justiça como direito humano e fundamental. Revista LTr, vol. 72, nº. 02, fevereiro de 2008. São Paulo: LTr, 2008.
11. **MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010**, p. 450-451.
12. MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes**: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Revista da ESMESE, Aracaju, n. 7, p. 15-54, 2004. Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/7.pdf>>. Acesso em: 07 de Ago. 2018.
13. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
14. MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. Do princípio da inafastabilidade da jurisdição. **Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862**, Teresina, ano 18, n. 3681, 30 jul. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24807>>. Acesso em: 8 ago. 2018.
15. MINOTTO, Arthur Monteiro. Justiça Gratuita e a Assistência Judiciária. **In: Portal da Educação, Campo Grande**: 18 de outubro de 2014. Disponível em <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/conteudo/justica/56961>. Acesso em: 07 ago. 2018.
16. NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
17. SCHIAVI, Mauro. O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho- Aplicação supletiva e subsidiária, 2015. Disponível em: http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL-APLICACAO_SUPLETIVA\%nSUBSIDIARIA.pdf>. Acesso em: 01. Agos. 2018.
18. SILVA, Osmar Vieira da. As lacunas Axiológicas. Revista Jurídica da

UniFil, Ano II - nº 2, p. 244-269. Disponível em:

http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-15.pdf).

Acesso em 08 ago 2018.

19. THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005

O GRITO REALISTA DA MAGISTRATURA DO TRABALHO: ANÁLISE DOS ENUNCIADOS DA 2ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO

Romulo Cruz Britto Lyra¹

RESUMO

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) promoveu, nos dias 09 e 10 de outubro de 2017, em Brasília-DF, a Segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Como fruto, a entidade aprovou uma série de enunciados que se reportam à chamada Reforma Trabalhista. Esta, sobretudo, mediante a edição da Lei nº. 13.467/2017, representou uma desregulamentação normativa que alterou substancialmente a feição do direito do trabalho no ordenamento brasileiro. Os verbetes posicionam-se pela inconstitucionalidade, inconveniência e ilegitimidade das normas que operaram essas modificações. A tomada de posição dos magistrados do trabalho frente a essa conduta legislativa reacende a discussão entre a independência dos poderes constituídos, o ativismo judicial e a legitimidade discursiva e democrática do poder judiciário. Os postulados do movimento filosófico conhecido por Realismo Jurídico, aliados aos conceitos de agir comunicativo de Habermas, seus princípios do discurso, entre outros, legitimam a atuação do poder judiciário na emissão desses enunciados.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista, Realismo Jurídico, Legitimidade.

¹ Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela ESMAT 13. É aluno do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. E-mail: romulobritto@hotmail.com – Rua Antônio Campos, nº. 118, Lauritzen, Campina Grande – PB – Universidade Federal da Paraíba.

INTRODUÇÃO

O **objeto** da presente pesquisa centra-se na análise nos enunciados frutos da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pela ANAMATRA. Esses enunciados denunciam a Reforma Trabalhista como desregulamentadora dos direitos laborais, denominando-a de ilegítima, inconstitucional e inconvencional.

Analisa-se se o poder judiciário, mediante seus órgãos, teria o condão de se manifestar legitimamente e em abstrato, sobre uma norma editada pelo poder legislativo, tomando como parâmetro os postulados do Realismo Jurídico, assim como a concepção habermasiana de legitimidade.

O **objetivo** desta produção científica orbita, por sua vez, na afirmação do Realismo Jurídico como movimento filosófico capaz de legitimar a atuação dos magistrados na emissão de enunciados que se posicionam prévia e abstratamente sobre a Reforma Trabalhista.

No tocante à **metodologia**, essa pesquisa, quanto aos objetivos, pode ser classificada como de natureza descritiva e explicativa, realizada mediante pesquisa bibliográfica, em que será realizada uma análise crítica e comparativa devidamente cuidadosa nos textos legais e na doutrina pátria e estrangeira existente acerca dos temas aqui pesquisados; pesquisa documental em fontes secundárias (pesquisas, decisões judiciais, súmulas e orientações jurisprudenciais) e pesquisa eletrônica em livros, periódicos, entre outros, disponibilizados em endereços eletrônicos. A análise dos dados ocorrerá de maneira qualitativa, mediante análise de conteúdo, sobretudo na modalidade de análise temática. Por fim, utilizará o enfoque hipotético-dedutivo de Popper (2006), valendo-se do levantamento de hipóteses e do teste das suas teorias a fim de que sejam montadas conjecturas abertas à investigação.

1 A REFORMA TRABALHISTA E A DESREGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS LABORAIS NO BRASIL

O ano de 2017 foi marcado por uma série de reformas nas leis que disciplinam as relações de trabalho subordinado no Brasil. O ponto de toque entre todas essas modificações pode ser resumido em um conceito há muito conhecido entre os estudiosos do direito laboral, sobretudo a partir do fenômeno da globalização: a desregulamentação de direitos trabalhistas.

Segundo Noam Chomsky, a globalização contemporânea pode ser compreendida como a segunda fase da integração da economia internacional, estando:

[...] associada às chamadas políticas neoliberais: ajuste estrutural e "reformas", de acordo com o "consenso de Washington". Essas políticas são aplicadas na maioria dos países do Terceiro Mundo e, desde 1990, foram também implementadas nas "economias de transição" do Leste Europeu. Uma outra versão dessas mesmas políticas destina-se aos próprios países [...]².

O desmoronamento das regras estabelecidas pelo acordo de *Bretton Woods*, marcado pela substituição da função do dólar como *standard* para meio de financiamento, criou um circuito financeiro internacionalizado³ (BELLUZZO, 1995, p. 05). Esse cenário trouxe consigo uma forte instabilidade econômica a nível mundial e é apontado como um dos fatores do surgimento da globalização contemporânea.

² CHOMSKY, Noam. Por que o Fórum Social Mundial. **Revista do legislativo, Belo Horizonte, n. 30, p. 18-19, jan./abr. 2001**

³ DE MELLO BELLUZZO, Luiz Gonzaga. O declínio de Bretton Woods e a emergência dos mercados "globalizados". **Economia e sociedade**, v. 4, n. 1, p. 11-20, 1995, p. 05.

Como consequência, há a socialização dos riscos das empresas; aumento da competitividade no âmbito internacional e, com isso, necessidade de redução de custos empresariais⁴.

Nesse cenário, desde a década de 1990 no Brasil, fala-se na necessidade de flexibilização e/ou desregulamentação do direito laboral, argumentando-se que o ordenamento justralhista consubstanciaria um sistema muito rígido de normas que inviabilizaria o pleno desenvolvimento do capitalismo:

[...] Com Collor, desde seu discurso de posse assistiu-se candente declaração e fé nos princípios do ideário neoliberal, significando, como quer Luiz Werneck Vianna, o coroamento da transição e clara ruptura com o liberalismo tradicional republicano. [...]. “A categoria ruptura, como assinala o sociólogo marxista, passa a ser a palavra-chave da direita”⁵

Alguns doutrinadores não entendem pela distinção entre os termos flexibilização e desregulamentação⁶. Contudo, corrente majoritária⁷, à qual nos filiamos, enxerga nos referidos conceitos notas que os distinguem em sua essência.

Para os que assim pensam, na flexibilização, portanto:

[...] o preceito legal trabalhista é atenuado em seus comandos e efeitos abstratamente estabelecidos, em decorrência de permissivo estipulado em norma estatal ou integrante de instrumento coletivo negociado (convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho). Nessa medida, a flexibilização trabalhista pode ser heterônoma (oriunda de

⁴ MARTINS, Nei Frederico Cano. Os princípios do Direito do Trabalho e a flexibilização ou desregulamentação. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 6, n. 1, 2015.

⁵ AROUCA, José Carlos. **O sindicato em um mundo globalizado**. Editora Ltr, 2003, p. 398-399

⁶ Entre muitos, MANNRICH, Nelson. **A modernização do contrato de trabalho**. LTr, 1998.

⁷ Entre eles, Sérgio Pinto Martins e Maurício Godinho Delgado.

permissivo constitucional ou legal) ou autônoma (oriunda de permissivo de CCT ou ACT)⁸

A desregulamentação, por sua vez, promove a verdadeira retirada de direitos heteronomamente conferidos aos trabalhadores, como consequência do “afastamento do Estado das relações de vida e abandono de seu papel tradicional de regulador do equilíbrio necessário do capital, contendo sua expansão desenfreada e dando-lhe função social”⁹

As leis que compreendem o que se denominou genericamente de “Reforma Trabalhista” provocaram um rebaixamento considerável no grau de tutela do direito laboral. Na nossa ótica, a Reforma Trabalhista brasileira subverteu a lógica do direito do trabalho, este guiado pelo império do princípio tuitivo e pela denominada tendência *in fieri*¹⁰ de sua positivação.

É preciso compreender que o Direito do Trabalho surge como um “instrumento limitador da pulsão de exploração e coisificação da pessoa do trabalhador pelos empregadores, adotado pelo próprio superego do capitalismo diante das ameaças à sua subsistência”¹¹.

A Reforma Trabalhista engendrou, assim, uma complexa desregulamentação. Como exemplo, observemos a redação do art. 442-B da CLT, que tencionou afastar o direito constitucionalmente consagrado ao regime empregatício (e à tutela da CLT) previsto no

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. Editora LTr, 2009, p. 67

⁹ AROUCA, José Carlos. **O sindicato em um mundo globalizado**. Editora Ltr, 2003, p. 398.

¹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 87

¹¹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência**. **Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência**, 2009, p. 91.

art. 7º, I, CF, pelo simples preenchimento de determinados requisitos formais.

Em adição, as referidas normas foram sancionadas, promulgadas e publicadas, não obstante o claro déficit democrático na sua edição. Conforme evidencia a Nota Técnica de nº. 07, ainda do MPT, na tramitação na Câmara dos Deputados, o PLC nº. 38/2017 foi objeto de apenas 26 horas de debate parlamentar.

No tópico a seguir, trataremos dos enunciados mais emblemáticos da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho para, em seguida, analisarmos, sob o viés filosófico, a legitimidade dos magistrados trabalhistas na emissão desses posicionamentos.

2 A ANAMATRA E OS ENUNCIADOS DA 2ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho ou, simplesmente, ANAMATRA, consubstancia uma entidade que congrega grande parte dos juízes do trabalho no Brasil. Fundada em 28 de setembro de 1976¹², a associação reúne as várias entidades representativas estabelecidas a nível regional (AMATRA – Associações de Magistrados do Trabalho), funcionando, assim, como órgão central de representação nacional dos magistrados trabalhistas.

Durante toda a sua trajetória, a associação tem participado ativamente da construção e aprimoramento do direito do trabalho brasileiro, pugnando pela valorização do trabalho humano e pela justiça social¹³, resistindo às investidas em sua desregulamentação.

¹² DAS NEVES, André Luiz Machado. **Judicialización de la política y asociativismo de la magistratura laboral brasileña: una propuesta de acción política desde la teoría crítica de los derechos humanos de Joaquín Herrera Flores**. 2014. Tese de Doutorado. Universidad Pablo de Olavide, p. 102.

¹³ O art. 5º do Estatuto da entidade assim disciplina: Art. 5º A ANAMATRA deverá atuar na defesa dos interesses da sociedade, em especial pela valorização do trabalho humano, pelo respeito à cidadania e pela

Nos dias 09 e 10 de outubro de 2017 foi realizada a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, voltada ao debate acerca das mudanças e inovações legislativas operadas com a entrada em vigor da Lei nº. 13.467/2017. Como fruto das discussões entre os participantes, estes compostos majoritariamente por magistrados (mas que contou com a presença de membros do Ministério Público do Trabalho, advogados e auditores fiscais do trabalho¹⁴) foram aprovados enunciados cujas funções centram-se em, basicamente: fixar o posicionamento público da associação acerca da interpretação das regras da Reforma Trabalhista e unificar a exegese das referidas normas.

Entre os enunciados aprovados, dois, em específico, foram alvos de severas críticas por parte da comunidade jurídica, em especial no que tange à aceitabilidade de uma entidade civil que congrega e representa magistrados manifestar-se, *a priori* e abstratamente, pela *invalidade e ilegitimidade* das modificações realizadas pela lei nº. 13.467/2017, senão vejamos:

Enunciado: 1

Título: ILEGITIMIDADE DA LEI 13.467/2017

Ementa: A LEI 13.467/2017 É ILEGÍTIMA, NOS SENTIDOS FORMAL E MATERIAL.

Enunciado: 2

Título: INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI 13.467/2017

Ementa: [...]: I. REPUTA-SE AUTORITÁRIA E ANTIRREPÚBLICANA TODA AÇÃO POLÍTICA, MEDIÁTICA, ADMINISTRATIVA OU CORREICIONAL QUE PRETENDER IMPUTAR AO JUIZ DO TRABALHO O "DEVER" DE INTERPRETAR A LEI 13.467/2017 DE MODO EXCLUSIVA-

implementação da justiça social, pugnando pela preservação da moralidade pública, da dignidade da pessoa humana, da independência dos Poderes e dos princípios democráticos. – disponível em

<<https://www.anamatra.org.br/anamatra/estatuto>>

¹⁴ §1º, art. 5º, regulamento - disponível em

<<http://www.jornadanacional.com.br/material/regulamento-geral.pdf>>

MENTE LITERAL/GRAMATICAL; II. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL É ATIVIDADE QUE TEM POR ESCOPO O DESVELAMENTO DO SENTIDO E DO ALCANCE DA LEI TRABALHISTA. [...]; III. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º E DO § 3º DO ARTIGO 8º DA CLT E DO ARTIGO 611-A, §1º, DA CLT. SERÁ INCONSTITUCIONAL QUALQUER NORMA QUE COLIME RESTRINGIR A FUNÇÃO JUDICIAL DE INTERPRETAÇÃO DA LEI OU IMUNIZAR O CONTEÚDO DOS ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO DA APRECIACÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO, [...].¹⁵

Entre as fundamentações apontadas na edição dos referidos enunciados podem ser postos em destaque os seguintes excertos:

A Lei nº 13.467/17 tramitou em tempo recorde, não se submeteu à comissão relativa à ordem fiscal, apesar de extinguir o chamado “imposto sindical”, iniciou com 11 artigos, que propunham uma reformulação na Lei n. 6.019/16 (trabalho temporário). O relatório apresentado em 12/04/17 tem 132 páginas (850 emendas), e altera mais de 200 dispositivos na CLT. [...]

É, então, forçoso concluir que a Lei 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.

[...]

A garantia da independência judicial, como se sabe, não existe para o juiz, mas para o cidadão. [...]

Logo, um juiz não pode ser censurado pelo conteúdo do seu convencimento técnico-jurídico ou acadêmico-científico[...]. Isto não é “desobediência civil”. É hermenêutica. [...]

¹⁵ Disponível em <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp?ComissaoSel=1>>

Juízes não são autômatos. Nem são “neutros” (embora devam ser necessariamente imparciais — o que é outra coisa). [...] ¹⁶

A ANAMATRA, mediante a edição dos emblemáticos enunciados, expressamente se posiciona contra as regras e as razões da edição da Lei nº. 13.467/2017, valorando-a, inclusive, como *ilegítima*.

As reações de rejeição a esses enunciados fundamentam-se, sobretudo, na suposta ausência de legitimidade dos magistrados na emissão de enunciados com esse teor de abstração, sobretudo ante o princípio da separação dos poderes, o viés majoritário do poder legislativo e a dita “deficiência de legitimidade de origem” ¹⁷ de que padeceria o poder judiciário, dado ao seu caráter não majoritário.

Trata-se, como se pode notar, de um debate que remonta à tensão existente no controle recíproco entre as funções exercidas pelos poderes legislativo e judiciário (*checks and balances*) o que, sobretudo em matéria de efetivação de direitos sociais, tem aparecido com maior frequência com o ativismo judicial.

No tópico seguinte refletiremos acerca da possibilidade de membros do poder judiciário realizarem essas manifestações, ainda que fora de um contexto de exercício de suas funções, em exercício da sua liberdade de expressão.

¹⁶ Disponível em <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp?ComissaoSel=1>>

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **NOVO CURSO DE PROCESSO CIVIL: Volume 1 Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 466.

3 DESVENDANDO OS ENUNCIADOS DA 2ª JORNADA: REFLEXÕES ACERCA DA SUA LEGITIMIDADE TOMANDO COMO PARÂMETRO OS POSTULADOS DO REALISMO JURÍDICO

Conforme elucidado acima, os enunciados oriundos da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho foram frutos do debate massivo de magistrados trabalhistas, já que o evento foi organizado pela associação que os congrega a nível nacional.

A compreensão sobre legitimidade política acompanha o devir histórico, correspondendo às crenças e à doutrina majoritária do momento vigente. Atualmente, considera-se que a ideologia democrática que justifica e fundamenta o Estado contemporâneo está centrada no conceito de Estado Democrático de Direito, cuja essência guardaria um

[...] conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade[...] (STRECK et al, 2006, p. 97).

Concebida, portanto, no final do século XVIII, nos Estados Unidos, e no final do século XIX no continente europeu, a concepção clássica de democracia congrega, segundo Darcy Azambuja, alguns traços característicos: a apropriação do poder político pelo povo (soberania popular); a divisão dos poderes; a limitação do poder político e a previsão de direitos aos cidadãos, inicialmente individuais¹⁸.

¹⁸ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. Globo Livros, 2008, p. 291

Assim, conforme já adiantado, é que grande parte da doutrina afirma, sem maiores cautelas, que o “juiz possui uma deficiência de legitimidade de origem”¹⁹

Nesse sentido é que surgem as teorias que objetivam legitimar, sob o viés democrático, o exercício da função jurisdicional. Conforme John Hart Ely:

Our society did not make the constitutional decision to move to near-universal suffrage only to turn around and have superimposed on popular decisions the values of first-rate lawyers. As Robert Dahls has observed, 'after nearly twenty-five centuries, almost the only people who seem to be convinced of the advantages of being ruled by philosopher-kings are ... a few philosophers'²⁰.

O princípio da separação dos poderes, previsto na Lei Fundamental em seu art. 2º e dotado de eficácia absoluta²¹ em razão do que consta no art. 60, §4º, ainda da CF, foi inicialmente concebido por Aristóteles para organizar as atividades da polis, sobretudo aquelas relacionadas com as atividades de governo e as vinculadas à solução de conflitos de interesses.

Em Montesquieu, em razão da verificação de interdependência das funções estatais, estabelece-se a possibilidade de controle recíproco, doutrina que foi incorporada pelo sistema norte-americano (checks and balances)²².

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **NOVO CURSO DE PROCESSO CIVIL: Volume 1 Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 466.

²⁰ ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review**. Harvard University Press, 1980, p. 59-60

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 97-104.

²² MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Coleção 'Os Pensadores'. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 148

Os enunciados da 2ª Jornada, muito embora não tenham sido emanados no seio de um processo judicial, revelam o posicionamento daqueles que constituem os órgãos da Justiça do Trabalho e, por isso, devem ser encarados em face da qualidade dos sujeitos emissores.

No tópico seguinte buscaremos justificar a atuação dos magistrados na emissão dos enunciados acima transcritos, tomando como parâmetro, sobretudo, o Realismo Jurídico.

3.1 O REALISMO JURÍDICO E A ATUAÇÃO DA MAGISTRATURA LABORAL NA EMISSÃO DOS ENUNCIADOS DA 2ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO

O Realismo Jurídico tem sua origem na corrente filosófica conhecida por Pragmatismo. Trata-se de uma perspectiva que centra a busca pelos conceitos em suas consequências práticas. Nasce nos Estados Unidos, em especial no pós-guerra civil²³ e tem como alguns de seus expoentes: Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey e Oliver Wendell Holmes Jr.

Quando importado para a seara do Direito, o pragmatismo é denominado de Realismo/Pragmatismo Jurídico e defende que:

[...] a lei não seria um processo de deduções de decisões corretas dos princípios jurídicos estabelecidos, mas, antes, um contínuo processo ou adaptação experimental de tomada de decisão em determinados casos, numa tentativa de chegar a soluções que sejam corretas apenas no sentido de que realmente funcionaram no contexto social em que agiram.²⁴

²³ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. 2009. 167 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3681>>. Acesso em: 05 jul. 2018, p. 30. Lorena, p. 30

²⁴ *Idem*, p. 32

Nesse sentido, os realistas posicionam-se contrariamente à denominada escola da exegese, que limita a função do julgador à atividade silogística de aplicação da lei (*bouche de la loi*). Assim, defende que as decisões devem atender às necessidades da comunidade, aproximando-se desta.

Criticam, assim, o método do caso de autoria de Christopher Columbus Langdell, que não creditava à interdisciplinaridade e à investigação de todos os elementos que convergem na tomada de decisão dos magistrados, necessidade de investigação científica. Com efeito, o referido autor defendia o seguinte:

“Todo o material disponível dessa ciência [que é o direito] está contido nos livros impressos... A biblioteca é para nós o que os laboratórios da universidade são para os químicos e físicos, o que o museu de história natural é para o zoólogo e o que o jardim botânico é para os botânicos (...)”²⁵

Entretanto, apesar de contrapor-se ao legalismo que marca a referida escola da exegese, o realismo não adentra àquilo que se denomina de “decisionismo”, corrente que atribui a formação do direito ao puro arbítrio do julgador. O realista considera a moldura normativa e parte dela, criando o direito.

Segundo Binham, as normas serviriam apenas como ferramentas para a criação do direito, residindo no estudo das consequências externas que conduziram à tomada de decisão, o verdadeiro laboratório do jurista²⁶. Nesse sentido, afirma: “(...) Se o direito é formado apenas de regras e princípios este não existe fora

²⁵ GILMORE, Grant. **The Ages of American Law**. Connecticut: Yale University Press, 1977, p. 42

²⁶ FERREIRA, Daniel Brantes. Realismo jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 40, 2012., p. 12

das mentes que naquele certo momento estão usando tais regras e princípios (...)”²⁷.

Trata-se da dualidade percebida por Llewellyn entre as regras reais (*real rules*) e as regras de papel (*paper rules*), pelo que faz referência, respectivamente, às normas positivadas e aquilo que é, de fato, levado em consideração pelo julgador no momento da sentença.²⁸

Para o realismo, portanto, o direito confunde-se com aquilo que decidem os juízes, que aplicam a norma jurídica levando em consideração, ainda que inconscientemente, uma infusão²⁹ de valores (vontades, preconceitos, formação, experiências anteriores), o que é denominado por William James de “Psicologismo” em sua tese dos temperamentos humanos³⁰.

O realismo ainda enxerga essa atuação dos juízes como algo dado³¹, já que não seria possível conceber um ato de julgar absolutamente isento de qualquer influência externa.

²⁷ BINGHAM, Joseph W. **What is the Law?** in Michigan Law Review, vol. 11, nº 1, 1912, p. 7.

²⁸ LLEWELLYN, Karl N. **A realistic jurisprudence – The next step in** Columbia Law Review, vol. 30, nº 4, 1930a.p. 448.

²⁹ CARDOZO, Benjamin N.. **A Natureza do Processo Judicial: Palestras Proferidas** na Universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 06.

³⁰ Diante disso, têm-se diferentes tipos de sensibilidade ou de temperamentos que configuram os dilemas e conflitos que caracterizam as disputas filosóficas. Esses antagonismos de pensamento podem ser comparados aos seguintes tipos de espíritos, ternos e duros. Da tradição racionalista se deduz o espírito terno e da tradição empirista e materialista o espírito duro. Assim, a tradição filosófica legou esses temperamentos em duas distintas áreas: uma representada pelo temperamento principista, ou seja, o temperamento dos racionalistas, que seguem princípios; e outra pelo temperamento dos espíritos materialistas, ou seja, pelos empiristas, que seguem fatos. O pragmatismo surge como alternativa ao dilema racionalismo versus empirismo. (DO NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães. Pragmatismo: uma filosofia da ação. **Redescrições**, v. 3, n. 1, 2011, p. 49)

³¹ CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial: Palestras Proferidas** na Universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 02

O ato de julgar seria composto, portanto, de dois momentos: a descoberta e a justificação. É no momento da descoberta que há a influência desses outros elementos, alguns subconscientes. No campo da justificativa, o juiz realiza do raciocínio dedutivo, aplicando, silogisticamente, a norma ao caso concreto.

Benjamin Cardozo, um dos representantes desse movimento, afirma que o juiz:

[...] deve pôr na balança todos os seus ingredientes: sua filosofia, sua lógica, suas analogias, sua história, seus costumes, seu senso de direito e tudo o mais; e, ajuntando um pouco aqui e tirando um pouco ali, o mais sabiamente que puder, determinará o peso que há de equilibrar a balança.³²

Nesse sentido, o processo de decisão estaria carregado de aspectos ideológicos, servindo os provimentos jurisdicionais, igualmente, como elementos de transferência de ideologia³³. Outrossim, rechaça-se a crítica de insegurança jurídica, tendo em vista que a previsibilidade do direito, considerando este como produto da ação dos magistrados, poderia ser obtida com a observação daquilo que se tem sido decidido, já que o apego ao precedente é uma das características do movimento realista.

Porém, em que ponto o Realismo Jurídico, como corrente filosófica do direito, justifica a atuação de uma associação representativa dos magistrados trabalhistas na emissão de enunciados que se colocam, abstrata e previamente, contrários às

³² Idem, p. 65.

³³ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. 2009. 167 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3681>>. Acesso em: 05 jul. 2018, p. 30. Lorena, p. 81

modificações operadas na CLT, sobretudo com o advento da Lei nº. 13.467/2017?

Conforme elucidamos acima, o Realismo Jurídico valoriza a atuação do magistrado no seio do processo, chegando a afirmar que direito é aquilo que por ele é formulado. Assim, guiado pela moldura normativa, o magistrado teria ampla liberdade para a adequação das normas à realidade social, seja pelo seu anacronismo, seja pela condução a situações de injustiça, seja, enfim, pela contradição sistêmica na aplicação de regras pretensamente válidas.

A Reforma Trabalhista, fenômeno rapidamente definido acima, implantou nas normas que compõem a Consolidação das Leis do Trabalho, preceitos que não se coadunam com a razão de ser do direito do trabalho e, mesmo, com as demais prescrições que tradicional e originalmente ali constavam.

Desprezando o contexto autoritário e corporativista na criação da CLT, não se pode negar que a pedra de toque de toda a normativa guarda íntima relação com o princípio da proteção. A razão de ser do direito do trabalho está fincada em pressupostos básicos, sem os quais o próprio ramo justrabalhista não encontra sua razão de ser.

A característica da alteridade configura um desses conceitos-chave, principalmente quando se percebe que o trabalhador, no seio da relação empregatícia, renuncia ao resultado do seu trabalho para perceber o salário, do que retiramos o seu caráter *forfetário*³⁴.

³⁴ De fato, não há como pensar-se, juridicamente, em contrato empregatício sem um mínimo de retribuição material ao sujeito empregado, seja pelo fato de ser a onerosidade elemento fático-jurídico constitutivo da relação de emprego, seja pelo caráter *forfetário* do salário (que mantém a obrigação empresarial de pagamento da parcela mesmo em situação de insolvência da empresa). (DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. Editora LTr, 2009, p. 669).

A inserção de regras que mitigam essas premissas compromete a coerência interna e sistêmica do direito do trabalho, conduzindo seus operadores a situações de perplexidade, como aquela disposta no art. 442-B, da CLT, em que se valida a contratação de pessoa física na qualidade de “autônomo”, apenas mediante o preenchimento de requisitos formais.

Tencionando a preservação da essência do direito do trabalho, os magistrados (além de outros operadores do direito), legitimamente se manifestam contra essa investida legislativa. Não há que se falar em violação aos princípios democráticos, uma vez que, conforme afirmado acima, os poderes constituídos devem exercer o denominado controle recíproco (*checks and balances*).

Outrossim, vige em nosso país o controle difuso de constitucionalidade, o que autoriza os magistrados de piso a realizarem essa análise de compatibilidade constitucional; ou seja, a norma autoriza os juízes a decidirem pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado preceito, considerados os efeitos *inter partes*.

Considerando, ainda, como parâmetro a teoria habermasiana de legitimidade dos provimentos jurisdicionais, tem-se como válida a emissão de posicionamentos como os que se verificam nos enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Segundo o doutrinador, o direito exerce um papel emancipatório para o ser humano, construído a partir da comunicação, da linguagem, o que ocorreria por intermédio daquilo que ele denomina de agir comunicativo:

Hablo, en cambio, de acciones comunicativas cuando los planes de acción de los actores implicados no se coordinan através de un cálculo egocéntrico de resultados, sino mediante actos de entendimiento. En la acción comunicativa los participantes no se orientan primariamente al propio éxito; antes persiguen sus fines individuales bajo la condición de que sus respectivos planes de acción puedan armonizarse entre sí sobre la base de una definición compartida de la situación. De ahí que la negociación de definiciones de la situ-

ação seja um componente essencial de la tarea interpretativa que la acción comunicativa requiere³⁵

Conclui o autor que somente se pode conceber um direito legítimo em uma Democracia, já que seria esse o sistema que mais favoreceria a manifestação livre do debate. Nesse espeque, chega a afirmar: “[...] o princípio do direito não constitui um membro intermediário entre princípio moral e princípio da democracia, e sim, o verso da medalha do próprio princípio da democracia.”³⁶

Observa-se, assim, um processo circular: os próprios cidadãos, dotados de autonomia, criam um direito que lhes asseguram liberdade de manifestação, segundo os ditames do agir comunicativo.

Fruto do direito à livre expressão, os enunciados condensam o consenso de diversos operadores do direito (entre eles e, sobretudo, magistrados) servindo à função comunicativa mencionada por Habermas; o que assume destacada relevância na dinâmica do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa demonstrou, em primeiro plano, que a Reforma Trabalhista realizada através da edição de diversas leis que modificaram a feição do direito do trabalho no Brasil representou, em verdade, uma desregulamentação do ramo.

Observamos, ademais, a atuação da ANAMATRA em relação aos enunciados resultantes da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Observa-se uma tomada de posição da Magistratura Trabalhista quando à invalidade e ilegitimidade da Reforma. Observou-se que a comunidade jurídica

³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Buenos Aires: Taurus, 1992. (Vol. 1) p. 367

³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Vol. 1), p. 128

lançou severas críticas quanto à ausência de legitimidade dos magistrados na manifestação abstrata debruçada sobre uma norma emanada do poder legislativo.

Constatamos que, segundo os postulados do Realismo Jurídico, o direito é concebido como aquilo que os juízes entendem como tal. Assim, não lhes faltaria legitimidade na emissão de enunciados que se posicionam, abstrata e previamente, acerca da Reforma Trabalhista.

Ademais, Jürgen Habermas e sua teoria baseada nos conceitos do *agir comunicativo*, conduz-nos à conclusão de que a legitimidade do direito e do exercício da jurisdição estariam firmados na criação de um espaço (o *mundo da vida*), favorável à comunicação e à deliberação popular (princípio do discurso). Isso só seria possível, segundo o autor, em um ambiente democrático.

Tratando os enunciados desse veículo de manifestação e deliberação dos consensos públicos, entendemos pela legitimidade de seu conteúdo, sobretudo quando analisamos os conceitos básicos do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AROUCA, José Carlos. **O sindicato em um mundo globalizado**. Editora Ltr, 2003.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. Globo Livros, 2008

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Yale University Press, 1986.

BINGHAM, Joseph W. **What is the Law?** in Michigan Law Review, vol. 11, nº 1, 1912

CARDOZO, Benjamin N.. **A Natureza do Processo Judicial**: Palestras Proferidas na Universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004

CHOMSKY, Noam. Por que o Fórum Social Mundial. **Revista do legislativo, Belo Horizonte, n. 30, p. 18-19, jan./abr. 2001**

DAS NEVES, André Luiz Machado. **Judicialización de la política y asociativismo de la magistratura laboral brasileña: una propuesta de acción política desde la teoría crítica de los derechos humanos de Joaquín Herrera Flores**. 2014. Tese de Doutorado. Universidad Pablo de Olavide.

DE MELLO BELLUZZO, Luiz Gonzaga. O declínio de Bretton Woods e a emergência dos mercados “globalizados”. **Economia e sociedade**, v. 4, n. 1, p. 11-20, 1995.

DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Renovar, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. Editora LTr, 2009

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DO NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães. Pragmatismo: uma filosofia da ação. **Redescrições**, v. 3, n. 1, 2011

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Harvard University Press, 1997

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review**. Harvard University Press, 1980

FERREIRA, Daniel Brantes. Realismo jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 40, 2012.

FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. 2009. 167 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em:

<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3681>>. Acesso em: 05 jul. 2018

GILMORE, Grant. **The Ages of American Law**. Connecticut: Yale University Press, 1977

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.p. 158.

- _____. Direito e Democracia: Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Vol. 1)
- _____. Teoría de la acción comunicativa. Buenos Aires: Taurus, 1992. (Vol. 1)
- LLEWELLYN, Karl N. **A realistic jurisprudence** – *The next step in* Columbia Law Review, vol. 30, nº 4, 1930a
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **NOVO CURSO DE PROCESSO CIVIL: Volume 1** Teoria do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015
- MARTINS, Nei Frederico Cano. Os princípios do Direito do Trabalho e a flexibilização ou desregulamentação. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 6, n. 1, 2015.
- MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Coleção ‘Os Pensadores’. São Paulo: Abril Cultural, 1985
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. **Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência**, 2009.
- SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** . Editora Saraiva, 2015.
- STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA SOBRE O POSTULADO DA BUSCA DO PLENO EMPREGO

Raphael Silva de Castro Lima¹

RESUMO: A proposta do trabalho pautou-se em uma análise acerca das diversas noções de pleno emprego e de que forma o trabalhador é impactado com o advento da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Para isso, abordaram-se os principais institutos modificados ou inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, como o trabalho intermitente, o teletrabalho e o regime parcial de jornada laboral, e que alteram a noção de trabalho tradicional, revestido por garantias trabalhistas, e de que modo isso viola o primado do trabalho e a busca pelo pleno emprego. Por isso que se diz que os interesses do empresariado foram atendidos, sem ouvir os clamores dos trabalhadores, principais prejudicados pelas mudanças da nova legislação. Novas modalidades de contratação foram criadas, de forma a driblar o que os empresários consideram ser altos encargos trabalhistas e tributários. A reforma trabalhista não provocou quaisquer impactos positivos, principalmente naquilo em que havia uma promessa de melhora, qual seja a retirada de trabalhadores da informalidade que geraria, conseqüentemente, o aumento da empregabilidade e da contratação de trabalhadores com carteira assinada, indo de encontro com os postulados da dignidade da pessoa humana e a busca pelo pleno emprego e estando, portanto, em flagrante inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Pleno emprego; Reforma Trabalhista; Trabalho informal.

¹ Graduando no curso de Direito pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: raphaellima10@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi fruto das pesquisas e das atividades realizadas durante o projeto de pesquisa “Direito humano ao trabalho e desenvolvimento no contexto do Estado de Bem-Estar Social e(m) crise”, cuja linha de pesquisa desenvolvida foi intitulada “Direito humano ao trabalho e pleno emprego: a inserção sociolaboral como meio de promoção do desenvolvimento”, na Universidade Federal da Paraíba.

A proposta do trabalho pautou-se em uma análise acerca das diversas noções de pleno emprego e de que forma o trabalhador é impactado com o advento da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Para isso, serão abordados os principais institutos modificados ou inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, como o trabalho intermitente, o teletrabalho e o regime parcial de jornada laboral, e que alteram a noção de trabalho tradicional, revestido por garantias trabalhistas, e de que modo isso viola o primado do trabalho e a busca pelo pleno emprego.

O artigo, portanto, se organizará da seguinte forma: inicialmente, será feita uma abordagem terminológica das várias acepções relativas ao pleno emprego e qual se apresenta mais adequada para os fins do presente trabalho; em seguida, serão apresentadas as principais modalidades de contrato de trabalho alteradas ou trazidas com a reforma, que fogem ao contrato de trabalho tradicional e, de alguma forma, acabam por prejudicar o trabalhador e atestam uma precarização do trabalho. Logo após, será feita uma célere análise sobre os índices de desemprego no Brasil e sobre o crescimento do mercado informal, como forma alternativa de sobrevivência do trabalhador e de maior lucro das empresas, tendo em vista que um dos objetivos alardeados pela reforma trabalhista seria a diminuição do desemprego e a migração de trabalhadores informais para o mercado de trabalho formal. Por fim, serão apresentadas as considerações finais.

2 O PRINCÍPIO DA BUSCA DO PLENO EMPREGO

2.1 ANÁLISE TERMINOLÓGICA DO PRINCÍPIO

Antes de se abordarem as modificações causadas pela reforma trabalhista, sobre a concepção atual de pleno emprego, torna-se importante, primeiro, a delimitação dos conceitos de emprego, de pleno emprego e de relação de emprego, que trazem à baila conhecimentos atinentes ao campo econômico e trabalhista, além do conceito de relação de trabalho, por ser comumente tratado como similar à relação de emprego.

Emprego seria um meio de subsistência, por meio de salário ou outro tipo de remuneração, que o indivíduo faz jus, ao ter executado o trabalho de maneira regular, seja em um ofício, serviço, cargo ou função, enquanto trabalho seria o esforço físico ou psíquico, inerente ao homem e realizado de maneira voluntária e consciente por este, com uma finalidade produtiva (BARROS, 2016, p. 46).

Indo além, a relação de emprego é apenas uma das várias modalidades de relação de trabalho, sendo esta qualquer modalidade de contratação de trabalho humano, que resta configurada apenas com a presença de certos elementos, que podem ser extraídos dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A CLT, ao tratar da relação de emprego afirma que são as suas características a pessoalidade (quando um dos sujeitos presta, pessoalmente, serviços para outro), a não-eventualidade (o serviço deve ser necessário à atividade normal do empregador), subordinação jurídica ao empregador e a remuneração pelos serviços executados (BARROS, 2016, p.147). É por isso que apenas as relações trabalhistas com tais fatores caracterizadores atraem, para a sua órbita, a aplicação do direito trabalhista.

Todas essas acepções se reúnem sob uma única perspectiva, que é o objetivo primordial, a promoção de novas oportunidades de trabalho. Nessa medida, o conceito de pleno emprego, sob a ótica econômica, traduz um determinado

momento em que a população economicamente ativa (aquela que possui potencial de mão de obra) consegue atingir o volume máximo de atividade que ela própria é capaz de produzir. Por outras palavras, a situação de pleno emprego é aquela em que todo indivíduo que busca a inserção no mercado de trabalho, consegue, efetivamente, uma ocupação (KON, 2012, p. 7).

Tal situação não só evita desperdícios de capital e de trabalho, mas também serve para fomentar a melhora da qualidade de vida da população, pois, pelo fato de haver um equilíbrio entre a oferta e a demanda de trabalho, inexistente desemprego, no sentido de haver maior demanda de trabalho do que oferta deste.

O contrário dessa situação de pleno emprego é o desemprego. Só seriam admitidas duas formas de desemprego: o friccional ou natural, que ocorre quando alguns indivíduos saem da sua ocupação para procurar outra, ou quando o indivíduo está em um período de transição, entre ocupações distintas; e o voluntário, quando o trabalhador opta por não trabalhar, pois não aceita a remuneração oferecida pelo mercado, ou está mudando de emprego.

A noção acima exposta é, comumente, a denominada neoclássica, rechaçada pela corrente keynesiana, pelo fato de aqueles não conseguirem explicar o desemprego involuntário (quando há pessoas dispostas a trabalhar pela remuneração oferecida pelo mercado, mas não conseguem emprego). Para os adeptos do keynesianismo, o sistema capitalista em vigor seria incapaz de empregar todos os que desejam se inserir no mercado de trabalho, sendo necessária uma intervenção estatal, e que a demanda de emprego seria diretamente proporcional à produção da economia.

Uma terceira noção do pleno emprego advém da Organização Internacional do Trabalho, que o considera como essencial para dirimir a pobreza, a fome e a desigualdade social, bem como promover o desenvolvimento econômico, aqui no seu sentido mais amplo. O pleno emprego significaria então uma

mudança estrutural, ou seja, o desenvolvimento como meio transformador na relação e nas proporções internas do sistema econômico, com vistas aos avanços econômicos e sociais (QUEIROZ, 2011, p.146). Falar em pleno emprego, para a OIT, traz à tona a ideia de trabalho decente, almejado por todos que buscam um trabalho em condições de segurança, liberdade, igualdade e dignidade:

Nesse sentido, visando a melhor das condições de vida dos indivíduos, implica na existência de: (i) oportunidades para encontrar um emprego produtivo com rendimento justo, que garanta aos trabalhadores e suas famílias desfrutar uma qualidade de vida decente; (ii) liberdade para a escolha do trabalho e a livre participação em atividades sindicais; (iii) condições de tratamento justo aos trabalhadores, sem discriminação de modo a que sejam capazes de conciliar trabalho e responsabilidades familiares; (iv) condições de segurança para proteger a saúde dos trabalhadores e proporcionar-lhes a proteção social adequada; (v) condições de dignidade humana para que todos os trabalhadores sejam tratados com respeito e possam participar na tomada de decisão sobre suas condições de trabalho (KON. 2012, p. 9).

É por isso que o pleno emprego deve ser posto como um objetivo a ser realizado pelas políticas públicas macroeconômicas², tanto em âmbito nacional quanto a nível internacional, e para se atingir tal finalidade, deve-se incentivar o desenvolvimento das pequenas e microempresas, por serem as principais criadoras de

2Conforme consta no sítio eletrônico da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, “a política macroeconômica refere-se ao conjunto de medidas adotadas pelo Governo visando afetar agregados econômicos, como crescimento da economia, inflação, taxa de desemprego, balanço de pagamentos e distribuição de renda. Para a formulação e tomada de decisões de política econômica, é fundamental a avaliação oportuna e consistente da evolução da economia e de diferentes estratégias e alternativas de política.” (<http://www.spe.fazenda.gov.br/assuntos/politica-macroeconomica>)

empregos no mundo, bem como criar programas especiais de emprego para jovens, que são aqueles que mais enfrentam dificuldades para se inserirem no mercado de trabalho, muitas vezes devido a uma formação educativa precária (OIT, 2017).

Dentre outros meios de combate ao desemprego de larga escala e a extensão do emprego informal, fenômenos de difícil inversão, há a manutenção dos níveis salariais; o oferecimento de suporte aos candidatos a emprego, como por meio de ações políticas ativas do mercado de trabalho ou de programas de formação profissional que fomentem a criação de empregos independentes e remunerados; evitar a perda de emprego, por meio de incentivos às empresas para manter seus trabalhadores; a criação de empregos que englobem a economia informal; o aumento de investimento em pesquisas que desenvolvam serviços *verdes* e a criação de empresas sustentáveis, como forma de criação de novas modalidades de emprego e, ao mesmo tempo, estimular a atividade econômica sustentável (OIT, 2009).

A busca pelo pleno emprego, no entanto, não justifica a utilização de trabalho infantil ou do trabalho forçado, formas de trabalho que devem ser combatidas e erradicadas. Da mesma forma, os direitos laborais e um ambiente de trabalho seguro e protegido devem ser garantidos a todos os trabalhadores, iniciando com aqueles mais vulneráveis (OIT, 2017).

Por óbvio que a última noção apresentada é mais ampla e busca abordar diretamente os princípios inerentes a todo ser humano e, conseqüentemente, ao trabalhador. É por isso que o termo *pleno emprego* acaba sendo demasiado restritivo, pois, como mostrado acima, acaba por se referir apenas aos que estão sujeitos a uma relação empregatícia, olvidando-se daqueles que constituem outras relações de trabalho, ou estão no âmbito do espaço de trabalho informal, sendo mais aceitável a substituição do conceito para pleno trabalho ou plena atividade (SANTOS, p. 5254).

2.2 O PLENO EMPREGO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O pleno emprego consta, expressamente, no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 170, inciso VIII da Constituição Federal de 1988, que trata dos princípios gerais que regem a ordem econômica e financeira. Respalhando a busca do pleno emprego e dos demais princípios expressos, o *caput* do aludido artigo afirma que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, com a finalidade de garantir uma existência digna a todos, obedecendo aos comandos da justiça social.

É importante notar que, na verdade, não se trata do princípio do pleno emprego, mas sim do princípio da *busca* do pleno emprego, nos fazendo crer que o constituinte não considerava a possibilidade real de se atingir uma situação de empregabilidade plena, mas somente de alcançarmos uma situação próxima àquela. (SANTOS, p. 5257).

Essa leve alteração terminológica traz como consequência a confirmação de que o princípio da busca do pleno emprego se trata de uma norma constitucional programática, uma das categorias de normas de eficácia limitada, veiculadoras de políticas públicas ou programas de governo, cuja aplicabilidade depende da vontade do legislador infraconstitucional, que promoverá a execução dos interesses veiculados pela norma, seja mediante medidas de caráter administrativo que ponham em práticas as políticas públicas ou programas governamentais nela contidas, seja por meio de uma legislação futura (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 143).

As normas programáticas, mesmo carecendo de aplicabilidade imediata, estabelecem um “dever-ser” para o legislador, condicionam todas as legislações futuras, sob pena de serem declaradas inconstitucionais, e atos administrativos, legislativos e judiciários, e servem de norte para o Estado, para a sociedade e para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas. (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 143).

Por outro lado, a natureza programática do valor traz incertezas quanto à aplicabilidade do princípio, pois não indica os meios utilizados para alcançar as metas e, também, concede ao

Estado a possibilidade de colocar em prática as medidas, conforme os seus critérios de conveniência e de oportunidade, sem ser possível que um mecanismo de exigibilidade seja manejado, por parte dos cidadãos.

Além disso, esbarra, também, no princípio da livre iniciativa, citado anteriormente, pois só haverá êxito em uma política de pleno emprego, se os empresários, isto é, aqueles responsáveis pelo desenvolvimento da atividade econômica, contribuírem, junto ao Estado, com a remoção de quaisquer barreiras que acarretem vulnerabilidade econômica. Em outras palavras, é necessária uma mudança da política econômica monetária e da política fiscal no país, com ampla participação popular e das lideranças governamentais:

A orientação ao pleno emprego corrige, racionaliza e ordena o poder empresarial, limitando-o e canalizando-o sobre a base do respeito aos direitos dos trabalhadores, essa limitação, configura a aplicação da função social da empresa como princípio limitador da atividade econômica, tendo como primado a justiça social (SANTOS, p. 5259).

Como dito anteriormente, é justamente pelo fato de haver uma inter-relação entre a busca pelo pleno emprego e o primado do trabalho que o direito trabalhista, nas suas facetas individual ou coletiva, tem o seu papel no alcance daquele objetivo. No âmbito individual do trabalho, lidamos com a estabilidade empregatícia, os requisitos necessários de capacitação e o direito de todos ao trabalho, ao passo que a dimensão coletiva diz respeito à manutenção de certos grupos de cidadãos no mercado de trabalho, ao posicionamento dos poderes públicos na regulamentação do mercado trabalhista e à orientação e às políticas das ações de governo. (BAYLOS, 2004, p. 43).

É diante disso que os capítulos seguintes tratarão de como a Reforma Trabalhista, ao alterar aspectos trabalhistas, tanto

materiais quanto processuais, acarretou prejuízos à já incipiente busca do pleno emprego, no ordenamento jurídico brasileiro.

3 AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA COMO VIOLADORAS DO POSTULADO DO PLENO EMPREGO

A Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, trouxe notáveis mudanças no direito material e processual do trabalho, criando novas modalidades de contratação e alterando pontos importantes em institutos já existentes. Conseqüentemente, torna-se patente que a reforma alterou as noções que a legislação trabalhista possui, no que compete ao pleno emprego, por exemplo, passando a incentivar o *part time job*, em detrimento do *full time job*.

Com o novo texto da Consolidação das Leis do Trabalho, o *caput* e o § 3º do art. 443 e o art. 452-A criam a modalidade do contrato de trabalho intermitente. Nessa espécie de contrato, a ausência de continuidade demonstra que o empregado passará por períodos de inatividade, aguardando a sua convocação por meio eficaz, - não especificado pela lei - com pelo menos três dias corridos de antecedência. Ele receberá apenas pelo tempo trabalhado, não sendo remunerado pelo tempo em que esteve à disposição do empregador, tanto que até poderá prestar diferentes serviços, a contratantes diversos. Caso o pacto não seja celebrado de modo escrito e não preveja o valor da hora-trabalho, será reputado nulo e considerado de prazo indeterminado.

O período de inatividade do trabalhador se traduz por um momento em que este ficará destituído de seus direitos e de qualquer proteção por pura liberalidade do empregador, pelo fato de haver efetiva suspensão do contrato de trabalho, cessando as obrigações contratuais recíprocas de ambos os contratantes. Conseqüentemente, caso o trabalhador não preste serviços a terceiros e estando o contrato suspenso, não há recolhimento para a previdência social e nem do FGTS, afetando seriamente os direitos previdenciários do trabalhador. Já se estiver laborando,

caso o trabalhador dependa somente da remuneração pelas horas trabalhadas, as chances de que não consiga o benefício da previdência são altas (PINHEIRO, 2018).

Convém observar que se no direito civil, ramo que pressupõe a igualdade entre os contratantes, as cláusulas puramente potestativas, isto é, aquelas que sujeitam o negócio jurídico ao arbítrio das partes, são consideradas ilícitas e nulas, tais cláusulas jamais poderiam ser admitidas no direito do trabalho, que pressupõe a hipossuficiência do trabalhador (ZWICKER, 2018).

Está claro que o texto legal tenta transmitir uma noção de ampla liberdade do empregado, em que este poderá ter relações de emprego em paralelo, sem amarrá-lo ao contrato previsto acima, mas a realidade nos leva a pensar de forma contrária. O empregador, ao utilizar-se do contrato de trabalho intermitente, espera que o empregado contratado esteja apto e disponível para o trabalho que porventura surja. Significa dizer que, sim, o empregado, mesmo surpreendido com a convocação, deve ter tempo disponível para o labor, sob pena de não ser remunerado e, além disso, não ser mais contratado, por não atender às exigências do empregador, que tem expectativa de sempre contar com a disponibilidade do empregado. (SOUZA, 2017). Ou seja, conciliar o trabalho intermitente com um outro labor mais estável e certo não parece ser tão fácil.

Ora, a imprevisibilidade desse tipo de contrato traz insegurança e ignora o tempo em que o empregado está à disposição, além de repassar os riscos do empreendimento a este. Trata-se de um flagrante vício de legalidade, tendo em vista que uma das condições essenciais do conceito de empregador é a assunção dos riscos da atividade econômica. O empregador, ao dispensar o trabalhador nos períodos de menor demanda e ao convocá-lo nos períodos de maior demanda, sem qualquer compensação, efetivamente transfere os riscos do negócio e converte o trabalhador em mero objeto. (ZWICKER, 2018). Tais consequências vão de encontro à noção de pleno emprego

anteriormente preconizada, visto que destitui o trabalhador de um trabalho decente, com segurança e garantias que o permitam viver dignamente, junto com sua família, relegando-o à dependência da demanda de seu empregador e gerando o chamado salário surpresa.

Para Jorge Luiz Souto Maior (2017), o trabalho intermitente significa a precarização do trabalho, pois o trabalhador se verá obrigado a se vincular a mais de um empregador, de forma a ficar à disposição de todos e, conseqüentemente, vendo-se impedido de organizar a sua vida e de voltar as suas atenções à família e ao lazer. Já para Homero Batista Mateus da Silva (2017), o trabalho intermitente serviria apenas para mascarar os índices de desemprego do Brasil, mesmo que os trabalhadores não tenham estabilidade de renda.

A modalidade de trabalho intermitente não é novidade em escala global, já estando regulamentado em diversos países. Em Portugal, o trabalho intermitente somente será admitido para aquelas empresas que atuem de modo descontínuo ou variáveis, isto é, possuindo períodos de inatividade e cujo contrato não possa ser celebrado de maneira temporária ou por prazo certo. O trabalhador intermitente possui, ainda, direito à compensação mínima de 20% da remuneração, pelo período em que estiver inativo. Na Itália, a aludida modalidade de contrato está limitada ao período máximo de quatrocentos dias de trabalho, em três anos, sob pena de convalidação do contrato de trabalho intermitente em contrato por prazo indeterminado e deve ser firmado por negociação coletiva (FRANCO FILHO, 2018).

Na Alemanha, estabelece-se uma proteção presumida ao trabalhador intermitente, de forma que, caso a duração semanal ou a quantidade de horas diárias de trabalho não sejam previstas, presumir-se-ão a jornada de 10 horas semanais, no caso de não especificação da jornada semanal, e de 3 horas diárias, caso sejam omitidas as horas diárias. Na França, além da necessidade de acordo coletivo, o contrato de trabalho intermitente deverá, em regra, especificar o tempo de trabalho anual. A Espanha, ao

contrário da legislação brasileira, prevê seguro desemprego ao trabalhador, enquanto a Nova Zelândia optou por banir o contrato de trabalho em questão (PINHEIRO, 2018).

A utilização do direito comparado nos permite concluir que, ao contrário da reforma trabalhista brasileira, nos demais países foram impostos limites à utilização do contrato de trabalho intermitente. Se um dos motivos que justificaram a reforma foi a necessidade de retirar os trabalhadores da informalidade, a possibilidade de substituição de trabalhadores contratados por prazo indeterminado por trabalhadores intermitentes deveria ser vedada (PINHEIRO, 2018). Não somente isso, a legislação brasileira permite a celebração do trabalho intermitente em qualquer tipo de atividade econômica, minando a suposta finalidade de que a reforma trabalhista criaria novos empregos.

Interessante notar que, no âmbito individual, os empregados com diploma superior e que recebam salário igual ou superior a duas vezes o limite do Regime Geral da Previdência Social podem livremente dispor dos direitos relacionados ao trabalho intermitente, ao passo que, no âmbito coletivo, o parágrafo único do art. 611-B da CLT, ao afirmar que as regras sobre duração do trabalho não são consideradas normas de saúde, higiene e segurança do trabalho - o que inclui o trabalho intermitente - , permite a livre disposição dos direitos atinentes a esse tema e precariza a condição humana do trabalhador, o que constitui flagrante inconstitucionalidade, por violar o núcleo essencial do postulado da dignidade da pessoa humana, que contém direitos indisponíveis dos trabalhadores, por serem normas que tutelam a saúde e a segurança do trabalho.

Também houve alteração do art. 58-A, que ampliou o regime de trabalho parcial. Se antes era todo aquele trabalho que não excedesse as 25 horas semanais, o trabalho de meio expediente, agora, não pode exceder as 30 horas semanais, quando não forem possíveis as horas suplementares semanais, ou, as 26 horas semanais, com a possibilidade de mais 6 horas suplementares semanais. Se, por um lado, a existência do regime

parcial significa a redução de demissões e ampliação do número da oferta de trabalho, por outro, o aludido regime revela uma precarização das relações de trabalho. Aqui, deve-se considerar, também, que a ampliação do conceito de regime de trabalho parcial acarreta o pagamento de salários menores para jornadas que, antes, seriam considerados de regime integral de trabalho.

Entre os arts. 75-A e 75-E, foi regulamentado o teletrabalho, ou trabalho a distância, que são aqueles serviços prestados, de maneira preponderante, fora das dependências do empregador e que utilizem meios tecnológicos de informação e de comunicação que não caracterizem o trabalho externo (aquele serviço prestado fora do domínio e controle do empregador).

Nessa modalidade de trabalho, não há controle da jornada do empregado e, conseqüentemente, este não detém o direito a horas extras, o que demonstra de maneira clara a destituição de direitos do trabalhador. O cenário globalizado atual já apresenta aparatos tecnológicos que as empresas podem se utilizar para o controle da jornada dos trabalhadores, exercer o poder de comando a distância e, conseqüentemente, ser possível a aferição das horas extraordinárias trabalhadas. Junto a isso, a Constituição Federal, no inciso XII do art. 7º não traz qualquer rol de empregados que estejam excepcionados do direito à limitação da jornada de trabalho. A alteração da duração do trabalho só pode beneficiar o trabalhador, nunca prejudicá-lo (MAIOR, 2016).

Pelo fato de a limitação da jornada de trabalho ser um direito fundamental do trabalhador, o empregador detém o dever jurídico, e não mera faculdade, de adotar as medidas que permitam o controle de jornada, como contraprestação por se beneficiar da força de trabalho, cedida pelo trabalhador (MAIOR, 2016). Tanto é que o teletrabalho supõe a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, cujo empregado detém alta especialização.

Cabe ao empregador a imposição de limites da jornada e não pode ser dirimida sob o argumento de que há dificuldades de estabelecer o controle e a quantificação da jornada do teletra-

balhador, seja por meios *online*, seja por outros meios. Desse modo, o ônus de provar que havia a limitação de jornada será do empregador.

Se, pelos aspectos positivos, evita-se o deslocamento e há uma aparente diminuição no poder de fiscalização do empregador, pelos aspectos negativos, há o isolamento social do trabalhador, a abertura de novos meios de fraude, ampliação das condições precárias de trabalho e diminuição de sua remuneração.

Deve-se deixar claro que há uma igualdade entre o trabalhador físico e o teletrabalhador, no que diz respeito à carreira, remuneração, tratamento e direito. A partir do momento em que a igualdade é quebrada, em quaisquer desses aspectos, a busca pelo pleno emprego é violada. Isso também significa dizer que, mesmo laborando fora da empresa, preponderantemente, o empregador ainda é responsável pelo empregado, no sentido de instruir este, quanto às doenças e como evitar acidentes de trabalho, não havendo qualquer retirada de responsabilidade do empregador, no âmbito da segurança e do meio ambiente do trabalho.

Quanto a esse último assunto, vê-se que o art. 75-E busca transferir o encargo de cuidado do meio ambiente do trabalho ao próprio trabalhador, cabendo à empresa apenas realizar as orientações pertinentes, o que é um dever, obviamente, insuficiente para evitar acidentes de trabalho e, assim, não encontra suporte nos princípios constitucionais da dignidade e da segurança do trabalhador, além de desprezar todos os tratados de direito internacional da OIT. Desse modo, o art.157 da CLT continua em pleno vigor, impondo à empresa os deveres de cumprir e fazer cumprir as normas relativas à segurança e medicina do trabalho, adotar as medidas determinadas pelo órgão competente e facilitar a fiscalização deste.

Mesmo que o art. 75-D disponha que a responsabilidade pela aquisição, manutenção e fornecimento dos equipamentos para o trabalho será estabelecida em contrato, não se pode concluir que os custos devem ser arcados pelo empregado, também não

sendo possível transferir os custos dos aparatos necessários para a execução do trabalho, mesmo que o teletrabalhador possa se utilizar desses instrumentos fora de serviço, ou seja, para fins particulares (PAULA, 2018).

Na realidade, contudo, a tendência é que o custo para a aquisição dos meios para a realização do teletrabalho será toda do empregado, tornando-se, inclusive, um requisito para a admissão ou para a continuidade do contrato de trabalho e, além disso, os gastos suportados não integrarão o salário (FONSECA, 2018).

O empregador livra-se dos custos de manutenção dos equipamentos, além de não arcar com os gastos com a infraestrutura do local de trabalho, como limpeza, energia elétrica e água. Junto a isso, tem a chance de aumentar a sua produtividade, ao impor ao trabalhador metas de produção, sob a justificativa de que ele poderá manejar o seu próprio horário e passar mais tempo com a família e amigos, evitando o estresse do deslocamento (GRAVATÁ, 2018). Além disso, o escasso contato entre os trabalhadores da mesma empresa enfraquece a solidariedade e a força da categoria, principalmente no que concerne às atuações sindicais (FONSECA, 2018).

Sob a ótica do trabalhador, mesmo que o teletrabalho aparente benefícios, permitindo a construção de um horário de trabalho flexível, o que se constata é uma efetiva invasão na vida privada do trabalhador, tendo em vista que poderá ser chamado ao trabalho a qualquer momento, pois haverá uma linha tênue entre o tempo livre e o tempo de trabalho, acarretando um desgaste físico, mental e social. O teletrabalho em nada reduz a subordinação do trabalhador, mas hipertrofia o poder diretivo do empregador.

O estabelecimento de metas impossíveis, como forma de recompensar aqueles que as atingem, junto com a sujeição do trabalhador às finalidades, objetivos e programas da empresa, apenas contribui para minar a tranquilidade e desgastar a saúde mental do trabalhador. É por isso que se fala em um direito à desconexão e ao lazer do trabalhador, cuja violação já gerou

indenização por dano existencial³, pelo fato de a empresa ter imposto uma rotina de trabalho rigorosa que comprometeu o projeto de vida do trabalhador, tratando-se de ato flagrantemente abusivo e violador da dignidade da pessoa humana. A flexibilização laboral, através da criação do teletrabalho, provoca danos que não se limitam à esfera individual do trabalhador, tendo em vista que também atingem aqueles que compõem o seu âmbito familiar e a sociedade, como um todo (NUNES; DOMITH, 2018).

No tocante à terceirização, apesar de esta ser uma modalidade de contratação já existente, sofreu relevantes modificações, visto que era regulada pela súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e passou a ser tratada em lei. Agora, é possível haver a transferência de atividades-meio e atividades-fim para a empresa tomadora de serviços, ou seja, uma empresa poderá delegar a execução de parte ou de toda a sua atividade principal para terceiros.

Em outras palavras, as hipóteses de terceirização foram ampliadas e, conseqüentemente, coloca-se em xeque a qualidade dos serviços terceirizados, posto que estes serão executados por trabalhadores não subordinados ao tomador de serviços, principal interessado na sua atividade, bem como se atingem diretamente os direitos e as garantias dos trabalhadores terceirizados, que, comumente, não têm as mesmas remunerações e benefícios dos empregados do tomador de serviços, mesmo que exerçam a mesma função, frequentemente, em virtude de essa modalidade ser vista como uma opção para o barateamento da mão de obra (CASSAR, 2017, p.57). Prejudicam-se os trabalhadores, os consumidores dos serviços e toda a sociedade.

Os defensores da terceirização afirmam que a empresa contratante tem os seus custos reduzidos, significando um meio rápido e eficaz de otimização da produção. Por outro lado, a

³ Notícia disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24487472>. Acesso em 02 jul. 2018.

terceirização aprofundaria as diferenças sociais, como já afirmado, incentivando a alta rotatividade dos postos de trabalho, a baixa remuneração e as longas jornadas de trabalho. O trabalhador deixa de ser parte da relação contratual trabalhista e passa a ser mero objeto da negociação, entre a empresa tomadora de serviços e a prestadora (ZAPOLLA, 2018).

Com a reforma, surgiu ainda a possibilidade da chamada *quarteirização*, ou *terceirização em cascata*, que seria a possibilidade de subcontratação pela empresa prestadora de serviços. Dito de outra maneira, a empresa terceirizada transfere os serviços para outra empresa. Junto a isso, a Lei 13.467/2017, apesar de ter previsto a obrigatoriedade de haver igualdade no tratamento ambulatorial e de refeição dos terceirizados, regrediu ao prever a faculdade de a contratante e a prestadora estabelecerem igualdade salarial, violando o princípio da isonomia salarial (ZAPOLLA, 2018).

Se a terceirização e o trabalho intermitente, por si sós, são bastante prejudiciais, imagine-se a situação de um trabalhador intermitente e terceirizado, em que não saberá quando será convocado para o trabalho e nem onde prestará os seus serviços (MAIOR, 2016).

A mesma reforma passou a permitir o chamado fenômeno da "pejotização"⁴, ao afirmar que, passados 18 meses, o trabalhador poderá prestar serviços ao antigo tomador, sob forma de pessoa jurídica, ainda que sob as mesmas circunstâncias, como meio de burlar a formação do vínculo empregatício e, conseqüentemente, evitar o surgimento de direitos dele decorrentes, evidenciando, mais uma vez, uma tentativa de precarização das relações trabalhistas e de fraude à legislação.

⁴ A "pejotização" consiste em um meio para diminuição dos encargos trabalhistas. Tal prática ocorre com a contratação de pessoas físicas, através de uma pessoa jurídica constituída para esse fim, como forma de disfarçar as relações de emprego que fariam surgir os diversos custos trabalhistas.

4 O DESEMPREGO E A INFORMALIDADE COMO CONSEQUÊNCIAS DA REFORMA TRABALHISTA

Antes da aprovação da Lei 13.467 de 2017, uma das principais propagandas feitas sobre a reforma trabalhista seria a redução do número de trabalhadores informais e a consequente queda do desemprego, através da criação de novas modalidades de contrato de trabalho.

O mercado informal é uma consequência do desemprego e sempre existiu nos países periféricos e nos mais diversos ramos, afetando, especificamente, os trabalhadores. Diante da possibilidade de ficarem destituídos de qualquer emprego, muitos recorrem à informalidade e às condições severas do capitalismo, acarretando a redução do custo de produção, principalmente por que a diferença essencial entre o emprego formal e o informal é a existência de direitos trabalhistas assegurados pelo Estado, no mercado de trabalho formal, sendo irrelevante o fato de o emprego ser de baixa ou alta qualificação. Contudo, ambas as formas de emprego participam do processo de acumulação capitalista (MELO; SOUTO, 2012).

Para Luis Estenssoro (2011), haveria um processo econômico de superexploração do trabalho, no qual o trabalho informal seria uma face extrema, acarretando o aumento da jornada de trabalho e destituição dos direitos trabalhistas, conjugados com uma remuneração do trabalho abaixo do devido (valor real).

O mercado informal serve para mascarar os elevados índices de desemprego e, ao mesmo tempo, transmite uma noção de autonomia aos trabalhadores. Pelo fato de estar destituído dos direitos trabalhistas e de encargos fiscais, a informalidade passa a ser uma tendência na sociedade capitalista e nas empresas, reduzindo-se os gastos com o pessoal e permitindo uma aferição ainda maior de lucro, enquanto, ao mesmo tempo, promove-se a manutenção do *statu quo* e se preserva a divisão de classes, não sendo razoável concluir pelo fim do mercado informal no sistema

capitalista, principalmente por ser uma consequência do desemprego e este ser inerente ao capitalismo, não havendo métodos para a sua solução.

São reconhecidas três espécies de trabalho informal que não se excluem mutuamente. O trabalho informal de sobrevivência busca a própria subsistência do indivíduo ou do domicílio, enquanto o trabalho informal de exploração dependente busca reduzir os custos trabalhistas da empresa e flexibilizar a gestão. Já o trabalho informal de crescimento é aquele existente entre as empresas de pequeno porte, que têm a finalidade de acumular capital (ESTENSSORO, 2011).

Em que pese o trabalho informal ser visto como fonte de sobrevivência das empresas, é inconteste que o trabalhador é a parte mais desfavorecida, sendo submetido a condições degradantes e ficando em situação de vulnerabilidade. A falta de garantia dos direitos trabalhistas e a baixa renda advinda do labor impedem que o trabalhador tenha seus direitos sociais satisfeitos de maneira devida, tais como moradia, educação, saúde, alimentação e previdência. É justamente a falta de acesso a um emprego de qualidade que perpetua a pobreza e a desigualdade social, nos países da América Latina (FERRAZ, 2010).

No que diz respeito aos índices quantitativos, conforme o Anuário Estatístico de 2017, elaborado pela Comissão Econômica para América Latina e Caribe, o Brasil segue apresentando a maior taxa de desemprego, com taxa anual média de 13%. O desemprego considerado na pesquisa é o aberto ou visível, ou seja, em que os trabalhadores concorrem entre si por postos de trabalho. Isso significa que não se considera o desemprego invisível, aquela modalidade em que os trabalhadores estão ocupados unicamente para a própria subsistência (ESTENSSORO, 2011).

Quanto ao mercado de trabalho informal, em que pese este setor não estar dentro dos índices de desemprego, 47% da população com ocupação encontra-se nos setores informais. Dessa porcentagem, apenas 3% são compostos por empregadores, ao passo que os trabalhadores sem qualificação representam uma

porcentagem de 27%, comprovando que o mercado informal é voltado, principalmente, aos trabalhadores (CEPAL, 2017).

Além disso, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua⁵), realizada trimestralmente, constatou um aumento da taxa de desocupação, saindo de 11,8%, no último trimestre de 2017, para 13,1%, no primeiro trimestre de 2018.

Quanto ao mercado de trabalho formal e informal, a mesma pesquisa analisou que, no setor privado, foram estimados 32.913.000 de trabalhadores com carteira assinada, o menor índice desde 2012, com uma queda, em relação ao trimestre anterior, de 408 mil trabalhadores. Já quanto às vagas de trabalho, os setores da indústria, comércio e construção registraram uma diminuição de 327 mil, 396 mil e 389 mil vagas de trabalho, respectivamente, sendo os setores que mais apresentaram perdas.

Já no 2º trimestre de 2018, notou-se uma redução nos índices de desemprego, caindo para 12,4%. Contudo, a diminuição do desemprego não foi acompanhada com o aumento no número de trabalhadores com carteira assinada. Pelo contrário, houve um aumento de 2,6%, em relação ao 1º trimestre de 2018, de empregados no setor privado sem carteira assinada⁶. Os índices de trabalhadores domésticos sem carteira assinada também tiveram um aumento de 1,2%, em relação ao último trimestre. Tais porcentagens resultam em cerca de 15 milhões de pessoas sem carteira assinada, apenas no setor privado.

Dessa forma, analisando-se os dados ainda escassos e incipientes da economia e do mercado de trabalho brasileiros, vê-

⁵ A pesquisa pode ser acessada em:

<<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=21240&t=quadro-sintetico>>. Acesso em: 24 jun, 2018.

⁶ A pesquisa pode ser acessada em:

<ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Mensal/Quadro_Sintetico/2018/pnadc_201806_quadroSintetico.pdf>. Acesso em 02 jul. 2018.

se uma tendência de queda da taxa de desemprego, mas sem a correspondente diminuição da informalidade, representada pelo aumento do número de empregados sem carteira assinada. Esse raciocínio esfacela os motivos de fachada que foram utilizados pelos idealizadores da reforma trabalhista e sequer serve de incentivo ao pleno emprego. Pelo contrário, faz-se propaganda das modalidades alternativas de contrato de trabalho, garantidoras de menos direitos trabalhistas e que permitem fraudes à legislação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou, primeiramente, tratar das diversas noções atinentes ao pleno emprego, que seria quando o trabalhador se encontra em uma situação de trabalho que garante a sua integridade, saúde e tempo para lazer, revestido de garantias trabalhistas, de forma a evitar os avanços cada vez mais agressivos do capitalismo. A busca pelo pleno emprego seria a busca incessante por um trabalho digno à pessoa, incentivando não só o crescimento econômico, mas também o desenvolvimento social da sociedade como um todo.

É a partir disso que se analisa a chegada da reforma trabalhista, por meio da Lei 13.467 de 2017, que retrata os interesses exclusivos da classe empresária, sem ouvir os clamores dos trabalhadores, principais prejudicados pelas mudanças da nova legislação. Novas modalidades de contratação são criadas, de forma a driblar o que os empresários consideram ser altos encargos trabalhistas e tributários, violando o primado pela busca do pleno emprego e demonstrando a patente inconstitucionalidade das mudanças feitas na CLT.

Com o trabalho intermitente, o teletrabalho e o regime parcial de trabalho, busca-se remunerar menos o trabalhador, utilizando-se a sua força de trabalho apenas quando convém e minando a busca por uma estabilidade laboral, em conjunto com a já existente tendência de utilização do trabalho morto, através das várias tecnologias desenvolvidas.

Por fim, viu-se que, pelos dados verificados, a reforma trabalhista não provocou quaisquer impactos positivos, principalmente naquilo em que havia uma promessa de melhora, qual seja a retirada de trabalhadores da informalidade que geraria, conseqüentemente, o aumento da empregabilidade e da contratação de trabalhadores com carteira assinada. Tais fatos demonstram que, na verdade, a aludida lei apenas trouxe prejuízos ao trabalhador, destituindo-o de seus direitos e impondo barreiras de acesso à justiça, o que configuram flagrante violação à busca pelo pleno emprego e à dignidade da pessoa humana, que, por si só, demonstram a flagrante inconstitucionalidade da reforma trabalhista.

6 REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito Trabalho**. 10. ed. Atualizada por Jessé Cláudio Franco de Alencar. São Paulo, LTr, 2016.
- BAYLOS, Antônio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social: o direito ao trabalho como direito constitucional. **Revista Trabalhista**, v. 3, n. 10, p. 21-51, abr./jun., 2004. Rio de Janeiro: Forense.
- CASSAR, Vólia Bonfim. Reforma Trabalhista: comentários ao substitutivo do projeto de lei 6787/16, 2017. **Revista Eletrônica OAB - RJ**. Disponível em: < <http://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2017/05/V%C3%B3lia-Bonfim-Cassar.pdf>>. Acesso em 24 jun. 2018.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). **Anuario Estadístico de América Latina y el Caribe, 2017 (LC/PUB.2018/2-P)**, Santiago, 2017. Disponível em: < http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43239/4/S1700711_mu.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014.

ESTENSSORO, Luis. **Abordagens teóricas sobre o trabalho informal**.

Disponível em:

<<https://pt.scribd.com/document/47316112/Abordagens-teoricas-sobre-o-trabalho-informal-Luis-Estenssoro>>. Acesso em 24 jun. 2018.

FERRAZ, Deise Luiza da Silva. **Desemprego, exército de reserva, mercado formal-informal: discutindo categorias**, 2010. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em:

<<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/22741/000738968.pdf?sequence=1>>. Acesso em 24 jun. 2018.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Reforma Trabalhista e Teletrabalho: o velho dilema entre aparência e essência. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Trabalho intermitente. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GRAVATÁ, Isabelli. O teletrabalho, o meio ambiente de trabalho e os direitos fundamentais na perspectiva da reforma trabalhista. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

KON, Anita. Pleno emprego no Brasil: interpretando os conceitos e indicadores. **Revista Economia & Tecnologia**, [S.l.], v. 8, n. 2, out. 2012. ISSN 2238-1988. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/ret/article/view/28159>>. Acesso em: 24 jun. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/ret.v8i2.28159>.

LOURENÇO FILHO, Ricardo; SOUZA FILHO; Pedro Robério de. Direito fundamental à limitação da jornada: a disciplina do teletrabalho à luz dos princípios constitucionais. **Revista trabalhista: direito e processo**, ano 15,

n. 57, jul./dez. 2016. ISSN 1677-2784. Brasília: Anamatra; São Paulo: LTr, 2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Vamos falar séria e honestamente sobre a Reforma Trabalhista? **Revista trabalhista: direito e processo**, ano 15, n. 57, jul./dez. 2016. ISSN 1677-2784. Brasília: Anamatra; São Paulo: LTr, 2016.

_____. **Análise do Projeto de Reforma Trabalhista**, 2017.

<<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/analise-do-projeto-de-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

MELO, Josimery Amaro de; SOUTO, Jackson Vital. O espaço do trabalho informal na sociabilidade capitalista. In: **Proceedings of XII Jornada do Trabalho**, 1., 2012, Presidente Prudente. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC000000142012000100051&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 24 jun. 2018.

NUNES, Flávio Filgueiras; DOMITH, Laira Carone Rachid. A ausência de controle de jornada do empregado em regime de teletrabalho como fato gerador do afrouxamento das relações familiares. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). **O trabalho digno e a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Genebra, Suíça: 2017. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_544325.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. **Para superar a crise: Um Pacto Mundial para o Emprego**. Peru: 2009. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227066.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2018.

PAULA, Hilda Maria Francisca de. Teletrabalho: desafios frente a uma nova realidade. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

PINHEIRO, Iuri Pereira. Contrato de trabalho intermitente. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

QUEIROZ, Julia Mello de. Desenvolvimento econômico, inovação e meio ambiente: a busca por uma convergência no debate. **Cadernos do Desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 9, p.143-170, jul.-dez. 2011.

SANTOS, Roseli Rêgo. O princípio da busca do pleno emprego como aplicação da função social da empresa na lei de falências e recuperação de empresas. In: **Anais do CONPEDI**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf>. Acesso em 24 jun. 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. Reforma Trabalhista - 10 (novos) princípios do direito empresarial do trabalho. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/79-uncategorised/1249-reforma-trabalhista-10-novos-principios-do-direito-empresarial-do-trabalho>>. Acesso em 24 jun. 2018.

ZAPOLLA, Letícia Ferrão. A terceirização no ordenamento jurídico brasileiro e o direito internacional do trabalho. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ZWICKER, Igor de Oliveira. O contrato de trabalho intermitente e seus impactos para o mundo do trabalho. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

REFLEXÕES SOBRE A REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467/2017) A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO E LIMITAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Wallace Ferreira Bianchi da Silva¹

RESUMO

O artigo proposto tem por objetivo a análise e discussão da licitude do texto da lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista, no que se refere à limitação e ou taxatividade do dano extrapatrimonial (dano moral, dano estético e existencial), constante nos artigos 223-A ao 223-G da *Reforma Trabalhista*, bem como, análise das mudanças trazidas pela Medida Provisória 808/2017. No decorrer do trabalho, será analisado o conceito do dano extrapatrimonial e a validade da tarifação dos danos morais, em face da Constituição da República de 1988; aludir-se-á a precedentes jurisprudenciais brasileiros, entendimentos doutrinários e a forma prática atualmente usada pela Justiça brasileira.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Inconstitucionalidade. Danos morais.

¹ Graduando no Curso de Direito da UNIVERSIDADE DO GRANDE RIO
Professor Orientador: Mauricio Farina
Email: wallace.bianchi@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar, de forma panorâmica, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a inconstitucionalidade referente aos danos extrapatrimonial (danos morais, danos materiais e danos estéticos) no texto da lei 13.467/2017, nos artigos 223-A ao 223-G da Reforma Trabalhista, bem como, a mudança feita pela Medida Provisória 808/2017, tendo em vista sua ampla afronta a Constituição Federal e entendimentos do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal de Justiça, ao tema do dano moral tarifado.

Sendo assim, na primeira parte deste trabalho, com objetivo de viabilizar uma melhor compreensão sobre o tema, buscará apresentar de uma maneira geral o instituto da reforma trabalhista e do dano moral. Nesse viés, será apresentada a modificação da reforma trabalhista, além do conceito, críticas doutrinárias e aplicação pelos tribunais superiores sobre o tema de tarifação do dano moral.

No segundo item, busca-se desvendar a real inconstitucionalidade do instituto que tarifa os danos causados a uma pessoa física ou jurídica. É bem verdade que a Constituição Federal de 1988 excluiu qualquer hipótese que os danos morais sejam tarifados. Como já disse o STJ, em sua Súmula de número 281, e o STF, no julgamento da ADPF 130/DF.

Por fim, a metodologia aplicada é a de natureza qualitativa, descritiva e bibliográfica, na medida em que se valerá da bibliografia analisada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a tese.

1 A REFORMA TRABALHISTA

O Senado aprovou, dia 11/07/201, o texto da Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/2017. A reforma muda a lei trabalhista brasileira de 1943, constituída pelo Decreto Lei nº 5.452/1943 (Consolidação das Leis Trabalhistas), e traz novas definições sobre os Danos Extrapatrimonial, (Danos morais, existencial e

estéticos). Definições estas que não eram abordadas na Lei anterior.

O texto foi sancionado no dia 13/07/2017, pelo então Presidente Michel Temer. As novas regras entraram em vigor quatro meses depois (13/11/2017), conforme previsto na legislação.

A reforma trabalhista vem trazendo no seu Título II – A, artigos 223-A ao 223-G, matéria especificamente sobre o dano moral extrapatrimonial. Trazendo o seguinte texto:

“Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica. Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

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

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

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado;
II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa;
VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso;
XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa.

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

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

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

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.”²

(Grifos nosso)

² BRASIL. Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017, de 14 de Julho de 2017.

Após a aprovação do texto da Reforma Trabalhista, houve muita divergência da doutrina da área trabalhista, por diversas falhas contidas no texto original. Razão na qual o Presidente Michel Temer promoveu uma Medida Provisória para sanar eventuais divergências.

2 DA MEDIDA PROVISORIA 808/2017

No dia 14/11/2017, o Presidente da República publica a Medida Provisória nº 808/2017 que promove mudanças na Reforma Trabalhista - Lei nº 13.467/2017, em vários pontos, entre eles, o dano extrapatrimonial.

Assim, os pontos que passaram por mudança são:

“Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural.” (NR)

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

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

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

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

IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 3º Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

§ 4º Para fins do disposto no § 3º, a reincidência ocorrerá se ofensa idêntica ocorrer no prazo de até dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão condenatória.

§ 5º Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte.”³

(Grifos nosso)

Retira, então, do texto da reforma a base de cálculo dos danos extrapatrimoniais que seria do último salário contratual do ofendido, para o valor limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, valor esse de R\$ 5.645,80, referente à Janeiro/2018.

E outra importante mudança foi que os parâmetros da Medida Provisória 808 não se baseiam nos casos decorrentes de morte, conforme diz o § 5º do artigo 223-G.

Editada para promover ajuste a reforma trabalhista, a Medida Provisória 808 perdeu validade em 23 de abril de 2018, pois não foi votada pelo Congresso Nacional no prazo estabelecido de 60 dias, previsto na Constituição, prorrogável pelo mesmo período. Voltando assim a valer integralmente a lei sancionada pelo Presidente Michel Temer, em 11 de novembro de 2017, a Reforma Trabalhista.

3 CONCEITO DE DANO MORAL

Existem inúmeras definições na doutrina pátria para o dano moral. Nos termos da brilhante lição do Ilustre Carlos Roberto Gonçalves⁴:

³ BRASIL. Medida Provisória 808/2017, de 14 de novembro de 2017.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil, volume 4. São Paulo: Saraiva, 8ª Edição, 2013.

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III e 5º, V e X da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Para Orlando Gomes⁵, “a expressão ‘dano moral’ deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.”

Ainda, segundo os ensinamentos do professor Arnaldo Wald⁶:

Dano é a lesão sofrida por uma pessoa no seu patrimônio ou na sua integridade física, constituindo, pois, uma lesão causada a um bem jurídico, que pode ser material ou imaterial. O dano moral é o causado a alguém num dos seus direitos da personalidade, sendo possível à cumulação da responsabilidade pelo dano material e pelo dano moral.

⁵ GOMES, Orlando, Obrigações, n. 195, p. 332, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil, volume 4. São Paulo: Saraiva, 8ª Edição, 2013, p. 384.

⁶ WALD, Arnaldo, Curso de Direito Civil Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1989, p. 407, apud GABRIEL, Sérgio. Dano moral e indenização. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2821>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

Segundo Carlos Alberto Bittar⁷, qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal) ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).

Desta feita, nos termos dos valiosos conceitos indigitados, infere-se de forma cristalina que o instituto do dano moral visa proteger bens jurídicos de ordem extrapatrimonial, contidos nos direitos da personalidade ou nos atributos da pessoa humana.

A noção de danos para a legislação brasileira é definida pelo Código Civil de 2002, nos seus artigos 186 e 187. Como nos artigos, aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia causar dano a outrem, violando-lhe os direitos, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Nesses casos, o Código Civil vigente prevê, no artigo 927, o dever de reparar o dano, isto é, indenizar para suprir a parte prejudicada a perda ou prejuízo, seja ele pecuniário, material ou moral.

O dano moral, portanto, significa a reparação indenizatória a ser pago àquele que teve algum direito de personalidade violado. Esta é a definição atual do dano moral, inclusive como tese assentada do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 509.437, sendo descabido falar em necessidade de dissabor, sofrimento ou abalos e outros. Violado um direito de personalidade, é devido o dano moral.

⁷ BITTAR, Carlos Alberto, *Reparação Civil por danos morais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 41, apud GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, *Novo Curso de Direito Civil*, volume 3, *Responsabilidade Civil*, São Paulo: Saraiva, 2012.

4 LIMITAÇÃO NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

O assunto em debate é semelhante à que a Corte do Supremo Tribunal Federal apreciou, quando declarou a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, no ponto em que ela trazia uma limitação ao Poder Judiciário, por meio de uma tarifação, para a fixação das indenizações por dano moral, decorrentes de ofensa à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Considerou o Supremo Tribunal Federal que, na Constituição Federal, à reparação do dano moral, tratamento especial pelos incisos V e X do art. 5º, desejando que a indenização decorrente desse dano fosse o mais amplo possível, razão pela qual a tarifação imposta pela lei precedente à Constituição Federal de 1988 não teria sido por ela recepcionado.

No caso em exame, o que se vê é uma lei posterior à Constituição Federal de 1988, que está impondo uma tarifação (limitação) ao dano extrapatrimonial, decorrente da relação de trabalho, de sorte que, nos termos da nova lei, o Poder Judiciário estará impedido de fixar uma indenização superior à efetivamente devida para reparar o dano ocorrido, salvo evento morte.

O primeiro texto dos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G da CLT contemplava, ainda, uma outra inconstitucionalidade além da tarifação, qual fosse, a da ofensa ao princípio da isonomia, porque a indenização decorrente de um mesmo dano moral (p.ex.: tetraplegia de um servente ou de um diretor de empresa) teria valor diferente em razão do salário de cada ofendido.

Já os limites previstos com a redação dada pela Medida Provisória n. 808 afastaram a violação ao princípio da isonomia, ao fixar percentual sobre uma mesma base de cálculo, pouco importando o valor do salário, quando fixou o “valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”

como base de cálculo, o que implica um aumento do valor das indenizações aos trabalhadores de menor renda.

A despeito de a Medida Provisória n. 808 ter ampliado o direito da indenização aos trabalhadores de menor renda, subsiste a violação ao princípio contido no inciso XXVIII do art. 7º da CF, pois ele garante uma indenização ampla do dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho:

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”⁸

Como o entendimento da própria Suprema Corte, no caso da Lei de Imprensa, chegou a sofrer algumas críticas no julgamento da ADPF n. 130 - que reputou a não recepção integral da lei, sob o fundamento de que a extinção da tarifação poderia até mesmo prejudicar os jurisdicionados, sob a ótica de que, ao relegar ao juízo da proporcionalidade do órgão julgador, poder-se-ia estar reduzindo a própria garantia dos jurisdicionados - compreende-se que o caso em tela estaria a merecer no mínimo uma “interpretação conforme a Constituição”, caso não seja a hipótese de declarar a nulidade da própria tarifação.

É que se mostra possível a manutenção do texto impugnado - o texto alterado pela Medida Provisória nº 808, que impõe a tarifação já sem a violação ao princípio da isonomia e com um patamar mais elevado de valor para os trabalhadores de menor renda - desde que os limites nela previstos não sejam tidos como impeditivos a fixação de valor superior, de sorte que o órgão judicante poderia, eventualmente, de forma justificada, fixar valores acima dos tarifados para poder conferir a indenização ampla prevista no texto constitucional.

⁸ BRASIL. **Constituição (1998)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Centro Gráfico, 1988.

5 A IMPOSSIBILIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL NO SISTEMA BRASILEIRO

A Egrégia Corte do Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que o dano decorrente da ofensa praticada pela imprensa não poderia ficar limitado, para fins da concessão da indenização, a valores previamente fixados em lei.

Senão vejamos os precedentes que declararam a não recepção das normas de tarifação da indenização:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF

relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido. (RE 396386, Relator: Min. Carlos Velloso, 2ª Ta., DJ 13-08- 2004)⁹

EMENTA: INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente. (RE 447584, Relator: Min. Cezar Peluso, 2ª Turma., DJ 16-03-2007)¹⁰

Como se pode ver, a compreensão da Corte do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a garantia da indenização prevista nos incisos V e X do art. 5º, por ser de uma indenização ampla, não poderia previamente ser “tarifada” ou limitada pela lei, dada à possibilidade de ser necessária a concessão de indenização superior à fixada como limite.

⁹ RE 396386, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/06/2004, DJ 13-08- 2004 PP-00285 EMENT VOL-02159-02 PP-00295 RTJ VOL-00191-01 PP-00329 RMP n. 22, 2005, p. 462-469.

¹⁰ RE 447584, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 28/11/2006, DJ 16-03-2007 PP-00043 EMENT VOL-02268-04 PP-00624 RTJ VOL-00202-02 PP-00833 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 263-279 RDDP n. 51, 2007, p. 141-148

A despeito desse entendimento em face da Lei de Imprensa, resolveu o Poder Legislativo, na recente reforma da lei trabalhista, impor uma limitação ou tarifação para os danos extrapatrimoniais decorrentes de relação de trabalho.

Veja-se inicialmente o que restou disciplinado no Título II-A, da CLT, especialmente nos artigos 223-A a 223-G pela Lei n. 13.467, de 13/7/2017:

“TÍTULO II - A DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Art. 223 - A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Art. 223 - B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223 - C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223 - D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica. Art. 223 - E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 223 - F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo. § 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial. § 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

Art. 223 – G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado;

II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

III - a possibilidade de superação física ou psicológica;

IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa;

VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso;

XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.”¹¹

Nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, o legislador fixou inicialmente limites vinculados ao “último salário contratual do ofendido”.

A referência ao salário do ofendido pode ser considerada contrária ao princípio da isonomia, porque, como dito anteriormente, a indenização decorrente de um mesmo dano

¹¹ BRASIL. **Reforma Trabalhista**, Lei 13.467/2017, de 14 de julho de 2017.

moral (p.ex.: tetraplegia de um servente ou de um diretor de empresa) teria valor diferente em razão do salário de cada ofendido.

Apesar de essa alteração legislativa ter sido veiculada em recentíssima lei (Lei n. 13.467, de 13/7/2017), foi esta objeto de alteração pela Medida Provisória n. 808, que modificou o texto dos artigos 223-C e 223-G, passando a fixar no último, como parâmetro, não mais o salário do ofendido, mas sim, o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social:

“Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural.” (NR)

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

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

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

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

IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (...).

§ 3º. Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

§ 4º Para fins do disposto no § 3º, a reincidência ocorrerá se ofensa idêntica ocorrer no prazo de até dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão condenatória.

§ 5º Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte.”¹²

A alteração levada a efeito pela MP n. 808 não apenas afastou a possibilidade de ocorrer a violação ao princípio da isonomia, ao fixar percentual sobre uma mesma base de cálculo pouco importando o valor do salário, como melhorou a situação dos trabalhadores de menor renda, ao estabelecer uma tarifação que toma por referência valor que pode ser superior em mais de 5 vezes o salário mínimo de um trabalhador (valor do limite máximo dos Benefícios do Regime Geral de Previdência Social é de R\$ 5.645,80, em face de um salário mínimo de R\$ 954,00 – Janeiro/2018)

Grau da Ofensa	Tarifa Máxima	Valor Máximo do RGPS 5.645,80
Ofensa natureza leve	Até 3 x limite do BRGPS	16.937,40
Ofensa natureza média	Até 5 vezes o limite do BRGPS	28.229,00
Ofensa natureza grave	Até 20 vezes o limite do BRGPS	112.916,00
Ofensa natureza gravíssima	Até 50 vezes o limite do BRGPS	282.290,00

De qualquer sorte, ainda que a nova base de cálculo imposta pela MP n. 808 seja melhor para os trabalhadores de menor renda, ainda assim deve ser tida como inconstitucional na parte que toca à limitação/tarifação do dano moral.

Não é que os valores fixados estejam contrariando a jurisprudência. Basta ver os acórdãos seguintes, colhidos aleatoriamente na jurisprudência do TST. Veja-se, por exemplo, um precedente de dano moral de natureza leve, a partir do fato

¹² BRASIL. Medida Provisória 808/2017, de 14 de novembro de 2017.

“constrangimento”, decorrente de “revista íntima” do empregado, no qual se entendeu fixar o dano em cerca de R\$ 5.000,00:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE RE-VISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/14. DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA. EXPOSIÇÃO E CONTATO CORPORAL. CONFIGURAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO

TST. I - Mediante exame do acórdão recorrido, verifica-se que o Colegiado de origem manteve a condenação ao pagamento da indenização por dano moral por concluir que houve ofensa à dignidade pessoal do agravado, decorrente da revista a que estava submetido, na qual era obrigado a expor partes de seu corpo para a realização de fiscalização pela empresa agravante. II - (...). VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. I - Para bem

equacionar a controvérsia em torno da fixação da indenização por dano moral, é importante ter em mente a sua distinção em relação à indenização por dano material, na medida em que esta se orienta pelo parâmetro meramente aritmético, consistente nos prejuízos sofridos e nos lucros cessantes, ao passo que aquela tem por norte o escorregadio parâmetro estimativo, dada a dificuldade de mensuração pecuniária de bens imateriais. II - Resulta dessa particularidade o insuspeitado subjetivismo do magistrado na sua fixação, subjetivismo que moveu a doutrina e a jurisprudência a procurar estabelecer critérios mínimos para que o seu arbitramento não se convolve em arbitrariedade. III - Isso com a finalidade de que o seu valor não se revele demasiadamente apequenado, nem se afigure superlativamente alto, traduzindo antes justa reparação do dano sofrido pelo empregado, sem acarretar o seu enriquecimento sem causa, capaz de comprometer, até mesmo, a viabilidade do empreendimento empresarial. IV - Com isso se preconiza que se considere a gravidade da culpa lato sensu do ofensor, que o pode ser a título de dolo, culpa grave, leve ou

levíssima, a extensão do dano causado, a sua capacidade econômico-financeira, bem como o caráter pedagógico da sanção jurídica. V - É bom ter em mente, ainda, o que dispõe o inciso IV do artigo 1º do Texto Constitucional de a República Federativa do Brasil lastrear-se nos valores sociais do trabalho e no da livre iniciativa, norma indicativa de que o Constituinte originário os colocara no mesmo patamar de valores republicanos fundamentais. VI - Tal se deve ao objetivo ali discernível de expressar a harmonia que deve haver entre ambos, a desafiar de todos quantos lidam com o Direito do Trabalho a sensibilidade de se evitar que um se sobreponha ao outro, pois tais valores se encontram em situação de equipolência e não de antagonismo. VII - É de vital importância, portanto, que todos os profissionais do direito, ao se defrontarem com a magnitude dessa questão, atuem com extremada prudência, para prevenir que a exacerbação do valor da livre iniciativa transforme o trabalho humano em simples e abjeta mercadoria ou que a exacerbação dos valores sociais do trabalho redunde no comprometimento da empresa, fonte geradora de renda e de emprego. VIII - Evidenciada no acórdão impugnado a conduta da agravante consubstanciada na revista íntima realizada no agravado, a natureza leve do constrangimento, mais o caráter pedagógico inerente ao ressarcimento do dano imaterial, premissas fáticas intangíveis nos termos da Súmula 126/TST, sobressai a constatação de o valor arbitrado na sentença e confirmado pelo Regional, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), revelar-se razoável e proporcional, não se divisando, dessa forma, violação literal e direta aos artigos indigitados. IX - De outro lado, não se vislumbra a higidez da divergência jurisprudencial suscitada com esteio em arestos inservíveis como paradigmas, ou por serem oriundos de turmas do TST, a teor do artigo 896, alínea "a", da CLT, ou por não indicarem a respectiva fonte de publicação oficial ou o repositório autorizado em que fora publicado, o que atrai a incidência da Súmula 337, item I, alínea "a", do TST. X - Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, AIRR 973-44.2015.5.08.0013, Desemb.

Convocado: Roberto Nobrega de Almeida Filho, DEJT 10/11/2017.)¹³

Veja-se, ainda, casos nos quais o TST manteve valores de R\$ 10.000,00 e de R\$ 24.000,00 de dano moral concedidos a trabalhadores que suportaram danos decorrentes da atividade de risco por lidar com valores, sendo que no primeiro, o TST observou já o parâmetro do art. 223-G:

Ementa: RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. JUNTADA PARCIAL DOS REGISTROS DE PONTO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA JORNADA ALEGADA NA INICIAL. SÚMULA Nº 338, ITEM I, DO TST. (...) Recurso de revista conhecido e provido. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. TRANSPORTE COLETIVO URBANO. COBRADOR DE ÔNIBUS. ASSALTOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPREGADORA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL, 7º, CAPUT E INCISO XXII, 170, CAPUT E INCISO VI, E 225, CAPUT E § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 2º DA CLT. CONFIGURAÇÃO. A legislação vigente tende a acolher a responsabilidade objetiva em tema de reparação civil, especialmente quando as atividades exercidas pelo empregado são de risco, conforme dispõe o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, admitindo, assim, no âmbito do Direito do Trabalho, a teoria da responsabilidade objetiva do empregador, nos casos de assalto a transporte coletivo. A par disso, cumpre acrescentar que a Constituição da República Federativa do Brasil assegura ao empregado um meio ambiente de trabalho seguro e determina ao empregador a obrigação de preservar e proteger esse meio ambiente laboral. Com efeito, em seu artigo 225, caput, a Constituição Federal garante a todos,

¹³ Tribunal Superior do Trabalho, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista.

como direito fundamental, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, nele incluído o meio ambiente do trabalho, impondo "ao Poder Público e à coletividade" e, portanto, ao empregador o dever de defendê-lo e preservá-lo, assegurando, em seu parágrafo 3º, a obrigação de reparação de danos quando não cumprido o dever de preservação do meio ambiente. Nesse ínterim, o artigo 170, caput e inciso VI, da Constituição Federal preceitua que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, devendo assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social e observando a defesa do meio ambiente. Portanto, acima dos objetivos econômicos, as empresas têm uma finalidade social a ser cumprida. Especificamente no âmbito do Direito do Trabalho, o constituinte originário posicionou-se pela defesa da saúde do trabalhador e melhoria das condições de trabalho. Cita-se, como exemplo, entre inúmeros direitos assegurados, a necessidade de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, conforme efetivamente garante o artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal. A aplicabilidade imediata desses dispositivos, principalmente aqueles que definem direitos fundamentais, tem, como base, o princípio da máxima efetividade dos preceitos constitucionais, o qual apregoa que as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que a eficácia da Lei Maior seja plena, máxima, portanto devem esses preceitos ser atendidos em sua plenitude. No caso dos autos, não há dúvida de que a atividade profissional desempenhada pelo reclamante era de risco acentuado, vale afirmar, de que a atividade desenvolvida por sua empregadora lhe causa um ônus maior do que aquele imposto aos demais membros da coletividade, pois o motorista/cobrador de ônibus está mais sujeito a assaltos do que os demais motoristas ou a população em geral, visto ser de conhecimento público o manuseio de dinheiro, nesse caso, existente. Tanto é assim que são notórios os frequentes assaltos a ônibus urbanos, nos quais são expostos a riscos não só os motoristas e

cobradores, empregados da empresa, mas também os usuários desse tipo de transporte. Por outro lado, em que pese a manutenção da segurança pública seja dever do Estado, conforme preconiza o artigo 144, caput, da Constituição Federal, é igualmente dever do empregador propiciar um ambiente de trabalho seguro aos seus empregados, conforme se extrai não só dos citados artigos 7º, inciso XXII, 170, caput e inciso VI, e 225, caput e § 3º, da Constituição Federal mas também do artigo 157 da CLT, portanto não pode o empregador se imiscuir dessa responsabilidade, ao argumento da ineficiência do sistema público de segurança, propiciador dos recorrentes atos de violência urbana, sobretudo porque são de sua responsabilidade, e não do empregado, os riscos de sua atividade econômica, consoante o artigo 2º da CLT. Assim, levando em conta a extensão e a gravidade dos danos sofridos pelo reclamante, os parâmetros previstos no artigo 223-G, § 1º, da CLT, bem como os casos já julgados por esta Corte superior, revela-se razoável a fixação do valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR 1813-21.2013.5.09.0652 Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 15/12/2017)¹⁴

Ementa: RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. SERVIÇOS DE VENDA DE "CHIPS" E RECARGA DE CELULARES. ATIVIDADE ESSENCIAL. NÃO CONHECIMENTO. (...) Recurso de revista de que não se conhece. 2. DANOS MORAIS. QUANTUM COMPENSATÓRIO. PROPORCIONALIDADE. NÃO CONHECIMENTO. A fixação do valor da compensação por dano moral orienta-se pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, considerando, entre outros parâmetros, a gravidade e a

¹⁴ Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista – RR, Processo: 1813-21.2013.5.09.0652 Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 15/12/2017

extensão do dano e o grau de culpa do ofensor. Nessa trilha, o artigo 944 do Código Civil, no seu parágrafo único, autoriza o juiz a reduzir o valor da compensação quando constatada desproporcionalidade entre o dano sofrido, a culpa do ofensor e o quantum compensatório inicialmente arbitrado. Na hipótese, a egrégia Corte Regional majorou o valor da compensação por danos morais para R\$ 24.440,00, por entender não ser razoável o montante estipulado na sentença (R\$1.000,00), uma vez que constatou que o reclamante transportava valores, sem que a reclamada adotasse medidas necessárias de segurança e proteção, preferindo expô-lo a risco, transferindo-lhe o risco do negócio. Dessa forma, o egrégio Colegiado Regional levou em consideração a gravidade e extensão do dano sofrido pelo empregado, a situação econômica da empregadora, além do caráter punitivo e pedagógico da condenação. Assim, tem-se que na fixação do valor da compensação por danos morais a instância ordinária aplicou corretamente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade insculpidos artigo 944 do Código Civil. Recurso de revista de que não se conhece. (...) Processo: RR 1627-63.2012.5.08.0004, Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 29/09/2017)¹⁵

Observe-se, agora, outros 2 precedentes que trataram de lesão média, mas que, em razão das características de cada caso, conquanto se estivesse diante de incapacidade da mesma natureza, o TST admitiu que fosse razoável o valor de R\$ 10.000,00 em um, e de R\$ 50.000,00 em outro:

Ementa: DANOS MATERIAIS. DOENÇA OCUPACIONAL. SÍNDROME DO MANGUITO ROTADOR. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ANTERIORMENTE DESEMPENHADA. PENSÃO MENSAL. PERCENTUAL FIXADO. (...). Recurso de revista conhecido e provido. DANOS MORAIS. DOENÇA OCUPACIONAL. SÍNDROME DO MANGUITO

¹⁵ Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista – RR, Processo: 1627-63.2012.5.08.0004, Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 29/09/2017

ROTADOR. QUANTUM INDENIZATÓRIO. R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS).

Discute-se no caso a proporcionalidade do quantum indenizatório, a título de danos morais, em razão do desenvolvimento de síndrome do manguito rotador pela reclamante, em razão do trabalho no setor de carnes da empresa reclamada, com exposição a riscos ergonômicos, que resultou em redução permanente da sua capacidade laborativa. Nos termos dos artigos 5º, inciso V, da Constituição da República e 944 do Código Civil, a indenização por danos morais deverá ser calculada levando em consideração a extensão do dano. No caso em análise, o Regional, considerando, a extensão do dano, a capacidade financeira da reclamada, bem como o caráter pedagógico-punitivo da medida, reduziu o valor da indenização por danos morais de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Ressalta-se que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que não se admite a majoração ou diminuição do valor da indenização por danos morais nesta instância recursal de natureza extraordinária, admitindo- a, no entanto, apenas nos casos em que a indenização for fixada em valores excessivamente módicos ou estratosféricos, o que não é o caso dos autos. Desse modo, a partir das premissas fáticas consignadas no acórdão regional acerca da redução total e permanente da capacidade laborativa da autora, para o trabalho realizado na reclamada, constata-se a razoabilidade do valor arbitrado na instância ordinária correspondente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), pois, além de satisfazer à extensão do dano e à capacidade econômica do ofensor, atende ao caráter pedagógico-punitivo da medida. Incólumes os artigos 5º, inciso V, da Constituição da República e 944 do Código Civil. Recurso de revista não conhecido. (TST, RR 322-42.2014.5.09.0749, Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 06/10/2017)¹⁶

¹⁶ Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista, RR – Processo: 322-42.2014.5.09.0749, Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT

Ementa: RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI 13.015/2014. DANOS MORAIS. SÍNDROME DO MANGUITO ROTADOR. QUANTUM INDENIZATÓRIO. R\$ 50.000,00. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

Nos termos da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, a alteração do quantum indenizatório somente é possível nas hipóteses em que o montante fixado na origem se mostra fora dos padrões da proporcionalidade e da razoabilidade. No caso dos autos, a Corte de origem reconheceu a existência de dano, nexos causal e culpa do reclamado pela doença ocupacional da autora. Ademais, registrou que a redução da capacidade laborativa foi de natureza temporária, no importe de 25%. Nesse contexto, entende-se que o valor da indenização por danos morais fixado pelo TRT, na quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), está dentro dos padrões da proporcionalidade e da razoabilidade, razão pela qual não deve ser majorado. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. DANOS MATERIAIS. PENSÃO MENSAL. PERÍODO DE CONVALESCENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO JUDICIAL. Sob o único argumento de que a lesão possuiria natureza leve, a Corte Regional estimou o (...) Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR 1175-68.2010.5.24.0007, Min. Maria Helena Mallmann, DEJT 06/10/2017.)¹⁷

Verifique-se, por sua vez, outro caso no qual o TST manteve condenação de dano moral de R\$ 70.000,00 fixados por determinado TRT, que reduzira o valor inicialmente fixado em primeiro grau de R\$ 100.000,00 decorrentes de lesão grave:

06/10/2017

¹⁷ Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista, RR – Processo: 1175-68.2010.5.24.0007, Min. Maria Helena Mallmann, DEJT 06/10/2017

Ementa: I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO BANCO BRADESCO S.A. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI 13.015/2014. PRESCRIÇÃO TOTAL. GRATIFICAÇÃO DE BALANÇO. ALTERAÇÃO DO PACTUADO. Ante possível contrariedade à Súmula 294, do TST, dá-se provimento ao agravo de instrumento. II - RECURSO DE REVISTA DO BANCO BRADESCO S.A. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PLANO DE SAÚDE. (...). PRESCRIÇÃO TOTAL. GRATIFICAÇÃO DE BALANÇO. ALTERAÇÃO DO PACTUADO. Esta (...). DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAS. O Tribunal Regional, depois de acurada análise de todo o acervo fático probatório produzido nos autos, explicitou o nexo de causalidade existente entre a doença ocupacional da empregada (L.E.R / D.O.R.T) e as atividades laborais desempenhadas pela reclamante (caixa bancário). Consignou que a reclamante, aos 23 anos de idade, foi admitida no reclamado em 09/06/1980, trabalhando até 28/06/2002, data em que foi afastada de suas atividades por apresentar sintomas de LER / DORT e que, dos 22 anos em que trabalhou para o reclamado, 18 anos foram na função de caixa. Soma-se a isso a negligência por parte do reclamado no que tange às normas de higiene e segurança do trabalho. Registrou que as lesões "decorrentes da síndrome do túnel do cargo e tendinites nos ombros e nos punhos identificadas na obreira decorreram de um ambiente de trabalho despreparado, acarretando o dano maior à trabalhadora, qual seja, a incapacidade laborativa parcial para atividades de cunho repetitivo, utilização da força e elevação dos ombros" e a ausência de provas de ter havido culpa exclusiva da autora. Assim, verificada a presença dos elementos configuradores da reparação civil - dano, nexo causal e culpa -, faz jus a reclamante à indenização por danos morais e por danos materiais. A adoção de entendimento diverso, como pretendido pelo reclamado, a fim de se afastar a existência do dano e a sua consequente reparação, implicaria, necessariamente, revolvimento do contexto probatório

delineado nos autos, atraindo, assim, o óbice da Súmula 126 do TST. Recurso de revista não conhecido. DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAS.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. Tem-se que, para a fixação do valor da reparação por danos morais e materiais, deve ser observado o princípio da proporcionalidade e razoabilidade entre a gravidade da culpa e a extensão do dano, tal como dispõem os arts. 5º, V e X, da Constituição Federal e 944 do Código Civil, de modo que as condenações impostas não impliquem mero enriquecimento ou empobrecimento sem causa das partes. Na hipótese, a indenização por dano moral, arbitrada em 100.000,00 (cem mil reais) pelo juízo de primeiro grau, foi reduzida pelo TRT da 5ª Região para o valor de R\$ 70.000,00. Já para a indenização por dano material, além do deferimento das despesas médicas e hospitalares efetivamente comprovadas pela autora, foi determinado o pagamento de pensão mensal no percentual de 70% da remuneração da reclamante - acrescida do 13º salário, gratificação semestral e todas as parcelas que compõem a base remuneratória da autora - desde a concessão do benefício previdenciário e enquanto durar a incapacidade. Nesse contexto, entende-se que o valor das indenizações por danos moral e material estão dentro dos padrões da proporcionalidade e da razoabilidade. Recurso de revista não conhecido. DANO MATERIAL. PENSÃO MENSAL. DELIMITAÇÃO DE PRAZO. NORMA COLETIVA (...). PLANO DE SAÚDE. MANUTENÇÃO. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. (...). (TST, RR 4000-96.2006.5.05.0251, Min. Maria Helena Mallmann, DEJT 06/10/2017)¹⁸

¹⁸ Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista – RR, Processo: 4000-96.2006.5.05.0251, Min. Maria Helena Mallmann, DEJT 06/10/2017

Tais valores podem ou não estar “dentro” dos limites do art. 223-G ou um mínimo “fora” dos limites, considerado o seu texto já com a redação da MP n. 808.

Portanto, pode ser que esses parâmetros se mostrem justos e adequados em maior ou menor percentual dos casos ocorridos e/ou submetidos ao Poder Judiciário, mas não há como negar que a lei não poderia impor a limitação que estabeleceu.

Assim como os incisos V e X do art. 5º, da CF contemplam hipótese de indenização ampla para aqueles que têm a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem violadas pela imprensa, também o inciso XXVIII do art. 7º contempla indenização ampla para a hipótese de ocorrer dano extrapatrimonial decorrente de relação de trabalho ao empregado:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”¹⁹

O próprio texto da norma afirma que eventual seguro contra acidentes, por mais amplo que possa ser, não pode excluir a indenização que o empregador estará obrigado a pagar, quando incorrer em dolo ou culpa.

Então, parece clara a violação constitucional ocorrida, porque se a norma constitucional, ao exigir a figura do seguro contra acidentes de trabalho, ainda confere direito à indenização, é porque foi conferida amplitude máxima para esse direito essencial do trabalhador.

¹⁹ BRASIL. **Constituição (1998)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Centro Gráfico, 1988.

Acresce, ainda, como visto dos precedentes do TST, que a indenização por dano moral decorrente de lesão ocorrida na relação de trabalho tem sede em outros dispositivos da Constituição Federal, além do inciso XXVII, do art. 7º, a saber, nos artigos 225, caput, § 3º, 170, caput e inciso VI:

“A par disso, cumpre acrescentar que a Constituição da República Federativa do Brasil assegura ao empregado um meio ambiente de trabalho seguro e determina ao empregador a obrigação de preservar e proteger esse meio ambiente laboral. Com efeito, em seu artigo 225, caput, a Constituição Federal garante a todos, como direito fundamental, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, nele incluído o meio ambiente do trabalho, impondo "ao Poder Público e à coletividade" e, portanto, ao empregador o dever de defendê-lo e preservá-lo, assegurando, em seu parágrafo 3º, a obrigação de reparação de danos quando não cumprido o dever de preservação do meio ambiente. Nesse ínterim, o artigo 170, caput e inciso VI, da Constituição Federal preceitua que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, devendo assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social e observando a defesa do meio ambiente. Portanto, acima dos objetivos econômicos, as empresas têm uma finalidade social a ser cumprida. Especificamente no âmbito do Direito do Trabalho, o constituinte originário posicionou-se pela defesa da saúde do trabalhador e melhoria das condições de trabalho. Cita-se, como exemplo, entre inúmeros direitos assegurados, a necessidade de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, conforme efetivamente garante o artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal” (Processo: RR 1813-21.2013.5.09.0652 Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 15/12/2017)²⁰

²⁰ Tribunal Superior do Trabalho – Recurso de Revista – RR, Processo: 1813-21.2013.5.09.0652 Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 15/12/2017

Os dispositivos da CF, que estão sendo violados, no caso, pelo art. 223-G da CLT, quer em sua redação originária, quer na versão dada pela MP 808, são os seguintes (a partir da ótica de que na definição de “meio ambiente” há de ser inserido igualmente o “ambiente de trabalho”):

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”;²¹

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”²²

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) § 3º As condutas e

²¹ BRASIL. **Constituição (1998)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Centro Gráfico, 1988.

²² BRASIL. **Constituição (1998)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Centro Gráfico, 1988.

atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”²³

Inegável, assim, a violação da Constituição Federal pela tarifação prevista nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G da CLT, quer com a redação dada pela Lei n. 13.467, de 13/7/2017, quer com a redação dada pela MP 808.

Com efeito, a lei federal não podia desde logo impor limitação, pois, como assinalou o Min. Cezar Peluso no RE 447.584:

“(...) toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República.”²⁴

CONCLUSÃO

Em linha oposta ao quanto já exposto acerca do dano moral, a reforma trabalhista pretende alterar uma característica fundamental do dano moral, qual seja: estabelecer o dano moral tarifado.

Os motivos ensejadores do dano moral não são objetos de um rol taxativo, devendo ser interpretados de maneira ampliativa.

No Direito Civil, a fundamentação legal é que cada caso é examinado de maneira individual, caso a caso e condenando os ofensores ao pagamento de indenização proporcional a extensão dos danos causados. Não tendo um limite indenizatório.

²³ BRASIL. **Constituição (1998)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Centro Gráfico, 1988.

²⁴ Supremo Tribunal Federal, ADPF 130 / DF, Tribunal Pleno, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06- 11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001

A própria Constituição Federal, sem seu art. 5, incisos V e X, garante direito de resposta proporcional ao agravo sofrido, bem como a inviolabilidade da intimidade, vida privada, da honra e da imagem:

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

...

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

...

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.²⁵

Em flagrante inconstitucionalidade está o artigo 223-G, que estabelece parâmetros a serem observados pelo julgador ao fixar a indenização a ser paga a quem sofrer lesão extrapatrimonial decorrente de relação de trabalho:

PRIMEIRA REDAÇÃO

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

...

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do

²⁵ BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Centro Gráfico, 1988.

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

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.²⁶

REDAÇÃO DA MP

“Art. 223-G. ...

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

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

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

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

IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.²⁷

²⁶ BRASIL. **Reforma Trabalhista**, Lei 13.467/2017, de 14 de Julho de 2017.

²⁷ BRASIL. Medida Provisória 808/2017, de 14 de novembro de 2017

Violando completamente o Princípio Constitucional da Isonomia, do art. 5º, caput, da Constituição Federal, e indo afronta todo entendimento do STJ e STF sobre a matéria o tabelamento e ou tarifação da indenização por dano extrapatrimonial, que engloba os danos morais, estéticos e materiais.

Estabelecer o dano moral de maneira tarifada pode levar a resultados absurdos posto que o caso concreto será completamente descartado, inútil.

O caso concreto deve ser respeitado acima de tudo, sob pena de não proteger de maneira eficiente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A vedação de proteção insuficiente é outro vetor interpretativo dos direitos fundamentais.

No Recurso Especial 1.152.541/RS o Supremo Tribunal de Justiça, STJ, fixou um método bifásico para cálculo dos danos morais, em que primeiramente arbitra-se o valor básico da indenização, considerando os interesses tutelados e precedentes judiciais. Segundamente, fixa-se a indenização em definitivo ajustando o valor as circunstâncias do caso concreto.

Tal interpretação, conferida pelo Supremo Tribunal de Justiça, é de eliminar o dano moral tarifado bem como eliminar a possibilidade de arbitrar um valor dissonante do caso concreto.

No que tange à tarifação do dano moral, verifica-se a inconstitucionalidade do artigo 223 - G da CLT, por violar o inciso V, que traz regra de proporcionalidade entre o dano e a lesão, bem como o inciso X, ambos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e o princípio da reparação integral consagrado no artigo 944 do Código Civil de 2002.

Na redação da Reforma, imaginemos o caso em que o dono de uma escola, descontente com dois de seus funcionários, uma professora e outro coordenador de turmas, com salários de R\$ 1.000,00 e de R\$ 5.000,00, respectivamente, após uma acalorada discussão, insulte os empregados com palavras depreciativas.

Seguindo os critérios estabelecidos pela nova legislação trabalhista, entendendo o magistrado que a ofensa seja de natureza leve e que o ofendido deva receber o equivalente a três vezes o seu último salário, um receberá R\$ 15.000,00 de indenização, enquanto que o outro, que padeceu do mesmo ato ilícito, receberá 1/5 desse valor. Em um mesmo ato ilícito, praticado pelo mesmo ofensor, em face de dois ofendidos, ambos têm limitações diferentes de valor de indenização.

Ou seja, na legislação da reforma trabalhista ou da medida provisória 808, ambas, possuem tarifação ao dano.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto, *Reparação Civil por danos morais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 41, apud GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, **Novo Curso de Direito Civil**, volume 3, Responsabilidade Civil, São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição (1998)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Medida Provisória 808/2017**, de 14 de novembro de 2017
BRASIL. **Reforma Trabalhista**, Lei 13.467/2017, de 14 de Julho de 2017.
GOMES, Orlando, *Obrigações*, n. 195, p. 332, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil*, volume 4. São Paulo: Saraiva, 8ª Edição, 2013, p. 384.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, **Responsabilidade Civil**, volume 4. São Paulo: Saraiva, 8ª Edição, 2013.

WALD, Arnaldo, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1989, p. 407, apud GABRIEL, Sérgio. Dano moral e indenização. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2821>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

Supremo Tribunal Federal, ADPF 130 / DF, Tribunal Pleno, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001.

Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário, RE 396386, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/06/2004, DJ 13-08-2004 PP-00285 EMENT VOL-02159-02 PP-00295 RTJ VOL-00191-01 PP-00329 RMP n. 22, 2005, p. 462-469

Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário, RE 447584, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 28/11/2006, DJ 16-03-2007 PP-00043 EMENT VOL-02268-04 PP-00624 RTJ VOL-00202-02 PP-00833 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 263-279 RDDP n. 51, 2007, p. 141-148

Supremo Tribunal Federal, ADPF 130 / DF, Tribunal Pleno, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001

Tribunal Superior do Trabalho, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista - AIRR 973-44.2015.5.08.0013, Desemb. Convocado: Roberto Nobrega de Almeida Filho, DEJT 10/11/2017.)

REFORMA TRABALHISTA: CONQUISTAS E PRIVILÉGIOS PARA O EMPREGADOR, OU MAIS UM DESAFIO À MASSA TRABALHADORA DO BRASIL?¹

Lays Costa de Oliveira

RESUMO

Com a justificativa de se elevar os índices de empregabilidade no país, defasados desde o ano de 2015, com o desencadeamento da crise econômica, o Governo Federal por meio do Presidente da República, Michel Temer, propôs ao Congresso Nacional a reforma trabalhista instrumentalizada pela lei Nº 13.467 de 2017, que alterou de forma significativa a Consolidação das Leis do Trabalho. Em 23 de dezembro de 2016, a Câmara dos Deputados recebeu o projeto de lei pelo Chefe do Executivo Federal, a proposta passou por inúmeras discussões acerca de seu papel beneficiador da classe dos empregadores e enfraquecimento do poder Sindical. Por 296 votos favoráveis e 177 votos contrários, os deputados aprovaram o projeto em 26 de abril de 2017 e em 13 de julho do mesmo ano foi sancionado pelo mesmo presidente, sem vetos e

¹ Artigo apresentado como pré-requisito para conclusão da Especialização em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pós Graduação Integrada de Patos, sob orientação do Ms. Francisco Cleidson Tavares Lopes.

passou a valer a partir de 11 de novembro, ou seja, 120 dias após sua publicação no Diário Oficial. Abordaremos de forma sucinta os principais pontos da reforma, a exemplo das novas regras para benefício de férias, o processo de litigância de má fé nos processos trabalhistas, o modelo de flexibilização do vínculo trabalhista, além de expor de que maneira foi beneficiado o patronato em detrimento da classe trabalhadora. Percebemos que a reforma não desencadeou melhorias para a sociedade e sim para as esferas economicamente favorecidas. Utilizamos como referencial teórico Cassar e Borges (2017), Delgado M e Delgado G. (2017).

Palavras-chave: Reforma trabalhista, flexibilização e regalia.

INTRODUÇÃO

Em um hiato de apenas dois anos após a criação da Justiça do Trabalho, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) surgiu em um contexto internacional e nacional bastante conturbado, ou seja, paralelamente à assinatura do então Presidente da República Getúlio Vargas do dispositivo, que regulamentaria por muitos anos a atividade trabalhista e econômica brasileira, o mundo passava pela II Guerra Mundial.

A norma jurídica trabalhista foi sancionada pelo chefe do Executivo Federal em 1º de maio de 1943, por meio do Decreto-Lei nº 5.452, era o então período político brasileiro conhecido por “Estado Novo”. A CLT significou a unificação de toda ordenação jurídica trabalhista existente, tendo por fim a regulamentação de todas as relações individuais e coletivas previstas em lei. O dispositivo jurídico em suas origens nos anos 40 era composto por 900 artigos, os quais passaram por reformas e após 74 anos, a sua substancialidade material passou por significativas alterações.

Entre os diversos pontos regulamentados pela CLT, há mais de sete décadas, podemos citar os direitos relativos a jornada de trabalho, horas extras, férias remuneradas e a legislação

trabalhista para gestantes. Todos estes abordados nesse artigo. Esse aparato jurídico foi copilado pelo legislador brasileiro em 13 anos de pesquisa. Assim, com tais medidas, o código determinou que o trabalhador teria uma jornada máxima de 8 horas diárias, sendo que em uma semana o mesmo deveria desempenhar suas funções em no máximo 44 horas semanais. Na necessidade do empregador em ter uma produtividade em um número maior de horas diárias, o empregado teve a possibilidade de ser remunerado por aquele tempo acrescido em sua jornada, além de obter uma remuneração mais justa, algo que foi tão discutido por Karl Max, criador do conceito *Mais Valia*.

As mulheres brasileiras também obtiveram melhorias em suas condições de trabalho, algo tão procurado pelas mesmas ao longo da primeira metade do século XX, isso é comprovado pelo dispositivo normativo que garantiu dentro da CLT a Licença Maternidade, o qual determina que a trabalhadora em período de gestação obtenha de quatro a seis meses de afastamento remunerado após o nascimento do filho.

Após mais de setenta anos, as leis trabalhistas brasileiras sofreram importantes e substanciais modificações com a aprovação e sanção presidencial da Lei n. 13.467/17, conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista, que ao logo deste artigo abordaremos em detalhes, tal processo ocorreu em um momento político sócio e econômico bastante conturbado no país e dividiu opiniões acerca de seus dispositivos normativos.

A priori, o novo texto regulamentador da legislação trabalhista traz significativas mudanças, pois seus críticos afirmam que o mesmo preconiza a precarização das condições de trabalho e restrição ao acesso do trabalhador ao Judiciário, em contrapartida seus defensores apontam que a nova lei originará novos postos trabalhistas e reduzirá a litigiosidade na Justiça do Trabalho.

Os defensores da Reforma Trabalhista Brasileira indicam que apenas aquele trabalhador, que firmou a pouco tempo contrato de trabalho, poderá (se houver) efeitos negativos do novo sistema jurídico, e que aqueles que já tinham vínculos

empregatícios terão seus direitos adquiridos anteriormente resguardados.

1. A reforma e suas novas formas de resguardar o empregador

A diretriz norteadora do direito trabalhista é a garantia de proteção dos direitos do trabalhador, em decorrência o empregado não tem isonomia jurídica perante o empregador, fato que contradiz as diretrizes básicas do Direito do Trabalho. Tal situação originou o Princípio da Proteção ao Trabalhador, que visar sanar desigualdades nas relações trabalhistas em todo território nacional. Como explica os autores:

Assim, o Direito do Trabalho tende a proteger os menos abastados para evitar a sonegação dos direitos trabalhistas destes. Para compensar essa desproporcionalidade econômica desfavorável ao empregado, o Direito do Trabalho destinou a ele uma maior proteção jurídica. (CASSAR; BORGES, p.3, 2017.)

A reforma trabalhista nasceu em um cenário de crise econômica nacional, em que muitas empresas, para reduzir custos, precisaram diminuir seus quadros e outras chegaram ao ponto de fechar suas portas, paralelo a este contexto bastante conturbado, os legisladores foram pressionados pelo forte setor industrial e empresarial para darem celeridade ao processo de análise, votação e aprovação da Lei n. 13.467/17, ou como afirmam os autores Vólia Bonfim Cassar e Leonardo Dias Borges em *Comentários à reforma trabalhista Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. (2017), essas mudanças foram uma resposta à crise, nada mais, nada menos altera 100 pontos importantes da legislação adotada por mais de sete décadas no nosso país.

Para os críticos da reforma trabalhista, esta trouxe prejuízos ao empregado com relação às negociações entre o empregador, que como será exposto mais adiante, ganhou diversas alternativas

nas negociações. Um dos pontos cruciais que a reforma à legislação traz é a diminuição ou quase nulidade da faculdade do magistrado em julgar conforme sua interpretação as demandas trabalhistas.

Ainda segundo Cassar e Borges (2017), os novos dispositivos limitam a interpretação dos tribunais, e impedem que as súmulas e outros mecanismos sejam utilizados como fonte do Direito e isso diminuiu na visão da mesma, a intervenção do judiciário na validade das normas coletivas, ou seja, limitando sua atuação. Tal inviabilização ao poder judiciário trouxe ainda vantagens na negociação para o empregador e assim desconstruiu tudo o que foi planejado há mais de setenta anos com a elaboração da CLT, sendo assim o empregador teve inúmeras vantagens na considerada “reposta à crise”.

Um das mudanças mais significativas e básicas por assim dizer que a reforma introduziu ao trabalhador foi a descon sideração do tempo de saída de seu domicílio a estrutura física da empresa como tempo de serviço, sendo assim qualquer incidente ocorrido antes da jornada de trabalho propriamente dita passa a ser desconsiderada pela Justiça Trabalhista, tal disposição revogou inteiramente a súmula 429 do TST.

O Direito Trabalhista brasileiro por muitos anos buscou minimizar as relações hipossuficientes entre o trabalhador e o empregador, visando assim oferecer uma seguridade maior ao instrumento humano do mercado de trabalho, a CLT elaborada e implantada no período do Estado Novo e a Constituição Cidadã de 1988 sempre foram os mecanismos primordiais para a garantia dos deveres e direitos do trabalhador.

Por muito tempo, o ordenamento jurídico brasileiro buscou manter essa igualdade material entre empregador e empregado assegurada, visando assim à proteção do Princípio da Isonomia. Nosso país viveu um verdadeiro fenômeno econômico no período entre 2003 a 2013, em que o setor empresarial aumentou suas demandas por mão de obra e assim grande parcela da população teve oportunidade de ter acesso a uma renda melhor e assim obter

uma qualidade de vida jamais vislumbrada, pois devemos lembrar que, em meados de 2012, a taxa de desemprego em nosso país era de 5,7%, fato que beneficiou o setor econômico como um todo.

Em meados de 2015, com o aumento dos impostos, sobretudo aqueles incidentes aos combustíveis, uma crise econômica começou a afetar o poder aquisitivo do trabalhador e com isso, o consumo diminuiu consideravelmente em diversos setores da economia, a exemplo do têxtil, serviços e indústria de bens de consumo não-duráveis e duráveis, em decorrência, os postos de trabalho em nosso país passaram por uma queda considerável, e o setor empresarial se viu obrigado a buscar soluções para a queda de suas receitas, uma delas foi através de sua influência perante o Poder Legislativo.

Após ser sancionada pelo Chefe do Executivo Federal, a Reforma Trabalhista serve como um novo combustível ao setor empresarial, pois o novo dispositivo minimiza a isonomia na sua relação com o trabalhador, que antes se via resguardado pelos diversos mecanismos jurídicos e agora se vê numa ideologia de flexibilização, onde a balança entre deveres e direitos pende mais para o primeiro. Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves em *A reforma trabalhista no Brasil* (2017) defende que o Direito Trabalhista tem por fim assegurar a igualdade de relações na sociedade contemporânea capitalista, mas a Lei nº 13.467 vem contrapor essa realidade, como defende o autor:

A Lei nº 13.467 busca romper com essa lógica civilizatória, democrática e inclusiva do Direito do Trabalho, por meio da desregulamentação ou flexibilização de suas regras imperativas incidentes sobre o contrato-trabalhista. (DELGADO M.; DELGADO G., p 41, 2017)

A reforma trabalhista diminuiu como já foi mencionado o equilíbrio das relações trabalhistas, onde o fator econômico prevalece em oposição à isonomia entre empregador e empregado, pois há um esvaziamento do fator igualdade material nos vínculos

empregatícios, ou seja, o princípio da igualdade difundido na Constituição de 1988, mas a não ter nenhum valor perante os novos dispositivo devido a flexibilização desse campo jurídico, além de severas restrições que o trabalhador passa a ter nesse momento no Brasil.

2. Há prejuízos para o trabalhador com a reforma trabalhista?

A Lei 13.467 de 2017 traz dispositivos extremamente taxativos em relação à diminuição dos direitos do empregado, sobretudo nos quesitos saúde e dignidade econômica dele, pois em seu conteúdo a norma jurídica incide sobre pontos dos quais há muitos anos a CLT se debruçava em assegurar bem-estar no vínculo que o trabalhador tinha com seu patrão.

Os novos dispositivos instigam as empresas a elevar suas jornadas de trabalho devido a novas flexibilidades, além do mais, diminuiu a possibilidade de pessoas vulneráveis, a exemplo de deficientes físicos ingressarem no mercado de trabalho, ao mesmo tempo desestimula as novas contratações, pois se um trabalhador pode trabalhar por mais horas e menor salário, qual seria o motivo de uma empresa desejar criar mais vagas, se terá o maior lucro possível, com menor mão de obra utilizada?

Além de tudo, o salário do trabalhador ficará ainda mais defasado, fazendo com que a histórica concentração de renda brasileira se acentue ainda mais no futuro, e como consequência, o setor previdenciário no país terá a possibilidade de ser afetado negativamente, pois quanto menos o trabalhador pode contribuir menos será a arrecadação.

O novo dispositivo traz inúmeras consequências negativas ao trabalhador, sendo uma delas, o enfraquecimento do sindicalismo no país, pois a contribuição compulsória sindical passa a ser facultativa após quase 70 anos de história de CLT, os art.545, caput 578, 579, 582, caput 583 e 587 trazem essa desregulamentação, além disso, não é mais permitido a cobrança da

cota de solidariedade, a qual era fixada em convenção coletiva de trabalho.

A reforma também extingue uma importante atividade fiscalizadora do sindicato ao prever o fim do procedimento sindical ou administrativo das rescisões contratuais em decorrência da revogação do § 1º do Art.477 da CLT, além disso, cria um mecanismo de quitação anual de obrigações trabalhistas, que pode ser realizado periodicamente durante a vigência do contrato de trabalho Art. 507-B da nova CLT.

O novo dispositivo taxativamente praticamente condena a extinção o sindicato que ao longo das décadas lutou pela isonomia das relações de emprego no Brasil, ou seja, o trabalhador fica cada vez mais vulnerável perante os patrões nessa nova realidade, pois tudo isso torna muito mais difícil o papel dos acordos Coletivos de Trabalho no tocante as negociações trabalhistas. Como expõe os autores:

As preocupações e objetivos centrais da Lei de Reforma Trabalhista, entretanto, são de natureza sumamente diversa, centrando-se na ideia de restringir, ao máximo, o acesso, à jurisdição, pela pessoa humana trabalhadora, além de instigar a transmutação do processo judicial laboral em tortuoso calvário de riscos e a penações a pessoa humana. (DELGALDO M.; DELGADO G., 2017, p. 48).

Com umas das principais modificações que a Lei confere, podemos citar aquelas referentes às horas inerentes, que estão presentes no artigo 58 da CLT, o dispositivo anterior a reforma garantia em seu § 2º que o período utilizado pelo trabalhador até o local de trabalho e para seu regresso e se utilizando de qualquer meio de transporte, não seria computada na jornada de trabalho, a menos que o local apresenta-se difícil acesso, contudo a reforma libera o empregador de remunerar seu empregado nos casos que o percurso utilizado pelo empregado seja de grande adversidade e até mesmo se a forma de transporte possua alguma precariedade.

Trocando em miúdos, o tempo desprendido pelo trabalhador até seu local de trabalho deixa de ser considerada jornada de trabalho em qualquer hipótese, contudo a Súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho ainda tem vigor e devido a isso provoca uma contradição, pois garante que o foi positivado na Lei 13.467 de 2017, não teria validade, basta analisarmos o que diz o inciso I da Súmula: “O tempo desprendido pelo empregado, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido de transporte público regular e para seu retorno é computável na jornada de trabalho”.

Ou seja, o legislador descontrói tudo o que foi historicamente defendido e positivado na CLT e invalida, ou seja, transforma a súmula em um dispositivo morto, além disso, aqueles que construíram a nova redação, na ânsia de suprir as necessidades do setor empresarial, não se atentaram que o código poderia trazer possíveis incongruências, pois mesmo que a Súmula perca seu uso, não deixou de ser revogada.

Portanto, a jornada de um indivíduo em seu ambiente de trabalho fica expressamente restrita ao momento em que ele inicia suas atividades laborais no interior do estabelecimento empregatício e conclui-se com a saída dele daquele ambiente, lembrando que o regime de horas suplementares à jornada de trabalho também passaram por significativas modificações, pois anteriormente o regime de trabalho parcial se apresentava menos extenso, antes as horas semanais atingiam no máximo 25 horas; com a modificação, esse tempo foi acrescido por mais 5 horas, sendo que se abriu a possibilidade em alguns modelos de regime de tempo parcial, ocorrerá prestação de horas extras.

Conforme o Art. 58-A, é considerado o trabalho em regime parcial, aquela atividade desprendida pelo empregado que não exceda trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, além disso aquela jornada de trabalho cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais.

Anteriormente, o texto celetista previa que os empregados sob o regime de tempo parcial não poderiam prestar horas extras, mas em total discordância, a Lei n. 13.467/2017, como anteriormente foi dito, cria dois modelos, o primeiro parâmetro indica àquele regime, cuja duração não exceda a 30 horas semanais (neste caso, foi ampliado o limite máximo de 25 horas, constante do texto anterior do art. 58-A da CLT).

O outro modelo do regime de trabalho em tempo parcial indica àquela cuja duração não exceda 26 horas semanais. Além disso, fica evidente "a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais, o pagamento dessas horas suplementares será efetuado com o adicional de 50% sobre o salário-hora normal".

A reforma garante que as horas suplementares da jornada de trabalho têm a possibilidade de ser compensadas diretamente até a semana imediatamente após a sua execução, como também podem ser compensadas durante a semana anterior a execução, com possibilidade de serem pagas na folha de pagamento do mês seguinte, caso tenham sido pagas de forma imediata.

Prevista no Art. 130-A, a antiga tabela especial de férias do trabalho em regime de tempo parcial, que para muitos era desfavorável ao trabalhador, foi eliminada com a reforma por meio do Art.5, I, que determina que a tabela a ser seguida referente a esse tipo de férias é aquela contida no art. 130 da CLT. De acordo com o art.58, §6º, da CLT, o empregado contratado sob regime parcial tem a possibilidade de converter "um terço" do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário.

Ao relacionarmos vantagens e desvantagens da reforma, no que diz respeito ao trabalhador, podemos notar que em um dado momento, várias situações que eram consideradas injustas para o empregador foram sanadas com a nova redação, e em muitos pontos não se mediu esforços para isso, contudo algumas incoerências cometidas contra o trabalhador também foram eliminadas com o novo texto, que está dividindo opiniões nestes poucos meses que está em vigor em nosso país.

Para seus defensores, a nova redação é um fôlego a classe empresarial no período de crise econômica nacional, para seus opositores o dispositivo significa uma verdadeira afronta a classe trabalhadora, que teve um dos seus principais pilares de sustentação, o sindicato, enfraquecido e até certo ponto, questionado sobre sua necessidade de sobrevivência perante os novos dispositivos normativos, um dos papéis da Justiça nesse momento, seria continuar a ser um mediador dessa intensa relação trabalhador-empregador, porém fica evidente que os donos dos meios de produção e prestação de serviço foram amplamente beneficiados em detrimento daqueles que fornecem sua mão de obra.

3. Novas regras para jornada de trabalho, vantagens ou benefícios para o trabalhador?

Com a redação dos novos dispositivos normativos alguns direitos foram implementados aos trabalhadores e, sobretudo, alguns foram subjulgados, novos deveres a eles para que possam gozar de benefícios relativos a horas excedidas em seu ambiente de trabalho, a seguir iremos analisar de forma esses novos mecanismos podem interferir no bem-estar do trabalhador e serem reflexo em seu poder aquisitivo.

O legislador ao elaborar o texto da reforma, buscou flexibilizar de forma exacerbada a negociação de acerca de horas trabalhadas pelo funcionário em seu ambiente de trabalho, pois os dispositivos oferecem legalidade de um simples acordo bilateral para que a empresa e o empregado acertem horários de trabalho suplementares a jornada de trabalho, com isso, os instrumentos coletivos negociados perderam a exclusividade de mediação a esse respeito, fazendo que a relação emprego-empregador seja mais direcionada aos interesses do segundo.

Embora, claramente mais tendenciosa para o empregador, a lei proporciona direitos importante para os trabalhadores, a exemplo da remuneração aos descansos semanais, assim como em

feriados, além disso, a reforma ainda considerou compensadas as prorrogações do trabalho noturno. A lei na maioria de seus dispositivos nos expõe a muitos momentos de inflexibilidade perante a condição de hipossuficiência do trabalhador, e mesmo nos mecanismos que em tese seriam positivas a ele, a norma de forma discreta, proporciona vantagens para o empregador, pois mesmo trazendo “facilidades” perante a negociação relativa aos casos específicos de jornada de trabalho, ele desobrigada um processo mais apurado por meio dos sindicatos, que por mais que tivessem seus vícios ainda sim representavam um folego a mais para os detentores de mão de obra.

Para Delgado (2017), a lei de forma eficiente proporciona ao empregador estratégias para que possam ter menos gastos perante alguns direitos adquiridos pelo trabalhador, mesmo minimamente, a CLT retira ou invalida conquistas adquiridas pela classe de trabalhadores conforme as mais de sete décadas de implantação da Justiça do Trabalho no país.

O novo art. 59-A da CLT, permitiu também a não observância dos intervalos intrajornadas para repouso e alimentação, mediante sua indenização em pecúnia. Ou seja, a regra legal autorizou 12 horas de trabalho sem intervalos intrajornadas! Some-se a esses fatores a retirada, pelo novo parágrafo único do art. 60 da CLT, relativamente à jornada 12 X 36 horas, da cautela referente ao exame prévio do ambiente laboral, em atividades insalubres, a ser realizado pelas autoridades públicas do segmento da higiene do trabalho. Mesmo envolvendo uma prorrogação de jornada de quatro horas, o Legislador eliminou, nesse caso, a conduta administrativa de prudência. (DELGADO M., DELGADO G., 2017, p.132)

Um dos maiores indícios de que a Lei nº 13.467 de 2017 veio para desequilibrar a antiga balança dividida por trabalhador e empregador foi o fato descrito no art.611-A, caput é: inciso UI que oferece ao empregador a possibilidade de reduzir o intervalo da

intrajornada de uma hora para 30 minutos, ou seja, cada vez menos tempo é oferecido ao trabalhador para que possa ter momentos de reposição de suas energias após horas de labuta. O artigo seguinte 611-B, caput e parágrafo único, desconstrói de forma expressa os dispositivos que anteriormente regulavam intervalos que eram utilizados para a manutenção da segurança, saúde e higiene laborais.

Sabemos que após muitos anos de estudos, os pesquisadores das relações de trabalho, defendem que o empregado precisa no interior de seu ambiente de trabalho, ferramentas para a manutenção de sua integridade física e moral, sem as quais estes mal desempenhariam suas funções no interior das unidades trabalhistas, por isso os críticos aos novos dispositivos trabalhistas defendem que os artigos anteriormente citados devem passar por novas redações e assim na visão deles, proporcionar ao trabalhador subsídios para que possa desempenhar suas atividades da melhor forma possível, e tendo sobretudo, dignidade no atual contexto que o capitalismo impõe a sociedade brasileira.

Podemos afirmar que a Lei nº 13.467 de 2017 em diversos pontos contradiz muito sobre o que é defendido na Constituição de 1988, pois como é sabido o Capítulo II da carta magna brasileira enumera dezenas de direitos sociais ao cidadão e, sobretudo, ao trabalhador, mas se tivermos a oportunidade de fazer um comparativo ao que está positivado na Lei maior federal e a reforma trabalhista, poderemos constatar que o segundo veio contradizer a primeira, sendo que possivelmente acreditamos que muitos dispositivos da CLT passarão por emendas ou revogação, pois como um artigo da CF garante condições de dignidade do trabalhador com horas de trabalho estipuladas, possibilidades de acréscimos em seus salários e, além disso, a proteção contra dispensas injustas possa coexistir em um contexto, que flexibiliza toda relação empregatícia, conduzindo assim o trabalhador a um caminho, no qual lhe é determinado aquilo que forma mais conveniente as vontades do patrão.

De acordo com o artigo 7º, XIII, da CF, o trabalhador tem expressamente a garantia de possuir uma jornada de trabalho não superior a 8 horas diárias e facultada a compensação de horários e a redução de jornada de trabalho mediante acordo ou convenção coletiva, contudo, como esse dispositivo pode continuar a ter força, se a lei trabalhista condiciona como foi dito anteriormente, acordos bilaterais entre trabalhador e empregado? Acreditamos que muito ainda se tem para se analisar da reforma trabalhista, pois do contrário o trabalhador por muito tempo passará por dificuldades para que sua dignidade nesse contexto permaneça.

4. Modificações acerca do gozo de férias para o trabalhador

Os novos dispositivos da CLT promoveram alterações significativas em relação ao direito de férias para o empregado, pois permitiu sua fruição em até três períodos durante o ano, eliminou a possibilidade de o trabalhador dar início as férias nos dois dias antecedentes qualquer feriado e aos dias de repouso semanal remunerado, em contra partida melhorou as condições para os trabalhadores em regime especial.

A Lei nº 13.647/2017 alterou a redação do art.134 da CLT, pois acrescentou um período a mais para que o trabalhador tenha direito de férias, sendo assim enquanto o antigo texto fazia referência a casos excepcionais para o fracionamento, o moderno traz essa possibilidade para apenas os casos de férias individuais. O artigo deixa claro que o empregado precisa concordar com o fracionamento, porém um desses períodos não pode ser inferior a quatorze dias, diferentemente do que acontecia no longo período que a CLT vigorava, pois, o fracionamento como foi dito, tinha que ser necessariamente em duas oportunidades, não permitia essa possibilidade para férias individuais e o limite de um dos períodos não poderia ultrapassar dez dias.

Em contrapartida, os dispositivos relativos às férias coletivas não passou por mudança, então tudo aquilo exposto no art. 139, CLT foi mantido, ou seja, o parcelamento do período pode

ser efetivado em até duas vezes, não pode ultrapassar dez dias cada e a decisão sobre o parcelamento é de competência do empregador. Fica claro, mais uma vez, que tudo aquilo que for conveniente ao empregador foi mantido, pois caso as regras deste dispositivo viessem a menosprezar a importância das decisões do patronato, certamente seria revista pelo nosso legislador.

Uma prova disso, podemos observar a respeito do início legal do período de férias para o empregado, pois de acordo com o novo texto é nula a possibilidade do começo das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado, o dispositivo mais uma vez beneficia o empregador, pois veda a possibilidade de qualquer prejuízo no processo de férias ao trabalhador. O antigo dispositivo não proibiu as práticas mencionadas, e devido a prática ocorrer há muito tempo no ordenamento jurídico anteriormente vigente, foi banido em favor dos detentores do poder econômico.

Com esse novo preceito, evita-se o prejuízo resultante da marcação das férias imediatamente antes de feriados ou de domingos (dia de coincidência preferencial do RSR). Ora, essa prática não era proibida no sistema anterior, mas, realmente, pode prejudicar o somatório de dias corridos de férias, em claro desfavor do empregado. (DELGADO M., DELGADO G., 2017, p. 142)

A reforma efetivou a faculdade ao trabalhador sob regime parcial converter um terço de suas férias em abono pecuniário, isso ocorreu devido a revogação expressa da regra proibitória inserida no § 3º do art. 143 da CLT até antes do processo reformista. Como foi dito, esses mesmos trabalhadores ganharam o direito de utilizar a mesmo prazo de férias ao trabalhador que já gozava dos prazos previstos na tabela geral do antigo art.130 da CLT.

Como já foi explanado, o legislador buscou alterar o texto da CLT visando na grande maioria das vezes os interesses do empregador, e apenas alguns pontos ele traz melhorias para

condições de dignidade do trabalhador, que anteriormente se utilizava de brechas que o elaborador da lei deixava para buscar melhores condições para as suas situações de hipossuficiência presentes em um país com históricas desigualdades sociais.

5. Novas regras de proteção à saúde da mulher no mercado de trabalho

Ao elaborar a reforma, o legislador buscou criar mecanismos de proteção as garantias relativas à participação feminina no mercado de trabalho, além disso, corrigiu incoerências observadas tanto do antigo texto da CLT, como nos dispositivos ainda presentes no artigo 7 da Constituição Brasileira, ou seja, de um ângulo trouxe melhorias a antigas incongruências, do outro não corroborou efetivamente para uma mudança significativa. Foram revogados o parágrafo único do Art. 372 da CLT e o Art. 384, além da nova redação do artigo 394-A, em que foram acrescentados os incisos I, II e III, § 2º e 3º, além do novo § 2º do Art. 396.

O conteúdo do parágrafo único do antigo 372 não tinha eficácia no ordenamento jurídico, então não representou uma mudança significativa nas relações trabalhistas relativas às mulheres, pelo contrário, representou de certa maneira uma reforma ao dispositivo incongruente, segundo ele, os preceitos que regulavam a atividade trabalhista masculina eram semelhantes à ordem feminina, salvo nos casos em se trabalha em oficinas compostas por pessoas da mesma família da mulher e a mesma sobre a direção do esposo.

Para críticos da norma, os preceitos contidos naquele dispositivo iam de encontro com aqueles presentes no art. 7º da Constituição de 1988, e devido a isso geravam preconceito contra as mulheres e assim dificultavam a sua inserção no mercado de trabalho, então o legislador fez apenas uma pequena correção na letra da lei, que na teoria deveria trazer benefícios para as mulheres e não o efeito oposto. A Lei da Reforma Trabalhista

revogou ainda o artigo 384, que representava uma vantagem adicional acrescida às mulheres, que representava 15 minutos de intervalo antes de qualquer prorrogação nas atividades laborais, essa decisão também veio para conceber igualdade de tratamento para os gêneros, uma vez que também era entendida como motivo de discriminação no ambiente do trabalho. A lei determina em seu Art.71, §4, que este antigo período de descanso físico seja pago pela empresa para a trabalhadora.

Como é sabido, o texto da Constituição Federal de 1988 buscou eliminar do ordenamento jurídico e também na sociedade brasileira, uma série de discriminações e preconceitos construídos ao longo da história de nosso país, a mulher, então, foi alvo por muito tempo de diversas maneiras de abuso no ambiente familiar e precisou de muita luta para buscar seu espaço no mercado de trabalho, porém até os tempos atuais, elas ainda não conseguiram de fato, um espaço totalmente digno e de respeito perante o empregador, que muitas vezes remunera de forma mais satisfatória a mão de obra masculina, é notório que a letra dos novos dispositivos significa um retrocesso a tudo aquilo conquistado por elas ao longo do tempo, visto que legislador quando elaborou a carta constitucional de três décadas atrás, se utilizou de argumentos baseados na ciência para proporcionar a mulher algumas vantagens se compararmos as condições biológicas entre elas e os homens, a reforma de 2017 trouxe modificações com argumento de diminuir preconceitos, contudo, o que se pode notar é que os desafios para as mulheres no mercado de trabalho tendem a aumentar com o novo ordenamento, visto que pequenas vantagens, que visavam minimizar as diferenças, foram extirpadas visando interesses do patronato.

Quanto a trabalhadora gestante, o legislador também criou certos entraves para seu afastamento visando, a nosso ver, barrar possíveis desvantagens para empresa e assim penalizando sua mão de obra, o Art. 394-A garantia que a empregada gestante ou lactante seria afastada de suas funções enquanto durasse essa condição na hipótese de exercer atividades insalubres ou em

ambientes em situações semelhantes, foi substituída pelas novas possibilidades previstas na nova redação desse artigo, nas quais a empregada será afastada sem prejuízo de remuneração e adicional de insalubridade, quando exercer funções insalubres de grau máximo, funções insalubres de grau médio e mínimo, mas precisará apresentar agora atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher e ainda será afastada de qualquer atividade insalubre mediante atestado de saúde atestando necessidade de afastamento durante o período de lactação.

Cabe lembrar que, paralelo a criar novos direitos a trabalhadoras, o legislador cria pré-requisitos que podem dificultar essas mulheres a terem acesso as melhorias previstas no texto da CLT, uma prova disso é a necessidade da emissão de um simples atestado ter obrigatoriedade de ser expedido por um médico de confiança da trabalhadora, ou seja, não todo profissional de saúde que poderá emitir o atestado que tem por fim o bem-estar da trabalhadora e de seu filho.

O legislador também buscou assegurar direitos básicos as trabalhadoras brasileiras se compararmos com as condições de vida de funcionárias de empresas de países com IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) mais altos, pois garantir o direito de uma trabalhadora amamentar e efetivar acréscimos não representa um favor à classe, e sim, significa o respeito a dignidade da pessoa, valor tão evidente nos artigos iniciais da Constituição de 1988.

A Lei 13.467/2017 em seu art.396 acresceu a CLT que a mãe para amamentar o filho em seu ambiente de trabalho até os seis meses de idade da criança poderá gozar de dois intervalos durante a jornada de trabalho, com duração de meia hora, e também esse prazo poderá ser dilatado pela autoridade competente caso a saúde do filho esteja em risco. Esse dispositivo pode ser considerado um avanço em nosso ordenamento jurídico trabalhista visto que por muitos anos, nem mesmo com as significativas transformações que a sociedade brasileira sofreu, nada era modificado por nossos legisladores.

Como foi dito, muitos pontos foram modificados em relação à legislação anterior, muitas delas representaram melhorias para o empregador e poucas que vieram para as trabalhadoras representou um avanço tardio, que pode ser comemorado, mas precisa ter eficácia e fiscalização por meios dos órgãos e entidades competentes, visto que tradicionalmente as leis brasileiras trazem brechas, devido ao despreparo do legislador, e a trabalhadora que já possui inúmeros problemas para se manter no mercado de trabalho, precisa ter ciência de seus deveres e garantias, para que suas condições de trabalho e sobre tudo financeiras não piorem com a recente implantação da Reforma Trabalhista, que como estamos analisando, em alguns pontos vai de encontro a Constituição de 1988.

6. Alterações das regras relativas ao contrato autônomo de trabalho e ao trabalhador intermitente

Com a redação do novo artigo 442-B, a contratação realizada por um empregador do autônomo dentro de todas as legalidades, com exclusividade e eventualidade facultativas afasta classificação de empregado, ou seja, outra vez mais o legislador buscou acrescentar a flexibilização da norma visando atender aos interesses dos empresários, que mesmo mantendo um vínculo frequente ou não com aquele detentor de mão de obra, fica totalmente desobrigado a considerá-lo como parte integrante de seu quadro de funcionários.

O elaborador da norma, contudo, não pôde omitir a interpretação lógica daquele artigo, pois é sabido que um indivíduo, que oferece sua mão de obra por uma determinada jornada de trabalho e recebe um valor pelo serviço prestado, possui de forma fática uma relação de emprego com a aquela empresa, ou seja, a lei oferece ao trabalhador maior dificuldade para suprir suas demandas por direitos, e serve como um escudo protetor a classe empresarial de nosso país.

O artigo seguinte, 443, teve alteração ao seu caput, que dita novas diretrizes para o trabalhador individual que presta serviços a uma determinada empresa, ou seja, ele poderá firmar de forma facultativamente seu contrato para prestação de serviço por prazo previsto ou não entre as partes durante a tradição, diferentemente, o trabalhador intermitente teve na nova redação sua atividade devidamente regulamentada e esclarecida visto que o artigo 452-A deixa claro que a celebração precisa ser realizada formalmente, com especificações relativas ao pagamento do trabalhador não inferior a um salário mínimo, horas a serem trabalhadas e o meio pelo qual o empregador realiza a convocação. Uma das características mais marcantes do trabalhador intermitente é o fato deste realizar suas funções de forma não contínua perante o tempo e nem o espaço físico.

Após o período de efetivo serviço prestado a uma empresa, o trabalhador intermitente goza de direitos semelhantes ao trabalhador considerado formal, ou seja, remuneração, férias proporcionais com acréscimo de um terço, repouso semanal remunerado além de acionais legais, tendo em vista as possibilidades, não se podem excluir os vínculos que esse trabalhador tem com uma empresa, pois o empregador ainda precisará emitir documento formal especificando os valores pagos relativos aos serviços do empregado, recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do FGTS. Além disso, o trabalhador após 12 meses de trabalho pode gozar de férias sem ser convocado para o serviço.

Para Delgado (2017), a reforma preconizou os salários dos trabalhadores intermitentes, pois segundo ele, foi implantada uma flexibilidade desleal para que o empregador possa efetuar o pagamento com base nos serviços prestados pelos funcionários, ou seja, o trabalhador iria receber por aquilo que produziu em um determinado prazo de tempo estipulado, e se interpretarmos de forma mais aberta, aquele poderia receber uma quantia inferior a um salário mínimo em um mês, por exemplo, ferindo assim o que foi construído em décadas de Consolidações das Leis Trabalhistas no país, bem como vai de encontro ao inciso VII, do art. 7º da

Constituição de 1988, em que temos previstos as condições relativas à dignidade do trabalhador como cidadão pleno de suas faculdades trabalhistas.

Em conformidade com o Direito do Trabalho, quer por preceitos da CLT (art. 78, caput e parágrafo único), quer por preceito constitucional (art. 7º, VII), é assegurado aos empregados que percebam remuneração variável, a garantia de salário nunca inferior ao mínimo legal - ou seja, o salário mínimo imperativo vigente no País durante a existência do respectivo contrato de trabalho. Essa garantia constitucional, aliás, é reconhecida por diversos julgados. (DELGADO M.; DELGADO G., 2017, p 155)

Se até as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal consideram direito básico do trabalhador uma remuneração básica não inferior a um salário mínimo, então entendemos amoral as regras relativas à flexibilidade salarial impostas pelo novo ordenamento, visto que pode ser alvo de inúmeras ações trabalhistas visando a congruência fática da lei, pois a parte hipossuficiente das relações trabalhistas mais uma vez sai no prejuízo, e tem seus direitos diminuídos gradativamente na reforma, então mesmo constitucionalmente garantido o pagamento de não menos de um salário mínimo aos trabalhadores, a lei entra em choque de colisão e precisa ser alvo de revisão perante aquelas que redigiram.

Ficou aberta a possibilidade da precarização salarial, a qual o trabalhador é penalizado. Assim, a crise econômica pela qual o país passa pode se acentuar, visto que o consumo das classes mesmos abastadas tenderá a diminuir, as empresas continuaram a reduzir postos de trabalho e, ao invés de criar, irão oferecer cada vez menos incentivos ao cidadão em continuar a desempenhar suas atividades no mercado formal, trazendo assim menos arrecadação para os cofres público, ou seja, reforma que até é então é vista como a salvação para o difícil momento financeiro do

país, poderá assumir o papel não como “remédio” e sim como intensificador da “doença.

7. O salário e sua composição pós-reforma

Os novos dispositivos da lei trabalhista relativos à composição salarial continuam a beneficiar o empregador, pois criam regras que visam garantir menos encargos para eles e diminuir a possibilidade de dignidade para os trabalhadores, visto que estes também terão seu poder compra diminuído, como já foi mencionado e o setor previdenciário, alvo de muita insegurança perante a realidade econômica brasileira, passará a ter baixas em sua arrecadação, devido aos princípios norteadores da reforma, que vem para solucionar os problemas do empregador e criar para os empregados.

Mais uma vez parece ser desconsiderada a Constituição Federal, no momento em que o legislador cria formas para o empregador burlar direitos adquiridos ao longo de décadas, pondo assim setores estratégicos da economia brasileira, comércio e indústria, por exemplo, em cheque, pois toda essa flexibilização, acarretará uma crise sem precedentes no quesito trabalho formal, como foi mencionado e assim a arrecadação de tributos ficará inviável para os brasileiros que precisarão ser “criativos” para manter suas finanças e poder aquisitivo em um país que em meio a uma crise econômica não vista desde a metade dos anos 1990 penaliza sua fonte de mão de obra e não aqueles que concentram os maiores índices de riqueza, situação essa não é inédita no país que desde o período colonial, sob o a administração portuguesa, enxergou a solução para dificuldades econômicas promovendo a penalização do trabalhador, além de arrochos salariais.

No decorrer do tempo, a maneira como a economia brasileira foi se desenvolvendo, ou seja, assim como nos demais países de economia capitalista, nosso país acabou incorporando a natureza salarial, acréscimos, que proporcionaram ao trabalhador melhorias em sua renda, contudo, a reforma veio de encontro a

essa realidade, assim como vai de encontro a Constituição Federal, que em seus dispositivos busca trazer ao trabalhador a dignidade com base em uma margem salarial justa e descentralizada nos setores tidos como elitizados na economia.

Com o advento da reforma, as gratificações habituais ofertadas pelo empregador ao empregado, a exemplo da gratificação de quebra de caixa e as gratificações semestrais ou anuais, não precisam estar previstas em lei para beneficiar o trabalhador, contudo, outras gratificações tidas como obrigacionais, ou seja, o adicional de horas extras, o adicional noturno, o adicional de transferência, o adicional de periculosidade, o adicional de insalubridade, além do adicional de acúmulo funções apresentam natureza salarial.

De acordo com o § 2º do art. 457, mesmo sendo habituais não correspondem à remuneração do empregado e também são ausentes de encargos previdenciários, a ajuda de custo; o auxílio-alimentação, "vedado seu pagamento em dinheiro"; as diárias para viagens além de prêmios e abonos, ou seja, mais uma vez o trabalhador tem menos cobertura previdenciária, pois como se sabe, quanto menos contribuição, menor será a cota de benefício de um trabalhador no momento de aposentadoria, assim cada vez mais as relações trabalhistas em nosso país passam por uma precarização sem precedentes em que apenas um lado sofre, o trabalhador.

O fato de o pagamento de diárias de viagens não possuir natureza salarial já era previsto pela lei n. 8.212/1991 e a reforma apenas deu uma espécie de reforço a natureza antissocial que o ordenamento jurídico nacional já adotava, diminuindo assim como foi dito, a arrecadação do sistema previdenciário brasileiro, que mesmo tendo diretrizes devidamente esclarecidas pelo ordenamento jurídico, sofre distorções há muito tempo. Um grande exemplo da natureza antissocial da reforma é a desconsideração do auxílio alimentação, como gratificação com natureza salarial, mesmo fazendo parte essencial da vida do brasileiro, como o

advento da lei 13.467 de 2017, perde esse importante carácter, e assim não poderá ser efetuado ao trabalhador em espécie.

É evidente que no atual cenário econômico de nosso país, uma empresa pode burlar a lei e oferecer ao trabalhador melhorias relativas a composição salário visando ao bom andamento do ambiente de trabalho, porém, sem a devida legalização, o empregado não poderá pleitear possíveis vantagens, pois não está seguindo os ditames legais mesmo alegando não ter conhecimento da lei.

8. Novas regras para a extinção do contrato de trabalho

Anteriormente a reforma trabalhista, os contratos de trabalho precisavam de um direcionamento para chegar ao seu final, ou seja, cabia a um determinado órgão ou outro similar para a finalização, em contrapartida com o advento da reforma houve uma facilitação para o processo, com a promessa de que tudo faria bem as relações trabalhistas e com isso todas as partes saíam ganhando no processo, contudo, não foi bem o que aconteceu.

Até 2016, o trabalhador que tivesse seu vínculo rompido com a empresa que estava vinculada contava com a mediação de seu sindicato competente e na falta deste, tinha-se a prerrogativa de se contar com a intervenção do Ministério Público para que a isonomia no processo fosse garantida. Com isso, muitos trabalhadores tinham satisfatoriamente suas verbas rescisórias pagas e não se tinham brechas para possíveis irregularidades no procedimento.

No modelo anteriormente adotado e hoje revogado, quando o empregado solicitava o pedido de demissão ou a rescisão contratual, era obrigatório a assistência do Sindicato ou representantes do MP; essas entidades tinham por finalidade garantir, como foi dito, uma resolução de determinado caso de forma legal, sem atropelos e nem o risco que algum contrato de trabalho reincidido pudesse trazer prejuízos para a parte hipossuficiente, o trabalhador, mas com a nova redação, importantes

modificações foram implementadas e com isso a antiga “balança” entre o trabalhador e empregador passou a ter “pesos diferentes, com a justificativa de se transformar a finalização de um contrato de trabalho em processo mais célere e ainda assim justo, porém, na prática, não podemos dizer que isso necessariamente ocorra em todos os casos.

Conforme a redação do caput do art. 477 da CLT, a reforma precariza as negociações de rescisão de contrato, com o argumento de desburocratizar o processo, pois não se faz necessário a presença dos sindicatos e nem tão pouco dos representantes do Ministério Público para realizar a mediação, pois basta o empregador simplesmente realizar a baixa na CTPS do empregado e comunicar a dispensa para os órgãos competentes e, por fim, realizar o pagamento das verbas rescisórias ao ex-funcionário para a solução de determinado caso.

Para Delgado 2017, a desburocratização diminui cada vez mais o papel profissional de seu sindicato e, assim, este passa a ter mais dificuldade em gerenciar as atividades de sua categoria em determinada região, com isso, a Constituição Brasileira mais uma vez é desconsiderada, pois é criado um abismo entre o trabalhador e o empregador, que possui agora mais mecanismos de autodefesa financeira quanto as rescisões contratuais e deixa assim o trabalhador refém, pois sem um órgão fiscalizador, ele estará à mercê daquilo menos favorável e certamente terá perdas considerações no momento que deixará a empresa que presta serviço.

Se não bastasse, a medida pulveriza o universo dos trabalhadores das distintas categorias profissionais, acanhando, inclusive, as suas possibilidades de acesso à justiça após a deflagração do desemprego. (DELGADO M.; DELGADO G., 2017, p.178)

A reforma, mais uma vez, deixa claro que isonomia entre trabalhador e empregado quase não existe mais, pois vai ao

extremo quanto à precarização das relações de trabalho, com a justificativa de desburocratização, mas como pode haver um processo de simplificação, se apenas uma parte, o empregador é beneficiado?! Como uma entidade a exemplo do Sindicato ou Ministério Público pode ser afastada de um processo em que se tinha a necessidade da defesa de uma categoria a qual muitas vezes não estão cientes dos próprios direitos? Cabe ao elaborador das normas reverem seus posicionamentos e refletir se está cumprindo o papel de defender de fato e de direito aquilo que é tão perseguido pelo Estado, o Bem Comum!

9. Competências no Processo Trabalhista

O legislador, por meio da elaboração da lei 13.467, também alterou a redação original do art. 652 da CLT e ainda acrescentou a alínea “j”, fato que modificou significativamente quanto aos trâmites do processo do trabalho, visando, assim, continuar o movimento de flexibilização procedimental no ordenamento jurídico competente e assim reforçar situações já previstas na década de 1990.

Segundo a legislação, a decisão quanto à homologação do acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho cabe às Varas do Trabalho, ou seja, esse preceito modificou a redação anterior do caput do art.652 da CLT, e significou a adaptação formal do texto 313 do dispositivo celetista à mudança promovida em 1999 por meio da Emenda Constitucional n.24, que extirpou a representação classista na Justiça do Trabalho, acabando assim com a necessidade das Juntas de Conciliação e Julgamento e assim reforçou a atuação jurisdicional do Juiz do Trabalho nas Varas trabalhistas.

O legislador, na prática, apenas formalizou a revogação da antiga redação do art. 652 e, além disso, com o acréscimo da alínea “f” fixa formalmente a competência para o juízo da Vara do Trabalho emitir decisões quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.

Percebemos, então, que o trabalho continua a ter menos representação no momento em que se busca a negociação no acordo extrajudicial e assim cabe ao Juiz realizar o trâmite sem a intermediação antigamente prevista, porém já tacitamente rompida desde 1999.

Para Mauricio Delgado e Gabriela Delgado (2017), o instituto novo trará a possibilidade de se estimular o surgimento de um forte fluxo de acordos extrajudiciais trabalhistas opondo, desse modo, o fluxo das ações judiciais trabalhistas, que, por meio da reforma, foram amplamente desestimuladas pelo legislador. Em contrapartida a nova redação, pode significar uma celeridade maior ao processo trabalhista e assim desafogar o sistema judiciário brasileiro em grande escala, lembrando que de forma geral, a reforma desestimula o trabalhador em acionar a justiça visando à garantia de alguns direitos antes previstos e atualmente extinguidos da nossa legislação, e assim o empregador não terá riscos de fortes prejuízos e a concentração de renda em nossa economia continuará concentrada nas mãos de poucos, como historicamente vem ocorrendo desde os primórdios de nossa história.

10. Responsabilidade pelo dano processual

A nova norma também implementou significativas mudanças quanto à sistemática do processo do trabalho, ou seja, o legislador a serviço daquele que é detentor do poder econômico em nosso país, criou entraves para que o empregador não possa sofrer após o fim de um contrato de trabalho, e assim a tendência que a curto prazo, os índices de processos contra o patronato no país diminuam consideravelmente e não por motivos de uma melhor distribuição de valores entre as partes (empregado-empregador), mas pela penalização prevista a indivíduo hipossuficiente na relação de trabalho.

Conforme os artigos 793-A, 793-B, 793-C e 793-D, aquele trabalhador que for considerado pela justiça um agente de má-fé

jurídica será punido com determinadas sanções pecuniárias, ainda de acordo com estes dispositivos, o conceito de litigação de má-fé poderá ser entendido da seguinte forma, como explica o autor.

A litigação de má-fé consiste na conduta processual contrária ao padrão ético mínimo fixado na ordem jurídica para que a pessoa atue na relação processual no Poder Judiciário, causando lesão à parte adversa ou a algum interveniente no processo ou à própria eficiência, objetividade e lisura necessárias ao bom desenvolvimento do processo. (DELGADO M.; DELGADO G., 2017, p.331)

Como pode ser observado, o legislador busca diminuir a incidência de processos trabalhistas, utilizando argumentos visando uma isonomia “maquiada” entre as partes na relação trabalhista, ficando óbvio que grande parcela da população por desconhecimento jurídico não terá condições de iniciar um processo às claras e ainda terá a possibilidade de ser punido pela justiça a pagar as custas em dado processo, como é expresso no artigo 793-C: O Magistrado condenará o considerado litigante de má (empregado) a ser responsável pelo pagamento de multa, que deverá ser superior a 1% e inferior a 10% do valor corrigido da causa, assim como indenizar a parte contrária (empregador) por eventuais prejuízos que esta sofreu e arcar com os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. Na hipótese de existência de mais de um litigante de má-fé, o juízo condenará de forma proporcional estes pelos eventuais prejuízos provocados na parte contrária.

Ainda conforme a norma, quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, além disso, o valor da indenização será fixado pelo juízo ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

CONCLUSÃO

Em menos de um ano de vigência da Lei 13.467 de 2017, o cenário socioeconômico no país pouco foi modificado, as empresas continuaram a frear o processo de expansão dos postos de trabalho, a renda continuou concentrada em poucas mãos e o número de desempregados no país chegou a patamares de 15 milhões de pessoas. O trabalhador brasileiro nos últimos três anos não teve vida fácil, pois seu poder de compra diminuiu consideravelmente, seus direitos foram diminuídos com a reforma e, além disso, muitos precisaram ingressar no mercado informal para manterem sua renda, caso contrário ficariam em estado delicado financeiramente.

Reflexo dessa situação foram os aumentos de índices de violência e marginalização em todo o país, contudo, pouco foi feito pelo setor político para amenizar essa situação, que deixou o Brasil fora do grupo dos países em desenvolvimento, fato que desestimulou várias empresas estrangeiras em investirem em nosso país, ocasionando assim mais uma vez a queda na oferta de trabalho. Mas uma vez a solução que o setor político brasileiro encontrou foi pressionar a população, que vem pagando a conta da crise econômica desencadeada em meados de 2015, primeiramente com o aumento dos combustíveis.

Observamos que uma das soluções encontradas pelos legisladores para a crise foi a reforma trabalhista implementada em 2017, pois com a chamada flexibilização das relações de trabalho foi prometida a abertura do mercado de trabalho, e assim “a solução para os problemas do brasileiro”, porém não é o que verificamos, pois pelo contrário os índices de desemprego pouco foram alterados, o trabalhador passou a ter menos direitos e mais deveres perante o patrão e o empregador se viu privilegiado com as novas normas, pois nunca no país se constatou uma situação tão favorável a classe detentora dos meios de produção como atualmente.

O empregador agora tem a prerrogativa de praticamente ser indenizado, caso a denúncia contra este seja considerada infundada, pode realizar diversas negociações com os trabalhadores sem a necessidade de um sindicato para intermediar o processo, não é mais considerado em nenhuma hipótese responsável por algum acidente sofrido pelo empregado durante o caminho de casa até a empresa, além disso, sobretudo teve seu poder econômico e social ampliado na atualidade.

A CLT que foi codificada para atender aos anseios do trabalhador, no sentido mais utópico possível, em meados do Estado Novo, sofreu modificações consideráveis, que transformaram o trabalhador em um verdadeiro refém do empregador, além disso, praticamente anulou a importância dos sindicatos, pois estes perderam suas funcionalidades primordiais, que eram de servir como escudo para o trabalhador, mas que com a flexibilização das relações trabalhistas passou a representar um papel tímido nessa realidade.

Um país para ser considerado desenvolvido precisa não apenas apresentar índices de crescimento econômico elevado, afinal em meados da década de 1970 o Brasil já atingiu, mas deve apresentar uma distribuição de renda favorável a todas as demandas da sociedade, sem privilegiar, classe “A” ou “B”, e sim oferecer condições de ascensão ou manutenção social sem ferir direitos de um para beneficiar o outro, enquanto isso não ocorrer em nosso país, não poderemos chamá-lo de desenvolvido.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL, Medida Provisória nº 808 de 2017. Altera a Consolidação das Normas trabalhistas. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 de julho de 2017. Seção 1.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO NEVES, Gabriela.. A reforma trabalhista no Brasil: os comentários à Lei n. 13.467/2017. Ed. LTr. São Paulo. 2017.

NUZZI, Vitor. *CLT, 70 anos, e as polêmicas sobre sua origem e seu futuro*. Publicado em 05 de maio de 2013 às 16h38. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/revistas/83/mais-para-a-esquerda> acesso em 25 de abril de 2018.

As Leis Trabalhistas no Brasil e a CLT: Entenda. Disponível em: <https://direitosbrasil.com/as-leis-trabalhistas-no-brasil/> Acesso em: 22 de abril de 2018.

História: a criação da CLT. Disponível em: <https://trt-24.jusbrasil.com.br/noticias/100474551/historia-a-criacao-da-clt> Acesso em: 24 de abril de 2018.

REFORMA TRABALHISTA X PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: UMA ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.467/17

Brenda Ribeiro Campos¹
Jailton Macena de Araújo²

RESUMO

No Brasil, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) reúne normas com o objetivo de proteger o trabalhador, considerado hipossuficiente da relação empregatícia. Ocorre que se baseando em medidas governamentais de outros países, o legislador e o Governo brasileiros defendem a flexibilização das normas trabalhistas, como um meio para superar a crise econômica, em busca de estimular a economia e gerar empregos e, nesse cenário, surge a Lei 13.467/17, que alterou diversos dispositivos da CLT.

¹ Bacharela em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – 2017.2.

Email: brendaribeirocampos@outlook.com.

² Doutor em Ciências Jurídicas, área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento, pela Universidade Federal da Paraíba (2016), mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direito Econômico, pela Universidade Federal da Paraíba (2011) e graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (2007). Atualmente é professor do Curso de Direito, vinculado ao Departamento de Direito Processual e Prática Jurídica (DDPPJ), do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade Federal da Paraíba. Advogado. Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). E-mail: jailtonma@gmail.com.

Pretende-se, desta forma, analisar a inconstitucionalidade da referida lei a partir da violação dos princípios da proteção e da vedação ao retrocesso social. Para tanto, maneja-se o método hipotético-dedutivo, analisando-se a redução de direitos, violação de importantes princípios, bem como a ofensa à supremacia da Constituição Federal de 1988, além de fazer um estudo histórico sobre o desenvolvimento dos direitos dos trabalhadores, utilizando-se, ainda, da pesquisa documental indireta realizada a partir da análise de doutrinas sobre o tema. Portanto, com o estudo sobre as modificações promovidas pela Lei 13.467/17, se demonstrará a inconstitucionalidade dessa lei ao reduzir direitos trabalhistas, gerando a precarização dos empregos ofertados, bem como a violação dos princípios da proteção e da vedação ao retrocesso social, que cumprem um papel fundamental para o direito do trabalho.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Flexibilização. Proteção ao trabalhador. Vedação ao retrocesso. Inconstitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea vive em um intenso desenvolvimento econômico e social, no qual o maior objetivo dos empresários é obter de lucro, de modo a evitar as crises financeiras e, dos trabalhadores, é de se manter empregados, com todos os seus direitos resguardados para que possam ter uma vida digna. Contudo, quando as crises econômicas eclodem, é pensada a adoção de medidas de urgência para superá-las.

Eis que surge a alternativa de flexibilizar as normas trabalhistas, como as realizadas em alguns países. No Brasil, não foi diferente. Diante da crise econômica, o Governo Federal adotou a flexibilização das leis trabalhistas como um meio de superar a crise, estimular a economia e gerar mais ofertas de trabalho, surgindo a Lei 13.467/17, conhecida como “Lei da Reforma Trabalhista”, que alterou diversos direitos previstos na CLT e em leis esparsas.

Desse modo, diante de mudanças que prejudicam diretamente o trabalhador, mostra-se necessária analisar a seguinte questão: Como as mudanças na legislação trabalhista decorrentes da Lei 13.647/17 ferem os princípios da proteção social e da vedação do retrocesso social até o ponto de torná-la inconstitucional?

Nesta senda, a discussão do tema é de extrema relevância social, de modo que se possa fazer uma análise crítica das mudanças ocasionadas pela Lei 13.467/17 em direitos que foram conquistados com sacrifício pela massa trabalhadora. Destarte, o presente trabalho tem como objetivo analisar a inconstitucionalidade da Lei 13.467/17, aprovada como imprescindível para a estimulação da economia diante da crise econômica, a partir da violação da Constituição Federal de 1988, bem como em decorrência da violação dos princípios da proteção e o da vedação ao retrocesso social.

Para tanto, quanto ao método de abordagem, será utilizado o hipotético-dedutivo, tendo em vista que a Lei 13.467/17 foi sancionada com o objetivo de modernizar a legislação trabalhista, para desenvolvimento da economia e geração de empregos. Contudo, será analisado se as alterações na CLT e nas leis esparsas trabalhistas por esta lei reduz direitos dos trabalhadores e fere os princípios da proteção e da vedação ao retrocesso social, bem como seus impactos na geração de empregos.

Ademais, quanto aos métodos de procedimento será aplicada a pesquisa, que se dará de forma histórica, pois será analisado o desenvolvimento dos direitos trabalhistas desde as primeiras legislações quanto à proteção dos direitos dos trabalhadores até a Lei nº 13.467/17, com o objetivo de analisar a redução dos direitos dos trabalhadores com a vigência desta nova lei. Quanto às técnicas de pesquisa, será utilizada a pesquisa documental indireta, realizada a partir da análise de livros, artigos, sites, teses, que tratam sobre o tema a fim de ter um melhor entendimento e, assim, abordar de maneira fundamentada o assunto no decorrer da pesquisa.

2 A LEI 13.467/17 E SUAS MODIFICAÇÕES NO DIREITO DO TRABALHO

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) reúne dispositivos de caráter protecionista, que regulam as relações de trabalho visando garantir o equilíbrio socioeconômico entre empregado e empregador em face da lei, e promover efetiva proteção aos direitos da parte hipossuficiente da relação de emprego: o trabalhador. Assim, desde 1º de maio de 1943, data da criação da CLT, os direitos trabalhistas têm sido ampliados de modo a beneficiar os empregados.

Ocorre que no caminho inverso pela valorização e efetiva proteção dos direitos inerentes ao trabalho humano, foi originado e aprovado pela Câmara dos Deputados e, posteriormente, pelo Senado Federal, o Projeto de Lei nº 6.787/16, o qual previa uma série de alterações que modificariam significativamente vários artigos da CLT. Após aprovação pelas duas casas legislativas, foi sancionada, pelo Presidente Michel Temer, em 13 de julho de 2017, a Lei 13.467/17, conhecida popularmente como “Lei da Reforma Trabalhista”.

A aprovação da Lei 13.467/17 foi feita em um momento no qual o país passa por uma crise política e econômica, e um dos objetivos da reforma trabalhista é, segundo o Governo, impulsionar a economia. Desde a publicação até a entrada em vigor da Lei 13.467/17, em 11 de novembro de 2017, houve uma *vacatio legis* de apenas 120 (cento e vinte) dias para se ter conhecimento das alterações na CLT.

A Lei nº 13.467/17 trouxe importantes modificações em diversos artigos da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), bem como alterou dispositivos da Lei nº 6.019/74, que trata sobre o Trabalho Temporário, da Lei nº 8.036/90, que versa sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e da Lei nº 8.212/91, que disciplina sobre o Plano de Custeio Previdenciário.

A Lei nº 13.467/17 é a maior alteração já realizada no texto da CLT, trazendo em seu bojo um conjunto de alterações que

atingiram diretamente e, negativamente, a vida dos trabalhadores brasileiros.

Desde o surgimento do projeto de Lei nº 6.787/16, a reforma na legislação trabalhista é motivo de opiniões contrárias e favor das modificações. O Governo Federal defende que é necessária a modernização da legislação trabalhista, afirmando que a CLT se tornou obsoleta frente ao desenvolvimento das relações de trabalho, uma vez que a mesma está vigente há quase setenta e cinco anos. Os defensores da Lei nº 13.467/17 afirmam, ainda, que as alterações são necessárias para aumentar as ofertas de emprego e acelerar a economia.

A Lei da Reforma Trabalhista encontra óbice a partir do momento que traz mudanças que reduzem os direitos dos trabalhadores protegidos pela Constituição de 1988, pela Consolidação das Leis Trabalhistas por normas internacionais, favorecendo apenas o lado mais forte da relação empregatícia, que é o empregador. O doutrinador Gustavo Filipe Barbosa Garcia³ afirma que a reforma trabalhista “é uma das mais impressionantes afrontas aos direitos sociais dos trabalhadores já vistas na história do mundo civilizado”, deixando clara sua posição contrária à Lei 13.467/17.

Certo é que os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal e na CLT decorrem de conquistas sociais dos trabalhadores brasileiros em benefício do exercício cidadão do labor. Desde o início da vigência da CLT em 1943, houve uma progressão dos direitos trabalhistas, podendo citar, como exemplo, a Lei de Férias de 1977, Lei do Vale-transporte de 1985 e a própria Constituição Federal de 1988 que elevou os direitos sociais, incluindo os direitos trabalhistas, ao *status* de direitos fundamentais. Essa compreensão é representada pela chamada

³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Substitutivo da reforma trabalhista: retrocesso social e afronta aos direitos dos trabalhadores*. Disponível em: <<http://gustavogarcia.adv.br/substitutivo-da-reforma-trabalhista-retrocesso-social-e-afronta-aos-direitos-dos-trabalhadores/>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

função progressista do direito do trabalho que, nas palavras de Delgado, estabelece uma construção ampliativa da proteção aos trabalhadores.

Em razão da reforma trabalhista houve uma grande alteração na base fundante do Direito do Trabalho o que, consequentemente, gerou importantes modificações na CLT com alteração, criação e revogação de diversos dispositivos. Assim, o contrato de trabalho intermitente, o fim da jornada *in itinere*, a prevalência da convenção coletiva e do acordo coletivo de trabalho sobre a lei, a condenação ao pagamento de custas processuais mesmo para quem obteve a gratuidade judiciária, dentre outras medidas gravosas trazidas pela Lei 13.467/17, passaram a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Um dos objetivos defendidos por aqueles favoráveis à Lei 13.467/17 é o de modernizar a CLT, datada de 1943 e, assim, aumentar os índices de emprego e estimulação da economia, o que, para os defensores da reforma trabalhista, implica em flexibilizar os direitos trabalhistas, de modo que as partes da relação de trabalho possam ter mais liberdade de negociar conforme seus interesses.

De fato, sabe-se que a sociedade contemporânea vive em um intenso desenvolvimento econômico e social e, por isso, alguns direitos precisam ser reformulados para que não se percam no tempo, seja no campo trabalhista ou em outra área, de modo a acompanhar a realidade da sociedade. O que não se pode é mitigar os direitos sociais, ferindo direitos constitucionalmente reconhecidos.

Ocorre que essa flexibilização das leis trabalhistas promovida pela Lei 13.467/17, que atingiu a CLT e as leis esparsas, culminou na redução e extinção de direitos trabalhistas conquistados após intensas lutas e reivindicações da classe operária no Brasil e no mundo. Frisa-se que importantes normas internacionais de Direitos Humanos, como as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) também foram violadas por essa lei.

A Lei 13.467/17 é considerada um dos maiores retrocessos dos direitos sociais devido à violação de direitos fundamentais dos trabalhadores previstos na Carta Magna, violando o princípio da vedação ao retrocesso social, bem como o da proteção ao trabalhador. A lei da reforma trabalhista em diversos dos seus artigos suprimiu direitos fundamentais, sem haver nenhuma compensação real para evitar prejuízos à classe trabalhadora, contrariando importantes dispositivos da Constituição Federal de 1988, o que leva ao questionamento sobre a inconstitucionalidade da Lei 13.467/17.

3 OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho é regido por regras e princípios, tendo como objetivo maior a proteção do trabalhador, hipossuficiente dentro da relação de trabalho, em decorrência da desigualdade jurídica frente ao poderio econômico do empregador. A carga axiológica atribuída aos princípios tem grande importância para a aplicação do direito e para garantir os direitos fundamentais, uma vez que são a base de todo o ordenamento jurídico.

O art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) equipara os princípios a um meio de preencher as lacunas da lei. Assim, conforme disposto no art.8º da CLT, os princípios cumprem um papel de complementar as omissões da lei, suprindo lacunas existentes, de modo que os magistrados possam fundamentar suas decisões ao caso concreto. Nesse aspecto, dispõe Nascimento⁴ “[...] principal é a função dos princípios na aplicação do direito na medida em que servem de base para o juiz sentenciar. Não há dúvida, contudo, que são, para o operador de direito, uma técnica de integração do direito”.

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, p. 452.

Rodriguez ⁵ sustenta que:

No direito do trabalho há um princípio maior, o protetor, diante da sua finalidade de origem, que é a proteção jurídica do trabalhador, compensadora da inferioridade em que se encontra no contrato de trabalho, pela sua posição econômica de dependência ao empregador e de subordinação às suas ordens de serviço.

Tendo em vista a posição de inferioridade econômica do empregado, se faz necessário que o trabalhador tenha uma maior proteção, por isso o Direito do Trabalho busca proteger juridicamente o empregado com o fim de equilibrar a disparidade existente entre essas partes, bem como evitar que os direitos trabalhistas sejam mitigados pelos empregadores. Nesse sentido, Delgado⁶ afirma que “[...] o princípio da proteção visa retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”, reconhecendo que empregado e empregador não ocupam um patamar igualitário.

Contudo, o que se percebe a partir da entrada em vigor da Lei 13.467/17, é o enfraquecimento do princípio da proteção, tendo em vista que as mudanças trazidas por essa lei suprimem direitos trabalhistas, beneficiando mais o empregador do que o empregado.

A Constituição Federal de 1988 tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, previsto no art.1º, inciso III da CF/88, sendo considerado o princípio base dos direitos constitucionalmente previstos. Assim, levando em consideração a dignidade da pessoa humana, entende-se que os direitos sociais conquistados progressivamente ao longo do tempo não podem retroceder, sem que haja compensação com outros direitos que protejam os trabalhadores.

⁵ RODRIGUEZ, 1975, *apud* NASCIMENTO, 2011, p. 455.

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16.ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 213.

A partir desse entendimento, encontra-se o princípio da vedação ao retrocesso social. Esse princípio versa sobre a ideia de que, tratando-se de direitos fundamentais de caráter social, não se pode praticar ato que desconstitua as conquistas alcançadas pelos cidadãos, sem que haja uma medida compensatória correspondente.

Apesar de ser considerado um princípio implícito na CF/88, o princípio da vedação ao retrocesso social resta cristalino no art.7º, *caput*, ao dispor que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Imperioso destacar que o liame existente entre o princípio da vedação ao retrocesso social e o princípio da proteção no Direito do Trabalho, caracteriza-se pelo fato de o trabalhador ser o sujeito hipossuficiente da relação de trabalho, por isso necessita que seus direitos sejam protegidos. Assim, qualquer alteração que houver deve objetivar a melhoria da condição social do trabalhador para evitar a redução de direitos sociais tão importantes como os direitos trabalhistas. Contudo, a busca pelo desenvolvimento do mercado de trabalho e a modernização da CLT, não teve o cuidado de evitar a violação dos princípios da proteção e da vedação ao retrocesso social, o que será melhor explorado no próximo tópico.

3.1 A LEI 13.467/17 E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

As mudanças promovidas pela Lei nº 13.467/17 ferem direitos constitucionais que foram conquistados pelos trabalhadores, posto que além de reduzirem direitos, contribuem para o fortalecimento do poder do empregador sobre o empregado, sendo contrária à busca pelo equilíbrio entre os sujeitos da relação empregatícia. Além disso, as alterações nas regras trabalhistas não observaram o princípio maior que rege o Direito do Trabalho, o da proteção ao trabalhador, haja vista que o mesmo foi mitigado, o que, conseqüentemente, gerou o retrocesso social, ferindo mais um

princípio, o da vedação ao retrocesso social, implícito em nosso ordenamento jurídico, além de outros princípios constitucionais.

No mesmo sentido, afirma Delgado⁷:

Sem a presença e observância cultural e normativa desse núcleo basilar de princípios especiais, ou mediante a descaracterização acentuada de suas diretrizes indutoras, compromete-se a própria noção de Direito do Trabalho em certa sociedade histórica concreta.

A lei da reforma trabalhista trouxe uma nova forma de trabalho ao ordenamento jurídico brasileiro, que é o trabalho intermitente, previsto no art.443, §3º da CLT. Conforme já citado no capítulo anterior, essa nova modalidade permite que o trabalhador preste serviços em períodos alternados, podendo trabalhar alguns dias ou horas, por semana ou por mês, conforme necessidade do empregador, não tendo jornada de trabalho contínua. O contrato de trabalho intermitente será celebrado por escrito, contendo o valor da hora de trabalho, que não poderá ser inferior à hora do salário mínimo, segundo o *caput* do art.452-A. Portanto, o empregado receberá somente a remuneração correspondente ao tempo trabalhado.

Ocorre que dependendo do período da prestação de serviços, o trabalhador poderá receber menos que um salário mínimo, tendo em vista que quando não estiver trabalhando, não será considerado tempo à disposição do empregador, segundo o §5º do art.452-A, logo, não será remunerado. Tal disposição prejudica economicamente o empregado, uma vez que o mesmo não tem garantia de uma renda fixa, podendo ganhar um salário mais elevado em um mês e, no outro, menos que um salário mínimo.

Ademais, o §4º impõe uma multa no importe de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, para o

⁷ DELGADO, op.cit.,p. 213.

trabalhador que aceitar a convocação para retorno ao trabalho e, sem motivo justo, não cumprir, sendo possível a compensação, imposição que também se aplica ao empregador. Entretanto, tal previsão fere o princípio da proteção, além de outros importantes princípios constitucionais, como o da isonomia, uma vez que há um grande desequilíbrio econômico entre empregado e empregador.

No mesmo sentido, previu o Enunciado da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho⁸:

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. SALÁRIO MÍNIMO E PISO PROFISSIONAL. MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE.

A multa prevista no art.452-A,§4º, da CLT, imposta ao trabalhador que descumprir convocação anteriormente atendida, não é compatível com os princípios constitucionais da dignidade humana, do valor social do trabalho, da isonomia, da proteção do trabalhador e da função social da empresa.

Desse modo, o trabalhador contratado na modalidade de trabalho intermitente, ocupa um patamar instável na relação de trabalho, uma vez que não sabe ao certo o salário que irá ganhar, ou seja, não há nenhuma garantia de que trabalhará o suficiente para receber o salário mínimo. Trata-se de uma clara precarização da relação de trabalho, que visa somente o lucro para o empregador.

⁸ FELICIANO, Guilherme Guimarães. MIZIARA, Raphael (Organização). *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho organizados por assunto*. 2017, p.12-13. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>> Acesso em: 02 abr 2018.

O contrato de trabalho intermitente fere o *caput* do art.7º da CF/88, pois não tem o objetivo de melhorar a condição social do trabalhador, viola a garantia do salário mínimo previsto no art.7º, IV da CF/88, atingindo, também, o inciso VIII, que versa sobre o décimo terceiro salário. Desse modo, resta claro que essa nova modalidade contratual trazida pela Lei 13.467/17 viola os princípios da proteção e da vedação ao retrocesso social.

Outro ponto que fere os princípios da proteção e da vedação ao retrocesso social, é a possibilidade do fracionamento das férias em três períodos, disposto no art. 134, §1º da CLT. Este artigo determina que “desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos”, porém, sabe-se que, na realidade, em muitas empresas o empregador impõe suas condições ao empregado e, caso este não concorde, poderá ocorrer sua demissão, não havendo outra opção a não ser o trabalhador aceitar as condições impostas.

Ademais, o parcelamento das férias pode ser prejudicial à saúde física e psíquica do empregado, principalmente para aqueles que têm um ritmo intenso de trabalho, que empregam grande força física, bem como energia mental para executar suas atividades laborativas. Portanto, ainda que tenha sido estipulado no §1º do art. 134, que um período “não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um”, são períodos pequenos que podem não ser suficientes para o descanso do trabalhador, o que, claramente, beneficia apenas o empregador, caracterizando o retrocesso do direito do trabalho.

Uma nova alteração que caracteriza retrocesso social é o fim das horas *in itinere*. Conforme já explicado no capítulo anterior, o art.58, §2º determina que não será mais computado na jornada de trabalho, o tempo despendido pelo empregado de sua residência até o local de trabalho, ainda que o trajeto seja realizado em transporte concedido pelo empregador. Assim, o mais prejudicado é o trabalhador, que passa a ganhar menos com a redução da jornada de trabalho, enquanto que o empregador se beneficia

quanto à redução de custos, caracterizando uma violação ao princípio da vedação social.

O art. 71, §4º passou a prever que se o empregador suprimir o tempo de intervalo intrajornada para alimentação e descanso do empregado, terá que pagar, a título de indenização, o tempo que foi suprimido (não a hora completa, como era antes da reforma trabalhista), com um acréscimo de 50%, ou seja, passou a permitir a supressão do intervalo intrajornada pelo empregador. Logo, percebe-se que o tempo de descanso do trabalhador não foi levado em consideração, tampouco houve qualquer preocupação do legislador com a saúde do trabalhador, com seu esgotamento físico, o que, evidentemente, caracteriza uma violação ao princípio do retrocesso social e da proteção ao trabalhador.

Dentre as alterações introduzidas pela Lei nº 13.467/17, no art.611-A está uma das modificações mais polêmicas, que versa sobre a prevalência da convenção coletiva e do acordo coletivo sobre a lei, ou seja, o predomínio do que ficar estabelecido nas convenções coletivas ou nos acordos coletivos sobre o que a lei dispuser, caracterizando o princípio da intervenção mínima do Estado. Assim, quando o objeto da relação de emprego versar sobre direitos, como: teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente; registro de jornada de trabalho, enquadramento do grau de insalubridade, participação nos lucros ou resultados da empresa etc., o negociado prevalecerá sobre o legislado.

Cumpre salientar que o art. 7º, inciso XXVI da CF/88 reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho, entretanto não dá poderes a tais instrumentos para reduzir direitos e garantias trabalhistas, mas, somente, para complementar a regulamentação de direitos. Ademais, o termo “entre outros”, contido no *caput* do art.611-A, amplia a possibilidade de flexibilização dos direitos, já que a convenção e o acordo coletivo poderão predominar sobre direitos que não estão previstos naquele artigo.

No mesmo sentido, Cassar e Borges ⁹ afirmam que:

O caput do art.611-A autoriza a ampla flexibilização, aumentando o leque de possibilidades de direitos previstos em leis que podem ser reduzidos ou suprimidos. A norma não teve objetivos de ampliar direitos, pois isso sempre foi possível.

A hipótese prevista no art.611-A fere o princípio da proteção, bem como o princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador (que, como já explicado, é considerado um dos desdobramentos do princípio da proteção ao trabalhador). Do mesmo modo, viola o princípio da vedação ao retrocesso social, ao permitir a flexibilização dos direitos trabalhistas, o que acaba por mitigá-los, suprimindo ou reduzindo tais direitos.

O art. 444 da CLT dispõe que:

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.

No entanto, a Lei nº 13.467/17 introduziu um novo parágrafo único ao dispositivo, o qual prevê que:

A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal 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 CASSAR, Vólia Bomfim. BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista – Lei n.13.467/17*. São Paulo: Método, 2017, p. 76.

Pela leitura do *caput* e do parágrafo único do art.444, percebe-se que há uma incongruência entre as disposições. Ocorre que o *caput* do artigo dispõe sobre a livre estipulação das partes nas relações contratuais de trabalho, desde que favoráveis ao trabalhador.

Por outro lado, o parágrafo único do mesmo artigo, que foi inserido pela lei da reforma trabalhista, preceitua que aqueles empregados que possuam diploma de nível superior e que recebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (pouco mais de R\$11.000,00), podem negociar livremente com o empregador os direitos elencados no art. 611-A o que, conforme aduz o *caput* deste artigo, prevalecerá sobre a lei.

Delgado e Delgado¹⁰ tratando sobre o tema em comento, sustentam que:

Trata-se, conforme se percebe, de regra de evidente discriminação entre empregados – outra, entre tantas da Lei da Reforma Trabalhista - largamente afastada da matriz constitucional de 1988 e do universo normativo internacional trabalhista vigente no plano interno da sociedade e economia brasileiras.

No mesmo sentido é o disposto no Enunciado da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho¹¹:

TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE. ART.444,
PARÁGRAFO ÚNICO DA CLT.

I - O parágrafo único do art.444 da CLT, acrescido pela Lei 13.467/17, contraria os princípios do direito do trabalho, afronta a Constituição Federal (arts.5º, *caput*, e 7º, XXXII,

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: comentários à Lei nº 13.467/17, de 13 de julho de 2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 160.

¹¹ FELICIANO e MIZIARA, *op.cit.*, p. 8.

além de outros) e o sistema internacional de proteção ao trabalho, especialmente a Convenção 111 da OIT.

II – A negociação individual somente pode prevalecer sobre o instrumento coletivo se mais favorável ao trabalhador e desde que não contravenha as disposições fundamentais de proteção ao trabalho, sob pena de nulidade e de afronta ao princípio da proteção (artigo 9º da CLT c/c o artigo 166, VI, do Código Civil.

Portanto, há uma clara afronta ao princípio da proteção ao trabalhador, que apesar de ser mais qualificado e receber um salário maior, conforme disposto no parágrafo único do art.444, está sujeito à estipulação de cláusulas menos favoráveis. Além disso, há clara violação ao *caput* do art.5º da Constituição Federal que preconiza que “todos são iguais perante a lei”, bem como infringi o disposto no inciso XXXII do art. 7º da Carta Magna, que veda distinção entre profissionais e tipos de trabalho, como o manual, técnico e intelectual, restando clarividente a discriminação e diferença de tratamento entre empregados, segundo o entendimento do parágrafo único do art.444.

No campo do Direito Processual do Trabalho, o antigo *caput* do art.790-B, *caput*, previa que “a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita”. Contudo, a Lei 13.467/17 editou esse artigo, que passou a determinar que a parte sucumbente na pretensão objeto da perícia arcará com os honorários periciais, ainda que beneficiária da justiça gratuita, seja reclamante ou reclamado. Aduzindo, ainda, no §4º que “somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo”.

No mesmo sentido dispõe o art. 791-A, §4º, ao impor ao beneficiário da justiça gratuita o pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência que “tenha obtido em juízo, ainda

que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”, sem considerar a falta de recursos econômicos da parte. É inequívoca a violação ao art. 5º, *caput* e incisos XXXV¹² e LXXIV¹³ pelos artigos 790-B, *caput* e §4º e 791-A, §4º, ao permitir que os créditos trabalhistas oriundos de outros processos sejam usados pela parte beneficiária da justiça gratuita para pagamento dos honorários periciais e advocatícios de sucumbência. Logo, caracteriza um grave retrocesso ao direito do trabalhador, bem como viola o princípio da proteção.

O art. 844 que também trata sobre a parte processual do Direito do Trabalho, dispõe, em seu *caput*, que a ausência não justificada do reclamante na audiência inaugural, gera o arquivamento da reclamação trabalhista. Porém, uma das novidades trazidas pela Lei 13.467/17, é a condenação do reclamante ao pagamento de custas pela sua ausência na audiência, ainda que seja beneficiário da justiça gratuita, salvo por motivo justificado. E, ainda, no §3º condiciona a propositura de uma nova demanda ao pagamento das custas.

Um dos objetivos do legislador ao criar os parágrafos 2º e 3º do art.844, foi de evitar a ausência injustificada do reclamante na audiência, após movimentar o judiciário para que a audiência se realizasse no dia e horário marcados, bem como reduzir prejuízos financeiros para o Estado. No entanto, da maneira que estão dispostos, tais dispositivos violam importantes princípios constitucionais.

O inciso LXXIV, do art.5º da CF/88, assegura “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, contudo a condenação do reclamante ao pagamento de custas decorrente de sua ausência injustificada na audiência inicial, mesmo sendo beneficiário da justiça gratuita, ou seja, pobre

¹² “Art.5º - XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

¹³ “Art.5º - LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

na forma da lei, fere o disposto no inciso supracitado, suprimindo um direito garantido constitucionalmente. Sobre o tema, Delgado e Delgado¹⁴ sustentam que “essa medida desponta como manifestamente agressora da Constituição da República, por ferir o art.5º, LXXIV, da CF/88, instituto jurídico da justiça gratuita”.

Corretamente denota Cassar e Borges¹⁵ que “a obrigatoriedade de pagamento de custas pelo reclamante beneficiário da gratuidade de justiça é injusto e fere o acesso à justiça quando impede o ajuizamento de nova ação.” Assim, o §3º afronta o princípio constitucional do amplo acesso à justiça, previsto no art.5º, XXXV da CF/88, que preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”, no momento em que condiciona o acesso à justiça ao pagamento de custas pelo reclamante beneficiário da justiça gratuita.

Portanto, os novos parágrafos 2º e 3º, do art.844, acarretam retrocesso social ao impor ao trabalhador o pagamento das custas processuais, ainda que tenha o benefício da gratuidade judiciária, já que é a parte hipossuficiente economicamente no processo. Assim, tais dispositivos violam o princípio do retrocesso social ao criar um obstáculo, que é o pagamento de custas, inviabilizando a propositura da demanda pelo demandante carente, bem como violam o princípio da proteção, ao restringir os direitos dos trabalhadores à gratuidade judiciária.

Desse modo, vários artigos da CLT alterados pela Lei 13.467/17 violam os princípios da vedação do retrocesso social e da proteção ao trabalhador, bem como outros princípios constitucionais, que cumprem um papel importante na vida dos obreiros, os quais deveriam ter sido respeitados pelo legislador ao criar a Lei 13.467/17, a fim de evitar a supressão de direitos que beneficiavam os trabalhadores.

¹⁴ *Id. Ibid.*, p. 345.

¹⁵ CASSAR e BORGES, op. cit., p. 109.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.467/17 E O IMPACTO NAS OFERTAS DE EMPREGO

As alterações na CLT ocasionadas pela Lei 13.467/17 culminaram na violação do princípio da proteção, que é um princípio basilar do Direito do Trabalho, bem como princípios constitucionais, como o da vedação do retrocesso social, conforme visto no tópico anterior, além de atingir a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho.

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 se encontra no topo do ordenamento jurídico, ocupando um patamar superior a todas as legislações brasileiras, caracterizando sua supremacia com lei fundamental, as normas inferiores hierarquicamente devem estar de acordo com o preconizado em seu texto. Contudo, esta foi violada pela Lei 13.467/17 em diversos artigos, principalmente no que tange a princípios, direitos e garantias fundamentais.

Sendo assim, pode-se afirmar que essa lei é inconstitucional materialmente, haja vista que contraria o conteúdo da Constituição Federal. Nathalia Masson¹⁶ revela que “na inconstitucionalidade material o conteúdo da norma é contrário ao conteúdo constitucional”, afirmando, ainda, que “deriva daquelas situações em que há incongruência entre o previsto na lei e aquilo que dispõe o texto constitucional¹⁷”.

Destarte, em decorrência da supremacia da Carta Maior sobre a Lei 13.467/17, esta é passível de controle de constitucionalidade por Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que tem como escopo defender a supremacia da Constituição, por isso é a principal ação de controle concentrado federal abstrato de constitucionalidade, prevista no art.102, I, a da CF/88. Conforme visto no tópico anterior, os artigos 790-B, *caput* e §4º, 791-A, §4º e 844, §2º e §3º da Lei 13.467/17, são exemplos de dispositivos que

¹⁶ MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional* – 4.ed.rev.ampl.e atual. – Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1126.

¹⁷ *Id. Ibid.*

violam o art.5º, *caput* e incisos XXXV e LXXIV da Constituição Federal de 1988.

Em assim sendo, tais artigos são objetos da ADI nº 5766 protocolada perante o STF, em agosto de 2017, na época, pela Procuradoria-Geral da República, através do ex-Procurador Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, antes mesmo da entrada em vigor da referida lei. Além de contrariar o princípio constitucional da isonomia, previsto no art.5º, *caput*, bem como os incisos XXXV e LXXIV, a ADI nº 5766 defende que foram violados também os arts.1º, incisos III e IV; 3º, incisos I e III; 5º, §2º e 7º a 9º da Constituição Federal de 1988.

Para a PGR¹⁸, esses artigos “apresentam inconstitucionalidade material, por impor restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho”. Por isso, requereu a inconstitucionalidade da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, do *caput*, e do §4º do art.790-B da CLT; da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”, do §4º do art.791 A da CLT; e da expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita” do §2º do art.844 da CLT¹⁹.

Importa frisar que, no dia 09 de maio de 2018, o Plenário do STF iniciou o julgamento da ADI nº 5766. Em seu voto, o Ministro Roberto Barroso²⁰ defendeu a constitucionalidade dos dispositivos que são objetos da ADI, defendendo que “é constitucional a cobrança de honorários sucumbenciais dos beneficiários da

¹⁸ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Petição Inicial da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5766. 2017, p. 3. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5250582>>. Acesso em: 13 abr 2018.

¹⁹ *Id. Ibid.*, p. 71-72.

²⁰ BARROSO, Luiz Roberto. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ementa-voto-barroso-custas-processos.pdf>> Acesso em: 11 de maio de 2018.

gratuidade de justiça, como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos aventureiros”.

No mesmo sentido, julgou “constitucional a cobrança de custas judiciais dos beneficiários da justiça gratuita que derem ensejo ao arquivamento do feito, em respeito e consideração à Justiça e à sociedade, que a subsidia”. Afirmando ainda que o “condicionamento da propositura de nova ação ao pagamento das custas judiciais decorrentes do arquivamento, por ser medida adequada para promover o objetivo de acesso responsável à Justiça”.

Enquanto o ministro Luiz Edson Fachin²¹ votou a favor da inconstitucionalidade material dos dispositivos, defendendo que “a restrição no âmbito trabalhista das situações em que o trabalhador poderá ter acesso à gratuidade da justiça pode conter em si a aniquilação do único caminho que dispõem esses cidadãos de verem garantidos seus direitos sociais trabalhistas”.

Fachin finalizou seu voto pugnando pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Contudo, o julgamento foi suspenso tendo em vista o pedido de visto do Ministro Luiz Fux para fazer uma melhor análise do caso, não tendo prazo para a retomada do julgamento.

Outrossim, existem diversas ADIs tramitando perante o STF tendo como alvo diversos artigos da lei da reforma trabalhista por violar a CF/88. Neste viés, a Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo (Fenepospetro) ajuizou, no STF, a ADI nº 5826²² para questionar os

²¹ FACHIN, Luiz Edson. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-reforma-trabalhista.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2018.

²² FEDERAÇÃO Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo. Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5826, 2017. In: STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5317595>>. Acesso em: 13 abr

dispositivos da nova lei que tratam sobre o contrato de trabalho intermitente, que dentre eles está o art.443, *caput* e §3º que, para a entidade, ofende o *caput* do art.6º, bem como o art.7º incisos IV e VII da CF/88.

4.1 O IMPACTO DA REFORMA TRABALHISTA QUANTO ÀS OFERTAS DE EMPREGO

A Lei 13.467/17 é considerada por muitos como antidemocrática, por não ter sido discutido com a sociedade. De fato, a rápida tramitação da Lei 13.467/17, não possibilitou qualquer participação da população, tampouco dos trabalhadores ou dos sindicatos na discussão acerca das alterações na CLT.

As mudanças das normas trabalhistas brasileira foram inspiradas em reformas que aconteceram em outros países, como, por exemplo, na Espanha. Em meio a um cenário de crise econômica e política, o Governo Brasileiro apontou como necessária a modernização das leis trabalhistas, a fim de serem mais flexíveis, e, com isso, aumentar a empregabilidade com a redução dos custos com a mão de obra, gerando menos encargos aos empregadores e, assim estimular a economia.

No entanto, desde que a reforma trabalhista ocorreu na Espanha, em 2012, percebeu-se o aumento nas ofertas de emprego, mas em condições precárias, além da desvalorização salarial, e aumento da pobreza e da desigualdade, conforme aponta Gómez²³. Ocorre que o Brasil é um país de dimensões continentais, bem maior do que a Espanha e outros países europeus, e a desigualdade existente no país é alarmante, existindo milhões de desempregados em busca emprego e de melhores condições de

2018.

²³ GÓMEZ, Manuel. *A reforma da Espanha que inspirou Temer: mais empregos (precários) e com menores salários*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/internacional/1493296487_352960.html>. Acesso em: 20 abr 2018.

vida, o que aumenta ainda mais a precariedade dos empregos ofertados.

Logo, percebe-se que a flexibilização dos direitos trabalhistas, não é suficiente para estimular a economia e pôr fim à crise econômica o que, depende também, de outros fatores como renda, crescimento dos setores produtivos, demanda, entre outros.

A Lei 13.467/17 entrou em vigor em 11 de novembro de 2017 e, a partir de então, já estão sendo feitos estudos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pelo Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), sobre os impactos da reforma trabalhista na geração de empregos. Os dados do CAGED abrangem o emprego formal, tendo em vista que são baseados nas informações passadas pelas empresas ao MTE, enquanto que os dados do IBGE são recolhidos por meio de entrevistas.

Com a possibilidade de demissão por acordo entre empregado e empregador, prevista no art. 484-A da Lei 13.467/17, de novembro a dezembro de 2017 foram registradas 6.696 demissões, segundo dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) do Ministério do Trabalho e Emprego.²⁴ Assim, em decorrência do contrato extinto por acordo, o empregado recebe metade do aviso prévio e da indenização sobre o saldo do FGTS, podendo sacar até 80% do FGTS, sendo devida a integralidade das demais verbas trabalhistas, mas não recebe o seguro-desemprego. Os dados apontam também que essas demissões foram mais acentuadas no setor de serviços, afetando categorias profissionais como assistente administrativo, operador de *telemarketing*, auxiliar de escritório, entre outras, chegando a 49,9%.

²⁴ FERNANDES, Marcella. *O impacto da reforma trabalhista na criação de empregos até agora*. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/02/08/o-impacto-da-reforma-trabalhista-na-criacao-de-empregos-ate-agora_a_23355807/> Acesso em: 20 abr 2018.

Sobre o trabalho intermitente, o CAGED²⁵ aponta que houve uma ampliação no número de vagas chegando a 5.641, entre novembro e dezembro de 2017, de contratados mediante essa nova modalidade. As áreas que mais se beneficiaram com esse tipo de contrato foram o comércio, serviços e a construção civil.

Dados do IBGE e do CAGED demonstram que de novembro a fevereiro de 2018, a taxa de desemprego no país seguiu alta, bem como foram reduzidas as vagas de empregos formais. Segundo o IBGE²⁶, por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua do período de dezembro a fevereiro de 2018, a taxa de desemprego no Brasil foi estimada em 12,6%, menor que a taxa referente ao mesmo trimestre do ano passado, que foi de 13,2%.

No trimestre móvel de janeiro a março de 2018 a taxa de desemprego subiu para 13,1%, o que equivale a 13,7 milhões de desempregados no país, segundo dados do IBGE, por meio da PNAD. O índice de 13,1% é menor do que o mesmo trimestre do ano passado que foi de 13,7%, mas o número de trabalhadores com carteira de trabalho assinada diminuiu cerca de 1,2% em comparação ao trimestre anterior²⁷.

Contudo, segundo o IBGE, existe uma desaceleração da queda das vagas sem carteira de trabalho assinada, mas ainda continua em baixa. De igual modo, as vagas de trabalho com

²⁵ *Id. Ibid.*

²⁶ Dado indicado pelo IBGE através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Trimestre móvel dezembro de 2017 a fevereiro 2018. Disponível em:

<ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Mensal/Comentarios/pnadc_201802_comentarios.pdf> Acesso em: 20 abr 2018.

²⁷ Dado indicado pelo IBGE através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Trimestre móvel de janeiro a março de 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20994-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-13-1-no-trimestre-encerrado-em-marco.html>> Acesso em: 29 abr 2018.

registro na carteira também diminuíram em relação ao semestre anterior. A pesquisa do IBGE concluiu, ainda, que a queda nos postos de trabalho foi maior nas áreas da construção civil (5,6%), indústria (2,7%), e no comércio (2,2%)²⁸.

Neste íterim, a reforma trabalhista da forma que foi feita no Brasil, conforme visto, viola princípios que regem as relações de trabalho, contrariando a Constituição Federal, bem como altera e ignora o significado de justiça social, uma vez que esta é base de princípios como da vedação social, da proteção e da progressividade social. Ademais, o que se observa a partir dos dados acima apontados é que, desde quando a Lei 13.467/17 passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro, ocorreu uma queda do emprego formal, ocasionando, conseqüentemente, o aumento de vagas de trabalho de forma precária, como o contrato de trabalho intermitente, bem como o aumento da informalidade, não sendo o resultado esperado pela política governamental para alavancar a economia.

CONCLUSÃO

A Lei 13.467/17 surgiu com o escopo de atualizar a CLT para se adequar à realidade social, bem como para contribuir para o crescimento das ofertas de emprego e desenvolvimento da economia, sendo necessário flexibilizar as normas trabalhistas. Diversos artigos da CLT foram alterados e outros foram incorporados aos campos do Direito Individual, Coletivo e Processual do Trabalho.

Certo é que o trabalho promove a dignidade humana, devendo ser protegido e valorizado, o que se faz através de leis que tenham como escopo proteger o trabalhador, a fim de promover o valor social do trabalho. Assim, o legislador ao criar ou alterar leis, deve se atentar para o fato de que direitos positivados não podem ser suprimidos, ou sofrer limitações, sob risco de ocorrer retrocesso social.

²⁸ *Id. Ibid.*

Contudo, como visto, não foi o que ocorreu com a Lei 13.467/17, uma vez que reduziu diversos direitos trabalhistas sem considerar os direitos até então conquistados pela classe trabalhadora. A entrada em vigor dessa lei culminou na violação de importantes princípios como o da vedação ao retrocesso social e o da proteção, princípio basilar do direito do trabalho, o que se pôde concluir a partir da análise de determinados artigos da nova lei.

Outrossim, sabe-se que a CF/88 é um marco na defesa da dignidade da pessoa humana, logo as leis devem estar em consonância com seu texto, considerando o trabalho como valor social. Entretanto, a lei da reforma trabalhista em alguns de seus artigos contrariou dispositivos da Carta Maior, violando direitos fundamentais previstos constitucionalmente, o que fere a supremacia da Constituição. Por isso, é clara a inconstitucionalidade material da lei 13.467/17 que, por conseguinte, é objeto de ADIs perante o STF.

A partir da análise realizada nos artigos citados neste trabalho, depreende-se que as alterações provenientes da Lei 13.467/17 não trouxeram um equilíbrio entre empregado e empregador, mas, sim, benefícios apenas para os patrões, os empresários, enquanto que os trabalhadores amargam os prejuízos de ter seus direitos reduzidos após anos de lutas para conquistá-los. Quanto à geração de empregos, após a entrada em vigor da reforma trabalhista, os dados demonstraram que, até o presente momento, a taxa de desemprego no país continua alta, bem como houve redução nas vagas de trabalho com a CTPS assinada, crescimento de empregos informais, e precarização dos empregos ofertados.

A incessante busca por lucro jamais deve se contrapor aos direitos trabalhistas ao ponto de desconstruí-los, o que contribui, apenas, com os interesses dos empregadores, enquanto o trabalhador é desvalorizado. As medidas adotadas pelo Estado para acompanhar o desenvolvimento econômico devem ser

tomadas buscando a promoção do valor social do trabalho, ou seja, a valorização do trabalho humano.

Nesta senda, verificou-se que é evidente a inconstitucionalidade material da Lei 13.367/17 e a violação perpetrada aos princípios da proteção e da vedação ao retrocesso social, trazendo malefícios aos trabalhadores. Ademais, pôde-se compreender que flexibilizar as normas trabalhistas suprimindo ou limitando direitos fundamentais previstos na Carta Magna não é o meio eficaz para a geração de empregos e estímulo à economia, pelo contrário, gera retrocesso social e fere a proteção ao trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html> Acesso em: 11 abr 2018.

_____. *Decreto-lei nº 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>
Acesso em: 11 abr 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista – Lei n.13.467/17.* São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.*16.ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: comentários à Lei nº 13.467/17, de 13 de julho de 2018.* São Paulo: LTr, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-reforma-trabalhista.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2018.

FEDERAÇÃO Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo. *Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5826, 2017. In: STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5317595>>. Acesso em: 13 abr 2018.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. MIZIARA, Raphael (Organização). *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho organizados por assunto*. 2017. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>> Acesso em: 02 abr 2018.

FERNANDES, Marcella. *O impacto da reforma trabalhista na criação de empregos até agora*. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/02/08/o-impacto-da-reforma-trabalhista-na-criacao-de-empregos-ate-agora_a_23355807/> Acesso em: 20 abr 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Substitutivo da reforma trabalhista: retrocesso social e afronta aos direitos dos trabalhadores*. Disponível em: <<http://gustavogarcia.adv.br/substitutivo-da-reforma-trabalhista-retrocesso-social-e-afronta-aos-direitos-dos-trabalhadores/>>. Acesso em: 11 abr 2018.

GÓMEZ, Manuel. *A reforma da Espanha que inspirou Temer: mais empregos (precários) e com menores salários*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/internacional/1493296487_352960.html>. Acesso em: 20 abr 2018.

INDICADORES IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Trimestre móvel dezembro de 2017 a fevereiro 2018.

Disponível em:

<ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Mensal/Comentarios/pnadc_201802_comentarios.pdf> Acesso em: 20 abr 2018.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional* – 4.ed.rev.ampl.e atual. – Salvador: Juspodivm, 2016.

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.

TRABALHO, TECNOLOGIAS E A REFORMA TRABALHISTA: AS CONSEQUÊNCIAS NOCIVAS DO TELETRABALHO À SAÚDE DO TELETRABALHADOR

Alisson Rodrigo de Araújo Oliveira¹

RESUMO

A opção pela utilização das novas tecnologias de informação e de comunicação para realização dos mais diversos tipos de trabalhos, sempre tiveram como principal fundamento a facilitação do labor humano. No Brasil, apesar de previsto em lei apenas no ano de 2011, foi com o advento da Lei nº 13.467/2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista, que a ferramenta do teletrabalho ganhou espaço próprio no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho. A partir da Reforma, o mundo do trabalho sofreu um inevitável impacto, decorrente das incertezas quanto ao que estaria por vir. Nesse sentido, o presente estudo busca analisar as consequências nocivas da Reforma Trabalhista à saúde e segurança dos teletrabalhadores no âmbito do teletrabalho, a partir da análise dos dispositivos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho para tratar a temática. Finalmente, em termos metodológicos, quanto aos seus fins, podemos classificar o presente estudo como descritivo e

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB); Pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário UNIFACISA/Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 13ª Região - ESMAT 13; Pós-graduando em Prática Judicante pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba - ESMA-PB/Universidade Estadual da Paraíba - UEPB. E-mail: alissonrodrigocg@gmail.com

explicativo, quanto aos meios, este consiste em uma investigação bibliográfica e estudo de caso.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Reforma Trabalhista. Teletrabalho. Saúde e Segurança do Trabalhador. Novas Tecnologias.

1. INTRODUÇÃO

Se partirmos do pressuposto de que a sociedade encontra-se sempre em constante transformação, sendo função cabível ao Direito acompanhar as suas tendências e, quando impossível, oferecer alternativas viáveis para a resolução das problemáticas que se apresentam, logo percebemos que o estudo das “novas” modalidades de trabalho e da evolução das ferramentas de comunicação e informação são imprescindíveis para o entendimento das mudanças sociais inerentes à modernidade contemporânea. A partir da chegada da Constituição Federal, de 1988, o trabalho ganhou especial destaque no *rol* de direitos sociais (Art. 6º, CF/88), sendo inclusive reconhecido enquanto fundamento da República (Art. 3º, III, CF/88), legado transmitido incontestavelmente pelas constituições do México, em 1917, e Weimar, em 1919, na Alemanha, que representaram momentos fundamentais ao processo conhecido como Constitucionalização do Direito do Trabalho.

Nesse sentido, faz-se *mister* – antes de mais nada – relembrar que a temática do teletrabalho, desde as suas origens no cenário brasileiro, sempre levantou inúmeras divergências doutrinárias no tocante a sua classificação, conceituação e aplicação no campo prático, sendo necessária sua análise em conjunto com o auxílio teórico das ciências sociais, a exemplo da sociologia do trabalho, que há muito já monitorava os impactos dessa realidade de trabalho no cenário internacional. No Brasil, conforme analisaremos, apenas com o gradativo avanço das legislações trabalhistas foi possível extrair dessa “nova” realidade

de trabalho mais afirmações do que dúvidas.

Para tanto, temos como ponto central de análise a Lei nº 13.467/2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista, no tocante à regulamentação da modalidade do teletrabalho na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), demonstrando de maneira incontestada que a falta de esmero com a qual foi conduzida a Reforma, implicou na possibilidade concreta de consequências extremamente nocivas à saúde e segurança dos teletrabalhadores. Destarte, para que possamos compreender melhor as preocupações e implicações concernentes ao tema em estudo, devemos antes compreender a trajetória do trabalho enquanto valor, a partir de uma proposta que sugere a sua (re)construção historiográfica.

2. O TRABALHO ENQUANTO VALOR: BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS E SOCIOLÓGICOS

As historicidades que circundam o trabalho e suas ressignificações ao longo do tempo, seja enquanto valor ou simples objeto de análise, – não apenas das ciências jurídicas – partem de uma perspectiva bíblica, em que o livro Gênesis discorre sobre a origem do mundo, retratando que os primeiros trabalhos foram os da criação. Percebemos então que “o trabalho não tem aqui conotação de fadiga, e o repouso é desprovido do sentido de recuperação de esforços gastos” (BARROS, 2016, p. 45). Mesmo antes do pecado original, já é perceptível no próprio livro Gênesis que o homem, na figura de Adão, já realizava a prática do trabalho no intuito de perpetuar a natureza criadora de Deus. A partir do pecado original, entretanto, o seu trabalho passa a ser ressignificado, atrelando-se à ideia de fadiga, de esforço constante e de punição pela desobediência do humano ao divino, características que passam a ser bastante ressaltadas e exploradas ao longo do tempo pelo cristianismo. Portanto, em visão histórica, o trabalho é notadamente consolidado como pena a partir do momento em que fica estabelecido que “Do suor do teu rosto

comerás o teu pão, até que tornes a terra, porque dela foste tomado; porquanto és pó, e ao pó tornarás...” (Gn. 3:19).

Etimologicamente, a palavra *trabalho* tem sua origem remontada ao latim *tripalium*, que era o nome dado a um antigo instrumento romano de tortura composto por três paus. Assim, em uma perspectiva evolutiva, o trabalho enquanto valor social - seja ele por conta própria ou por conta alheia - era visto, dentro deste determinado contexto social, como sacrifício, como pena, sempre atrelado à ideia do sofrimento físico e até mesmo espiritual do indivíduo. Em igual sentido, sobre o significado intrínseco da palavra trabalho, em análise das mais variadas manifestações culturais, leciona Aldacy Rachid Coutinho que “Nas mais variadas línguas, a expressão trabalho trouxe acorrentado o significado da dor.” (COUTINHO, 1999, p. 7).

Nesse contexto, o ser humano se apresenta enquanto “ser social”, interligado por vários relacionamentos desde o seu nascimento - ou a partir da sua inserção familiar - e instigados pelo instinto e necessidade natural de perpetuação da espécie, ideia defendida historicamente pelo filósofo grego Aristóteles, em sua obra “*A Política*”. Assim, passou-se a atribuir ao trabalho valores de acordo com a sua finalidade e sempre em consonância com as diretrizes traçadas pelo *pater familias*, que era a figura central dos núcleos familiares, da qual emanava a liderança destes. Cabe ressaltar que esta figura, geralmente exercida por um homem, representou um dos atores sociais de maior responsabilidade pelo surgimento de novas divisões conceituais do trabalho em dois grupos: o *trabalho por conta própria*, de valor essencialmente autotutelar, e o *trabalho por conta alheia*, de valor notadamente econômico, ambos tendo como origem comum a família.

Apenas por ocasião da Revolução Industrial, por volta dos séculos XVIII-XIX, ocorre um rompimento com a ideia de trabalho atrelado ao sofrimento do indivíduo. Como leciona Barros (2016, p. 51), “A Revolução Industrial acarretou mudanças no setor produtivo e deu origem à classe operária, transformando as

relações sociais.”. A partir desse momento, a chegada dos novos maquinários e o surgimento de novas formas de trabalho possibilitou também a legitimação de novas formas de opressão, a exemplo do recrutamento dos trabalhos feminino e infantil, submetidos a jornadas desumanas e salários ainda mais baixos do que àqueles ofertados aos homens. Ora, é impossível não perceber que a insuficiência competitiva dos trabalhadores – em sua maioria artesãos ou camponeses – para com essas novas formas de trabalho mecânico, juntamente com os fatos anteriormente descritos, representaram significativa mudança na estrutura social da época, sobretudo na família, que sofreu especial impacto nesse cenário, ao se deslocar da convivência no lar para a convivência fabril, sendo o ambiente no qual passavam a maior parte de seu tempo.

Entretanto, há de se referenciar também as grandes conquistas provenientes desse contexto historiográfico. A partir desse momento, com o surgimento e aperfeiçoamento das classes operárias organizadas e conexas pelo desejo de melhores condições de trabalho, surgem as primeiras experiências sindicais resultantes das vivências no ambiente das fábricas e, por consequência, o Direito do Trabalho enquanto meio de regulamentação e reivindicação da dignidade humana no ambiente laboral. Desse modo, atrelado ao processo de revolução industrial, surgem as revoluções operárias, pelas quais chegamos ao marco dos primeiros contratos de trabalho e da consolidação do entendimento de uma classe trabalhadora organizada. Tal organização se dá por meio do surgimento dos primeiros sindicatos originários da Inglaterra industrial, restando claro nos dizeres de Amauri Mascaro do Nascimento (2011, p. 52) que “O movimento trabalhista estruturou-se sob a forma de organização sindical”.

Sendo assim:

O direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial do século

XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias, que, com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes. (NASCIMENTO, 2011, p. 32).

Por consequência, podemos compreender que as primeiras ressignificações do sentido social do trabalho, enquanto atributo de dignidade e valor aos seres humanos, encontrou seu principal fundamento social na popularização e no conseqüente crescimento das figuras da escravidão e da servidão – frutos do processo industrial e colonial –, para quem o trabalho passou a ser visto como uma ferramenta de libertação e aperfeiçoamento pessoal ante a sociedade e principalmente, a si mesmo. Esse entendimento ganha especial força após os processos revolucionários que culminaram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que foi pioneira ao estabelecer que ninguém poderia vender-se ou ser vendido, rompendo assim como a lógica de uma “propriedade humana” e reconhecendo o trabalho enquanto direito inalienável.

Contemporaneamente, principalmente após o advento da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, em resposta aos atos e eventos que atentaram de modo bastante significativo contra a dignidade humana em suas mais diversas formas, e a anterior criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no ano de 1919, com o objetivo de promover a justiça social e contribuir de maneira significativa em temas ligados ao trabalho, passamos a vê-lo como um direito social e um verdadeiro atributo de dignidade humana, que merece especial proteção e atenção do ordenamento jurídico. Indo mais além, para entender tais mudanças sociais faz-se necessário enxergá-la enquanto fenômeno pelo qual a sociedade modifica as suas organizações por meio dos conflitos inerentes ao processo dialético, que pode ser perfeitamente ocasionado pela divergência de opiniões e/ou

interesses de determinados atores sociais, momento no qual “a sociologia parte do princípio que a sociedade encontra-se em transformação contínua [...]”, de modo que “Os sociólogos estudam principalmente as formas de mudança social (total ou parcial; lenta ou rápida; contínua ou descontínua) e as suas causas, distinguindo os fatores que desencadeiam um determinado processo de mudança.” (SABADELL, 2010, p. 103), indicando, deste modo, que a mudança social representa, ou melhor, se apresenta como um novo modo de estruturação das relações sociais vigentes.

3 ASPECTOS DO TELETRABALHO: CONCEITO E HISTÓRICO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Ao iniciarmos no estudo do teletrabalho enquanto modalidade que representa uma “nova” perspectiva nas relações de trabalho contemporâneas, é bastante conveniente que realizemos um apanhado etimológico sobre a origem do termo em análise. Outrossim, o prefixo “tele” tem origem no grego e significa “longe” ou “à distância”, fazendo parecer simples o raciocínio de que, em um primeiro momento, podemos compreender o teletrabalho enquanto sendo incontestavelmente uma modalidade de trabalho exercido à distância, ou seja, fora das dependências físicas da empresa, com a utilização dos recursos tecnológicos para tal.

Em sentido idêntico, trazendo uma breve análise comparada das terminologias pelas quais é conhecido o teletrabalho em diversos países ao redor do globo, leciona Alice Monteiro de Barros (2016, p. 213) que:

O teletrabalho é modalidade especial de trabalho à distância; nos EUA utiliza-se o termo *networking*, *telecommuting*, *remote working*; nos países de língua portuguesa emprega-se o termo teletrabalho; nos países de idioma francês, *télétravail*; nos países de idioma espanhol *teletrabajo* e nos de idioma

italiano *telelavoro*.

Historicamente, o trabalho domiciliar – sendo uma outra espécie de trabalho à distância – remonta ao período de transição entre os sistemas de produção Feudal e Capitalista, em um sistema de servidão no qual os senhores feudais (suseranos) estavam conectados aos seus servos (vassallos) por uma relação de reciprocidade socioeconômica. Deste modo, em troca de um pedaço de terra no qual fosse possível desenvolver atividades de plantio e estabelecer morada, os servos comprometiam-se com a proteção e com o abastecimento alimentício de seus senhores, destinando parte do produzido para saldar tudo que lhe fora ofertado. Com o advento do sistema capitalista, esse tipo de trabalho perde sua força, em detrimento da necessidade de priorizarem-se os lucros e o aumento da produtividade nos trabalhos desenvolvidos, passando a apontar para a necessidade de centralização da atividade produtiva em um único lugar. A partir da revolução industrial e do conseqüente surgimento do trabalho maquinofaturado, consolida-se o trabalho desenvolvido nos ambientes fabris e empresariais.

A terminologia teletrabalho, tal qual conhecemos nos dias atuais, originou-se na década de 1970, proveniente da grande crise do petróleo oriunda da constatação de não-renovação do recurso. A preocupação com o deslocamento dos trabalhadores foi tamanha a ponto de fazer com que alguns trabalhos que até então eram exercidos apenas em ambiente industrial fossem deslocados para o ambiente domiciliar, plantando os primeiros indícios de que essa modalidade viria efetivamente para ficar.

Conforme os diversos estudos realizados na temática da sociologia do trabalho, com especial enfoque no teletrabalho, do qual é um incontestado defensor, o sociólogo italiano Domenico De Masi (2000, p. 117) contextualiza que “O homem sempre oscilou entre dois desejos: o de se distinguir e o de homogeneizar. Após duzentos anos de homogeneização forçada, industrial, hoje a tecnologia nos permite diferenciar-nos. E é o que fazemos.”. Em

mesmo sentido, acrescenta ao seu raciocínio que “As atuais circunstâncias tecnológicas e culturais colocam todos os indivíduos diante de uma bifurcação: deixar-se carregar pela homogeneização massificadora da globalização ou aproveitar as oportunidades, que, entretanto, existem para afirmar a própria subjetividade.” (DE MASI, 2000, p. 146), utilizando-se para isso dos recursos tecnológicos disponíveis ao exercício laboral.

Apesar de existente no cenário internacional desde as décadas passadas, apenas na década de 1990, após o encerramento do contexto histórico de Guerra Fria (1947-1991) e com os consideráveis avanços tecnológicos que possibilitaram o surgimento de novas ferramentas telemáticas, houve também a abertura dos meios de acesso à rede (internet) com intuito de proporcionar, dentre outras coisas, novas alternativas ao conceito tradicional de trabalho.

Em âmbito brasileiro, a regulamentação do teletrabalho aconteceu apenas no ano de 2011, com a Lei nº 12.551/11, que provocou alterações no artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no intuito de equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados àquela até então exercida apenas por meios pessoais e diretos. Desse modo, passou a estabelecer que “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego” (Art. 6º, CLT). Mais adiante, em seu parágrafo único, o referido artigo preceitua que “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”. Temos então a primeira inserção legislativa dessa modalidade de trabalho.

Nesse sentido, o teletrabalho pode ser compreendido não apenas enquanto uma espécie do gênero “trabalho em domicílio”, tendo em vista que possui abrangência muito maior, posto que “É um novo conceito de organização laboral por meio da qual o

prestador dos serviços encontra-se fisicamente ausente da sede do empregador, mas virtualmente presente, por meios telemáticos, na construção dos objetivos contratuais do empreendimento.” (MARTINEZ, 2014, p. 229), fato este que também não descarta a possibilidade de que este eventualmente venha a comparecer ao ambiente físico da empresa com a qual possui vínculo empregatício.

Impende ressaltar também que, inicialmente, o teletrabalho consistia em uma modalidade majoritariamente presente no setor privado, em virtude de sua flexibilidade e adequação – principalmente – às necessidades do empregador e condições do empregado em exercer esse tipo de trabalho sem interferir na sua produtividade. Portanto, é inegável o fato de que “A utilização do teletrabalho, segundo a doutrina, apresenta, portanto, várias vantagens para o empregador, entre as quais a redução do espaço imobiliário, com diminuição de custos inerentes à aquisição de locais, aluguéis, manutenção, transporte etc.” (BARROS, 2016, p. 214). Ora, parece-nos bastante claro que o empregador sempre será o maior beneficiado com a adoção do teletrabalho, por mais vantagens que possam ser fornecidas ao empregado, que por sua vez, precisará adaptar-se e disciplinar a si e ao seu núcleo familiar para o fato de que o seu tempo livre deverá continuar sem confundir-se com aquele à disposição do empregador.

Com o passar do tempo, a experiência com os teletrabalhadores ganhou destaque e adeptos também no setor público, com especial atenção para a Resolução 227/2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispôs sobre a regulamentação do teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário, com fundamento no princípio da eficiência. Entretanto, apenas com a chegada da Lei nº 13.467/2017, (im) popularmente conhecida como “Reforma Trabalhista”, o controverso tema do teletrabalho foi finalmente regulamentado de forma mais específica, no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho, em seu Capítulo II-A, ainda que de maneira bastante temerária e prejudicial à saúde e segurança do trabalhador, conforme nos

aprofundaremos a seguir.

4 A REFORMA TRABALHISTA E A TEMERÁRIA REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO: ASPECTOS NOCIVOS À SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR

O recente processo de mudanças legislativas pelo qual passou o ordenamento brasileiro, a partir da Reforma Trabalhista, ainda figura como tema central nos debates entre acadêmicos, profissionais, trabalhadores e membros da sociedade civil, tendo em vista as inúmeras repercussões – em sua esmagadora maioria, negativas – de ordem política, jurídica e social que acarretaram. A reforma representou um conjunto de modificações promovidas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e capitaneadas pelo Poder Executivo, por meio de projeto de lei 6787/2016, apresentado à Câmara dos Deputados em 23 de dezembro de 2016 e posteriormente aprovado em 26 de abril de 2017. No âmbito do Senado Federal, o projeto foi aprovado em 11 de julho de 2017, o que levou a sua sanção presidencial em 13 de julho de 2017. A proposta teve sob a justificativa de combater a crise econômica e o desemprego no país, sendo finalmente instrumentalizada pela Lei nº 13.467/2017.

Um dos pontos de maior controvérsia acerca do processo que envolveu a Reforma Trabalhista foi incontestavelmente a rapidez com a qual tramitou até sua aprovação, processo que, em aspectos gerais, durou menos de um ano, não havendo tempo hábil para uma discussão mais densa – como era esperado antes de um passo tão importante – e capaz de abarcar os principais segmentos e instituições que vivem diariamente o Direito do Trabalho, a quem não foi oportunizada a contribuição sobre matérias de fundamental importância na vida das pessoas. Em igual modo, Garcia (2018, p.38) ressalta que, “Com isso, no plano da *crítica ao Direito legislado*, naturalmente, pode-se não concordar com a nova determinação legal, no sentido de que não seria a mais adequada

em face da atual dinâmica social, econômica e jurídica.”.

Por consequência da Lei nº 13.467/2017, a matéria do teletrabalho – prestação de serviço fora das dependências do empregador mediante uso de tecnologias da informação e da comunicação – encontra-se agora devidamente regulamentada nos Capítulos II-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no intuito de tentar adequar a legislação trabalhista às novas realidades. Assim, encontram-se amparadas pelos arts. 75-A ao 75-E, incluídos pela referida Reforma. Nesse sentido, o artigo 75-B trata por estabelecer categoricamente que “Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.”, mais adiante, em seu parágrafo único, acrescenta que “O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.”, tratando assim de flexibilizar a eventual necessidade de comparecimento do teletrabalhador ao estabelecimento empresarial, sem, no entanto, descaracterizar o regime.

No tocante às diretrizes sobre os equipamentos necessários ao adequado exercício do teletrabalho, o artigo 75-D da Consolidação passou a trazer que devem constar de contrato escrito, que disporá sobre a responsabilidade referente à aquisição, manutenção e fornecimento da infraestrutura adequada, bem como ao reembolso das despesas arcadas pelo empregado, tudo conforme – e caso haja – previsão contratual. Também ressalta que as utilidades referidas no artigo não passam a integrar a remuneração percebida pelo empregado.

Vejamos:

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à

prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

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

Entretanto, uma das principais irresponsabilidades da Lei nº 13.467/2017, ao tratar especificamente sobre a regulamentação do teletrabalho, pode ser observada no tocante à saúde e segurança dos teletrabalhadores, ao passo que o artigo 75-E, da CLT, passou a dispor sobre a necessidade de assinatura de um termo de responsabilidade, por parte do teletrabalhador, comprometendo-se a seguir as instruções que devem ser repassadas pelo empregado, a fim de evitar a ocorrência de doenças e acidentes de trabalho. Outra observação bastante oportuna, é que nos parece bastante inadequada a opção dos idealizadores da Reforma Trabalhista pela palavra “evitar”, desconsiderando – talvez por mera coincidência? – que em maioria das ocasiões, uma doença ou acidente de trabalho não se pode evitar, devendo-se trabalhar no sentido de minimizar os seus possíveis danos.

Portanto:

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

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

O tema é, sem sombra de dúvidas, merecedor de especial atenção, conforme apanhado histórico feito por Sebastião Geraldo de Oliveira (2010, p. 215), no qual podemos constatar que “De acordo com levantamento da OIT divulgado em 1985, a cada três

minutos um trabalhador perdia a vida no mundo em consequência de acidente do trabalho ou de doença profissional, e a cada segundo, pelo menos, quatro trabalhadores sofriam algum tipo de lesão.”. Em uma perspectiva mundial considerada alarmante, o cenário brasileiro não estava tão distante dessa realidade. Assim:

Desde que o Brasil obteve o lamentável título de campeão mundial de acidentes de trabalho na década de 1970 do século passado, diversas alterações legislativas e punições mais severas foram adotadas e muitos esforços estão ocorrendo para melhorar a segurança e a qualidade de vida nos locais de trabalho. (OLIVEIRA, 2010, p. 217).

Ora, é inconcebível acreditar – de maneira bastante ingênua ou um tanto maliciosa –, que o dever imposto ao empregador em fornecer ao teletrabalhador todas as instruções necessárias para evitar um possível contexto de doença ocupacional ou acidente de trabalho, será cumprido integralmente, em todos os casos, pelo simples fato de constar enquanto previsão legal. Mais absurdo ainda é transferir a responsabilidade no cumprimento de tais instruções para o empregado, parte sabidamente vulnerável em uma relação de trabalho, que deverá firmar termo de responsabilidade no sentido de garantir, muito mais ao bolso do empregador do que à sua própria saúde, que não deu causa a uma possível situação de doença ou acidente de trabalho. Vejamos, portanto, que a legislação se furtou em falar sobre qualquer dever de fiscalização do empregador, assumindo o empregado por conta própria o risco de adoecimento.

Em oportuno apontamento sobre a natureza – mesmo que involuntariamente nociva – das empresas, De Masi (2000, p. 172) esclarece que:

A empresa, por sua própria natureza, é uma instituição total, onívora, que gostaria de absorver o trabalhador o tempo todo. Se pudesse, o faria dormir no emprego. É uma necessidade psicológica, semelhante à que liga a vítima ao

seu carrasco. O chefe não consegue abrir mão dos empregados subordinados a ele, e estes, por sua vez, não conseguem abrir mão da subordinação ao chefe.

Assim, é notório que apesar dos significativos progressos obtidos no âmbito da saúde e segurança dos trabalhadores, especialmente nas últimas décadas, ainda estamos longe da situação ideal, que apresenta péssimas perspectivas no tocante ao teletrabalho, a partir do advento de dispositivos normativos que se preocuparam muito mais em tornar cômoda a situação jurídica do empregador do que a proteção jurídica dos teletrabalhadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização do presente trabalho científico, foi possível realizar o delineamento teórico e consequente aprofundamento do tema proposto, de modo bastante honesto e comprometido com a tarefa de permitir ao leitor a possibilidade de realizar algumas reflexões críticas e traçar algumas considerações fundamentais que representam as percepções advindas do estudo, quais sejam:

1. Desde a sua concepção bíblica até a sua resignificação moderna, a ideia do trabalho enquanto valor humano e ramo do direito, decorrente dos processos históricos de revolução industrial e de constitucionalização do direito do trabalho, tiveram especial influência nos processos de mudança e reestruturação social;
2. Apesar de ser uma realidade inconteste no cenário internacional, tal qual a concebemos nos dias atuais, desde a década de 1990, o teletrabalho apenas começa a ser regulamentado pelo ordenamento brasileiro em 2011, com a amplificação do Art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, que passa a abarcar esta “nova” modalidade

laboral;

3. O teletrabalho, enquanto espécie do gênero “trabalho à distância”, representa uma forma de prestação de serviços através do auxílio das novas tecnologias de comunicação e informação, que permite ao teletrabalhador executar suas atividades longe do ambiente físico da empresa a qual está contratualmente vinculado;
4. Entre as diversas polêmicas que circundam a Lei nº 13.467/2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista, a falta de esmero na regulamentação do teletrabalho é algo que resta evidenciado, principalmente quando analisamos atentamente os artigos 75-D e 75-E da Consolidação das Leis do Trabalho, momento em que se torna perceptível que essa dita “modernização” legislativa serve apenas aos interesses do empregador;
5. O tema da Saúde e Segurança do Trabalhador, que representa uma demanda histórica e uma necessidade tão importante em um país que ainda sofre com estatísticas muito elevadas, foi manifestamente posto à margem no processo de regulamentação do teletrabalho, ignorando-se o fato de que, longe do “maravilhoso mundo dos empregadores” estará o teletrabalhador, que além de exercer o seu labor terá que fiscalizar-se constantemente e assumir a responsabilidade pelo eventual – e por vezes, inevitável – adoecimento ou acidente de trabalho, que implicará apenas em uma justificativa patronal: a inobservância às instruções expressas e ostensivas que foram (apenas) fornecidas pelo empregador, conforme previsto em lei.

Finalmente, espera-se que este contributo teórico-científico possa servir de referência na continuidade de um debate que ainda

está longe de esgotar todas as suas vertentes de análise. Em tempos de tantas incertezas sobre o futuro do Direito do Trabalho, a busca por uma readequação na modalidade de teletrabalho é uma necessidade desvelada, afinal, lutar por aquilo que vale a pena ser modificado é de fundamental importância no contínuo processo de reinvenção da civilidade.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2018.

_____. **Decreto-lei nº 5.452**, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e pena. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 32, p.7, 1999.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**: entrevista a Maria Serena Palieri. Trad. De Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma trabalhista**: análise crítica da Lei 13.467/2017. 4.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia científica. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ltr, 2010.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ULTRATIVIDADE DAS NORMAS COLETIVAS X REFORMA TRABALHISTA: BREVE ANÁLISE DOS IMPACTOS DA LEI Nº 13.467/2017 NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E NAS NEGOCIAÇÕES ENTRE SINDICATOS

Allan de Queiroz Ramos¹

RESUMO

O presente trabalho se propõe a abordar a problemática que envolve a ultratividade das normas coletivas no ordenamento jurídico pátrio, com destaque para a modificação legislativa operada pela Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista) e os respectivos reflexos na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e nas negociações coletivas realizadas entre os sindicatos obreiros e patronais. Para tanto, apresenta uma pesquisa bibliográfica, na qual os dados foram coletados em fontes primárias e secundárias através de um levantamento em livros, publicações e documentos eletrônicos ligados ao tema, de modo a se constatar os atuais cenários e entendimentos sobre o assunto. Ao final, conclui-se que a alteração em destaque vai de encontro aos entendimentos jurisprudenciais então vigentes, razão pela qual o judiciário trabalhista possui importante papel ao se posicionar pela

¹ Advogado Corporativo. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba - ESMAT 13 - allanqueiroz.adv@hotmail.com

aplicação ou não da mudança em comento. Por sua vez, os sindicatos envolvidos nas negociações coletivas precisam se adequar à nova realidade, através de uma visão a médio ou longo prazo, visando o fortalecimento das respectivas categorias.

Palavras-chave: Ultratividade. Reforma Trabalhista. Normas Coletivas.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467/2017, popularmente conhecida como reforma trabalhista, adentrou o ordenamento jurídico pátrio por meio de um célere trâmite legislativo que, para muitos, não foi compatível com a relevância e os reflexos que as modificações então buscadas (e ora aprovadas) poderiam alcançar na prática do dia a dia dos empregados de todo o país, e, conseqüentemente, no cotidiano dos juristas que atuam na seara trabalhista.

Por ter como norte o princípio da proteção, o direito do trabalho sempre foi alvo de decisões judiciais que, no intento de ir ao encontro da plena proteção, acabavam alcançando campos não disciplinados pela legislação, podendo-se enquadrar em típicos casos de ativismo judicial.

Sem discutir o mérito da conduta empreendida pelos magistrados que assim agiram, o fato é que a jurisprudência trabalhista foi sendo solidificada por meio de súmulas e orientações jurisprudenciais.

Todavia, com o advento da reforma trabalhista, entendimentos pacíficos da seara jurídica laboral foram frontalmente afetados (ao menos, buscou-se tal afetação), sob a justificativa de que os tribunais trabalhistas estavam, reiteradamente, decidindo contra a lei.

O tema da ultratividade das normas coletivas se enquadra nessas circunstâncias.

Por meio da alteração empreendida no §3º, artigo 614, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o ordenamento nacional

passou a, expressamente, vedar a ultratividade para tais normas, indo de encontro com o entendimento exarado pelo Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio da Súmula nº 277.

Por seu turno, o sindicato obreiro e o patronal, atores da negociação coletiva, atravessam processo de adaptação à novel legislação.

Nesse cenário, o presente trabalho pretende tecer breves considerações sobre o histórico da ultratividade das normas coletivas para, em seguida, abordar os impactos que a Lei nº 13.467/2017 causou à jurisprudência estabelecida pelos tribunais trabalhistas, além de discorrer a respeito dos reflexos de tal alteração no cotidiano das negociações coletivas de trabalho.

2 HISTÓRICO DA ULTRATIVIDADE DAS NORMAS COLETIVAS DIANTE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST)

Enquadradas como fontes formais autônomas do direito do trabalho, as normas coletivas são objeto de intenso debate, estudo e relevância nos aspectos jurídico e social. Isto porque, por meio de tais normas, a categoria obreira obtém benefícios que incorporam os respectivos contratos individuais de trabalho, não se limitando a benefícios concedidos apenas em uma ou outra empresa (ex.: vantagens previstas em regulamento empresarial), mas sim, irradiando efeitos para toda uma gama de trabalhadores.

Neste sentido, Amauri Mascaro Nascimento:

Porém sem nenhuma dúvida, a negociação coletiva é a mais ampla fonte autônoma do direito do trabalho, a que tem merecido as maiores atenções, inclusive no plano internacional, com a importância que lhe é justificadamente dada pela OIT por meio das Convenções n. 98 e 154 e Recomendação n. 163 e das deliberações do Comitê de Liberdade Sindical, que considera o direito de negociar elemento essencial da liberdade sindical. (NASCIMENTO, 2011, p. 1401).

Por seu turno, é sabido que as normas coletivas não vigoram indeterminadamente no ordenamento jurídico, tendo em vista que a própria CLT, no art. 614, §3º, possui regramento disciplinando o prazo máximo para se estipular a duração de convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Entretanto, considerando que nem sempre as partes negociantes conseguem alcançar a finalização das tratativas antes do encerramento da vigência da norma coletiva em vigor, relevante debate jurídico iniciou-se a respeito da possibilidade de as normas coletivas possuírem aplicação ultrativa.

Ou seja, a doutrina e a jurisprudência debruçaram-se sobre o seguinte questionamento: as normas negociadas coletivamente se incorporam ao contrato de trabalho durante qual lapso temporal?

Para responder a presente indagação, três teorias se apresentam como as mais aptas para a obtenção de uma solução.

Vejamos:

De forma assaz resumida, existem três teorias que abordam a incorporação das cláusulas previstas em normas coletivas aos contratos individuais de trabalho: **i) teoria da aderência irrestrita** – baseada na inalterabilidade prevista no art. 468 da CLT, entende que o efeito da ultra-atividade implica incorporação definitiva das cláusulas econômicas e sociais aos contratos individuais de trabalho; **ii) teoria da aderência limitada ao prazo de duração** – defende que os efeitos devem obedecer ao tempo de duração da norma coletiva, não se admitindo a incorporação definitiva das cláusulas convencionais aos contratos individuais de trabalho; **iii) teoria da aderência por revogação** – sustenta que as normas coletivas teriam ultra-atividade até que fossem substituídas por outra convenção ou acordo coletivo que regulasse a matéria. Desse modo, a norma prosseguiria com sua eficácia no vazio e poderia ser alterada por outra superveniente, que

poderia, inclusive, suprimir direitos. (AZEVEDO NETO, 2017, p. 193, grifo nosso).

Até o ano de 1988, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) possuía posicionamento favorável à tese da aderência irrestrita, pela qual as normas coletivas irradiariam efeitos no contrato de trabalho mesmo após a cessação da vigência da norma então negociada, incorporando-se de maneira definitiva ao contrato de trabalho.

Todavia, por meio da Resolução nº 10/1988, o TST editou a Súmula nº 277, abordando a aderência das normas previstas em sentença normativa perante os contratos de trabalho:

Redação original - Resolução nº 10/88, DJ 01, 02 e 03.03.88
Nº 277 - SENTENÇA NORMATIVA. VIGÊNCIA.
REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO.

As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos. (BRASIL, 1988b).

Em que pese abordar os efeitos da sentença normativa, não demorou muito até que a interpretação ora conferida pelo TST se alastrasse para as normas de convenções e acordos coletivos de trabalho, mesmo que sob constantes críticas.

Essas críticas se fundamentavam, inclusive, em expressa previsão constitucional, já que, meses após a edição da súmula em comento, fora promulgada nova Constituição Federal em solo pátrio que, em seu art. 114, §2º, prestigiava a observância das normas convencionais quando da decisão do dissídio coletivo por parte da Justiça do Trabalho.

Por sua vez, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, referido comando constitucional se tornou ainda mais claro, ao se alterar a redação do parágrafo em comento, passando-se a prever, expressamente, o respeito às disposições “convencionadas anteriormente”:

Art. 114 Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
[...]

§2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (BRASIL, 1988a).

Neste cenário, vale destacar que, contrariando o então novo entendimento do TST, dentre outras normas legais, a Lei nº 8.542/92 consignou a ultratividade, ainda que condicionada por revogação, no que tange à política nacional de salários:

Art. 1º A política nacional de salários, respeitado o princípio da irredutibilidade, tem por fundamento a livre negociação coletiva e reger-se-á pelas normas estabelecidas nesta lei.

§1º As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho. (BRASIL, 1992).

Entretanto, o fato é que o TST veio a rever o posicionamento adotado apenas em 2009, quando alterou a súmula em comento para a seguinte redação:

SÚMULA Nº 277 - SENTENÇA NORMATIVA. CONVENÇÃO OU ACORDOS COLETIVOS. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO.

I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II - Ressalva-se da regra enunciado no item I o período compreendido entre 23.12.92 e 28.07.95, em que vigorou a

Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.01. (BRASIL, 2009).

Como visto, o TST reabriu espaço para o entendimento sobre a aplicação ultrativa, no que diz respeito à Lei nº 8.542/92.

Igualmente, já no ano de 2011, o TST voltou a aplicar a ultratividade por meio do posicionamento exarado pelo precedente normativo nº 120:

Nº 120 SENTENÇA NORMATIVA. DURAÇÃO. POSSIBILIDADE E LIMITES (positivo) - (Res. 176/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011)

A sentença normativa vigora, desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência. (BRASIL, 2011).

Neste compasso, cada vez mais tendendo para a tese em comento, o TST reeditou a súmula nº 277, no ano de 2012, desta vez para prever, de forma expressa, a ultratividade condicionada por revogação.

Vejamos:

Súmula nº 277 do TST

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - SÚMULA CUJA APLICAÇÃO ESTÁ SUSPensa NOS TERMOS DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA NOS AUTOS DO PROCESSO STF-ADPF Nº 323/DF, REL. MIN. GILMAR MENDES - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho. (BRASIL, 2012).

O posicionamento em comento, por muitos, é entendido como o que mais atende aos interesses obreiros e patronais, viabilizando-se a negociação, já que, se por um lado mantém direitos anteriormente conquistados, limita essa permanência até a celebração de novo instrumento coletivo.

Ocorre que, após o entendimento da ultratividade condicionada por revogação se encontrar consolidado, em outubro de 2016, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes, concedeu liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323 para “suspender todos os processos e efeitos de decisões no âmbito da JT que discutam a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas”.

Destarte, embora o TST mantenha o entendimento conforme a novel redação da súmula nº 277, o STF suspendeu, temporariamente, por meio da decisão ora referenciada, a aplicação ultrativa das normas coletivas, apesar de não ter conseguido suspender as discussões sobre o assunto em baila.

3 A REFORMA TRABALHISTA E A NOVA REDAÇÃO DO ART. 614, §3º DA CLT: O IMPACTO NA ULTRATIVIDADE

Conforme já narrado, a CLT já possuía expressa previsão do prazo máximo de vigência dos instrumentos negociados coletivamente. Entretanto, em virtude de a redação antiga abrir margem para interpretações bem dissonantes sobre a possibilidade de prorrogação das cláusulas, a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017), no seu ímpeto, veio trazer uma solução - ao menos - aparente.

Mantendo-se a íntegra do *caput* do Art. 614, a alteração surgiu no § 3º, ao qual fora acrescido trecho final, com expressa menção de “sendo vedada a ultratividade”:

Art. 614 Os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acordo, o

depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos.

[...]

§ 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade. (BRASIL, 2017a).

Para fundamentar a alteração em destaque, o Parecer Jurídico que tratou sobre os aspectos do Projeto de Lei 6.787/2016 (vindoura Lei nº 13.467/2017), defendeu que:

A nova redação proposta ao §3º do art. 614 também intenta garantir maior segurança jurídica às partes da relação empregatícia, uma vez que os tribunais trabalhistas têm, reiteradamente, decidido contra a lei em relação ao tema aqui proposto.

O §3º do art. 614 da CLT, em sua redação vigente, determina que os instrumentos de negociação coletiva não poderão ter prazo de vigência superior a dois anos. No entanto o TST decidiu por súmula que as cláusulas negociadas entre as partes se incorporam ao contrato individual de trabalho mesmo após o fim do prazo estipulado no acordo coletivo ou na convenção coletiva, vigorando até que novo instrumento seja celebrado. É o que se chama princípio da ultratividade da norma.

O STF, provocado, decidiu pela suspensão liminar de todos os processos, bem como dos efeitos, de decisões no âmbito da Justiça do Trabalho que discutam a aplicação da ultratividade de normas coletivas de trabalho.

O fato é que esse entendimento de validade da norma coletiva mesmo após o término do seu prazo de vigência, além de contrariar texto expresso de lei, não contribui para o aprimoramento da negociação coletiva, uma vez que desestimula a participação das entidades representativas dos empregadores, sabedores de que o que vier a ser negociado

se incorporará indefinidamente ao contrato. Prejudica, igualmente, os empregados, que se veem impedidos de ter melhoras temporárias em suas condições de trabalho, levando-se em conta aspectos conjunturais da economia, por exemplo. (BRASIL, 2017b, p. 61-62).

Ou seja, o Congresso Nacional validou as alterações então buscadas sob os argumentos da segurança jurídica e da não incorporação definitiva das cláusulas negociadas. Vale destacar que, independentemente da posição adotada, o citado parecer incorre em patente contradição, uma vez que, inicia a fundamentação informando que as cláusulas negociadas coletivamente vigoram enquanto não sobrevier novo instrumento coletivo, para, ao final, destacar que o que vier a ser negociado se incorpora indefinidamente.

Sustentando tese semelhante, mesmo antes da novel legislação, na esteira do antigo entendimento do TST, posteriormente reavivado pelo STF e ora presente em dispositivo legal, Volia Bonfim assim asseverava:

As normas coletivas criam direitos de caráter privado, complementando a lei e propiciando a melhoria da condição social do trabalhador. Os direitos por elas criados têm natureza distinta daqueles concedidos por lei, que se incorporam de forma definitiva aos contratos de trabalho. Em regra, as leis não têm vigência temporária, distinguindo-se, também neste aspecto, da precariedade das normas coletivas.

Ademais, um dos princípios do direito coletivo é o da adaptabilidade das vantagens trabalhistas à realidade econômica da empresa(s), daí o motivo da sua vigência temporária. Assim, quando a empresa estiver bem, com boa lucratividade, os trabalhadores podem obter maiores vantagens, quando seus lucros estiverem pequenos ou comprometidos, os benefícios serão reduzidos e, ainda, quando atravessar dificuldades financeiras, alguns direitos legais poderão ser flexibilizados (reduzidos). Também sob

este ponto de vista, não se justifica a incorporação definitiva das cláusulas normativas aos contratos de trabalho, pois impediria as empresas de se adaptar às realidades econômicas em épocas de crise.

[...]

Pelos motivos expostos defendemos que as cláusulas normativas das convenções e dos acordos coletivos, assim como as das sentenças normativas, só integram o contrato de trabalho durante a vigência da norma. Extinta a norma, mesmo que outra não seja ajustada, as benesses podem ser suprimidas, salvo quanto ao reajuste salarial concedido, já que o salário não pode sofrer redução (art. 7º, VI, da CRFB), a menos que outra norma coletiva o faça. (CASSAR, 2014, p. 1317-1318).

Em descompasso, tanto a posição da doutrinadora em destaque, quanto o parecer do Congresso e o próprio novo artigo legal, vão de encontro ao que o TST construiu com bases sólidas nos últimos anos, após retomar o posicionamento adotado antes de 1988.

Sobre o assunto, Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado destacam:

A par disso, a ultratividade estimula o empregador a se motivar para a negociação coletiva trabalhista, com o intuito de alcançar as mudanças que entender pertinentes no documento coletivo anterior. Ao invés, a ausência da ultratividade incentiva o empregador a não se interessar pela negociação coletiva trabalhista, pois, com a sua inércia, alcançará, na data prefixada para a terminação da vigência do ACT ou da CCT, o fim de todas as cláusulas negociais coletivas anteriormente pactuadas. (DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N., 2017, p. 272).

Deste modo, a jurisprudência, antes sólida, foi diretamente afetada pelas alterações ora abordadas, ante a expressa vedação da ultratividade.

Por seu turno, considerando que o próprio STF decidiu, em 2016, pela suspensão das ações que tratavam da ultratividade das normas coletivas, ao menos em análise perfunctória, pode-se constatar que o §3º do art. 614 da CLT não será alvo de declaração de inconstitucionalidade por parte da Corte Constitucional brasileira.

Deste modo, mais do que buscar rebater a novidade legislativa, os sindicatos precisam enxergar o novo cenário como de adaptação para fortalecimento e emprego nas vindouras negociações.

4 O REFLEXO DA NÃO ULTRATIVIDADE NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

Como não poderia ser diferente, a aplicação da ultratividade das normas coletivas favorecia a categoria obreira, no que diz respeito à manutenção de direitos e garantias anteriormente previstos, enquanto não se aprovava o novo instrumento coletivo, nos exatos termos do entendimento do TST.

Ou seja, o que já estava estipulado, permanecia ativo. Deste modo, as negociações operavam na busca de maiores benefícios, ainda que por meio de concessões recíprocas.

Entretanto, ao retirar-se o elemento ultratividade, constata-se que os sindicatos patronais tendem a obter vantagem em um primeiro plano, mas, ao mesmo tempo, pode-se observar uma oportunidade de fortalecimento dos sindicatos profissionais.

Explica-se.

Com a cessação das vantagens do documento com vigência encerrada, os sindicatos profissionais passam a ser alvo de maior pressão para que um novo instrumento seja celebrado. Ao ver-se pressionado, a chance de ser firmado um acordo ou uma convenção que não atenda aos interesses da categoria se torna elevado.

Ou então, para aqueles sindicatos que não cederem, as chances são altas de se permanecer por muito tempo negociando sem alcançar resolução.

Confirmando o que se expõe, recente matéria jornalística de abril deste ano possuiu o seguinte título: *“Número de acordos trabalhistas recua 29% no 1º trimestre”* (CONCEIÇÃO, 2018).

Sob outro ângulo, tendo em vista que a reforma trabalhista muito aborda a validade e o incentivo da negociação direta entre as partes, dados oficiais comprovam que, no 1º trimestre de 2018, o número de dissídios coletivos distribuídos igualmente caiu.

Neste sentido, mesmo quando não se firma o acordo ou a convenção, as partes vêm adiando ou mesmo não buscando recorrer ao Poder Judiciário para resolução do conflito existente.

Sendo assim, os sindicatos profissionais se deparam com uma oportunidade (para muitos, necessidade) de, mais do que nunca, se “profissionalizarem”. Isso porque as negociações passarão a demandar cada vez mais qualificação dos negociadores e conhecimento sobre os interesses da categoria.

Para obter representatividade, maior deverá ser o número de filiados, e, apenas obterão aumento de filiados, os sindicatos que estiverem prestando um serviço com a devida qualidade condizente com os interesses em baila.

5 CONCLUSÃO

A reforma trabalhista, aparentemente, resolveu a divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da ultratividade das normas coletivas.

Diz-se aparentemente, uma vez que a novidade legislativa, embora expressa, vai de encontro com toda a mais recente construção jurídica sobre o assunto em voga.

Sendo assim, não se estranhará o conhecimento de julgados nos quais os magistrados trabalhistas vierem a decidir pela não aplicação do novo §3º do artigo 614 da CLT.

No meio do presente imbróglio o TST se vê diante de importante momento: decidir conforme a reforma trabalhista e abandonar todo um histórico ou, em sentido contrário, decidir por continuar a entender cabível a ultratividade, posição esta que poderia acalorar os debates jurídicos e a dificuldade para a celebração de novos instrumentos coletivos.

Para os sindicatos, a ausência de ultratividade pode ser visualizada sob dois aspectos: inicialmente, constata-se apenas uma vantagem para um dos lados da negociação, todavia, ao se enxergar a médio ou longo prazo, pode-se visualizar que a profissionalização dos sindicatos profissionais poderá gerar futuras convenções que resguardem ainda mais os interesses da classe profissional.

De uma forma geral, acredita-se que a ultratividade, mediante revogação pela celebração de novo instrumento, atende ao mínimo das expectativas da classe profissional (não ter diminuída a renda ou os benefícios). Por outro lado, esse mesmo instituto sofre críticas por engessar a negociação, dificultando que os sindicatos patronais possam, até mesmo, ofertar vantagens ainda maiores (uma vez cientes de que vigorariam apenas e exatamente em determinado período).

Se de uma forma ou de outra, com a tendência para um lado ou outro, ou mesmo, se serão cumpridos ou não os fins pelos quais foi inserida a alteração no citado §3º: são questionamentos que apenas o tempo poderá responder.

Enquanto o tempo não nos responde, encerro este artigo na esperança de que, superadas as adversidades, a exposição ora realizada possua efeitos ultrativos para o estudo jurídico.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. A reforma trabalhista e a vedação da ultra-atividade das normas coletivas: retrocesso social? In: FELICIANO,

Guilherme Guimarães; TREVISÓ, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (Org.). **Reforma trabalhista**: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017. p. 193.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 jun. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº. 10 de 1988. Redação original da súmula nº. 277. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: 9 jun. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº. 161 de 2009. Redação da súmula nº 277 alterada na sessão do Tribunal Pleno em 16.11.2009. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: 9 jun. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº. 185 de 2012. Redação da súmula nº 277 alterada na sessão do Tribunal Pleno em 14.09.2012. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: 9 jun. 2018.

_____. Lei 13.467, de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 9 jun. 2018.

_____. Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis de Trabalho. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 9 jun. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.787, de 2016, do poder executivo, que “altera o decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições

de representantes dos trabalhadores no local de trabalho temporário, e dá outras providências". 2017. p. 61-62. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961>. Acesso em: 9 jun. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Precedente normativo nº 120. 2011. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN120>. Acesso em: 9 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 323. out. 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4599102>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

_____. Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1992. Dispõe sobre a política nacional de salários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8542.htm>. Acesso em: 9 jun. 2018.

CASSAR, Volia Bonfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 1317-1318.

CONCEIÇÃO, Ana. **Número de acordos trabalhistas recua 29% no 1º trimestre**. São Paulo, 2018. Disponível em:

<<http://www.valor.com.br/brasil/5458357/numero-de-acordos-trabalhistas-recua-29-no-1-trimestre>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 272.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de Menezes. A súmula nº 277 do C. TST e a "ultratividade" das cláusulas coletivas de trabalho (desvendando mentalidades). **Magister**, São Paulo, 59 ed., mar./abr. 2014.

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. 1401.