

H553 Hermenêutica infraconstitucional da Lei nº 13.467/2017- Reforma
Trabalhista / Carlos Eduardo de Azevedo Lima ... [et al.]. —
Brasília : Gráfica Movimento, 2018.
92 p. ; 23 cm.

ISBN 978-85-66507-24-9.

1. Terceirização. 2. Reforma trabalhista. 3. Trabalho
autônomo. 3. Justiça do trabalho – Brasil. 4. Autonomia
coletiva. 5. Obrigações trabalhistas. I. Lima, Carlos Eduardo de
Azevedo. II. Título.

CDU 331(81)



**HERMENÊUTICA INFRACONSTITUCIONAL DA LEI Nº 13.467/2017
REFORMA TRABALHISTA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**

Procurador-Geral do Trabalho
Ronaldo Curado Fleury

Vice-Procurador-Geral do Trabalho
Luiz Eduardo Guimarães Bojart

Chefe de Gabinete do Procurador-Geral do Trabalho
Rafael Dias Marques

Diretor-Geral
Leomar Daroncho

Carlos Eduardo de Azevedo Lima
Procurador do Trabalho
Coordenador do GT da Hermenêutica
Infraconstitucional

Valesca de Moraes do Monte
Procuradora do Trabalho

Tiago Muniz Cavalcante
Procurador do Trabalho

Leonardo Osório Mendonça
Procurador do Trabalho

Sandoval Alves da Silva
Procurador do Trabalho

Paulo Joarês Vieira
Procurador Regional do Trabalho

Claudio Cordeiro Queiroga Gadelha
Procurador do Trabalho

Augusto Grieco Sant'anna Meirinho
Procurador do Trabalho

João Carlos Teixeira
Procurador do Trabalho

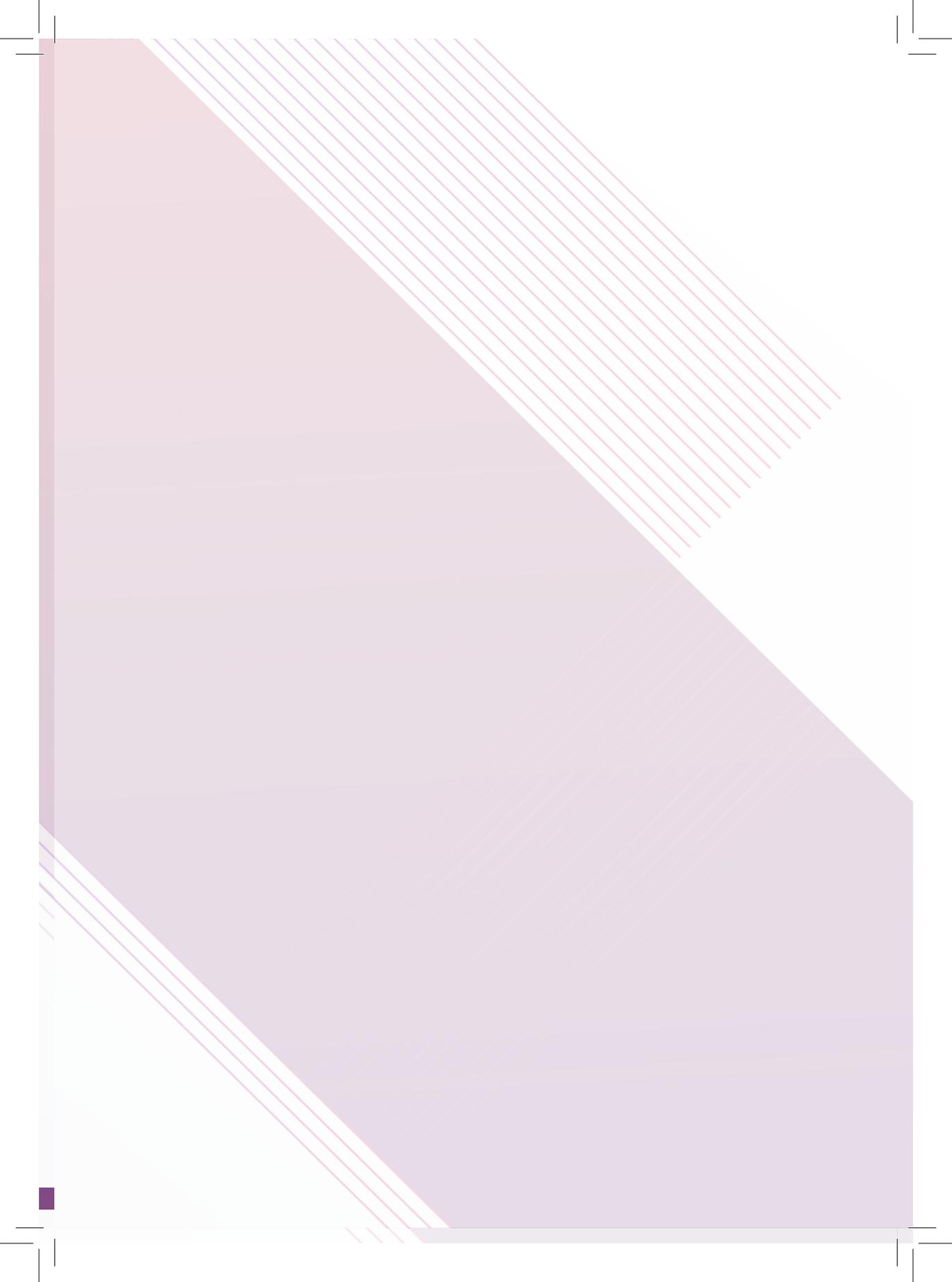
Vanessa Patriota da Fonseca
Procuradora do Trabalho

Rafael de Araújo Gomes
Procurador do Trabalho

Alberto Emiliano
Procurador do Trabalho

Material produzido pelo Ministério Público do Trabalho

Brasília, 2018



SUMÁRIO

Terceirização de Serviços _____	8
"Pejotização": fraude à relação de emprego _____	16
Trabalhador autônomo "exclusivo" _____	21
Limites da Autonomia Coletiva (Negociado x Legislado) _____	25
Impossibilidade de negociação coletiva ser utilizada para viabilizar mudança das regras relativas a jornada de trabalho e intervalo intrajornada _____	34
Quitação Anual das Obrigações Trabalhistas _____	38
Acordo Extrajudicial _____	51
Tarifação do Dano Extrapatrimonial _____	57
Grupo Econômico _____	64
Protesto de Sentença e inscrição em Órgãos de Proteção ao Crédito _____	68
Desconsideração da Personalidade Jurídica _____	72
Inviabilização do acesso à Justiça do Trabalho _____	75
Conclusão _____	90

GT – HERMENÊUTICA INFRACONSTITUCIONAL

O presente estudo se reporta a relatório produzido por Grupo de Trabalho instituído, no âmbito do Ministério Público do Trabalho, para tratar da questão atinente à hermenêutica infraconstitucional da Lei n. 13.467/2017, também conhecida como “Reforma Trabalhista”.

O referido Grupo de Trabalho (GT) foi criado pelo Procurador-Geral do Trabalho, por intermédio da Portaria PGT n. 1385/2017, tendo se tratado desde o início, no que tange ao objeto do GT, em especial do mapeamento dos pontos estratégicos da Reforma que impactem fortemente a atuação do MPT, a partir dos seguintes eixos temáticos: terceirização de atividades finalísticas (Objeto da ADI 5.735); temas processuais, tais como restrições inconstitucionais de acesso à Justiça do Trabalho e violação à independência funcional da Justiça do Trabalho; prevalência do negociado sobre o legislado; jornada de trabalho como elemento de saúde e segurança: limites constitucionais à flexibilização negocial; desvirtuamento do regime de emprego, aí abrangidas questões como descaracterização do regime de emprego e derrogação de proteção jurídica trabalhista aos empregados com maior remuneração e com diploma de formação superior; desvirtuamento de verbas salariais, violação do salário mínimo e do salário equitativo; além da tarifação do dano extrapatrimonial.

Entre os objetivos do GT, portanto, estava a elaboração de posicionamentos jurídicos acerca dos pontos mapeados, tomando por base os eixos temáticos já mencionados, com foco em resolução de antinomias normativas e interpretação principiológica.

Importante destacar que a discussão dessas questões se deu com participação de representantes de todas as Coordenadorias Nacionais Temáticas do Ministério Público do Trabalho, integrantes do grupo e subscritores do respectivo Relatório, sendo também oportuno destacar que um dos escopos do GT consistiu justamente em propiciar o amadurecimento das discussões do texto produzido, posteriormente, no âmbito das Coordenadorias, visando à aprovação, dentro do possível, de Orientações, na forma da Resolução CSMPT n. 137, assim como o planejamento de ações concentradas.

Não se olvidou, ademais, o intuito de se buscar contribuir, a partir do material apresentado, para a discussão que leve à possível elaboração de Enunciados da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho (CCR/MPT), a partir, evidentemente, das contribuições e oitiva e dos Coordenadores Temáticos Nacionais, Grupos de Trabalho e Coordenadores de Primeiro e Segundo Grau das Regionais.

Em última análise, há de se destacar, o objetivo tanto deste GT da Hermenêutica Infraconstitucional quanto de outros criados no âmbito da Procuradoria-Geral do Trabalho – a exemplo do GT do Controle de Convencionalidade e, também, do Controle de Constitucionalidade, ambos também se referindo à chamada “Reforma Trabalhista” – tem relação umbilical com a necessidade de se buscar contribuir para a elaboração de estratégias de atuação para consolidação de interpretações favoráveis à defesa e à promoção dos direitos sociais, buscando minorar os nefastos efeitos trazidos pela Lei n. 13.467/2017, de cunho reconhecidamente precarizante, conforme posicionamento institucional do MPT, ampla e reiteradamente divulgado.

Ante todo este contexto, serão apresentados, a seguir, os apontamentos produzidos pelo GT da Hermenêutica Infraconstitucional, partindo-se dos tópicos nos quais fora este dividido.

CARLOS EDUARDO DE AZEVEDO LIMA
Procurador do Trabalho
Coordenador do GT da Hermenêutica Infraconstitucional

TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

Cumprе esclarecer, prefacialmente, que esta parte do texto, assim como aquelas referentes à chamada “pejotização” e ao trabalhador autônomo exclusivo, são compostas por diversos trechos extraídos do Manual de Apoio da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes Trabalhistas do Ministério Público do Trabalho (CONAFRET), o qual consistiu em trabalho mais abrangente e que teve trechos extraídos para compor o trabalho atinente ao relatório do GT da Hermenêutica Infraconstitucional, sendo que o aludido Manual de Apoio, por sua vez, é fruto de reflexões do GRUPO DE ESTUDOS DA TERCEIRIZAÇÃO, instituído no âmbito da CONAFRET, tomando por base a Portaria PGT nº 1677/2017, com o objetivo de “elaborar estudo sobre o impacto das normas introduzidas pelas Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017 em relação às matérias de atribuição da CONAFRET, assim como de eventual decisão do STF nas ADIs em tramitação, questionando a constitucionalidade da terceirização da atividade-fim.”

Os estudos que compõem o Manual foram realizados pelos integrantes do GE TERCEIRIZAÇÃO e pelos Coordenadores Nacionais da CONAFRET, a seguir discriminados: Geraldo Emediato de Souza (PRT da 3ª Região / MG), Gláucio Araujo de Oliveira (PRT da 9ª Região / PR), Helder Santos Amorim (PRT da 3ª Região / MG), Lorena Vasconcelos Porto (PRT da 2ª Região / SP), Paulo Joarês Vieira (PRT 4ª Região /RS e Coordenador da CONAFRET), Rodrigo de Lacerda Carelli (PRT 1ª Região / RJ e Coordenador do GE da Terceirização) e Tadeu Henrique Lopes da Cunha (PRT 15ª Região / Campinas e Relator do GE da Terceirização).

Passando à questão atinente à terceirização, observa-se que a Lei n. 13.467/2017 inseriu na Lei n. 6.019/1974 novas disposições voltadas a disciplinar a prestação de serviços de uma empresa a outra, complementando, deste modo, a disciplina normativa da matéria, iniciada com a Lei n. 13.429/2017.

Com isso, a Lei n. 6.019/1974 passou a fixar os marcos jurídicos do contrato de prestação de serviço, delimitando, por conseguinte, o espaço de manifestação deste regime de trabalho, firmado sob modelo relacional triangulado entre o empregado e a empregadora prestadora de serviço, que utiliza sua mão de obra para realização de uma atividade inserida no processo de produção de uma terceira empresa, a tomadora e contratante do serviço.

Essa triangulação relacional enseja grave déficit de eficácia dos direitos dos empregados da prestadora, porque ela afasta elementos que integram o sentido histórico da clássica relação de emprego, e que têm por função conferir-lhe alta densidade de proteção social: a integração do trabalhador na organização da empresa, a pretensão de máxima continuidade do vínculo de trabalho e a pessoalidade na prestação do labor.

O afastamento desses elementos implica profunda fragilidade ao vínculo de emprego com a prestadora, sujeito às seguintes repercussões deletérias:

- a) afastamento do trabalhador da categoria profissional vinculada à atividade econômica da empresa beneficiária final de sua mão de obra, com consequente perda da representatividade sindical e dos direitos previstos em suas normas coletivas;
- b) maior rotatividade contratual, com redução de eficácia de direitos que dependem do tempo de serviço, como férias, FGTS, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, aposentadoria etc.;
- c) maior instabilidade nos diversos ambientes de trabalho das empresas tomadoras e ausência de pessoalidade no trato com o titular do ambiente laboral, o que enseja prejuízo à implementação de medidas adequadas de proteção à sua saúde e segurança;
- d) redução remuneratória, pressão por aumento da jornada e redução de investimentos em medidas de proteção à saúde e segurança, decorrente da sujeição do contrato de prestação de serviço às pressões do mercado de serviço;
- e) perda de direitos de fonte estritamente negocial, como participação nos lucros e resultados e benefícios sociais etc.¹

Por força dessas e de outras repercussões deletérias sobre a efetividade do regime constitucional de emprego socialmente protegido (CF, art. 7º, I), o vínculo com a prestadora, disciplinado pela Lei 6.019/1974, deve ser tomado como **modelo excetivo ao regime geral de emprego**, firmado entre o trabalhador e o beneficiário final de sua mão de obra, a fim que o contrato de prestação de serviço não seja desvirtuado em sua finalidade e utilizado como veículo de mascaramento à relação de emprego, prática ilícita quando veiculada fora do regime de trabalho temporário, sob suas estritas hipóteses de incidência.²

Há de se observar, neste sentido, que, na prestação de serviços o que se contrata é a atividade e não os trabalhadores, conforme dispõe expressamente a lei. A própria ideia da prestação de serviços, aliás, é da especialização e descentralização das atividades, sendo o fornecimento de mão de obra, por sua vez, a exceção à regra de contratação direta de trabalhadores previstas nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por isto, não há que se falar em prestação de serviços caso preenchidos os elementos da relação de emprego em relação aos trabalhadores da empresa prestadora de serviços com a tomadora, mas sim em intermediação ou mero fornecimento de mão de obra, ilegal por essência, desde o princípio basilar da Organização Internacional do Trabalho: "O trabalho não é uma mercadoria" (Declaração de Filadélfia, 1944). Assim, somente se admite a mercantilização do trabalho por exceção, como no caso do trabalho temporário.

Ocorrendo a intermediação de mão de obra travestida de prestação de serviços aplica-se o art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, considerando-se assim "contratação de trabalhadores por empresa interposta", formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador, na forma do inciso I da Súmula 331 do Tribunal

¹ A respeito das restrições impostas pela terceirização ao regime constitucional de emprego socialmente protegido, ver o texto sobre Terceirização na Reforma Trabalhista, do GT Inconstitucionalidades. Ver também: DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

² As hipóteses de incidência do contrato de trabalho temporário continuam regidas pelo art. 2º da Lei 6.019/1974.

Superior do Trabalho. Tal inciso nunca tratou de terceirização e permanece intocado pela nova legislação, pois disciplina o mero fornecimento de mão de obra.

Contratar trabalhadores por empresa interposta, sob o manto ou nome de "prestação de serviços" não torna o ajuste imune ao escrutínio dos elementos da relação de emprego, que deve ser verificado.

Os elementos identificadores do mero fornecimento de mão de obra, além da constatação da subordinação, inclusive nas suas mais modernas dimensões, bem como da personalidade (escolha na entrada e na saída dos trabalhadores), são, entre outros:

- 1) prevalência do elemento humano no contrato. Se o contrato dispuser sobre a identificação dos trabalhadores que deverão prestar o serviço, bem como a quantidade e cargos a serem ocupados, estaremos diante de intermediação de mão de obra disfarçada de terceirização;
- 2) meios de produção e "*know-how*". Obviamente, quando se trata de terceirização, os meios da realização da atividade econômica devem ser da empresa contratada. Não se deve confundir meios de produção com ferramentas. Meios de produção é o capital investido em máquinas, estruturas e tecnologias, sendo que ferramentas são instrumentos da realização de trabalho, mais simples, que podem ser inclusive de propriedade dos trabalhadores. Em todo caso, não poderá a empresa tomadora de serviços fornecer os meios de produção ou ferramentas, o que descaracterizará a terceirização. O "*know-how*", ou especialização, é a capacidade técnica em realizar o serviço contratado. Se a empresa contratante expedir instruções, diretas ou indiretas, para a execução dos serviços, isto será forte indício de descaracterização do contrato de prestação de serviços, podendo configurar mera intermediação de mão de obra;
- 3) Autonomia na prestação de serviços. A verdadeira prestação de serviços pressupõe que a empresa tenha autonomia na condução dos serviços, não admitindo qualquer tipo de controle que não seja finalístico, ou seja, na qualidade dos serviços prestados como um todo, não sendo possível que haja ingerência na realização dos serviços ou na execução do trabalho por qualquer empregado da contratada, mesmo que de forma indireta a preposto da empresa prestadora de serviços.

Para caracterizar autêntica prestação de serviços, importante que se destaque, o contrato deve ter por objeto efetiva **transferência da execução da atividade** de uma empresa a outra. Essa transferência implica alteração do controle operacional sobre a atividade contratada, com substituição da empresa contratante pela empresa contratada no exercício desse comando. A empresa contratante figura como credora e titular do resultado útil contratado, enquanto a empresa contratada, como devedora da unidade de produção, torna-se executora da atividade, devendo sobre ela exercer total controle produtivo.

Sem transferência do controle produtivo não se pode falar em autêntica prestação de serviço, figurando o contrato como simulacro voltado a encobrir a mera transferência de vínculos formais de emprego, em fraude ao regime geral de emprego entre o trabalhador e o beneficiário final de sua mão de obra (CLT, art. 9º).

Embora continue inserida no processo produtivo da empresa tomadora, a atividade contratada deve passar à inteira gestão executiva da empresa prestadora, responsável pela entrega da unidade de produção objeto do contrato. Mesmo quando a transferência da atividade for parcial é importante que a prestadora execute tais

serviços com **autonomia formal, organizacional, administrativa e finalística**. A legítima prestação de serviço também exige da empresa contratada **autonomia operacional**. Sem ela, a contratação não passa de instrumento de burla ao regime de emprego.

Configura, portanto, violação ao regime de emprego, com conseqüente formação de vínculo de emprego entre o trabalhador e empresa contratante, a ausência de autonomia formal, organizacional, administrativa, finalística e operacional da empresa contratada.

E esta autonomia significa que a realização das atividades deva ocorrer sob **direção exclusiva da empresa prestadora e nos limites do contrato de prestação de serviço**, não podendo haver qualquer traço de subordinação dos empregados terceirizados à empresa contratante, sob pena de se converter em empresa intermediadora de mão de obra.

Não se pode olvidar, ademais, a imprescindibilidade de existência de um outro elemento caracterizador da prestação de serviço, que diz respeito à exigência de **capacidade econômica** da empresa prestadora para execução do contrato de prestação de serviço, conforme previsão do *caput* do art. 4º-A da Lei 6.019/74:

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.**

Neste sentido, importante observar que a capacidade econômica refere-se à disponibilidade de ativos capazes de se remunerar, no exercício da atividade produtiva, constituindo a totalidade das riquezas disponíveis, suficientes ao cumprimento das obrigações contraídas.³ Exige a norma, em suma, que esse patrimônio empresarial seja suficiente para garantir a execução do contrato de prestação de serviços, o que compreende, além da entrega do objeto contratado, a satisfação das obrigações comerciais, sociais, trabalhistas, previdenciárias, tributárias e outras decorrentes da execução da atividade.

Desse modo, o legislador ordinário adota medida de garantia da exequibilidade contratual, como requisito de licitude do próprio contrato, a partir de constatação da realidade de profunda fragilidade econômica das empresas prestadoras, no mercado de serviço, com alto risco de inadimplência de obrigações contratuais, fiscais, trabalhistas, previdenciárias etc., imputando, com isso, responsabilidade à empresa contratante pela eleição de empresas idôneas e pela fiscalização de sua condição econômica no curso contratual.

Dessa forma, enquanto o capital social mínimo constitui requisito de funcionamento da empresa prestadora de serviço, aferível objetivamente à vista do seu

³ Ver em <<http://www.cienciascontabeis.com.br/situacao-economica-versus-situacao-financeira/>>. Acessado em 29/8/2017.

número de empregados, a capacidade econômica constitui condição vinculada a cada contrato de prestação de serviço por ela firmado, a ser aferida pela empresa contratante, sob pena de violação do conceito de prestação de serviço.

Essa capacidade econômica da empresa prestadora de serviço é condição a ser observada pela empresa contratante a partir do ato da contratação, aferindo se a contratada dispõe de patrimônio suficiente para fazer face aos compromissos decorrentes da execução do contrato, inclusive aqueles relativos ao cumprimento de direitos trabalhistas. É o que decorre da leitura do caput do art. 4º-A, que "considera" como contratação de serviços a transferência da execução de atividade "*à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços **que possua capacidade econômica compatível com a sua execução***". Em sentido inverso, a norma não considera como prestação de serviço a transferência da atividade a empresa inidônea, sem capacidade econômica para executá-la, porque presume tratar-se, na hipótese, de mera transferência de vínculos de emprego, ou seja, de mera intermediação de mão de obra.

Ainda no que diz respeito à terceirização, entende-se que um ponto há de ser destacado, com ênfase, ao se tratar da questão. Neste sentido, não se pode deixar de analisar a questão sob a ótica da possibilidade de tratamento diferenciado ao trabalhador empregado da empresa de prestação de serviços em relação ao empregado da contratante em cotejo com o princípio da **isonomia**.

E, a este respeito, a denominada "reforma trabalhista" trouxe a possibilidade de contratação de serviços para a realização da atividade principal da empresa tomadora dos serviços e, neste contexto, propiciou, de fato, a discriminação entre os empregados de ambas as empresas, mesmo quando eles realizam as mesmas atividades e contribuam, com seus trabalhos, para a elaboração do mesmo produto.

Acerca dessa tão relevante questão, há de reconhecer, antes de mais nada, que o princípio da isonomia deve sim vincular não somente o aplicador da lei, que ao interpretá-la está impedido de adotar o sentido que resulte em uma desigualdade arbitrária de tratamento de situações ou pessoas, mas também o legislador, que ao elaborar normas jurídicas deve pautar-se pelo zelo com os destinatários da lei, a fim de que não lhes imprima, com a atividade legiferante, circunstâncias violadoras da igualdade, ou que lhes ocasione disparidade injustificada de tratamento.⁴

Em suma, o princípio da isonomia, seja como princípio fundamental, ou como decorrência do direito fundamental de igualdade, vincula não somente o julgador

⁴ Francisco Campos defende que o princípio da igualdade perante a lei não só vincula, mas tem como "principal destinatário o legislador". O autor acrescenta que: "A lei é uma regra de direito, e o legislador dispõe por via geral, e assim, não lhe é lícito escolher ou privilegiar ou privilegiar determinadas situações, a não ser que estas sejam, por si mesmas, singulares ou privilegiadas. A razão pela qual a lei institui um regime para determinados casos ou indivíduos, se em outros se verifica a mesma incidência daquela razão, a regra de direito estabelecida para aqueles se estende, igualmente, a estes. Não é lícito à lei discriminar entre indivíduos os casos entre os quais existe uma relação de igualdade, conferindo a uns vantagens ou regalias que não se tornem extensivas aos casos ou indivíduos que se encontram na mesma situação que a lei tomou como base, critério ou razão para o tratamento que dispensou aos primeiros". CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Vol. II. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958. P. 189.

(Judiciário), mas também o criador do direito (Legislativo), tanto no aspecto formal (da estrutura da norma jurídica), quanto no material (seu conteúdo).

Isto porque a lei não pode ser “fonte de privilégios ou perseguições”, pelo contrário, deve promover a regulação da vida da sociedade na direção do tratamento equânime das pessoas.⁵

Conquanto seja possível e, até mesmo, desejável, o tratamento desigual em algumas situações (como as ações afirmativas), isso se dá com o objetivo de promover a própria igualdade por meio do reequilíbrio das relações sociais, oferecendo tratamento jurídico mais favorável a grupos sabida e reiteradamente discriminados (negativamente). Todavia, no caso da Reforma Trabalhista, o que se observa é que a discriminação com ela advinda não apresenta correlação lógica entre o fator de *discrimen* e o tratamento jurídico diferenciado, sendo, portanto, uma discriminação arbitrária ou ilegítima, vedada pela ordem constitucional.

Ademais, a isonomia consiste num direito fundamental, tanto sob o aspecto formal (consta expressamente no rol dos direitos fundamentais), quanto do ponto de vista material, por concretizar a dignidade humana, ponto de convergência de todos os direitos materialmente fundamentais.

Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 1º, já traz a igualdade como direito humano: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.⁶ E os direitos fundamentais distinguem-se dos direitos humanos por terem sido positivados pelos Estados. Ou seja, há direitos que são humanos (previstos na Declaração) e que também são fundamentais (previstos em normas dos Estados), como é o caso da igualdade, pois está prevista no artigo 5º, da CF/88:⁷

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:

Trata-se, pois, a igualdade, de direito fundamental. E, neste contexto, incólume de dúvidas de que há de existir a vinculação tanto do poder público quanto dos particulares aos direitos fundamentais, pois isto decorre de interpretação do artigo 5º, § 1º, da CF.⁸

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª Ed. 18ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 10.

⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 12.08.2017, às 00:09.

⁷ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16.08.2017, às 08:37.

⁸ *Ibid.*

Art. 5º. (...).

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A possibilidade de discriminação trazida pela denominada "reforma trabalhista" representa algo concreto, tendo em vista o tratamento injustificadamente distinto para trabalhadores que laboram em condições semelhantes, no mesmo local, distinguindo suas respectivas situações pelo fato de serem formalmente empregados da empresa tomadora ou prestadora de serviços, o que leva à discriminação ilegítima, inconstitucional ou arbitrária e, portanto, incabível no ordenamento jurídico pátrio.

De fato, conferir tratamento desigual a pessoas que tenham realizado o mesmo trabalho, no mesmo local, representaria atribuir maior valor ao trabalho de uma pessoa (empregado da empresa "A") em relação ao de outra pessoa (empregado da empresa "B"). A razão para a diferença de tratamento seria o fato de as pessoas comparadas apresentarem vínculos de emprego com pessoas jurídicas distintas.

Pode-se depreender, neste contexto, que a ideia de se igualar as situações, trazendo o tratamento isonômico entre trabalhadores que executam as mesmas tarefas, ainda que formalmente vinculados a empresas distintas, baseia-se no valor do trabalho de cada um. Como eles executam as mesmas tarefas entende-se que realizam trabalhos de igual valor e, portanto, devem merecer o tratamento igualitário.

Observa-se, ainda, que a discriminação advinda com a reforma trabalhista, no sentido de possibilitar tratamento distinto a empregado de uma empresa em relação ao empregado da prestadora de serviços, ainda que eles realizem o mesmo trabalho no mesmo local, afronta não somente a Constituição Federal, tal como exposto alhures, mas também a Convenção n. 111 da OIT, norma de caráter supralegal, devendo, portanto, a nova norma jurídica, neste particular, ser considerada inválida por contrariar norma de hierarquia superior.

Pode-se argumentar, ademais, que o contrato de prestação de serviços que permita a diferença de tratamento entre o empregado da contratante e o empregado da prestadora, mesmo que executem as mesmas tarefas, no mesmo local de trabalho, não cumpre sua função social, pois afeta direitos de terceiros (os trabalhadores da prestadora), diminuindo o valor de seu trabalho, enfim, discriminando-os.

A discriminação, no caso, decorre diretamente da contratação realizada entre as empresas. O contrato de prestação de serviços é um direito conferido a elas (liberdade de contratar, decorrente da liberdade de iniciativa). Contudo, a ele é imposto um limite no sentido de que deve cumprir uma função social (atender a uma finalidade social), o que não ocorre quando ele resulta em discriminação de terceiros, os empregados da prestadora de serviços. A discriminação decorrente da contratação haverá, portanto, de ser considerada como abusiva (exercício abusivo de um direito, o direito de contratar). E, em sendo abusiva, configura ato ilícito (nos termos do artigo 187 do Código Civil), sendo cabível o dever de indenizar.⁹

⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Op. Cit.

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.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Considerando-se estes aspectos, ou seja, que a contratação que resulta em tratamento discriminatório desrespeita a função social do contrato, configurando abuso de direito, que é um ato ilícito e, ainda, que aquele que comete ato ilícito tem o dever de reparar o dano, ao se deparar com esta situação é indubitável a possibilidade de condenação das empresas a indenização por danos (materiais e morais). Na situação em tela, serão ambas as empresas responsabilizadas solidariamente, pois o ato ilícito é praticado pelas duas (contratante e prestadora), tal como se extrai do disposto no artigo 942, parágrafo único, do Código Civil (segundo o qual são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932).

“PEJOTIZAÇÃO”: FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO

O artigo 4º-A da Lei 6.019/74, acrescido pela Lei 13.429/2017, com a alteração promovida em seu *caput* pela Lei 13.467/2017, tem a seguinte redação:¹⁰

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

§ 1º **A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores**, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

§ 2º **Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços**, qualquer que seja o seu ramo, **e a empresa contratante**. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017). [destaques acrescidos]

De início, cabe lembrar que a denominada “pejotização” consiste em contratação de trabalhador subordinado como sócio ou titular de pessoa jurídica, mecanismo voltado a mascarar vínculo empregatício por meio da formalização contratual autônoma, em fraude à relação de emprego. Daí se origina o neologismo “pejotização”, no sentido de transformar artificialmente um empregado em pessoa jurídica.

Numa primeira análise, o § 2º do artigo 4º-A oferece argumento jurídico facilitador da “pejotização”, ao afastar vínculo empregatício entre os sócios das empresas prestadoras de serviços e a empresa contratante.

No entanto, quando se examina o conjunto das normas que foram acrescentadas à Lei 6.019/74 com o objetivo de regulamentar a prestação de serviços a terceiros, constata-se que a “pejotização” não se enquadra na figura da prestação de serviços, considerado o conceito legal dessa modalidade contratual e a forma de sua execução.

O primeiro aspecto a inviabilizar a utilização do contrato de prestação de serviços como instrumento de “pejotização” reside na exigência de transferência do serviço para a contratada, sendo a autonomia um elemento a ela inerente.

Note-se que a autonomia abrange a capacidade de auto-organização e gestão da atividade transferida, inclusive quanto aos métodos de trabalho, o que é incompatível com as situações em que a contratante visa a prestação de serviços pessoais pelo contratado, inserindo-o no seu processo produtivo.

Como decorrência da transferência da execução da atividade, o contrato de prestação de serviços resulta descaracterizado nas situações em que houver subordinação direta ou estrutural do trabalhador à contratante, inclusive por meios telemáticos e informatizados. Nesse contexto, dispõe o parágrafo único do artigo 6º

¹⁰

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Op. Cit.

da CLT 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".

Ao conceituar a prestação de serviços a terceiros, por sua vez, o caput do art. 4º-A a define como a transferência da execução de atividades da contratante à pessoa jurídica prestadora de serviços que possua "*capacidade econômica compatível com a sua execução*". Quando o trabalhador, ainda que na condição de sócio ou titular de pessoa jurídica, se compromete a prestar uma atividade em caráter pessoal, entregando para isso apenas sua força de trabalho, esse contrato não configura prestação de serviço, pois por meio dele não se transfere execução de atividade, mas apenas se contrata força de trabalho, e para sua execução não se exige capacidade econômica do prestador, por se tratar de trabalho por conta alheia.

No mesmo sentido aponta o § 1º do artigo 4º-A, ao estabelecer que cabe à empresa prestadora a direção do trabalho desenvolvido por seus trabalhadores. Apesar de referir-se a "trabalhadores", a norma os enquadra juridicamente como "empregados", pois, segundo o enunciado, a empresa prestadora os "contrata, remunera e dirige", elementos próprios da relação de emprego (CLT, arts. 2º e 3º).

A exigência de que a empresa prestadora dirija os trabalhos inviabiliza, em termos lógicos, a utilização do contrato de prestação de serviços como instrumento formal para mascarar a relação de emprego, pois é da essência da "pejotização" que o trabalhador contratado preste serviços com pessoalidade e sob subordinação estrutural ou direta à contratante, figurando esta na direção de seu trabalho. Se a contratante mantém o controle administrativo e operacional da atividade objeto do contrato, há forte indício de fraude.

Ao fixar os requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros, o legislador exige que possua capital social "compatível com o número de empregados", conforme escala que se inicia com "*empresas com até dez empregados – capital mínimo de R\$ 10.000,00...*" (art. 4º-B). Claramente a Lei define a prestadora de serviços como uma empresa estruturada, com quadro de pessoal e que executa o objeto do contrato com uso de mão de obra de empregados, tanto que assegura "*aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o Art. 4-A desta Lei (...) as mesmas condições*", atendimento médico ambulatorial, utilização de refeitório, transporte, treinamento e saúde e segurança no trabalho (art. 4º-C).

Essa caracterização da figura da prestadora de serviços como uma empresa dotada de estrutura funcional consta expressamente do art. 5º-A da Lei 6.019/74, com redação dada pela Lei n. 13.429/2017:¹¹

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que **celebra contrato com empresa de prestação de serviços** relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

¹¹ BRASIL. Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017. Op. Cit.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram **objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços**.

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

§ 4º A contratante **poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços** o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado. [destaques acrescidos]

Ainda que se possa entender que a Lei contempla também hipótese em que as atividades sejam executadas diretamente pelos sócios ou titulares da empresa de prestação de serviços, essa somente poderá se dar no exercício de típica atividade empresarial, observadas as balizas que decorrem de seu conceito e características, que claramente diferem da relação de emprego mascarada em uma "pejotização".

Oportuno observar que o artigo 966 do Código Civil conceitua a figura do empresário como "*quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*".

Analisando referido dispositivo, BARBOSA aponta:

*"Vejamus cada um dos elementos que compõem o conceito de empresário individual, de acordo com o que está descrito no Código Civil. O primeiro elemento é a palavra "quem", correspondente, a nosso ver, a uma pessoa. É o empresário quem dirige, em nome próprio, uma atividade econômica. É ele que assume os riscos do negócio, auferindo lucros ou sofrendo prejuízos decorrentes da atividade econômica. A direção em nome próprio caracteriza a assunção, de forma pessoal pelo empresário individual perante terceiros, da responsabilidade pelas obrigações decorrentes dos riscos do empreendimento. O segundo elemento é que o verbo "exerce" nos induz a pensar em atividade econômica. Na verdade, é importante destacar que o empresário "dirige" a atividade econômica. É uma atividade, portanto, diretiva-organizativa."*¹²

Na mesma linha é a lição de REQUIÃO, para quem "**dois elementos fundamentais servem para caracterizar a figura do empresário: a iniciativa e o risco**".¹³ O trabalhador contratado sob o mascaramento de pessoa jurídica não ostenta essas condições, pois não dirige uma atividade econômica e não assume os riscos dela decorrentes.

No plano trabalhista, a figura do empresário deve ser interpretada em harmonia com o artigo 2º da CLT, segundo o qual "**considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços**".

¹² BARBOSA, Leonardo Garcia. **Conceito e função econômica da empresa**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503047/001011329.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24.09.2017, às 12:55.

¹³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Vol. I. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, S/D. p. 75.

Como se percebe, o conceito de empresa pressupõe o exercício de uma atividade econômica organizada, na qual o empresário assume os riscos da atividade empresarial e, logicamente, colhe os frutos do seu lucro.

O desenvolvimento de atividade econômica e a assunção dos riscos a ela inerentes são os elementos que a Lei 8.212/91 adota para a caracterização da empresa:¹⁴

Art. 15. Considera-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional; (...)

Na mesma toada, conclui SILVA que "*quem presta um trabalho autônomo de caráter exclusivamente pessoal não é empresário*".¹⁵

Assim, a norma do artigo 5º-C deve ser interpretada coerentemente, no contexto normativo em que inserida, pois embora utilize o termo "pessoa jurídica", está se referindo à empresa, no sentido de atividade econômica organizada:¹⁶

Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, **a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício,** exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

O dispositivo revela preocupação do legislador em evitar o desvirtuamento e utilização indevida do contrato de prestação de serviços para fraudar a relação de emprego, impedindo que empresas contratantes induzam empregados ou trabalhadores autônomos a constituir pessoas jurídicas para figurar como empresas prestadoras de serviços, em típico processo de "pejotização". O descumprimento da proibição legal gera presunção de irregularidade da contratação, resultando descaracterizada a prestação de serviços, com formação de vínculo de emprego entre os trabalhadores e a contratante.

Esse tipo de irregularidade é comum e em muitos casos visa à obtenção de benefícios tributários, pois a empresa criada para assumir a execução de determinada etapa do processo de produção, enquadrada como micro ou pequena empresa, é beneficiária de regime de tributação diferenciado, conforme a legislação que rege tais modalidades.

Destarte, as alterações normativas inseridas na Lei 6.019/74 não autorizam - ao contrário, vedam - o expediente da "pejotização", deixando claro que esse tipo de

¹⁴ BRASIL. **Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 27.09.2017, às 23:03.

¹⁵ SILVA, Bruno Mattos e. **Direito de empresa:** teoria da empresa e direito societário. São Paulo: Atlas, 2007, p. 34.

¹⁶ BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017.** Op. Cit.

simulação não encontra amparo nos contratos de prestação de serviços a terceiros. Nesse sentido, são nulos os contratos que, apesar de formalmente ostentarem como objeto a prestação de serviços, visem tão-somente ao fornecimento de mão de obra, figurando como mero artifício fraudulento à configuração do emprego, nos termos do artigo 9º da CLT.

São características muito comuns da prática de "pejotização", indiciária da presença de fraude contratual: a) todo o equipamento e instrumentos, incluindo sistemas e bancos de dados, utilizados pelos profissionais pertencem à contratante; b) a receita obtida com a atividade econômica cabe à contratante; c) os custos da atividade igualmente são suportados pela contratante; d) os profissionais contratados como pessoa jurídica fornecem apenas mão de obra, recebendo remuneração fixa mensal, por horas trabalhadas.

TRABALHADOR AUTÔNOMO “EXCLUSIVO”

Outra inovação apresentada pela Lei n. 13.467/2017, que, igualmente, facilita o cometimento de fraudes à relação de emprego, encontra-se no artigo 442-B da CLT, segundo o qual:¹⁷

Art. 442-B. A contratação do autônomo, **cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não**, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

À primeira leitura, o enunciado condiciona o afastamento da qualidade de empregado ao cumprimento de “todas as formalidades legais” na contratação do trabalhador autônomo. Em nenhum momento, porém, indica quais seriam tais formalidades. Inexiste enunciado normativo específico a disciplinar as formalidades específicas para contratação de trabalho autônomo, além dos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral (previstos no art. 104 do Código Civil).

O afastamento *a priori* de relação de emprego em face de mero ajuste formal que observe os requisitos de validade do negócio jurídico é incompatível com o regime constitucional de proteção à relação de emprego, como elemento base para o acesso aos direitos sociais, em especial as normas do arts. 7º, I, e 170, VIII, da Constituição Federal. Portanto, a norma deve ser lida à luz do princípio da primazia da realidade, em face da necessidade de se preservar a eficácia das normas constitucionais e legais que proclamaram os elementos caracterizadores do vínculo de emprego (CLT, arts. 2º e 3º).

A previsão de trabalho autônomo com exclusividade e de forma contínua, por sua vez, implica contradições conceituais, pois tais características, embora não constituam elementos caracterizadores do vínculo de emprego, são deles muito próximas e, portanto, indiciárias da presença de trabalho subordinado por conta alheia. A exclusividade é elemento muito característico da ausência de autonomia do trabalhador e a continuidade muito se aproxima da não-eventualidade, inerente ao conceito de empregado, nos termos do art. 3º da CLT.

Oportuno lembrar que o Direito do Trabalho está assentado em severa divisão entre o trabalho subordinado (artigos 2º, 3º e 6º da CLT) e o trabalho autônomo, que constitui objeto do Direito Civil. A relação de emprego se afere objetivamente pela presença das características da subordinação, onerosidade, pessoalidade e não-eventualidade do trabalho, independente da roupagem jurídico-formal que se empreste ao contrato.

BEZERRA LEITE identifica, por sua vez, os elementos caracterizadores do trabalho autônomo, chamando atenção para o fato de que o trabalhador autônomo

¹⁷

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Op. Cit.

desenvolve sua atividade com discricionariedade, iniciativa e organização própria, escolhendo o lugar, o modo, o tempo e a forma de execução dos serviços:

"Autônomo propriamente dito é aquele que trabalha por conta própria, assumindo os riscos do negócio.

Não transfere para terceiro o poder de organização de sua atividade.

Desenvolve sua atividade com discricionariedade, iniciativa e organização própria, escolhendo o lugar, o modo, o tempo e a forma de execução dos serviços".¹⁸

Na mesma trilha, NASCIMENTO destaca que o autônomo não se submete ao poder de controle e ao poder disciplinar de outrem:

"Divide-se o trabalho autônomo, que é aquele no qual o trabalhador mantém o poder de direção sobre a própria atividade, em trabalho autônomo propriamente dito e empreitada, esta uma modalidade daquele.

Trabalhador autônomo, como vimos, é aquele que não transfere para terceiro o poder de organização da sua atividade. Assim, auto-organizando-se, não se submete ao poder de controle e ao poder disciplinar de outrem.

O autônomo exerce atividade econômico-social por sua iniciativa, sua conveniência ou os imperativos das circunstâncias, de acordo com o modo de trabalho que julga adequado aos fins a que se propõe".¹⁹

Como se percebe, portanto, as características inerentes ao trabalho autônomo não se harmonizam com a prestação de serviços em caráter de exclusividade e continuidade. Esses elementos são mais descritivos da relação de trabalho com dependência econômica e inserção do trabalhador na atividade e dinâmica empresarial do empreendedor.

Não obstante, a norma tem por efeito vedar o descortinamento de vínculo de emprego sob falso manto de trabalho autônomo, apenas sob o argumento da natureza contínua e exclusiva do trabalho. Apenas diz o legislador que esses elementos, por si só, não descaracterizam o trabalho autônomo. Por outro lado, no entanto, não obsta a norma que esses elementos estejam associados a outras características do vínculo de emprego, como a não-eventualidade, a pessoalidade e, principalmente, a subordinação pessoal ou estrutural.

A respeito da subordinação decorrente dos procedimentos de contratação de prestação de serviços de terceiros, vem bem a calhar a lição de DELGADO na conceituação da subordinação estrutural:

"é a que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento".

¹⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito do Trabalho - Primeiras Linhas**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 1997, p. 65.

¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 256/257.

"subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, dificuldades que se exacerbam em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores - em especial a terceirização".²⁰

RUSSOMANO refere-se, entre os critérios apontados pela doutrina para conceituar o requisito da subordinação no contrato de trabalho, à dependência econômica e técnica do trabalhador. Quanto à dependência técnica, estaria vinculada a dois aspectos: **a) a obrigação de o empregado cumprir as ordens do empregador; e b) a impossibilidade material de o empregado trabalhar de acordo com sua vontade e com seu método próprio.**²¹

Em síntese, se o trabalho é prestado com pessoalidade, habitualidade, subordinação e mediante salário, está caracterizada a relação de emprego, servindo a contratação formal autônoma apenas como simulacro para engendrar fraude aos artigos 2º e 3º da CLT.

Enunciado com a natureza do 442-B, que afasta *a priori* a configuração de relação de emprego com base em formalização de contrato de trabalho autônomo, facilitando o mascaramento de relação de emprego, não é novidade no ordenamento jurídico-trabalhista. Semelhante disposição foi incluída no parágrafo único do artigo 442 da CLT, pela Lei 8.949/1994, segundo o qual, *"qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela"*.

Submetida a um longo e amadurecido processo de interpretação sistemática, teleológica e principiológica, à luz dos fundamentos do Direito do Trabalho, essa disposição recebeu da doutrina e da jurisprudência sentido condizente com o princípio do contrato realidade, restando sua incidência restrita às situações em que se caracterize real relação cooperativista, com ausência dos requisitos da relação de emprego.

Nesse sentido, o seguinte precedente do TST:

Vínculo Empregatício. FRAUDE. COOPERATIVA.

Não há que se falar na violação do art. 442 da CLT, pois no presente caso, foi desvirtuada a relação de cooperado. O Tribunal de origem aplicou o princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC) e não decidiu com base na mera distribuição do ônus da prova, como crê a reclamada. Assim, incólumes os arts. 333, I, do CPC e 818 da CLT. A respeito da apontada violação do artigo 5º, II, da Constituição da República, o Tribunal Superior do Trabalho, segue o entendimento da Súmula 636 do STF. Arestos inespecíficos, o que atrai

²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**. Op. Cit. p. 667. p. 667.

²¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. Vol. I. 4ª Ed, S/D. p. 45.

a incidência da Súmula 296 do TST. Há a existência de simulação de trabalho cooperado em verdadeira fraude aos direitos trabalhistas.²²

A similaridade das situações foi apontada pelo Relator do PL 6787/16, que deu origem à Reforma Trabalhista, Deputado Rogério Marinho, em seu parecer na Comissão Especial, ao justificar inclusão do artigo 442-B da CLT:

O art. 442-B, inserido na CLT nesta oportunidade, segue o mesmo raciocínio adotado em relação à descaracterização do vínculo empregatício entre a sociedade cooperativa e o seu associado. De fato, não há motivo razoável para configurar vínculo empregatício entre a empresa e um autônomo que lhe preste algum serviço eventual. Ressalte-se que, na eventualidade de uma tentativa de se fraudar a legislação trabalhista, estando configurados os requisitos próprios da relação de emprego, a Justiça do Trabalho poderá reconhecer o vínculo empregatício, garantindo ao empregado todos os direitos a ele inerentes".²³

Portanto, embora a norma se apresente como elemento facilitador a tentativas de mascaramento da relação de emprego, deve receber interpretação condizente com os princípios que orientaram a aplicação do parágrafo único do art. 442 da CLT, coibindo as fraudes contra a relação de emprego com uso de falsos contratos de trabalho autônomo. Apenas se deve evitar, por força da nova disposição, afastamento do regime de trabalho autônomo fundado unicamente nas características de exclusividade e continuidade do trabalho, o que demanda averiguar a presença de outros elementos configuradores de relação de emprego, como a personalidade e, principalmente, a subordinação pessoal ou estrutural.

²² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista com Agravo (ARR) n. 516-67.2010.5.02.0461**. Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma. Data de Julgamento: 10/06/2015. Data de Publicação: DEJT 19/06/2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2lSeTpt>>. Acesso em: 27.09.2017, às 23:30.

²³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6.787/16**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1548298&filename=SBT+2+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em: 24.09.2017, às 12:38.

LIMITES DA AUTONOMIA COLETIVA (NEGOCIADO X LEGISLADO)

A organização dos sindicatos por intermédio do critério de categoria demonstra a preocupação do Estado em organizar e controlar a atividade sindical. A partir da divisão dos campos de atuação entre as entidades sindicais existentes, as quais só atuam a partir de autorização estatal mediante registro, estabelece-se modelo propício ao controle estatal. Nesse contexto, a instituição de uma contribuição obrigatória para custear a atividade sindical representa um dos pilares desse modelo de organização sindical carente de autonomia das entidades. A Lei n. 13.467/17, entre outras modificações, pretende alterar o sistema de financiamento dos sindicatos, não obstante ter ignorado o critério de organização por categoria que permanece vigente. Ao afastar a obrigatoriedade do desconto da contribuição sindical, o legislador pretende dar novos contornos à organização sindical brasileira. Sustenta-se, contudo, que esse projeto de modernização se apresenta incompleto, ao passo que, não obstante a faculdade da contribuição sindical, mantém a organização dos trabalhadores e empregadores sob um critério que impede a plena efetivação da liberdade sindical.

A organização dos sindicatos a partir do critério de categoria demonstra a preocupação do Estado em organizar e controlar a atividade sindical. A partir da divisão dos campos de atuação entre as entidades sindicais existentes, as quais só atuam a partir de autorização estatal mediante registro, estabelece-se modelo propício à intervenção do Estado sobre a atuação dos sindicatos.

O critério de categoria também foi utilizado pelo legislador constitucional para delimitar a legitimidade do sindical para a defesa judicial e administrativa dos integrantes da categoria representada. Neste sentido, o artigo 8º, III, da Constituição Federal atribui legitimidade ao sindicato tanto para a defesa dos interesses individuais homogêneos, mediante o instituto da substituição processual (legitimidade extraordinária), quanto para os coletivos, esses últimos referentes à categoria representada, hipótese na qual o sindicato gozaria de legitimidade autônoma ou ordinária.

Além da legitimidade processual dos sindicatos, o processo de negociação coletiva vincula-se ao conceito de categoria. Tanto na hipótese de acordo coletivo quanto de convenção coletiva, as cláusulas estabelecidas beneficiam tão somente os trabalhadores integrantes da categoria representada pelos sindicatos signatários (Decreto-Lei n. 5.452/43, artigo 611, caput e § 1º). Entretanto, ao se atribuir ao sindicato a legitimidade plena sobre todos os integrantes da categoria, conclui-se que os acordos e convenções coletivas firmados serão estendidos a trabalhadores e empregadores nem sempre presentes na atuação sindical. Dos mais de 16.000 sindicatos existentes do Brasil, uma pequena percentagem conta com um número efetivo de filiados. Mesmo sindicatos tradicionais padecem diante de baixas taxas de sindicalização, problema este observado de forma ampla. **Diante desse quadro, resta questionar a possibilidade de determinada entidade sindical desprovida de legitimidade efetiva dispor dos interesses de toda uma categoria, inclusive na forma de cláusulas coletivas que prevejam um patamar de direitos inferior ao estabelecido na legislação trabalhista.**

Semelhanamente ao que ocorre nas ações coletivas, vislumbra-se a possibilidade da análise pelo Judiciário do critério da representatividade adequada em relação aos sindicatos (Lei n. 7.3417/85, art. 5º). Sem prejuízo da análise dos conteúdos das cláusulas inseridas em acordos e convenções coletivas, o que poderá ser feito a partir dos critérios atinentes ao controle de constitucionalidade, controle de convencionalidade e da própria concepção principiológica que se extrai do princípio do não retrocesso social (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 26), poderá também o juízo apurar se determinada entidade sindical efetivamente tem legitimidade para representar os interesses da categoria quando do processo de negociação coletiva.

Deve-se considerar, a propósito, que a faculdade do recolhimento da contribuição sindical, como será demonstrado, constitui mais um indício forte de que o conceito de categoria como critério de organização perde força, cabendo à autoridade judicial estabelecer rigoroso controle sobre as possibilidades de atuação do sindicato quando da disposição de direitos coletivos que se atribuem a trabalhadores e empregadores.

Não se ignora a legitimidade dos sindicatos para a tutela dos interesses da categoria, inclusive em se tratando de direitos individuais homogêneos, nos termos consolidados pelo STF (RE 883642), o que resultou no cancelamento da Súmula 310 do TST. Ainda assim, o critério da representatividade adequada, próprio das *class actions*, poderá ser utilizado pelo juízo quando da impugnação de instrumentos coletivos firmados por sindicatos carentes de representatividade, seja por conta do baixo número de filiados, seja ainda em decorrência do quórum reduzido nas assembleias que aprovam os termos da negociação.

MAS E COMO FICA A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA LEI N. 13.467/17?

Ao representar os interesses de trabalhadores e empregadores, a principal função das entidades sindicais consiste no processo de negociação coletiva, cujo resultado, acordos e convenções coletivas de trabalho, são fonte material do Direito Individual do Trabalho:

CLT

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.²⁴

²⁴ Não obstante, nos termos estabelecidos pela Lei n. 13.467/17, que acrescentou o § único ao artigo 444, a autonomia da vontade individual passa a ter caráter quase absoluto em relação a todos os trabalhadores que percebem remuneração igual ou superior a R\$ 11.062,62 (Portaria n. 8/17-MF). Tais trabalhadores, a partir da entrada em vigor da nova lei, poderão estipular cláusulas contratuais contrárias ao disposto na convenção coletiva da categoria respectiva, limitando-se apenas aos direitos sociais expressamente assegurados na Constituição Federal: "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"

Sobre o papel dos sindicatos na produção do Direito do Trabalho, o Legislador Constitucional de 1988 estabeleceu a obrigatória participação das associações profissionais nas negociações coletivas de trabalho (CF, art. 8º, VI). A intervenção legislativa no processo de negociação coletiva, contudo, está inserida num contexto de organização sindical com um viés corporativista. Destaca-se, novamente, que os acordos e convenções coletivas são estendidos a toda a categoria, independente de filiação ao sindicato detentor do registro sindical. Inclusive, ao deliberar sobre o quórum das assembleias, o legislador, alterando a redação original do artigo 612 da CLT²⁵, contentou-se com a presença dos associados ao sindicato que será signatário do instrumento coletivo, ainda que em pequeno número diante de todos os que integram a categoria.

A respeito da autonomia coletiva da vontade, qual seriam os limites da negociação coletiva? Até que ponto acordos e convenções coletivas de trabalho, fontes materiais do Direito Individual do Trabalho, podem interferir nas regras do contrato de trabalho?

O espectro do negociado sobre o legislado que vinha rondado o mundo do trabalho nas últimas duas décadas pretende se consolidar a partir da vigência da Lei n. 13.467/17, cujo artigo 611-A estabelece que o acordo e a convenção coletiva de trabalho têm prevalência sobre a lei em matérias relacionadas a jornada de trabalho, sistema de compensação, intervalo para descanso e alimentação, remuneração, prorrogação da jornada em atividade insalubridade, entre outros temas:

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

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

II - banco de horas anual;

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

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

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

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

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

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

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

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

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

²⁵ Estabelecia a redação original do art. 612 que o contrato coletivo, celebrado nos termos do presente capítulo, se aplicaria a todos os integrantes da categoria somente mediante decisão do Ministério do Trabalho: "Art. 612. O contrato coletivo, celebrado nos termos do presente capítulo, aplica-se aos associados dos sindicatos convenientes, podendo tornar-se extensivo a todos os membros das respectivas categorias, mediante decisão do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio".

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Destaca-se ainda a nova redação dada ao artigo 620, determinando a prevalência do estipulado nos acordos coletivos em relação às convenções coletivas de trabalho: "Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho".

Como não poderia ser diferente, o legislador infraconstitucional faz a ressalva aos direitos sociais expressamente assegurados na Constituição Federal – embora, contraditoriamente, acabe por tentar permitir negociação até mesmo de tais direitos, aí incluídos alguns relacionados a condições de saúde e segurança nas relações laborais. Tendo, pois, como fundamento o princípio do não retrocesso social, a negociação coletiva não poderá dispor em contrário a direitos expressos na Constituição:

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV - salário mínimo; V - valor nominal do décimo terceiro salário; VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII - salário-família; IX - repouso semanal remunerado; X- remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI - número de dias de férias devidas ao empregado; XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX - aposentadoria; XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX - tributos e outros créditos de terceiros; XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

A redação do artigo 611-B, contudo, padece de inconstitucionalidade quando pretende, em uma péssima técnica legislativa, alterar a natureza jurídica das normas de duração do trabalho e intervalos:

Parágrafo único. 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.

A redução do intervalo para descanso e alimentação, por exemplo, é inconstitucional, pois diz respeito a instrumento normativo que busca tutelar a saúde do trabalhador. Nesse sentido, inclusive, apresenta-se a posição consolidada do TST através da Súmula n. 437, II:

Súmula Nº 437 do TST. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

Se não bastassem os argumentos já apresentados, observa-se também que pretende o legislador infraconstitucional ainda limitar o controle jurisdicional sobre as cláusulas inseridas em acordos e convenções coletivas, em grave violação ao princípio fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, artigo 5º, XXXV):

Art. 611-A

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

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." (NR)

Há ainda previsão de que a ausência de contrapartida para compensar a supressão de direito assegurado em lei não resultará em nulidade da cláusula, com exceção da instituição de modalidade de estabilidade provisória para os casos de negociação coletiva que resulte na redução do salário ou da jornada contratada. Institui-se, contudo, a necessária anulação da cláusula compensatória porventura instituída na hipótese de a cláusula correspondente padecer no âmbito de ação anulatória:

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

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

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

Por fim, o texto da nova lei cria a figura do litisconsórcio passivo que se atribui aos sindicatos nas ações anulatórias individuais e coletivas, bem como a vedação expressa à ultratividade da norma coletiva após o término de sua vigência, em consonância com decisão recente do STF (ADPF 323) que impactou a Súmula 277 do TST.

Art. 611-B

[...]

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

[...]

Art. 614.

[...]

§ 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.

MAIS QUAIS SÃO OS (NOVOS) LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA?

A Constituição da República enumera como princípio fundamental do Estado Brasileiro a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, cujo conteúdo, representando uma das principais opções político-constitucionais, veda a adoção de medida que, priorizando a obtenção de lucro, frustre a plena implementação do direito social do trabalho (art. 6º, da Constituição da República).

A orientação constitucional não deixa dúvidas de que o Direito do Trabalho é e deve ser regido pelo Princípio da Proteção do Trabalhador, ou seja, trata-se de um direito especial, que se distingue do direito comum, especialmente porque, enquanto o segundo supõe a igualdade das partes, o primeiro pressupõe uma situação de desigualdade que ele tende a corrigir com outras desigualdades. A necessidade de proteção social aos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo o seu sistema jurídico²⁶.

E como reflexo do Princípio Protetor tem-se que ao lado do conteúdo contratual da relação de trabalho também prevalece o conteúdo institucional regido por normas de caráter cogente, cuja incidência independe da vontade dos contratantes. Em razão de seu valor social o trabalho é objeto de tutela especial por normas de ordem pública, isto significando que a liberdade de contratar, nesta matéria, é restrita, não sendo autorizado aos particulares negociar o conteúdo mínimo "indisponível" dos direitos trabalhistas, assim entendido como aquele que, de acordo com princípios constitucionais e a legislação própria, preserve a condição humana do trabalhador. Quer dizer, o Estado limita a autonomia da vontade para preservar o princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

²⁶

Sussekind, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**, 15ª ed., São Paulo: LTr,1995.

Igualmente, o legislador constitucional de 1988 estabeleceu a intangibilidade salarial como direito social do trabalhador. O art. 7º, inc. X, da Constituição Federal assegura a proteção do salário na forma da lei. Como lembra Maurício Godinho Delgado, estabelece o princípio da intangibilidade dos salários que esta parcela justabalhista merece garantias diversificadas da ordem jurídica, de modo a assegurar seu valor, montante e disponibilidade em benefício do empregado. Este merecimento deriva do fato de considerar-se ter o salário caráter alimentar, atendendo, pois, a necessidades essenciais do ser humano²⁷.

O direito do trabalho é manifestação do pluralismo jurídico ao passo que atribui à negociação coletiva a característica de fonte normativa. Diante da existência de várias normas – declarações internacionais de direitos, Constituição Federal, normas infraconstitucionais, acordos coletivos, convenções coletivas e regulamento da empresa, resta estabelecer um critério para tratar do eventual conflito entre normas. Oportuna a lição de PLÁ RODRIGUEZ²⁸ ao dividir o princípio da proteção, elemento central do direito do trabalho, em três princípios: *in dubio pro operario*, norma mais favorável e princípio da condição mais benéfica. Em relação a esse último, as fontes materiais do Direito do Trabalho devem ser aplicadas ao caso concreto objetivando sempre a prevalência da norma mais favorável, bem como a condição mais benéfica ao trabalhador.

Para além da hierarquia estática, fundada no trinômio *lex superior, lex osterior e lex specialis*, nesse ramo do Direito Privado prevalece o critério da hierarquia dinâmica, cuja prevalência da norma hierarquicamente inferior tem amparo somente no princípio da norma mais favorável.

Não menos importante, o princípio da adequação setorial negociada, cujo conteúdo trata das possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva, harmonizando as normas fruto da negociação coletiva e o arcabouço jurídico definido pelo Estado para integrar o direito material do trabalho²⁹. Ao instituir padrão de proteção superior ao estabelecido na legislação, a norma oriunda da negociação coletiva não tem problemas em integrar o sistema de proteção que rege a relação entre trabalhadores e empregadores. **O problema se apresenta quando a norma coletiva estabelece padrão inferior àquele estipulado pela lei.**

Muito embora seja assegurado aos trabalhadores o direito ao reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho (CF, art. 7º, XXVI), tais instrumentos não podem extinguir ou reduzir direitos indisponíveis, sob pena de violação ao referido princípio. Resta saber, contudo, se a nova redação dos artigos 611-A e 620 é capaz de afastar os princípios da norma mais favorável e da adequação setorial negociada quanto do conflito de fontes normativas.

Na hipótese de supressão de direitos, a autonomia da vontade atribuída às entidades sindicais só poderá tratar de direitos de indisponibilidade apenas relativa.

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**, LTr, São Paulo, 4ª. Edição, 2005, pg. 206.

²⁸ RODRIGUEZ, A. P. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo; LTr, 2015.

²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, pp. 1296/1299.

Ao contrário, em se tratando de direitos indisponíveis, não prevalece o princípio da adequação setorial negociada, pois tais direitos dizem respeito ao interesse público por constituírem determinado patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico ou profissional, sob pena de ser afrontada a própria dignidade da pessoa humana e a valorização ao trabalho (CF, artigos 1º, III, e 170, *caput*)³⁰.

Conquanto se deva realmente prestigiar a autocomposição por meio da via da negociação coletiva, tem-se, igualmente, que a autonomia negocial das entidades sindicais não pode ser considerada absoluta, já que tem seus necessários temperos, sobretudo quando se desvia da sua finalidade precípua, qual seja, a **MELHORIA DA CONDIÇÃO SOCIAL DO TRABALHADOR, nos termos delimitados pelo art. 7º, *caput*, da CF.**

Efetivamente, o princípio da **MELHORIA DA CONDIÇÃO SOCIAL DO TRABALHADOR** diz respeito à proteção do trabalhador, podendo-se destacar também o **princípio do não retrocesso social**³¹, que marca as democracias ocidentais a partir da ideia de que o patamar de direitos fundamentais individuais e sociais alcançados não pode ser suprimido pelo legislador ou pelo administrador público. Para tanto, no que se refere à prevalência do negociado sobre o legislado, merece ser questionado se estaria presente um direito social fundamental abrangido pela cláusula do não retrocesso. Acredita-se que sim, pois a possibilidade de os sindicatos estabelecerem condições contratuais inferiores ao estabelecimento na legislação social trabalhista fundada na redação do artigo 611-A nada mais é do que clara violação ao referido princípio.

Ainda que o legislador tenha feito a ressalva dos dispositivos constitucionais, a não incidência da norma infraconstitucional protetiva de caráter cogente implica em precarização da condição do trabalhador, razão suficiente para colocar sob suspeita a prevalência do negociado sobre o legislado.

Igualmente, semelhantemente ao que ocorre nas ações coletivas, vislumbra-se a possibilidade da análise pelo Judiciário do **critério representatividade adequada em relação aos sindicatos**. Sem prejuízo da análise dos conteúdos das cláusulas inseridas em acordos e convenções coletivas, o que poderá ser feito a partir dos critérios controle de constitucionalidade, controle de convencionalidade e da própria concepção principiológica que se extrai a partir do princípio do não retrocesso social, poderá também o juízo apurar se determinada entidade sindical efetivamente tem legitimidade para representar os interesses da categoria quando do processo de negociação coletiva.

Deve-se considerar, a propósito, que a faculdade da contribuição sindical é mais um indício forte de que o conceito de categoria como critério de organização perde força, **cabendo à autoridade judicial estabelecer rigoroso controle sobre as possibilidades de atuação do sindicato quando da disposição de direitos coletivos que se atribuem a trabalhadores e empregadores.**

³⁰ DELGADO, ob. cit. pp. 1298/1299.

³¹ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 26.

Não se ignora a legitimidade dos sindicatos para a tutela dos interesses da categoria, inclusive em se tratando de direitos individuais homogêneos, nos termos consolidados pelo STF (RE 883.642), o que resultou, inclusive, no cancelamento da Súmula 310 do TST. Ainda assim, o **critério da representatividade adequada**, presente na *class action*, poderá ser utilizado pelo Juízo quando da impugnação de instrumentos coletivos firmados por sindicatos carentes de representatividade, seja por conta do baixo número de filiados, seja ainda em decorrência do quórum reduzido nas assembleias que aprovaram os termos da negociação entabulada com o empregador.

Como estratégia de contraposição ao modelo que se pretende instalar, além do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, vislumbram-se potencialidades no controle de convencionalidade a ser realizado no âmbito de ações individuais, coletivas, condenatórias, anulatórias e declaratórias. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Protocolo de São Salvador, a Declaração Sociolaboral do Mercosul, as Convenções da OIT, bem como os demais tratados internacionais de direitos humanos que o Estado Brasileiro, ainda que não signatário, figure como membro, deverão ser utilizados como fundamento jurídico para se afastar a aplicação de norma que represente efetivo retrocesso social.

IMPOSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA SER UTILIZADA PARA VIABILIZAR MUDANÇA DAS REGRAS RELATIVAS A JORNADA DE TRABALHO E INTERVALO INTRAJORNADA

Inicialmente, convém destacar alguns pontos referidos pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, quando do recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade que visou ao banimento do amianto em nosso país, tendo, naquela oportunidade, sido destacado o seguinte:

“Cabe enfatizar que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurada omissão, em grave comportamento inconstitucional” (Ministro Celso de Mello – Julgamento da ADI 4066, proposta pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho e pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho) [sem o destaque no original].

Assim, qualquer trecho da reforma trabalhista ou de outra manifestação estatal que cause prejuízos à saúde dos cidadãos brasileiros – aí incluído, obviamente, o cidadão considerado em sua condição trabalhador – incorrerá em manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade, devendo ser expurgada do ordenamento jurídico qualquer interpretação que a viabilize.

Pois bem, a análise de diversos artigos da Lei nº 13.467 indicam diminuição do patamar protetivo à saúde dos trabalhadores, em flagrante violação aos termos do artigo 7º, XXI, da Constituição Federal, que assim estabelece:

Artigo 7º - “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, dentre outros:

.....

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;”

Vale destacar, ademais, não serem encontradas dúvidas na literatura médica e científica em geral quanto ao fato de que a fadiga e o estresse são doenças, possuindo estreita relação com a jornadas exaustivas.

Ressalte-se que as origens do direito do trabalho ocorreram, dentre outros motivos, pela necessidade de delimitação das então longas, exaustivas e extenuantes jornadas de trabalho.

Assim, não pode a legislação, em uma simples afirmação dissociada da realidade e do senso comum, dispor que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”, possibilitando que a negociação coletiva de trabalho venha a ter prevalência sobre a legislação nos temas indicados, o que fere, inclusive, os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

A relação entre saúde e jornada de trabalho foi perfeitamente delimitada pelo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Maurício Godinho Delgado, que, em seu "Curso de Direito do Trabalho, 14ª edição, páginas 928 e 929, assim delimitou:

"...

Efetivamente, os avanços dos estudos e pesquisas sobre a saúde e segurança laborais têm ensinado que a extensão do contato do indivíduo com certas atividades ou ambientes é elemento decisivo à configuração do potencial efeito insalubre de tais ambientes ou atividades. Essas reflexões têm levado à noção de que a redução da jornada e da duração semanal do trabalho em certas atividades ou ambientes constitui medida profilática importante no contexto da moderna medicina laboral. Noutras palavras, *as normas jurídicas concernentes à duração a jornada já não são mais – necessariamente – normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais*, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública.

...

É importante enfatizar que o maior ou menor espaçamento da jornada (e duração semanal e mensal do labor) atua, diretamente, na deterioração ou melhoria das condições internas de trabalho na empresa, comprometendo ou aperfeiçoando uma estratégia de redução dos riscos e malefícios inerentes ao ambiente de prestação de serviços. Noutras palavras, *a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa*. Do mesmo modo que a ampliação da jornada (inclusive com a prestação de horas extras) acentua, drasticamente, as probabilidades de ocorrência de doenças profissionais ou acidentes de trabalho, sua redução diminui, de maneira significativa, tais probabilidades da denominada "infortunistica do trabalho".

Oportuno enfatizar, ainda, que, nesta mesma linha, tem sido pródiga a realidade em exemplos demonstrativos da ocorrência do maior número de acidentes de trabalho em empregados sujeitos a longas jornadas diárias, semanais ou mensais.

Assim, a afirmação contida no parágrafo único do artigo 611-B não pode ser considerada na aplicação da legislação tendo em vista que as normas concernentes à duração de jornada de trabalho e também relacionadas aos respectivos intervalos constituem, indubitavelmente, normas relacionadas à saúde e à segurança nas relações laborais e, neste contexto, não têm como ser derogadas por mera negociação, ainda que coletiva.

Ademais, é o próprio texto da denominada "Reforma Trabalhista" que destaca, nos termos da regra estabelecida no artigo 611, B, inciso XVII, o seguinte:

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

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho"

Desse modo, e conforme estabelecido pelo inciso XVII do artigo acima mencionado, qualquer negociação em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho que vise ao desrespeito das regras constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema deve ser considerada ilícita.

Em se tratando, pois, as normas atinentes a jornada laboral de questões abrangidas pelo regramento atinente à saúde e à segurança do trabalho, conforme amplamente reconhecido, resta claro que, de acordo com a própria “reforma”, não poderão ser objeto de negociação coletiva.

Neste mesmo sentido, há de se destacar que a fixação de jornada de trabalho superior a oito horas em atividades insalubres, sem prévia autorização das entidades responsáveis pela higiene e segurança no trabalho, viola os termos do inciso XXII, do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, conforme já transcrito acima. Não há, portanto, como se dar guarida, por serem manifestamente inconstitucionais, a dispositivos que disponham em sentido distinto, a exemplo do parágrafo único do artigo 60 e o inciso XIII, do artigo 611- A, introduzidos pela Lei n. 13.467 na CLT.

Ressalte-se que, ao contrário do entendido pelo legislador, a caracterização da insalubridade não está relacionada apenas ao tempo de exposição aos agentes químicos, físicos ou biológicos, mas também ao nível de tolerância a estes agentes e, a este respeito, não se pode olvidar que tais níveis de tolerância são definidos por critérios técnicos e científicos

Assim, o introduzido parágrafo único do artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao permitir, em tese que os trabalhadores exerçam atividades por até doze horas diárias em atividades insalubres, e sem a autorização da entidade de inspeção do trabalho, bem como a previsão inserta no inciso XIII, do artigo 611-A, aumentam os riscos de doenças ocupacionais e acidentes do trabalho.

Mais uma vez se há de atentar para o previsto no art. 611-B, XVII, trazido pela própria “reforma trabalhista”, que considera objeto ilícito de negociação coletiva questões relacionadas à redução de direitos envolvendo normas de saúde e segurança do trabalho, sendo exatamente esta a hipótese ora tratada.

Para melhor ilustrar a questão, notadamente do que já se dispôs quanto ao fato de que o trabalho em atividades insalubres não está limitado unicamente ao tempo de exposição, sendo necessário identificar, também, o nível de exposição aos agentes que causam prejuízo à saúde humana, observemos o que prescreve, por exemplo, o Anexo I da NR-15, que trata dos limites de tolerância ao ruído contínuo ou intermitente:

NORMA REGULAMENTADORA 15
ATIVIDADES E OPERAÇÕES INSALUBRES
ANEXO I
LIMITES DE TOLERÂNCIA PARA RUÍDO CONTÍNUO OU INTERMITENTE

NÍVEL DE RUÍDO DB (A)	MÁXIMA EXPOSIÇÃO DIÁRIA PERMISSÍVEL
85	8 horas
86	7 horas
87	6 horas
88	5 horas
89	4 horas e 30 minutos
90	4 horas
91	3 horas e 30 minutos
92	3 horas
93	2 horas e 40 minutos
94	2 horas e 15 minutos
95	2 horas
96	1 hora e 45 minutos
98	1 hora e 15 minutos
100	1 hora
102	45 minutos
104	35 minutos
105	30 minutos
106	25 minutos
108	20 minutos
110	15 minutos
112	10 minutos
114	8 minutos
115	7 minutos

Vê-se, pois, que, tomando por base esta hipótese aqui referida a título ilustrativo, um trabalhador que viesse a laborar em longas jornadas trabalho com exposição a ruídos significativos poderia levar a que, num único dia de trabalho, viesse a adquirir graves e irreversíveis prejuízos à sua saúde.

Não há, pois, como se admitir qualquer negociação, coletiva ou não, sobre questões relacionadas à saúde dos trabalhadores, sendo tais normas cogentes, o que reconhece o próprio texto legal, embora contraditoriamente acabe por tentar viabilizar, em algumas hipóteses, negociação para situações envolvendo jornada de trabalho, até mesmo em situações de insalubridade, o que se mostra absolutamente inviabilizado, tanto constitucional quanto infraconstitucionalmente, até porque, conforme demonstrado, tais questões estão umbilicalmente relacionadas às condições de saúde e de segurança no trabalho.

QUITAÇÃO ANUAL DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

Outra das preocupantes inovações da **Lei n. 13.467/2017**, denominada “Reforma Trabalhista”, foi a introdução do **artigo 507-B à CLT**, prevendo a “possibilidade” de o **empregado firmar com o empregador termo de quitação anual** das obrigações relacionadas ao contrato de trabalho. Veja-se:

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

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

O aludido dispositivo – e o texto que ora se apresenta em relação a este ponto específico é fruto de trabalho elaborado conjuntamente pelos Procuradores Cláudia Honório e Paulo Joarês – foi elaborado no contexto do então PL n. 6787/2016 (posteriormente transformado na Lei n. 13.467/2017, a lei da chamada “Reforma Trabalhista”), o qual teve o declarado propósito de **dificultar o acesso dos trabalhadores à Justiça**, diante de infundadas alegações de excesso de processos em trâmite perante a Justiça do Trabalho. Tal intento fica claro na manifestação do relator do projeto na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, Deputado Rogério Marinho:

“Vemos com muita frequência a celebração de homologações entre as partes, mormente na presença dos representantes sindicais, como exige o § 1º do art. 477 da CLT para os contratos com mais de um ano de vigência, **para, tempos depois, o empregado ajuizar reclamação trabalhista requerendo as mesmas parcelas que foram objeto da homologação. Além do volume excessivo de ações trabalhistas já citado, esse procedimento traz enorme insegurança jurídica** ao contratante diante da imprevisibilidade para o seu negócio.

[...]

Em suma, é urgente a alteração da **legislação vigente, que configura um verdadeiro convite à litigância**, como já tivemos a oportunidade de nos referir.”³² [destaques acrescidos]

O dispositivo, desde sua origem, foi interpretado sob o enfoque da **restrição ao direito fundamental de ação**, com vistas a obstaculizar o ajuizamento de ação pelo trabalhador, para reclamar verbas relativas ao período de trabalho abrangido pela quitação concedida ao empregador com eficácia liberatória.

Cabe lembrar que a noção de quitação periódica das obrigações do contrato de trabalho não é nova, pois **sistemática similar constava do § 1º do artigo 233 da redação original da Constituição de 1988, in verbis**:

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

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

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

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

Note-se que a norma constitucional estabeleceu que a quitação se dava **perante a Justiça do Trabalho**, mediante comprovação do cumprimento das obrigações, com assistência sindical ao empregado e, **caso existente controvérsia, cabia ao Judiciário decidir**. Além disso, **resguardava, em qualquer hipótese, o direito de reclamar** as verbas inerentes aos últimos cinco anos do contrato de trabalho.

A **Emenda Constitucional n. 28**, de 25 de maio de 2000, unificou o prazo prescricional para o ajuizamento de ação em relação a trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, inc. XXIX, CRFB/1988), bem como **revogou o art. 233**, por sua inutilidade prática.

A respeito, traz-se a lição de Maurício Godinho Delgado, destacando que **a sistemática constitucional de modo algum inviabilizava o ajuizamento de ação pelo trabalhador**:

O texto original da Constituição de 1988 procurou reduzir a diferenciação entre a prescrição rural (que não corria no curso do contrato) e a urbana (que sempre venceu, taxativamente, também no curso do contrato); para isso criou um prazo quinquenal de comprovação de obrigações trabalhistas pelo empregador rural em face de seus empregados (art. 233, CF/88).

Uma vez comprovado o cumprimento das obrigações contratuais, ficaria o empregador "isento de qualquer ônus decorrente daquelas obrigações no período respectivo" (art. 233, § 1º, CF/88). **Este preceito constitucional, entretanto, não atendeu a seus aparentes objetivos. É que se passou a compreender, hegemonicamente, que a regra aventada no artigo 233 traduzia mero procedimento de jurisdição voluntária, não produzindo coisa julgada material a respeito das parcelas contratuais comprovadas**. De fato, poucas vezes se viu dispositivo normativo tão claudicante quanto esse artigo 233: é que ao mesmo tempo em que falava na 'isenção' (sic!) de qualquer ônus decorrente das obrigações comprovadas, complementava ficar 'ressalvado ao empregado, em qualquer hipótese, o direito de postular, judicialmente, os créditos que entender existir, relativamente aos últimos cinco anos?' (art. 233, § 2º, CF/88).

Nesse contexto de perplexidade quanto à efetiva validade do procedimento criado pela nova Constituição, ele **ficou, na prática, relegado ao desuso**. Finalmente, com a Emenda Constitucional n. 28, o referido artigo 233 da Constituição foi simplesmente revogado. (Grifamos)³³

Decorridos quase 30 anos daquela equivocada norma constitucional e depois de quase 18 anos de sua revogação (justamente pela ineficácia e impropriedade do

³³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 284-285.

dispositivo), a reforma trabalhista proclamada como “modernizadora” introduz na CLT o artigo 507-B, restaurando procedimento similar.

Feito breve registro quanto aos antecedentes normativos, cabe analisar a nova norma e suas implicações.

O **núcleo do dispositivo** é a **faculdade** de empregado e empregador firmarem, “**perante o sindicato** dos empregados da categoria”, “**termo de quitação anual** de obrigações trabalhistas”, constando “as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente”, “**com eficácia liberatória** das parcelas nele especificadas”.

A respeito **da quitação**, cabe ressaltar que a Lei n. 13.467/2017, ao mesmo tempo em que inseriu na CLT o art. 507-B, **revogou os §§ 1º, 3º e 7º do art. 477**, que assim dispunham:

Art. 477. Omissis.

§ 1º - O pedido de demissão ou **recibo de quitação de rescisão**, do contrato de trabalho, firmado por **empregado com mais de 1 (um) ano de serviço**, só será válido quando feito **com a assistência** do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 5.584, de 26.6.1970)

[...]

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

[...]

§ 7º - O ato da **assistência na rescisão contratual (§§ 1º e 2º)** será **sem ônus** para o trabalhador e empregador.

Talvez o intento do legislador tenha sido **substituir a quitação** (assistida, para empregados com mais de um ano de serviço) **das verbas decorrentes do contrato de trabalho apenas quando da rescisão, pela quitação anual perante o sindicato**. Ocorre que essa “substituição” é prejudicial ao trabalhador, como se passa a demonstrar.

Primeiro, **retirou-se a obrigatoriedade da assistência sindical na rescisão de empregados com mais de um ano de serviço** para o empregador. Todavia, entende-se que a necessidade de tal assistência **pode ser objeto de pactuação em instrumentos coletivos** de trabalho, sendo importante a atuação das entidades sindicais nesse sentido, garantindo a permanência de instituto favorável os empregados.

Segundo, o art. 507-B da CLT dispõe que o **termo de quitação anual será firmado exclusivamente “perante o sindicato** dos empregados da categoria”.

Cabe destacar que não há previsão de que, na ausência, negativa ou impossibilidade de atuação do sindicato profissional, o termo de quitação anual possa ser firmado perante a “*autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social*” ou “*Representante do Ministério Público ou, onde houver, pelo Defensor Público e, na falta ou impedimento deste, pelo Juiz de Paz*”, como autorizavam os §§ 1º e 3º do art. 477 da CLT, revogados pela Lei n. 13.467/2017, em relação à homologação da rescisão contratual.

Ademais, cumpre **questionar a participação da entidade sindical** no ato, uma vez que o dispositivo enuncia apenas que o termo de quitação entre empregado e empregador será firmado **"perante o sindicato dos empregados da categoria"**.

Embora o legislador não tenha utilizado a mesma terminologia adotada no revogado § 1º do art. 477 da CLT, que condicionava a validade da quitação à **"assistência do respectivo Sindicato"**, considera-se que é **exatamente esse o sentido que deve ser atribuído à atuação do sindicato indicada no art. 507-B**.

Tal sentido é coerente à função constitucionalmente atribuída ao sindicato, eis que lhe cabe *"a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas"* (art. 8º, inc. III, CRFB/1988). Ainda, não fosse este o entendimento, a norma careceria de sentido e finalidade concretos, pois de pouca utilidade seria a mera presença de um representante sindical no ato de firmar termo de quitação anual entre empregado e empregador. Apenas se justifica a participação do sindicato no ato para auxiliar o trabalhador e suprir sua carência de conhecimentos quanto à legislação trabalhista e normas coletivas, minimizando, de algum modo, a inerente hipossuficiência do obreiro em relação ao empregador.

Ainda no tocante à participação do sindicato, considera-se que **somente deverá conceder sua anuência à quitação nas situações em que o empregador comprove o efetivo cumprimento das obrigações** trabalhistas contidas no termo, não tomando por base apenas eventual declaração do empregado, sobretudo quando prestada no curso do contrato de trabalho, sob subordinação. Em outras palavras, considera-se **legítima a recusa do sindicato em cancelar a quitação, em hipótese de insuficiência de provas ou indícios de vício de vontade do empregado**.

De acordo com os artigos 138 a 165 do Código Civil, constituem vícios de vontade (ou seja, que levam à divergência entre a real vontade e aquela manifestada): erro ou ignorância, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores. Ora, esses elementos podem viciar o termo de quitação firmado entre empregado e empregador.

Por exemplo, o trabalhador pode ter completo desconhecimento do tema (ignorância) ou conhecimento inexacto ou falso a respeito do objeto contido no termo de quitação (erro)³⁴; pode ser constrangido física ou moralmente a manifestar vontade em determinado sentido, diante de fundado temor de dano iminente a si, à sua família ou aos seus bens (coação)³⁵; pode assumir obrigação excessivamente onerosa para salvar-se ou salvar familiar de grave dano conhecido pelo empregador (estado de perigo); por necessidade ou inexperiência, pode se obrigar a prestação manifestamente desproporcional (lesão).

³⁴ A quitação anual com eficácia liberatória das obrigações especificadas no termo implica quitação de títulos trabalhistas de fácil mensuração, como férias e décimo terceiro salário, mas também de outros títulos de apuração complexa, como a remuneração de horas extras, por depender de rigoroso controle de jornada e da incidência de outras parcelas que integram sua base de cálculo. Também pode ensejar quitação de títulos sobre os quais penda dúvida sobre sua incidência e dimensão, como os adicionais de insalubridade e periculosidade.

³⁵ Código Civil: "Art. 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial."

Ressalta-se que o art. 507-B da CLT dispõe que o termo de quitação anual pode ser **firmado "na vigência ou não do contrato de emprego"**. Ao que parece, a interpretação possível ao termo de quitação anual firmado fora da vigência do contrato de emprego refere-se à **situação de rescisão contratual**, à semelhança da revogada disposição do § 1º do art. 477 da CLT, pois fora dessa hipótese não haveria sentido em uma quitação com periodicidade anual, não estando o contrato vigente.

Quanto à **quitação no curso do contrato**, merece registro a análise de José Afonso Dallegrave Neto quanto ao texto do artigo 507-B da CLT, apresentada quando ainda tramitava o PL n. 6787/2016:

Ora, o trabalhador no curso do contrato de emprego encontra-se trabalhando sob subordinação jurídica. Logo, a sua vulnerabilidade contratual o impede de argumentar com liberdade acerca de seus direitos pendentes. Some-se a isso o temor pela perda do emprego, sobretudo quando a dialética das partes se incline para um debate passional, o que não é raro acontecer. Diante desse cenário, eventual termo de quitação terá apenas o espúrio propósito de reduzir para anual a prescrição quinquenal prevista na Constituição Federal.³⁶

A **relação de emprego** é conceito universalizado pelo direito do trabalho e conformado historicamente a partir do **elemento-central da subordinação**³⁷, com a finalidade de conferir proteção jurídica e social ao trabalhador, inegavelmente em posição de desigualdade/desvantagem (econômica, social e/ou hierárquica) na relação capital-trabalho. Portanto, a **proteção normativa** da relação de emprego tem o objetivo de **afastar a plena liberdade de iniciativa/vontade** que rege os contratos da órbita civil, para proteger direitos fundamentais do trabalhador.

Em face da situação de fragilidade não apenas econômica, mas também de sua vulnerabilidade volitiva na relação individual com o poder econômico empregador, **não se pode negar a existência de vício de vontade (diante do temor pela preservação do emprego) do empregado ao firmar termo de quitação** de verbas trabalhistas no curso do contrato de emprego.

Então, uma vez que a quitação anual é, nos dizeres da norma, apenas uma faculdade, e não uma obrigatoriedade para empregado e empregador, entende-se que **não haverá real faculdade no que se relaciona ao trabalhador**. Diante da subordinação inerente à relação de emprego, reduzido é o campo de liberdade do empregado para recusar-se a firmar termo de quitação anual proposto pelo empregador, na vigência do contrato de trabalho.

³⁶ DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 667.

³⁷ A compreensão multidimensional do fenômeno da subordinação envolve as noções de: subordinação clássica (submissão ao poder de direção empresarial quanto ao modo de realização da prestação laborativa – recebimento de ordens); subordinação objetiva (decorrente da integração do trabalhador aos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços); e subordinação estrutural (vinculação do trabalhador à dinâmica de organização e funcionamento da atividade do tomador de serviços, independentemente de ordens diretas ou integração aos objetivos do empreendimento). Cf. DELGADO, op. cit., p. 327-328.

Com tal observação, e retomando o **exame do papel atribuído ao sindicato** no ato de quitação, há outras questões não tratadas expressamente pelo legislador e que demandarão equacionamento pela doutrina e jurisprudência.

Por exemplo, se o sindicato poderá cobrar pelo serviço de assistência na quitação anual. Nesse sentido, a análise de Francisco Meton Marques Lima: "Mais duas considerações: a) como ninguém pode impor ônus a outrem, o sindicato pode cobrar por esse serviço; b) o termo de quitação pode ser questionado em juízo por vício de consentimento, quiçá presumido, e por dúvidas da representação sindical, conluio etc."³⁸

Esse entendimento é coerente com a **revogação do § 7º do art. 477 da CLT**, que assegurava que "O ato da assistência na rescisão contratual (§§ 1º e 2º) será **sem ônus** para o trabalhador e empregador", deixando de existir vedação legal à cobrança. Ademais, é previsível que os sindicatos busquem outras fontes de renda, pois a alteração do art. 579 da CLT torna a contribuição sindical facultativa, dependendo a cobrança de autorização prévia e expressa do trabalhador.

Entende-se que, em caso de cobrança pela assistência na quitação de obrigações trabalhistas, **apenas o empregador estaria incumbido de pagar pelo serviço**, considerando que somente a ele interessa obter a quitação, não podendo tal ônus ser transferido ao empregado, sob pena de suprimir parte das verbas salariais a que tem direito.

Embora a cobrança pareça juridicamente viável, é bastante preocupante a possibilidade de se estabelecer **conflito de interesses na atuação sindical**, pois ao mesmo tempo em que cabe ao sindicato a defesa dos interesses *do empregado*, seu serviço será remunerado *pelo empregador*.

Seguindo na análise do art. 507-B da CLT, e no tocante à **forma do termo de quitação**, a norma dispõe apenas que "*O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado.*".

Considerando a identidade de objetivos, a **lacuna normativa quanto à forma** do documento pode ser preenchida pela aplicação do artigo 477, § 2º, da CLT, que trata não apenas do termo de rescisão, mas também do **recibo de quitação**, exigindo a **discriminação das parcelas e valores** pagos ao empregado:

Art. 477. Omissis.

[...]

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

³⁸ LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pérciles Rodrigues Marques de. Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017. p. 81. Grifamos.

Assim, a exemplo do que já era sedimentado a respeito do termo de quitação das verbas rescisórias, igualmente para fins do art. 507-B da CLT **não é válido firmar um termo de quitação geral**, abrangendo todas as obrigações do contrato de trabalho:

[...] os pagamentos devem ser específicos, claramente vinculados à respectiva parcela; ou seja, **não se considera próprio recibo trabalhista genérico, sem referência clara a parcelas e valores abrangidos**. A propósito, **mesmo ao longo do contrato, a jurisprudência tem considerado impróprios recibos genéricos**, que englobem em um único pagamento, diversas parcelas salariais: trata-se do *salário complessivo*, vedado pela ordem jurídica (Súmula 91, TST).³⁹

Ademais, uma vez que o art. 507-B da CLT dispõe sobre “termo de quitação anual de *obrigações trabalhistas*”, cabe invocar os **conceitos de direito civil a respeito da quitação de obrigações** – sempre zelando pela incidência dos princípios próprios do direito do trabalho. A respeito dos requisitos da quitação, assim prescreve o Código Civil em seu artigo 320:

Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, **designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.**

Portanto, transportando os requisitos para o campo do direito do trabalho, no termo de quitação do art. 507-B da CLT, além de constar expressamente o **período** abrangido pela quitação, o recibo deve indicar as **obrigações** a que se refere, bem como as **parcelas e valores** pagos ao trabalhador, **identificação** do empregador e do empregado, **tempo e local** do pagamento, e **assinatura** do trabalhador.

Tais dados são essenciais para delimitar os **efeitos da quitação concedida**, pois o devedor estará liberado apenas e tão somente em relação aos valores efetivamente pagos.

Quanto aos **efeitos da quitação de obrigações no âmbito civil**, oportuno mencionar o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a eficácia liberatória decorrente do recibo de quitação (ainda que se indique quitação plena e geral) **limita-se ao valor efetivamente pago, não configurando óbice ao ajuizamento de ação** para obtenção da reparação integral do dano. Nesse sentido:

[...] o **recibo** fornecido pelo lesado **deve ser interpretado restritivamente**, significando **apenas a quitação dos valores que refere, sem obstar a propositura de ação para alcançar a integral reparação** dos danos sofridos com o acidente” (REsp 326.971/AL, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 30.9.02. Grifamos).

[...] o **recibo de quitação** passado de forma geral, mas relativo à obtenção de parte do direito legalmente assegurado, **não traduz renúncia a este direito** e, muito menos, extinção da obrigação (REsp 129182/SP, Min. Waldemar Zveiter. Grifamos.)

O entendimento da Segunda Seção desta Corte já se consolidou no sentido de que **a quitação plena e geral passada por vítima de acidente está limitada ao valor nela**

³⁹

DELGADO, op. cit., p. 1302.

registrado, não havendo óbice à propositura de ação, visando a reparação integral dos danos sofridos." (AgRg no Ag 515.066/MG, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 28.6.04)

Dos julgados transcritos vislumbra-se claramente que, mesmo nas relações em que as partes litigam em presumida situação de igualdade (campo do **direito civil**), tomando por parâmetro a jurisprudência cível, o **recibo de quitação é interpretado restritivamente**, com **eficácia liberatória de alcance limitado** aos valores e parcelas especificados, **sem implicar renúncia** ou extinção da obrigação e nem impedir o exercício do direito fundamental de ação.

No **direito do trabalho**, marcado por relações em que as partes litigam em evidente situação de desigualdade material, a **interpretação restritiva da quitação** é ainda mais aplicável: a "eficácia liberatória" decorrente do "termo de quitação" previsto no art. 507-B da CLT alcança apenas e tão somente os valores expressamente especificados no documento.

Compreende-se que o empregado, no momento da quitação das obrigações relacionadas ao seu contrato de trabalho, não tem condições de avaliar se as parcelas e valores indicados no termo correspondem efetivamente a todas as verbas a que faz jus, e se efetivamente foram quitadas. A condição de subordinação, desinformação e/ou necessidade podem levá-lo a agir em prejuízo próprio. Por isso, a quitação, no âmbito das relações individuais, deve produzir efeitos limitados.

Para afirmar tal conclusão, pertinente a referência ao **art. 477-B da CLT**:

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

Note-se que tanto o artigo 477-B quanto o artigo 507-B da CLT foram incluídos na CLT pela Lei n. 13.467/2017. Portanto, se o legislador objetivasse que a quitação prevista em ambos os dispositivos gerasse o mesmo efeito, teria utilizado a mesma terminologia.

No entanto, ao tratar dos efeitos da **adesão a Plano de Demissão Voluntária**, definiu que **"enseja quitação plena e irrevogável** dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes", valendo-se de assertiva muito diversa – e com alcance evidentemente maior – de "eficácia liberatória".

Além disso, o artigo 477-B limita a quitação plena dos direitos decorrentes da relação de trabalho aos casos em que o **PDV está previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho**, donde resulta a inafastável conclusão de que se o PDV foi instituído unilateralmente pelo empregador, sem negociação coletiva, a adesão do empregado não gerará a quitação plena.

Na mesma linha, o § 2º do artigo 477 da CLT, ao tratar especificamente do recibo de quitação de obrigações decorrentes do contrato de trabalho, é expresso

ao definir que os seus efeitos limitam-se às parcelas e valores expressamente discriminados no recibo. A eficácia liberatória da quitação restrita aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão é pacífica no âmbito de dispensas individualizadas tendo sido objeto da **Súmula n. 330 do Tribunal Superior do Trabalho**:

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

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

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

Ora, se a quitação concedida por ocasião da rescisão contratual, momento em que o trabalhador está rompendo seu estado de subordinação ao empregador, possui efeitos restritos aos valores pagos, com muito mais razão essa lógica deve ser observada quando a quitação é concedida no curso da relação, estando o trabalhador sob plena subordinação e com temor de perder o emprego, fonte de subsistência própria e da família, elementos limitadores de sua livre manifestação da vontade.

O tema ganha **outro matiz diante da existência de Plano de Demissão Voluntária** ou Incentivada **previsto em norma coletiva**. Isso porque, da negociação coletiva dos termos da dispensa e respectivos pagamentos, participa obrigatoriamente o sindicato representativo dos trabalhadores.⁴⁰

A respeito, remete-se à **tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal** em 2015, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 590415, com repercussão geral:

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja **quitação ampla e irrestrita** de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.

⁴⁰ A respeito, vale mencionar que um dos princípios que informam a negociação coletiva é o da **equivalência dos contratantes coletivos**, significando que os contratantes (sindicato profissional e empregador, ou sindicato profissional e sindicato econômico) estão em um mesmo patamar sócio-jurídico. Para tanto, "[...] os sindicatos de trabalhadores têm de ostentar solidez e consistência, com estrutura organizativa relevante, além de efetiva representatividade no que concerne à sua base profissional trabalhista. É que entidade sindical frágil e sem representatividade consiste na antítese da ideia de sindicato e de ente integrante do sindicalismo, dificilmente sendo apta a realmente deter a natureza de ser coletivo obreiro." (DELGADO, op. cit., p. 73). Entretanto, como aponta Godinho Delgado, "no caso brasileiro, mais de 25 após a Constituição de 1988, ainda não se completou a transição para um Direito Coletivo pleno, equânime e eficaz - assecuratório de real equivalência entre os contratantes coletivos trabalhistas." (Ibid., p. 74). Portanto, há que se ter muita cautela na análise das negociações coletivas, sob pena de esvaziamento dos direitos dos trabalhadores com o aval da entidade que deveria proteger seus interesses.

Havendo ampla participação dos empregados, realização de assembleias, e **adequada defesa dos interesses dos trabalhadores pelo sindicato** profissional, o STF considera **possível a previsão de quitação ampla e irrestrita** de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego, eis que o empregado, devidamente instruído durante o processo de negociação, pode optar em aderir ou não ao plano de incentivo à demissão voluntária, ciente das consequências de sua decisão.

Ademais, deve-se lembrar que a negociação coletiva – no caso, por meio de planos de dispensa incentivada – deve assegurar àqueles que optam pela rescisão **condições mais vantajosas** do que aquelas que decorreriam da dispensa individual por iniciativa do empregador.⁴¹

Analisando a tese fixada pelo STF em 2015, Maurício Godinho Delgado adverte que a quitação ampla e irrestrita não é válida em qualquer negociação coletiva:

Observe-se, de toda maneira, que a decisão da Corte Suprema apresenta requisitos importantes para a validade do PDI/PDV, não bastando a simples celebração pela negociação coletiva sindical (embora este seja de fato, um dos requisitos imperativos). De um lado, **é necessário que haja a efetiva e clara menção à cláusula de estruturação e operação do PDI/PDV**, com a **explicitação a respeito da quitação geral e irrestrita** das parcelas abrangentes do contrato de trabalho. De outro lado, é necessário que exista também a clara e expressa inserção dessa amplitude da quitação nos demais instrumentos escritos rescisórios firmados com o empregado. Resta claro também, pela decisão do STF, que se deve tratar de **PDI/PDV com efetivas e relevantes vantagens para o trabalhador** aderente ao Plano (“... condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador), diz o acórdão). No caso em análise, tornou-se igualmente explícito que o PDI/PDV foi **amplamente debatido pelos empregados** da entidade empresarial bancária, com **ampla e reiterada participação efetiva dos trabalhadores** do Banco, **envolvendo sindicatos conhecidos por sua sólida tradição, consistência organizativa e representatividade** perante toda a categoria.⁴² (Grifamos)

Diante do exposto, claramente o art. 477-B da CLT, seguindo os passos da tese fixada pelo STF, atribui efeitos amplos à quitação concedida como fruto de negociação coletiva; mas o legislador, no art. 507-B da CLT, não concede quitação ampla para as situações em que o trabalhador pactua individualmente com seu empregador.

⁴¹ A autonomia da vontade, ainda que coletiva, e seu instrumento da negociação coletiva encontram limites no próprio ordenamento jurídico e na hipossuficiência do trabalhador em qualquer tratativa diante do empregador, limites estes que constituem a própria razão da existência do direito (coletivo) do trabalho. Para que um instrumento coletivo de trabalho incida sobre determinado setor econômico-profissional, prevalecendo sobre normas fixadas genericamente pelo Estado (núcleo do princípio da adequação setorial negociada), devem ser atendidos dois pressupostos: as normas autônomas juscoletivas devem implementar padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação aplicável, e devem abarcar a transação de parcelas de indisponibilidade apenas relativa. Em outras palavras, **a negociação coletiva não pode dispor de direitos fundamentais do trabalhador**. Cf. DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2017, p. 243. Ainda, não se pode olvidar que o artigo 7º da Constituição Federal, ao enunciar como direito fundamental o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, vincula-o à *finalidade de melhoria da condição social dos trabalhadores*.

⁴² DELGADO, **Direito coletivo do trabalho**..., p. 91.

Para citar mais um exemplo, a CLT, quando se referiu ao **termo de conciliação firmado perante Comissão de Conciliação Prévia**, consignou-lhe **eficácia liberatória ampla, desde que não haja ressalvas**, conforme o **art. 625-E**:

Art. 625-E. Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu proposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes.

Parágrafo único. O **termo de conciliação** é título executivo extrajudicial e **terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas**.

Novamente, quando pretendeu ampliar a eficácia liberatória, a CLT foi expressa, como no artigo supramencionado. Não é o que ocorre no art. 507-B. Assim, sistematicamente coerente a conclusão de que **a "eficácia liberatória" decorrente do "termo de quitação" previsto no art. 507-B da CLT alcança apenas e tão somente os valores e parcelas expressamente especificados no documento, sem implicar renúncia ou extinção da obrigação, e nem impedir o exercício do direito fundamental de ação**.

Aliás, por inferência lógica e jurídica, a quitação prevista no artigo 507-B da CLT diz respeito às parcelas e valores efetivamente pagos, e não a seus títulos. **O empregado sempre poderá reclamar eventuais valores não adimplidos**, sob pena de grave restrição aos princípios nucleares do Direito do Trabalho e ao Princípio da **Inafastabilidade da Jurisdição**.

Em verdade, o próprio relator do então PL n. 6787 (que posteriormente, vale lembrar, veio a se transformar na lei da chamada "Reforma Trabalhista") na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, Deputado Rogério Marinho, **atribuiu à quitação a natureza de mero recibo**, que serviria como mais um instrumento de prova em caso de ajuizamento de ação:

O art. 507-B permitirá que o empregador firme termo de quitação anual das obrigações trabalhistas, na presença do sindicato representante da categoria do empregado, no qual deverá constar as obrigações discriminadas e terá eficácia liberatória das parcelas nele especificadas. A ideia é que o termo de quitação sirva como mais um instrumento de prova, no caso de ser ajuizada ação trabalhista.⁴³

Como anteriormente mencionado, o termo de quitação apenas pode ser admitido com a validade de um **recibo** de quitação, na lógica do mencionado no art. 477 da CLT. Isso significa que comprova o pagamento apenas das importâncias efetivamente pagas, não vedando seja pleiteado o pagamento de valores não consignados.

Como a **quitação não é transação**, uma vez que não existem concessões recíprocas, apenas e tão somente um recibo quanto a uma obrigação cumprida, a declaração manifestada no termo não impede o questionamento judicial. "A natureza da quitação é a mesma do pagamento – ato jurídico – e não negócio jurídico porque,

⁴³

<https://bit.ly/2uVkyqY>

embora voluntário, é vinculado a um prévio dever jurídico."⁴⁴ Isso porque, frise-se, não implica renúncia, sobretudo em se tratando de direitos indisponíveis.

Mesmo em se tratando de casos de transação extrajudicial, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que nas situações em que o acordo implica desvantagem excessiva para a parte hipossuficiente **não há óbice ao ajuizamento de ação** postulando obrigação não prevista no acordo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. LINDB. STATUS CONSTITUCIONAL. ACIDENTE EM TRANSPORTE DE PASSAGEIRO. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. CLÁUSULA DE RENÚNCIA DE DIREITO. RECONHECIMENTO DE DESEQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES. OFENSA À COISA JULGADA INEXISTENTE. DIREITO À PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. NATUREZA ALIMENTÍCIA.

1. Com o advento da Constituição Federal de 1988, os princípios contidos no art. 6º da LINDB foram alçados a status constitucional, razão pela qual não possui o Superior Tribunal de Justiça competência para apreciar eventual violação ao preceito, consoante jurisprudência uníssona (REsp 976.587/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2009; REsp 964.909/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2009).

2. A transação é negócio jurídico extintivo de obrigações, alcançada por meio de concessões mútuas, cujo objetivo primordial é evitar o litígio ou colocar-lhe fim. A extinção se exterioriza na forma de renúncia a direito patrimonial de caráter privado, disponível, portanto, conforme previsto na lei.

3. A transação, assim como acontece com outras espécies de negócio jurídico, pode ser desconstituída quando detectado defeito no ato, tal como a ocorrência de dolo, violência ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa, nos exatos termos do art. 849 e seu parágrafo único do CC.

4. A lesão, defeito do ato jurídico, apesar de não ter constado expressamente do CC de 1916, como o fez o Código de 2002, por sua íntima relação com a noção de justiça contratual, já funcionava, na vigência do diploma anterior, como instrumento apto a assegurar o equilíbrio negocial em sentido amplo.

5. O instituto da lesão se caracteriza pelo desrespeito à cláusula geral da boa-fé pelo agente que a provoca, atitude que antecede e independe de qualquer previsão legal do instituto.

6. Quando o acordo extrajudicial é, em tese, prejudicial à parte hipossuficiente em desvantagem excessiva, as portas do Judiciário não podem permanecer fechadas, sob o risco de perpetuar a desproporcionalidade entre o dano e o seu ressarcimento.

7. A situação de desequilíbrio na relação entre as partes, incontestável, marcado pela indiscutível inexperiência da vítima, sem a assistência de um profissional ou pessoa esclarecida no momento de formalização da transação, é capaz de fundamentar o reconhecimento do direito à prestação originalmente não prevista no negócio, no caso dos autos, uma pensão mensal vitalícia.

8. A jurisprudência deste Tribunal já decidiu que o recibo fornecido pelo lesado deve ser interpretado restritivamente, significando apenas a quitação dos valores a que refere, sem obstar a propositura de ação para alcançar a integral reparação dos danos sofridos com o acidente. (REsp n. 326.971-AL, DJ 30/9/2002, relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

[...]

12. Recurso especial não provido." (REsp 1183315/ES, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 01/02/2016)

Assim, pelo exposto, conclui-se que se **o pretenso objetivo do legislador reformista de obstaculizar o acesso à justiça com a inserção do artigo 507-B da CLT restou frustrado**, pois a quitação anual de obrigações trabalhistas possui eficácia liberatória limitada às parcelas e valores consignados no termo e efetivamente pagos, não impedindo que o trabalhador busque judicialmente a satisfação integral das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, além da reparação de eventuais danos sofridos.

ACORDO EXTRAJUDICIAL

Introduziu-se na CLT, por meio da Lei n. 13.467, a hipótese de homologação de acordo extrajudicial entre empregador e trabalhador, figura que era controversa na doutrina e jurisprudência, admitida apenas por uma minoria.

A este respeito, o novo texto legal assim dispôs:

"Art. 652. Compete às Varas do Trabalho:

f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.

Art. 855-B. *O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.*

§ 1º *As partes não poderão ser representadas por advogado comum.*

§ 2º *Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria.'*

'Art. 855-C. *O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação.*

Também nesta hipótese, entende-se que a intenção do Deputado Rogério Marinho, autor do Substitutivo ao Projeto de Lei 6.787/2016, que viria se transformar na nova lei, simplesmente não correspondeu ao texto efetivamente redigido e aprovado.

Faz-se esta observação tendo em vista que, de acordo com o aludido parlamentar, *"esse ato dependerá de iniciativa conjunta dos interessados, com assistência obrigatória de advogado. Ouvido o Juiz, se a transação não visar a objetivo proibido por lei, o Juiz homologará a rescisão. A petição suspende o prazo prescricional, que voltará a correr no dia útil seguinte ao trânsito em julgado da decisão denegatória do acordo"*, tendo ainda ressaltado o seguinte o Deputado: *"esperamos que, ao trazer expressamente para a lei a previsão de uma sistemática para homologar judicialmente as rescisões trabalhistas, conseguiremos a almejada segurança jurídica para esses instrumentos rescisórios, reduzindo, conseqüentemente, o número de ações trabalhistas e o custo judicial"*.

Ocorre que não há, no texto legal, qualquer delimitação ou reconhecimento do acordo extrajudicial como estando atrelado à figura da rescisão contratual.

Na realidade, o legislador extinguiu a assistência à rescisão contratual, que era realizada pelos sindicatos, e não colocou nada em seu lugar.

A intenção do parlamentar, não traduzida no texto legal, de que a figura do acordo extrajudicial substituiria a extinta assistência, simplesmente não pode ser aceita, sob pena de transformar-se a Justiça do Trabalho em órgão eminentemente administrativo.

De fato, com a redação aprovada, o acordo extrajudicial poderia ser utilizado a qualquer instante, mesmo durante a constância do contrato de trabalho, e para quaisquer fins.

Seria possível, então, que empregador e empregado buscassem mensalmente a homologação de acordos relacionados ao pagamento do salário mensal, por exemplo? Ou concessão de férias? Ou pagamento do 13º salário?

Reconheça-se que a interpretação literal do dispositivo conduziria exatamente a tal conclusão e possibilidade: a Justiça do Trabalho poderia ser utilizada, sem limites, para se obter eficácia liberatória imediata para cada parcela trabalhista que tiver que ser paga. Por que esperar pelo termo de quitação anual previsto pelo art. 507-B da mesma reforma trabalhista, se o mesmo efeito pode ser obtido, antes disso, todos os meses, ou na frequência que bem se desejar, com a garantia proporcionada por uma sentença homologatória?

Refleta-se então sobre a enorme quantidade de rescisões contratuais que ocorrem diariamente no país. Em 2016, foram 1,32 milhões de empregos formais extintos no país. São em torno de 282 trabalhadores demitidos por hora. Reflita-se, pois, sobre as consequências de se transformar todas essas demissões em procedimentos judiciais, ainda que voluntários, com a realização em cada um deles de audiência.

Ora, o propósito anunciado de tal reforma foi o de desafogar o Judiciário, diminuir o número de procedimentos judiciais e reduzir os custos judiciais. Por óbvio, nada disso será obtido se forem produzidos milhões de procedimentos voluntários, com contratação obrigatória de advogados.

Conclui-se que tal interpretação literal simplesmente não pode prevalecer, pois conduz a absurdo, e à transformação do Poder Judiciário em órgão eminentemente administrativo. Não há como justificar a existência de interesse processual legítimo para se buscar e obter homologação judicial de acordos mensais sobre salários ou férias, ou rescisões em série.

A interpretação compatível com o ordenamento pátrio aponta no sentido de que o acordo extrajudicial foi previsto como uma forma alternativa, potencialmente mais célere, de resolução de conflitos entre empresas e trabalhadores. Quando surgir entre eles o estabelecimento de uma controvérsia, uma divergência quanto a determinado assunto, as partes contratarão advogados, chegarão a um acordo, e então buscarão a homologação judicial dessa conciliação através de um procedimento voluntário. Substitui-se nesse caso uma reclamatória trabalhista pela conciliação extrajudicial.

Com isso, há de se concluir que o instituto só poderá ser utilizado quando em algum momento surgiu alguma controvérsia ou disputa entre as partes, que foi equacionada por meio da negociação, tendo depois disso chegado-se a um acordo. **Não poderá o acordo extrajudicial ser utilizado na ausência de qualquer controvérsia pregressa**, vale dizer, não poderá ser banalizado e estendido para atividades rotineiras, habituais, de simples gestão de recursos humanos pela empresa, e **não poderá ser utilizado como procedimento-padrão ao pagamento de parcelas incontroversamente devidas ao trabalhador.**

Tal conclusão é reforçada pelo disposto no novo art. 855-C: "*O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação*".

Os parágrafos mencionados nesse dispositivo estabelecem que:

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

"§ 8º - A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora".

Ora, à luz do art. 855-C, é certo que a rescisão contratual já precisará estar consumada antes de qualquer homologação a ela relacionada. O prazo para quitação é de 10 dias da extinção do contrato, e o prazo para homologação é de 15 dias (se houver designação de audiência, obviamente será muito maior, considerando o quanto estão congestionadas as pautas das Varas), sendo que além disso o pedido terá que ser devidamente instruído. O juiz não poderá homologar sem a comprovação documental do pagamento de cada parcela a que se refere o acordo.

Então, **se o acordo extrajudicial não prejudica (vale dizer, não pode dispor contrariamente à lei) a comunicação e formalização da rescisão e o pagamento das verbas rescisórias, é porque o acordo extrajudicial não se confunde, nem tem por propósito substituir, a extinta homologação perante o sindicato. A rescisão há de ser levada a termo antes e independentemente de qualquer acordo extrajudicial submetido ao Judiciário.**

Vale frisar a seguinte adicional repercussão do estabelecido no art. 855-C: se para fins de acordo há de se observar aqueles dispositivos, que fixam o prazo para pagamento integral das verbas rescisórias devidas e a multa em caso de descumprimento dessa obrigação, é porque não se pode, através do acordo extrajudicial, diminuir o valor dessas verbas rescisórias, constantes no termo, nem estabelecer outro prazo para pagamento, ou mesmo o parcelamento de verbas rescisórias. Se o pedido das partes for nesse sentido, será juridicamente impossível, por expressa vedação legal, e nem poderá ser conhecido.

Absurdamente, aliás, **a intenção alardeada quanto à reforma seja "reduzir o número de ações trabalhistas", constata-se que o seu resultado, no que diz respeito à disciplina dada às rescisões, conduz exatamente ao contrário, a um aumento da judicialização.** A homologação pelo sindicato tinha o propósito de prevenir equívocos e resolver controvérsias, sem a necessidade de grandes formalidades. Agora ela não mais existe, e o trabalhador, sem ouvir a opinião de ninguém, nem do sindicato, nem do Ministério do Trabalho, a respeito da correção do que está sendo pago pela empresa, tenderá a suspeitar que parte do que lhe é devido não está sendo pago. Ao mesmo tempo, se para encaminhar um acordo extrajudicial o trabalhador terá que arcar com os custos da contratação de um advogado, e se tal acordo não interfere nos prazos

para pagamento das verbas rescisórias, previsivelmente boa parte dos trabalhadores concluirá que, se é para pagar um advogado, que o seja para pleitear tudo o que se mostra possível, por meio, então, de uma reclamatória.

Compreende-se, assim, que caso seja constatado que determinada empresa está utilizando o acordo extrajudicial como forma deturpada de gestão de recursos humanos, transformando toda e qualquer rescisão contratual em um procedimento judicial (ou, pior ainda, utilizando o instrumento para formalização de simples pagamento de salários, férias, 13º salário, etc.), na ausência de qualquer genuíno conflito ou disputa para o qual o acordo extrajudicial deveria ser a solução, cumprirá à Justiça do Trabalho repelir tal pretensão, negando-se a homologar tais acordos, e ao Ministério Público do Trabalho caberá instaurar procedimento investigatório para apuração da fraude e, se recusa a regularização, ajuizar a ação civil pública, a fim de que a empresa não transforme a Justiça em um escritório administrativo de contabilidade.

Acrescente-se que o acordo extrajudicial não possibilita a eficácia liberatória geral do contrato de trabalho, não sendo admissível que as partes prevejam tal resultado, eis que se encontra expresso no *caput* do art. 855-E que o acordo só se refere "aos direitos nele especificados", ou seja, ele só alcança parcelas expressamente especificadas.

Ademais, à vista dos princípios da irrenunciabilidade e indisponibilidade, próprios do Direito do Trabalho, tais acordos extrajudiciais não poderão se referir a direitos indisponíveis, previstos em normas cogentes, de ordem pública. Entre esses direitos estão, sem dúvida, as normas de saúde e segurança do trabalho, aí incluídas as disposições relativas a descansos e à jornada de trabalho.

Interpretação em sentido contrário mostra-se descabida, eis que, de acordo com o art. 5º do Decreto-Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas), "*na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que se dirige*", sendo que os fins sociais da legislação trabalhista são, incontroversamente, a proteção do trabalhador, particularmente de sua vida e sua saúde.

A respeito do estabelecido no § 2º do art. 855-B, que faculta o trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato, seu alcance foi delimitado pelo mesmo legislador ao ser eliminada a figura da contribuição legal devida por todos os membros da categoria. Ora, combinada tal extinção com a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, inclusive do STF, no sentido de não admitir contribuição assistencial e confederativa em desfavor de trabalhadores não sindicalizados, chega-se à conclusão que não há mais um liame jurídico que vincule o membro não sindicalizado da categoria profissional ao sindicato.

À mesma conclusão chegou Jorge Luiz Souto Maior:

"Ao se eliminar o imposto sindical obrigatório, resta afastada a representação automática dos sindicatos de uma categoria de trabalhadores legalmente definida. Não havendo vínculo jurídico entre o sindicato e os trabalhadores, primeiro, perde sentido a noção de categoria, ainda mais se considerada a previsão legal que autoriza, ainda que

ineficazmente, a terceirização de atividade-fim, e, segundo, não se pode conceber que um ato jurídico entre terceiros atinja direitos alheios, ainda mais no sentido de reduzi-los". (em Impactos do Golpe Trabalhista – A Lei n. 13.467/17, disponível em <<https://www.anamatra.org.br/artigos/25669-impactos-do-golpe-trabalhista-a-lei-n-13-467-17>>)

Realmente, mostra-se apenas óbvio que não há como se exigir de qualquer sindicato a prestação de serviços sem alguma fonte custeio correspondente e suficiente. Como poderia o sindicato proporcionar a um trabalhador não filiado o atendimento por advogado, se esse advogado precisa ser remunerado por alguém? Se o sindicato só poderá buscar seu custeio mediante contribuições voluntárias pelos trabalhadores filiados, então ele estará proibido de desviar tais contribuições voluntárias em benefício de trabalhadores não filiados, que nada contribuíram, sob pena de ofensa ao princípio da liberdade sindical, e até mesmo caracterização de enriquecimento ilícito.

Assim sendo, mostra-se forçoso concluir que, até que sobrevenha nova reforma legislativa que resgate alguma forma de contribuição pelos membros da categoria, o § 2º do art. 855-B só se refere a trabalhadores sindicalizados, filiados ao sindicato. Com relação a outros trabalhadores o sindicato não terá obrigação de prestar assistência jurídica.

Com isso, esvazia-se em grande parte a utilidade prática do acordo extrajudicial, pois a maioria dos trabalhadores não concordará em sofrer desconto adicional para pagar os honorários de um advogado, sem ter nada a ganhar com isso.

Quanto ao previsto no § 1º do art. 855-B, a regra há de ser interpretada no sentido de alcançar, também, advogados pertencentes ao mesmo escritório ou sociedade que representa a empresa, eis que o sentido da lei é, claramente, evitar o conflito de interesses. Ainda que o advogado não seja precisamente o mesmo, o conflito se estabeleceria caso o trabalhador viesse a ser representado por outro advogado vinculado a escritório que já exerce o patrocínio da empresa, nessa ou em outras causas.

É também o entendimento de Manoel Antônio Teixeira Filho:

"Pondo à frente o sentido teleológico da norma, podemos afirmar que ela também veda a representação por advogados diversos, mas integrantes do mesmo escritório de advocacia" (em "O processo do trabalho e a reforma trabalhista", LTR, 2017).

Mostra-se recomendável, evidentemente, que haja grande cautela por parte dos magistrados ao homologar tais acordos extrajudiciais, devendo ser por eles reconhecido que os trabalhadores, por se encontrarem em condição de vulnerabilidade, particularmente quando demitidos, podem se ver coagidos ou induzidos a concordar com um acordo que na verdade não desejam ou nem mesmo compreendem.

A propósito, cabe lembrar que se mantém incólume a Súmula 418 do TST, segundo a qual: *"A homologação de acordo constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança"*.

Por fim, vale insistir que o acordo homologado pode ser desconstituído mediante ação anulatória, eis que, sendo o procedimento de jurisdição voluntária, não há coisa julgada material. Nesse sentido o entendimento do TST: "*não se há falar em atribuição de efeitos da coisa julgada a matéria relativa à homologação de acordo em jurisdição voluntária, eis que a res iudicata só se opera em processo contencioso*" (RR 1058-30.2010.5.18.0012).

TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

A questão envolve a alteração na Consolidação das Leis do Trabalho patrocinada pela Lei nº 13.467, notadamente no que tange aos acréscimos dos arts. 223-A a 223-G para tratar do dano extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que o art. 223-A dispõe que se aplicam à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título. Trata-se de uma restrição de contenção à incidência de outras normas do ordenamento jurídico. Isso significa que o legislador comprometido com as reformas desconsidera o art. 187 do Código Civil que é a base normativa da reparação civil, e é a legislação civilista que se deve buscar o arcabouço dogmático para assegurar a reparação pela prática de ato ilícito que venha a causar dano extrapatrimonial.

Dizer que os danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho serão disciplinados apenas pelos novos dispositivos introduzidos na CLT é desconsiderar a técnica interpretativa que deve empolgar o aplicador do direito na busca das normas mais adequadas para tutelar o bem violado, em um verdadeiro diálogo de fontes. Afinal, o ordenamento jurídico não é segmentado estanquamente, mas se conforma como um sistema normativo amplo, em que nenhum segmento, por mais especializado que seja, pode existir isolado.

Ademais, as relações sociais que ocorrem no plano fático são dinâmicas, o que não é diferente no que se refere às relações trabalhistas, não sendo possível o legislador pretender criar um sistema fechado de tutela a violações extrapatrimoniais diante da evidente mutabilidade e inovação dos atos que podem vir a ofender a esfera extrapatrimonial do cidadão trabalhador.

A intenção do legislador é de fragilizar a tutela do trabalhador no que tange ao dano moral trabalhista, criando uma barreira de incidência das normas do Código Civil. A opção do legislador se revela incompatível com a lógica da existência do Direito do Trabalho, o qual surgiu, justamente, por ser o Direito Civil impróprio para tutelar as relações laborais diante das características típicas intrarrelacionais entre trabalhadores e tomadores de serviço. Nessa medida, quando o direito comum for mais apto para proteger o cidadão trabalhador, a sua exclusão por norma viola o fundamento elementar da existência do Direito do Trabalho.

A tarificação do dano extrapatrimonial merece uma leitura pela lógica subjacente à reforma trabalhista: a tentativa de isentar o empregador da responsabilidade decorrente do contrato de trabalho, livrando-o dos riscos inerentes ao seu negócio. No particular, a adoção de um sistema fechado para a quantificação do dano moral possui um objetivo muito evidente e bem delimitado, qual seja, tolher o poder decisório do magistrado por meio da fixação de limites bastante reduzidos.

A nova regra não se sustenta. A uma, porque não se pode objetivar o custo do sofrimento humano. Se a compensação indenizatória serve como consolo para amenizar

o dano sofrido, seu arbitramento exige uma análise casuística, à luz da extensão do dano e da culpabilidade do ofensor. A duas, porque a tarifação amarra as mãos do juízo no arbitramento da indenização devida e, com isso, reduz drasticamente sua esfera decisória baseada na equidade, algo que não ocorre em nenhum outro campo do direito público ou privado. A três, porque, ao determinar como parâmetro o salário contratual para a fixação da indenização, o legislador estabelece que a moral do rico vale mais do que a do pobre. Ademais, e sobretudo, porque os valores são baixíssimos e não servem às finalidades mais notáveis do instituto: a reparação do mal causado e a punição do agressor.

Tomando-se como parâmetro o salário mínimo nacionalmente unificado, atualmente no valor de R\$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais), o teto indenizatório será de R\$ 46.850,00 (quarenta e seis mil, oitocentos e cinquenta reais). Isso apenas demonstra o desprezo do legislador com o sentimento de dor, angústia e tristeza do trabalhador que teve atingida sua dignidade por meio da violação de seus direitos da personalidade. Danos graves, como morte, amputação, desfiguração, escravidão ou perda da visão e da audição, ensejarão o pagamento máximo de R\$ 46.850,00, independentemente da capacidade econômica do ofensor, ainda que se trate de instituições financeiras com lucro líquido anual na casa das dezenas de bilhões de reais.

Torna-se evidente que a nova regra não atende às finalidades compensatória e punitiva delineadas pela legislação civilista (art. 944, CC). O teto indenizatório impedirá o atendimento às características punitiva e pedagógica do instituto, cuja finalidade é tangenciar o ofensor à correção e à não repetição da conduta ilícita.

A limitação também será capaz de gerar indenizações díspares para fatos semelhantes, senão idênticos, conforme decorra ou não de uma relação empregatícia. Tomemos o fator morte como exemplo. No âmago de uma relação de trabalho, os dependentes do empregado vitimado em acidente de trabalho receberão, de acordo com a nova regra, indenização por dano moral no valor máximo de R\$ 46.850,00 - considerando o salário mínimo nacionalmente unificado. Trata-se de valor bastante aquém do que vem arbitrando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

1.000 (um mil) salários mínimos: *RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE EM PLATAFORMA DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO - MORTE DE FILHO - DANOS MORAIS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - NÚMERO DE LESADOS - RAZOABILIDADE - RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. Aos parâmetros usualmente considerados à aferição do excesso ou irrisão no arbitramento do quantum indenizatório de danos morais - gravidade e repercussão da lesão, grau de culpa do ofensor, nível socioeconômico das partes -, perfaz-se imprescindível somar a quantidade de integrantes do pólo proponente da lide. A observância da equidade, das regras de experiência e bom senso, e dos princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade quando da fixação da reparação de danos morais não se coaduna com o desprezo do número de lesados pela morte de parente. 2. Ante as peculiaridades da espécie, a manutenção do quantum indenizatório arbitrado pelo Tribunal a quo, em valor equivalente a 500 salários mínimos para cada um dos autores, pais da vítima do acidente laboral, denota equidade e moderação, não implicando em enriquecimento sem causa. 3. Recurso Especial não conhecido. (STJ - REsp: 745710 RJ 2005/0068106-6, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 05/12/2006, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 09/04/2007 p. 254LEXSTJ vol. 213 p. 128RT vol. 862 p. 116)*

1.000 (um mil) salários mínimos: RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTUPRO E ASSASSINATO DE ESTAGIÁRIA NO INTERIOR DE FÁBRICA. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. Dadas as particularidades da espécie, em que a autora da ação indenizatória teve sua filha estuprada e assassinada, impõe-se a manutenção do quantum indenizatório no patamar em que fixado pelo Tribunal a quo. Não justificada, portanto, a excepcional intervenção desta Corte para rever a verba indenizatória. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 737918 RJ 2005/0051300-4, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 12/06/2007, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.08.2007 p. 374 RT vol. 866 p. 152)

600 (seiscentos salários mínimos: (...)) (i) Majoração do quantum indenizatório arbitrado pelos danos morais (art. 186 do CC/02): Está pacificado o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o valor da indenização por dano moral somente pode ser alterado na instância especial quando ínfimo ou exagerado. Ressalto que a indenização por danos morais em casos de morte da vítima vem sendo arbitrada por esta Corte entre 300 e 500 salários mínimos, com o que se deve reputar como ínfimo o montante global de R\$ 55.000 (cinquenta e cinco mil reais), equivalente a 100 salários mínimos vigentes à época do fato, estabelecendo-se, portanto, fora do espectro jurisprudencial supracitado. (...) Depreende-se do histórico jurisprudencial desta Corte que o STJ tem-se utilizado do princípio da razoabilidade para tentar alcançar um arbitramento equitativo das indenizações por prejuízos extrapatrimoniais derivados de homicídio (art. 948 do CC). Pode-se estimar que, para esta Corte Superior, um montante razoável para a indenização por dano moral, nas hipóteses de morte da vítima, situa-se na faixa entre 300 e 500 salários mínimos. Saliente-se, mais uma vez que, embora seja importante que se tenha um montante referencial para a indenização dos prejuízos extrapatrimoniais derivados do dano-morte, isso não deve representar um tarifamento judicial rígido, o que entraria em rota de colisão com o princípio da reparação integral (art. 944 do CC) e a necessidade de um arbitramento equitativo da indenização por danos morais (art. 953, § único, do CC). Com efeito, cada caso apresenta particularidades próprias e variáveis importantes como a gravidade do fato em si, a culpabilidade do autor do dano, a intensidade do sofrimento das vítimas por ricochete, o número de autores, a situação sócio-econômica do responsável, que são elementos de concreção que devem ser sopesados no momento do arbitramento equitativo da indenização pelo juiz. Assim, no particular, o montante de R\$ 55.000 (cinquenta e cinco mil reais), totalizando um valor global de 100 salários mínimos vigentes à época do fato, para os familiares da vítima falecida situa-se muito aquém do espectro jurisprudencial supracitado (300 a 500 salários mínimos), merecendo, portanto, majoração neste valor. (...) Em relação aos pais, fixo para cada um deles um valor equivalente a 150 salários mínimos, totalizando 300 salários mínimos. Em relação aos irmãos, fixo para cada um deles o valor equivalente a 50 salários mínimos, totalizando 300 salários mínimos. Torno, assim, definitiva a indenização no montante total equivalente a 600 salários mínimos na data de hoje como quantum indenizatório aos familiares da vítima. (Voto do Min. Relator Paulo de Tarso Sanseverino. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.354.384 - MT. Terceira Turma. Decisão unânime).

500 (quinhentos) salários mínimos: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. MORTE DE FILHO.ACIDENTE DE TRABALHO. DANO MORAL. PENSÃO. PARCIAL PROVIMENTO. 1. A indenização por dano moral decorrente de morte aos familiares da vítima é admitida por esta Corte, geralmente, até o montante equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos. Precedentes. 2. A pensão devida à genitora, economicamente dependente do filho falecido em acidente de trabalho, é de 2/3 (dois terços) dos ganhos da vítima fatal até a data em que completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade, passando a 1/3 (um terço) a partir de então, quando se presume que o falecido

constituiria família e reduziria o auxílio dado aos seus dependentes. 3. Agravo regimental a que se dá parcial provimento. (AgRg no REsp 976.872/PE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 28/02/2012)

350 (trezentos e cinquenta) salários mínimos: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MORTE DE ENTE FAMILIAR. QUANTUM RAZOÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A alteração do julgado, no sentido dar prevalência à prova testemunhal em detrimento da prova pericial, encontra óbice no enunciado da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que, para se chegar a tal conclusão, seria necessário novo exame do material fático-probatório dos autos. 2. "A indenização por dano moral decorrente de morte aos familiares da vítima é admitida por esta Corte, geralmente, até o montante equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos. Precedentes." (AgRg no REsp 976.872/PE, Relatora a eminente Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe de 28/2/2012) 3. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, em se tratando de responsabilidade derivada de relação contratual, como na hipótese, os juros de mora são devidos a partir da citação. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 514556 SP 2014/0105266-4. QUARTA TURMA. DJe 20/10/2014. 16 de Setembro de 2014. Relator Ministro RAUL ARAÚJO).

300 (trezentos) salários mínimos: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - DANO MORAL - MORTE EM ACIDENTE DE TRABALHO - AUSÊNCIA DE SEMELHANÇA QUANTO À VÍTIMA - INDENIZAÇÃO - RAZOABILIDADE. - A dor da perda dum filho é diferente daquela sentida pela morte do pai e do cônjuge. A inversão da ordem natural das coisas é sentida com maior intensidade e justifica a diferença do dano moral. São casos diferentes. Dissídio pretoriano inexistente. - Danos morais de 300 salários mínimos, por morte de filho maior de família humilde em acidente de trabalho, não se configuram irrisórios ou abusivos a ensejar controle do STJ em nome do Princípio da Razoabilidade. - Embargos não-conhecidos. (STJ-2ª Seção, EREsp 435.157-MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 9.6.04, não conheceram, v.u., DJU 28.6.04, p. 182.)

300 (trezentos) salários mínimos: RECURSO ESPECIAL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO E FILHOS DE VÍTIMA FALECIDA POR ERRO MÉDICO - DANOS MORAIS - INDENIZAÇÃO FIXADA EM QUINHENTOS SALÁRIOS MÍNIMOS - REDUÇÃO PARA TREZENTOS SALÁRIOS MÍNIMOS - RAZOABILIDADE - PRECEDENTES. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que pode majorar ou reduzir, quando irrisório ou absurdo, o valor das verbas fixadas a título de dano moral, por se tratar de matéria de direito e não de reexame fático-probatório. Dessarte, na hipótese em exame, a indenização devida a título de danos morais, fixada pelo Tribunal de origem em 500 (quinhentos) salários mínimos, deve ser reduzida a 300 (trezentos) salários mínimos, em atenção à jurisprudência desta Corte e ao princípio da razoabilidade. Recurso especial provido em parte. (STJ - REsp: 371935 RS 2001/0158675-6, Relator: Ministro FRANCIULLI NETTO, Data de Julgamento: 02/09/2003, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 13/10/2003 p. 320)

Como se vê, as decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça estabelecem indenizações por dano moral decorrente de morte na média de algo em torno de 500 salários mínimos, um patamar 10 (dez) vezes superior ao teto indenizatório estabelecido pela nova regra do art. 223-G (§ 1º, IV).

Ademais, a insignificância dos limites trazidos pela nova regra ficam ainda mais evidentes quando cotejados com valores indenizatórios referentes a ilegalidades perpetradas em face da imagem, do nome e da honra da vítima. Vejamos alguns exemplos:

Publicação de matéria considerada injuriosa, difamatória e caluniosa:

500 (quinhentos) salários mínimos. (...) 2. De outro lado, quando o valor da indenização se mostra manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei, é possível rever o quantum em sede de recurso especial. A indenização, como se tem assinalado em diversas oportunidades, além do seu escopo reparatório, deve também contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato. Todavia, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com notórios exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Na espécie, diante das circunstâncias do caso, e considerando os parâmetros fixados por esta Turma em casos semelhantes, tenho como razoável reduzir o valor indenizatório fixado pelo acórdão impugnado pela metade, mais especificamente para 500 (quinhentos) salários mínimos. (Voto do Min. Rel. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. STJ - REsp: 513057 SP 2003/0047523-8, Data de Julgamento: 18/09/2003, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 19/12/2003 p. 484)

300 (trezentos) salários mínimos. CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - AFASTAMENTO DA SÚMULA 7/STJ - PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA QUE CAUSOU GRANDES CONSTRANGIMENTOS AO AUTOR - VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. Não incidência da Súmula 7/STJ à hipótese em comento, por não se tratar de reexame do contexto fático-probatório e sim de sua valoração. 2. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir. 3. Indenização de 300 (trezentos) salários-mínimos, fixada pelo Tribunal recorrido, que se apresenta razoável, diante da situação descrita nos autos - publicação, na imprensa local, de lista que causou grandes constrangimentos ao autor. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e neste parte improvido. (STJ - REsp: 575023 RS 2003/0132170-7, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 27/04/2004, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 21/06/2004 p. 204)

200 (duzentos) salários mínimos. (...) Conquanto, pessoalmente, entenda que o valor do ressarcimento, estabelecido em 500 salários mínimos, não é absurdo, recorro que em precedente recente, de que foi relator o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, e que também versava sobre lista publicada no mesmo diário, de 99 nomes de policiais acusados de corrupção, a orientação desta Turma foi no sentido de fixar a indenização em 200 salários mínimos (cf. REsp n. 243.093/RJ, julgado em 14.03.2000). Ante o exposto, na esteira do precedente acima, conheço em parte do recurso e lhe dou parcial provimento, para reduzir a indenização a 200 (duzentos) salários mínimos, nos termos acima. (Voto do Min. Rel. ALDIR PASSARINHO JUNIOR. STJ - REsp: 226956 RJ 1999/0073557-9, Data de Julgamento: 06/06/2000, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25/09/2000 p. 107)

Fornecimento indevido de talão de cheques:

100 (cem) salários mínimos. RESPONSABILIDADE CIVIL - FORNECIMENTO DE TALÃO DE CHEQUES A FALSÁRIO- DANO MORAL - FIXAÇÃO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ -VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DELINEADAS SOBERANAMENTE PELAINSTÂNCIA ORDINÁRIA. 1. Não incidência da Súmula 7/STJ a hipótese em comento, por não se tratar de reexame do contexto fático-probatório e sim de sua valoração. 2. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano

moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas simproporcional à dúplici função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir. 3. Quantia de 100 (cem) salários-mínimos a título de indenização por dano moral, que se apresenta razoável, na hipótese de entrega indevida de talonário de cheques a pessoa estranha, sem identificação, levando em conta ainda ser a correntista senhora idosa, com problemas de saúde, submetida a investigação policial por falha da instituição bancária. 4. Fixação do quantum que se harmoniza com os parâmetros costumeiramente utilizados pelas Terceira e Quarta Turmas desta Corte. 5. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 474786 RS 2002/0148037-4, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 01/04/2004, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 07/06/2004 p. 185)

Protesto indevido de título:

300 (trezentos) salários mínimos. (...) De efeito, cinquenta salários mínimos tem sido o parâmetro adotado por esta Turma para o ressarcimento de dano moral em situações assemelhadas, como de inscrição ilídima em cadastros, devolução indevida de cheques, protesto incabível, etc, a saber: REsp n. 110.091/MG, unânime, DJU de 28.08.2000; REsp n. 294.561/RJ, unânime, DJU de 04.02.2002; REsp n. 232.437/SP, unânime, DJU de 04.02.2002; REsp n. 218.241/MA, unânime, DJU de 24.09.2001; REsp n. 332.943/SP, unânime, DJU de 17.02.2003 e REsp n. 296.555/PB, unânime, DJU de 20.05.2002. No caso dos autos, os protestos foram em quantidade maior (dezenove), além de cuidar-se de pessoa jurídica, que termina por sofrer abalo moral de maior repercussão dada a intensidade das suas relações comerciais. Mas, nem por isso, justifica-se fixação do quantum em montante exagerado, como o estabelecido no acórdão, até porque as pessoas jurídicas tem sua moral mais vinculada a conceitos econômicos. E o fato é que, como se viu, conquanto alegado o abalo econômico em relação ao projeto, nenhum esforço houve para a demonstração do mesmo, sequer prova pericial. E também não apontam, nem a sentença, nem o acórdão, maiores elementos de convencimento para mostrar a gravidade do dano. Só e só pelo dano moral, tenho que seis vezes o valor atualizado das duplicatas é excessivo. Assim, podendo o STJ intervir a respeito, estou em reduzir a indenização para 300 (trezentos) salários mínimos, atualizáveis pelos índices oficiais de reajuste a contar da presente data, que me parece proporcional ao dano e onerosa para a ré, destacando-se que a só circunstância de se tratar de empresa de porte não justifica o enriquecimento sem causa da parte adversa. (Voto do Min. Rel. ALDIR PASSARINHO JUNIOR. STJ - REsp: 488536 MT 2002/0176377-7, Data de Julgamento: 09/09/2003, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 24/11/2003 p. 312)

50 (cinquenta) salários mínimos. Civil. Agravo no agravo de instrumento. Ação de indenização por danos morais. Protesto indevido de título. Valor arbitrado a título indenizatório. Controle. - A estipulação do valor da indenização por danos morais pode ser revista pelo STJ quando contrariar a lei ou o bom senso, mostrando-se irrisório ou exorbitante, o que não se verifica na hipótese dos autos. Agravo no agravo de instrumento desprovido. (STJ - AgRg no Ag: 580329 SC 2004/0007912-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 29/06/2004, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/08/2004 p. 389)

Inscrição indevida em cadastros restritivos de créditos:

50 (cinquenta) salários-mínimos. (...) 3. Relativamente ao dissídio pretoriano, aponta o recorrente divergência com paradigmas desta Corte, pleiteando a redução da verba indenizatória, estipulada em 50 salários mínimos. Todavia, tal montante, ao contrário do sustentado pelo réu, não se revela exagerado ou desproporcional às circunstâncias da

espécie, em que houve o lançamento indevido do recorrido em cadastros de restrição ao crédito, inclusive nos cheques sem fundo do Bacen, não se afastando dos parâmetros usualmente estabelecidos por esta Turma. Dessa forma, não se justifica, portanto, a excepcional intervenção deste Pretório. 4. Ante o exposto, conheço do recurso especial apenas pela divergência, mas nego-lhe provimento. (Voto do Min. Rel. CESAR ASFOR ROCHA. STJ - REsp: 602401 RS 2003/0194205-0, Data de Julgamento: 18/03/2004, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 28/06/2004 p. 335).

50 (cinquenta) salários mínimos. (...) *Com referência ao valor da indenização, a condenação em 200 (duzentos) salários mínimos se me afigura excessiva. De efeito, cinquenta salários mínimos tem sido o parâmetro adotado por esta Turma para o ressarcimento de dano moral em situações assemelhadas, como de inscrição íldima em cadastros, devolução indevida de cheques, protesto incabível, etc, a saber: REsp ns. 110.091/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 28.08.00, REsp n. 294.561/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 04.02.02, REsp n. 218.241/MA, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 24.09.01, 232.437/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 04.02.02 e 296.555/PB, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 20.05.2002. (Voto do Mi. Rel. ALDIR PASSARINHO JUNIOR. STJ - REsp: 432177 SC 2002/0050630-3, Data de Julgamento: 23/09/2003, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 28/10/2003 p. 289)*

A nova regra permite, ademais, que o empregador conheça antecipadamente o limite indenizatório do ato ilícito e, cotejando-o com as vantagens dele decorrentes, opte por infringir a lei. É dizer, a tarifação e o estabelecimento de tetos indenizatórios poderão incentivar a desobediência legal, fomentando a prática de atos contrários à legislação que geram dano à esfera moral do trabalhador.

Observa-se, ainda, que o legislador exclui, aparentemente, a coletividade como sujeito de direito, na medida em que prescreveu, no art. 223-B da CLT, que as pessoas físicas ou jurídicas atingidas é que serão as titulares exclusivas do direito à reparação. Com uma penada, o legislador pretendeu excluir a reparação do dano moral coletivo.

Contudo, há que se ressaltar que o ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional, tutela a dimensão coletiva do valor da dignidade da pessoa humana, que se encontra sob um guarda-chuva protetor que não permite reducionismos. A coletivização dos direitos ou interesses pelo legislador, como se dá na Lei da Ação Civil Pública, inclusive quanto ao dano moral coletivo, significa o reconhecimento incontestado da extrapolação das violações do espectro da individualidade existencial. Trata-se de um instituto que busca assegurar a civilidade das condutas nas relações intersubjetivas que podem repercutir na sociedade, na direção exorrelacional. Portanto, a norma em questão se volta exclusivamente para os sujeitos da relação laboral, não repercutindo na esfera de atuação de outros atores que tutelam os interesses metaindividuais advindos das relações de trabalho.

GRUPO ECONÔMICO

Bem analisando a inovação trazida pela Lei 13.467/2017, descobre-se que, na verdade, a definição e o alcance do grupo econômico na CLT foram ampliados.

Vejamos, prefacialmente, como fora tratada a matéria:

"Art. 2º

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes." (NR)

De fato, em sua redação anterior a CLT exigia que uma das empresas estivesse *"sob a direção, controle ou administração de outra"*.

Agora, prevê-se duas hipóteses para a caracterização de grupo: 1) quando existir uma empresa que exerce a direção, controle ou administração de outra(s); 2) quando duas ou mais empresas forem autônomas entre si, mas exista entre elas *"interesse integrado"*, *"comunhão de interesses"* e *"atuação conjunta"*.

Ou seja, a nova regra expressamente prevê a possibilidade de caracterização de grupo econômico envolvendo empresas genuinamente autônomas entre si, não reunidas pela existência de uma *holding* ou controladora. Não se exige a presença de fraude, desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

O propósito manifestado pelo autor do Substitutivo ao Projeto de Lei 6.787/2016, que viria se transformar na nova lei, foi: *"não deixar margem a dúvida sobre a caracterização do grupo econômico, impedindo-se o empréstimo da lei do trabalho rural para ampliação do conceito, como tem sido feito a partir do entendimento sumulado pelo TST. Com isso, evitam-se injustiças no momento da execução, com a inclusão no rol dos devedores de sócios ou empresas que dele não deveriam constar"*.

Se a intenção do parlamentar era desequilibrar as relações trabalhistas em benefício dos empregadores, e tentar dificultar a caracterização do grupo econômico, há de ser reconhecer que, nesse ponto, ela não foi atingida.

O entendimento dos juízes trabalhistas a respeito da matéria não era tão uniforme quanto supôs o Deputado, e parte considerável da jurisprudência observava a redação da CLT, em se tratando de trabalhadores urbanos.

Veja-se, por exemplo, a lição do celebrado Maurício Godinho Delgado a respeito do assunto, na última edição de sua devida obra Curso de Direito do Trabalho:

"O grupo econômico aventado pelo Direito do Trabalho define-se como a figura resultante da vinculação justralhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, ou financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica." (LTr, 2017, p. 399).

Com a mudança introduzida pela Lei 13.467, torna-se indubitável a caracterização de grupo econômico entre empresas autônomas entre si, reunidas apenas pela existência de um interesse em comum por elas perseguido.

A advertência introduzida quanto à circunstância de que *"não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios"* não significa, na realidade, qualquer inovação. Grande parte dos juízes já não admitia a caracterização de grupo apenas com base na identidade de sócios, e exigia outros elementos adicionais.

Note-se que inclusive nesse ponto não há mudança significativa: a lei não estabelece que a identidade de sócios é elemento insignificante ou irrelevante. Ela afirma que a "mera" identidade não é suficiente, o que quer dizer que tal identidade poderá ser levada em conta também, desde que associada a outros elementos, os quais, somados, permitam aquilatar que existe uma comunhão de interesses entre as empresas.

A nova redação menciona, de forma redundante, "interesse integrado" e "efetiva comunhão de interesses", expressões obviamente equivalentes, e que apenas significam que há entre as empresas do grupo interesses em comum, compartilhados. O requisito adicional é "atuação conjunta", o que é praticamente uma consequência lógica do requisito anterior. Se há interesse em comum entre as empresas, é evidente que estamos falando de algo de se manifesta na atuação delas, são interesses perseguidos pelas empresas do grupo.

Na prática, a soma de elementos que antes já eram considerados pela jurisprudência trabalhista para caracterizar a existência de grupo permanece relevante: identidade de sócios, objetos sociais idênticos ou objetos sociais que constituem fases sucessivas de um mesmo negócio (exemplo: o produto de uma empresa é utilizado como insumo pela outra), utilização dos mesmos empregados, identidade de endereços, etc. Somados vários desses elementos indiciários (não necessariamente todos precisam estar presentes, mas um deles isoladamente não se mostra suficiente), haverá fundamento para se dar por provada a existência do grupo.

É possível, entretanto, que exista o grupo mesmo na ausência de elementos indiciários tão óbvios assim. Nesse caso, dado que a nova redação aponta para a necessidade de se demonstrar a existência de interesse integrado e atuação conjunta, há de se reconhecer que constitui direito do autor produzir prova tendente à revelação de tal realidade, quando ela não saltar aos olhos.

Tal prova via de regra exigirá a decretação da quebra dos sigilos bancário e fiscal das empresas envolvidas, pois se há interesses e atuação em comum, tal realidade estará demonstrada pelos fluxos de caixa entre essas empresas, que

revelarão padrões de transferências de recursos e investimentos entre elas (sucessivas e recíprocas operações de crédito e débito).

De fato, o controle de uma empresa por outra pode se dar através de contratos firmados entre ambas, como contratos de mútuo, muito comuns entre empresas coligadas. Outra modalidade frequente é o contrato de conta corrente para centralização do departamento financeiro das empresas coligadas, tentando assim escapar da incidência de tributos, a exemplo do IOF.

A existência de grupo pode decorrer, inclusive, do interesse das empresas em obter com isso algum benefício fiscal (hipótese expressamente antevista pelo art. 2º, § 3º, da Lei 6.404/1976: *“A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais*). Tal realidade, por óbvio, só poderá ser provada mediante a análise de informação fiscal das empresas envolvidas, pois via de regra elas não anunciam publicamente esse propósito.

Tal meio de prova – quebra dos sigilos bancário e fiscal – não poderá ser negado ao autor, sob pena de cerceamento do seu direito de defesa. De fato, se a existência do grupo não for aparente ou óbvia (e a nova redação da CLT não exige que ela o seja, exige que seja provada), se o legislador introduziu um requisito de contornos relativamente subjetivos (existência de “interesses” em comum), e se o mesmo legislador exige que tal requisito relativamente subjetivo seja provado pelo autor (o autor precisa demonstrar sua existência), não será admissível a denegação daquele que, em muitos casos, será o único meio de prova capaz de revelar a existência do interesse em comum, que se expressa no plano dos fluxos financeiros que ocorrem entre as empresas.

Alternativa à decretação da quebra dos sigilos bancário e fiscal será, é claro, a redistribuição pelo Juízo do ônus da forma, na forma do art. 818, § 1º, com a redação dada pela mesma Lei 13.467, transferindo-se aos réus o ônus:

“§ 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”.

Não é outra a conclusão de Mauro Schiavi:

“De nossa parte, ainda que se considere a mera identidade de sócios não ser suficiente para a configuração do grupo econômico, tal elemento é um indício bastante relevante de sua existência (prova prima facie), podendo o Juiz do Trabalho, no caso concreto, aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova e atribuir o encargo probatório à empresa que nega a existência do grupo econômico (arts. 818, da CLT e 373 do CPC)” (em A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho, LTr, 2017, p. 132).

Vale mencionar, ainda, que, dado constituir incumbência da Justiça do Trabalho a execução de contribuições sociais (art. 876, parágrafo único, da CLT), e levando em conta que com relação a tais contribuições estabelece a Lei 8.212/1991 a responsabilização solidária do grupo econômico, mostra-se admissível, também, a aplicação do disposto nesse último diploma, que estabelece: *"IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei"*.

Seria evidentemente contraditório, e incompatível com o princípio da razoabilidade, adotar-se na mesma execução critérios distintos com relação à caracterização de grupo econômico. Assim, há de se concluir que, quando a execução trabalhista em curso envolver créditos devidos ao trabalhador e também contribuições sociais, haverá de prevalecer o estabelecido na Lei n. 8.212/1991, por se tratar do critério mais abrangente.

PROTESTO DE SENTENÇA E INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO

O dispositivo de que trata o art. 883-A introduzido na CLT representa um grande desafio hermenêutico, não por se revelar complexo, mas por conter regra simplesmente absurda, completamente irrazoável e sem sentido, de difícil compatibilização com o ordenamento pátrio. Vejamos sua redação:

"Art. 883-A. A decisão judicial transitada em julgado somente poderá ser levada a protesto, gerar inscrição do nome do executado em órgãos de proteção ao crédito ou no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT), nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo de quarenta e cinco dias a contar da citação do executado, se não houver garantia do juízo."

De fato, em tal ponto – não sendo esse o único caso em que isso se observa na nova lei – o texto da chamada "reforma" abandonou qualquer tentativa de manter as aparências e assumiu às claras o propósito de pura e simplesmente beneficiar as empresas devedoras.

Como se observa, o dispositivo pretende dificultar ou mesmo impedir o protesto e a inscrição do executado em cadastros de devedores, quando não realizado o pagamento exigido pelo título judicial (por sentença transitada em julgado). Instituiu um prazo de 45 dias de vedação a contar da citação do executado, e proíbe qualquer providência caso haja caução ou indicação de bens em garantia ao juízo de execução.

Em primeiro lugar, há de ser reconhecer que aquilo que o legislador provavelmente conseguirá, com isso, será popularizar a utilização de tais mecanismos indiretos de cobrança – que até hoje pouco eram usados no meio trabalhista – por chamar a atenção para eles.

Em segundo lugar, a regra contrasta notavelmente com o que estabelece o CPC, segundo o qual:

"Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.

Art. 782. Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá.

*...
§ 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.*

§ 4º A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, se for garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo".

Note-se que não há no CPC, quanto ao protesto, impedimento à sua realização por existir uma execução judicial em curso ou por nesta terem sido oferecidos bens em garantia, o que faz sentido pois o protesto extrajudicial não é propriamente um meio de gerar embaraço ou ameaça ao patrimônio do devedor, mas apenas um meio de dar publicidade ao não pagamento de uma dívida, servindo de alerta aos demais credores.

Mesmo antes do novo Código de Processo Civil, já se admitia o protesto extrajudicial de sentença, título executivo judicial, com base no art. 1º da Lei 9.492/1997: "*Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida*".

Nota-se que o legislador, ao alterar a CLT, afasta-se da disciplina contida no CPC. Não haveria nisso, a princípio, qualquer problema, desde que a diferença criada encontrasse apoio em motivo pertinente e compatível com o ordenamento.

Ora, na forma do CPC, as sentenças podem ser protestadas após o prazo para pagamento previsto no art. 523, que é de 15 dias a contar da intimação do devedor.

Na execução trabalhista, o prazo de pagamento é de 48 horas a contar da citação, na forma do art. 880 da CLT.

De onde, então, o legislador tirou o prazo de 45 dias a contar da citação? Qual é sua razão de ser?

A resposta, parece óbvio, é a seguinte: não há qualquer razão, o prazo inserido no novo texto legal é aleatório, e não atende a qualquer propósito compatível com a natureza ou a finalidade do processo trabalhista.

Na realidade, o que se pretende com a mudança é, em termos práticos, uma "*capitis diminutio*" da autoridade da sentença trabalhista, que passaria a ter menos valor e eficácia que as sentenças não trabalhistas. Qualquer sentença (que represente um dever de pagar), proferida por qualquer juiz brasileiro, poderá ser levada a protesto, mas as sentenças proferidas por Juízes do Trabalho não conteriam a mesma força.

Em última instância, é um apequenamento da Justiça do Trabalho que se está tentando criar: as decisões proferidas por esse ramo do Judiciário valeriam menos do que as proferidas por outros ramos, e sua força judicante seria reduzida. Juízes de Trabalho seriam considerados, assim, "juízes de segunda classe", cujas decisões seriam dotadas de menos efeitos que as proferidas por outros magistrados.

Por óbvio, interpretação que conduza a tal conclusão não pode ser admitida, por ofensa ao princípio da unidade da jurisdição, essencial ao Estado Democrático de Direito. Todas as decisões, emanadas por membros do Poder Judiciário, são expressões do mesmo poder jurisdicional, e o ordenamento não reconhecerá o estabelecimento de graduações ou diferenciações apenas por ser um Magistrado vinculado a um ramo, e outro vinculado a outro ramo desse mesmo Poder.

O despropósito da regra é ainda maior, eis que ela não se refere – e portanto não estabelece restrição – ao protesto de títulos executivos extrajudiciais, como o Termo de Ajuste de Conduta firmado perante o Ministério Público do Trabalho (art. 876 da CLT).

Então, se prevalecesse a interpretação literal, chegaríamos à absurda conclusão que o protesto de uma sentença transitada em julgado, proferida após ter sido proporcionado ao réu amplo contraditório e meios de defesa, possui menor eficácia que um título extrajudicial.

Também Francisco Antonio de Oliveira demonstra inconformidade com o dispositivo:

"Não vemos sentido lógico no prazo imposto de 45 (quarenta e cinco) dias para o protesto, quando o Código de Processo Civil o prazo é de apenas 15 (quinze) dias (arts. 517 e 523 NCPC), e o art. 528 fala em 3 (três) dias. O artigo, nesta parte, não tem respaldo técnico ou jurídico. Dá tratamento privilegiado pior para o crédito trabalhista de natureza alimentar e superprivilegiado nos termos do art. 186 do Código Tributário Nacional, Lei Complementar que somente sede espaço hierárquico à Constituição Federal e Lei da Execução Fiscal (Lei n. 6.830/1980). O artigo já nasce com lacuna ontológica. Há um excesso de proteção do devedor em desprestígio do trabalhador. E condiciona o protesto a que o executado não tenha garantido o juízo, exigência que não existe no Código de Processo Civil. O legislador cria privilégios para o mau pagador em detrimento do trabalhador, detentor de crédito alimentar. A lei já vem como vício de lacuna ontológica, isto é, se aplicada nos termos vazados, não corresponderá ao fato social que é proteção do crédito alimentar do trabalhador. A norma carrega consigo o vício de ancilose precoce, posto que congênito, face ao excesso de restrições impostas ao trabalhador, dificultando o recebimento de crédito alimentar. Dificulta o protesto da coisa julgada contra devedor renitente e aumenta o prazo civilista de 15 dias para 45 dias no trabalhista e proíbe o protesto, se o devedor oferecer garantia do juízo. O legislador fere o princípio da igualdade das partes no processo (art. 139, I, do NCPC). Fere o art. 5º, inciso I, da Constituição Federal. Por isso, são aplicáveis por alento subsidiário os arts. 517 usque 523 do CPC (ex vi do art. 769 da CLT)". (em Reforma trabalhista, 2017, LTr, p. 100)

Ora, o legislador, aqui considerada a pessoa física que propôs o projeto e as pessoas que o votaram, pode até não agir racionalmente, mas a lei precisa, necessariamente, ser racional, e cumpre ao intérprete da lei manter a coerência, a racionalidade e a integridade do ordenamento. Devemos presumir – mesmo que contrariamente aos fatos – que, como dizia San Tiago Dantas, "o legislador não pode ter querido o absurdo".

Como, então, compatibilizar o dispositivo legal com o ordenamento?

Defende-se, aqui, que a saída está em considerar a expressão "nos termos da lei", contida no dispositivo, para emprestar ao artigo interpretação restritiva, de modo a concluir que essa expressão refere-se ao texto que a sucede, e não ao que a antecede. Ou seja, "nos termos da lei" refere-se a "depois de transcorrido o prazo de quarenta e cinco dias a contar da citação do executado, se não houver garantia do juízo".

Hoje, o referido prazo de 45 dias simplesmente não encontra qualquer previsão ou justificativa no processo, não há conexão entre esse prazo e os prazos prescritos ao devedor para satisfação da dívida. Logo, há de se concluir que a "lei" mencionada no art. 883-A é aquela que instituir prazo de 45 dias para pagamento no processo do trabalho, e nesse caso não haverá antes do exaurimento desse prazo o protesto e a inscrição do executado perante órgãos de proteção ao crédito. Dado que atualmente não existe tal lei, haverá de se observar o CPC, até que sobrevenha alguma lei instituindo tal sistemática (prazo mais dilatado para pagamento pelo devedor trabalhista).

Trata-se da única saída para se manter a racionalidade e proporcionalidade do sistema jurídico, e sua compatibilização com a unidade da jurisdição.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) surgiu ainda no século XIX nos países da *Common Law*, a partir de criação jurisprudencial, como resposta a tentativas de utilização desvirtuada da personalidade jurídica.

No Brasil, a teoria foi introduzida pela doutrina do jurista Rubens Requião, ao desenvolver tese denominada "Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica – *Disregard Doctrine*", no ano de 1969. A tese fomentou a utilização da teoria pelo Judiciário brasileiro, o que se deu, com bastante ênfase, na área trabalhista.

Foi apenas em 1990, com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que a desconsideração da personalidade jurídica fora formalmente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro (art. 28, caput e § 5º da Lei 8.078/1990). Em 1998, a Lei 9.605 (nova lei de crimes ambientais) trouxe regra semelhante.

O Código Civil de 2002 disciplinou o assunto em seu artigo 50, estabelecendo a sua aplicabilidade em hipóteses de comprovação de desvio de finalidade da pessoa jurídica, como também em casos de confusão patrimonial.

Como é cediço, os requisitos aptos a autorizar a incidência da desconsideração variam de acordo com o fundamento legal utilizado. Assim, nos termos do artigo 50 do Código Civil, exige-se a constatação de abuso da personalidade (desvio ou confusão) e o efetivo prejuízo do credor, critérios que a doutrina passou a chamar de "teoria maior".

Por outro lado, a Lei nº 9605/98 e o art. 28 do CDC trazem normas que possibilitam a desconsideração diante do simples prejuízo sofrido pelo credor, sem se importar com o efetivo abuso da personalidade jurídica ("teoria menor"), sendo esta última a adotada prioritariamente na seara trabalhista.

Faltava, porém, o tratamento da matéria pela lei processual, o que veio a ocorrer apenas no Código de Processo Civil de 2015. Neste sentido, os artigos 133 a 137, inseridos no novel código em seu Título III, que trata da intervenção de terceiros, estabeleceram parâmetros para a aplicação do instituto, mencionando inclusive a possibilidade de utilização do incidente para casos de desconsideração inversa da personalidade jurídica, então já utilizada na prática, por construção doutrinária e jurisprudencial.

Ao regulamentar os pontos do novo Código de Processo Civil aplicáveis ao processo do trabalho, a Resolução TST 39/2016 já indicava a compatibilidade das regras relativas à aplicação da desconsideração com os princípios do processo do trabalho, com algumas adaptações às regras e princípios que norteiam esse ramo jusprocessual.

O legislador, porém, entendeu por bem espancar qualquer dúvida a respeito da aplicabilidade das novas regras processuais ao processo do trabalho, ao introduzir, na lei 13.467/2017, veiculadora da chamada "Reforma Trabalhista", o art. 855-A à CLT, nos seguintes termos:

Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil.

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1o do art. 893 desta Consolidação;

II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III - cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal.

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).'

Conquanto tenha havido nítida preocupação do legislador processual civil no sentido de evitar o chamado "contraditório diferido", enlevando a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa na aplicação do instituto em tela, algumas regras ali previstas – que foram replicadas na CLT – podem redundar em malferimento do princípio da celeridade, tão caro ao processo do trabalho.

Tome-se, por exemplo, a previsão de que, no caso de instauração do incidente de desconsideração (art. 134, §3º do CPC c/c art. 855-A, §2º da CLT), haverá suspensão do processo.

Não é difícil imaginar, em casos tais, advogados da parte demandada se utilizando de expedientes vários para estender, ao máximo, a suspensão do processo, com manifesto prejuízo da ordem processual. Parece-nos, ademais, bastante desnecessária a suspensão do processo nessa situação, uma vez que a regular instrução de incidente dessa natureza é perfeitamente compatível com a regular marcha processual.

De forma, pois, a evitar a utilização temerária da suspensão do processo em casos tais, a parte autora e o próprio juízo (art. 765 consolidado), em atenção ao princípio da cooperação processual, deverão atentar para o pleno manejo dos instrumentos postos à disposição para coibir práticas de litigância de má-fé e/ou de ato atentatório à dignidade da justiça.

Note-se, contudo, que a suspensão do processo ocorrerá tão-somente nos casos de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 134, §2º do CPC). Quando o pedido de desconsideração já constar da inicial, a *contrario sensu*, não haverá a instauração do incidente nem, por consequência, suspensão do processo.

Neste sentido, e tanto quanto possível, pedidos de desconsideração devem fazer parte da própria petição inicial, como forma de evitar o municiamento da parte adversa com a possibilidade real de impor prejuízos à boa ordem processual.

Um outro retrocesso reside no fato de que a Instrução Normativa TST 39/2016, em seu art. 6º, havia resguardado a possibilidade de iniciativa também do juiz para a instauração do incidente na fase de execução, em sintonia com o que estabelecia a redação do antigo art. 878 da CLT e o princípio tuitivo que rege a jurisdição

especializada trabalhista. Em que pese a tentativa de transfiguração perpetrada pela denominada "Reforma Trabalhista" em várias das normas que regem os direitos material e processual do trabalho, a principiologia desses ramos jurídicos impede a mera transposição de regra processual civil para o seu campo de atuação, mormente quando essa transposição se dá com evidente prejuízo ao direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva (adequada e tempestiva), à luz do que dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Em conclusão, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, conquanto seja instrumento de grande importância para imprimir efetividade às decisões justas trabalhistas, encontrava-se mais bem aparelhado sem a inclusão do novo art. 855-A à CLT. Tal fato, aliado a outros aspectos trazidos pela Lei 13.467/2017, como a exclusão da execução de ofício quando as partes estiverem assistidas por advogados (nova redação do art. 878 consolidado), são dissonantes com a principiologia que caracteriza a jurisdição na seara laboral, especialmente o princípio da proteção.

A inclusão, pela parte autora da demanda, sempre que possível, de pedido de desconsideração já na petição inicial terá o condão de, ao menos, evitar a suspensão do processo, impedindo um dos efeitos mais maléficos trazidos pela nova legislação processual.

INVIABILIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO

Dentre as inúmeras alterações da demolidora Reforma Trabalhista tanto de cunho material quanto processual, observam-se dispositivos que impactam o custo econômico e temporal do processo e as limitações interpretativas e violadoras da independência funcional que a lei traz para os juízes trabalhistas, por excesso de formalidade que diferenciam de forma inconstitucional os juízes do trabalho dos demais juízes brasileiro.

Antes de fazer uma análise dos dispositivos acima referidos à luz do acesso à justiça, é necessário tratar da evolução da organização estatal, particularmente da relação entre o Estado e o grau de intervenção na economia e na sociedade para atender os necessitados na distribuição dos bens comuns ou coletivos, que são usualmente chamados de direitos sociais, ainda que sob o viés processual.

Não se abordará aqui o Estado no contexto histórico, sua formação e concepção, nem tampouco se discutirão os elementos do Estado, como proposto nos livros de Teoria Geral do Estado (BONAVIDES, 2004, p. 27-36), focalizar-se-á antes a evolução do Estado em relação ao progresso das instituições jurídicas de defesa da pessoa humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria (COMPARATO, 2003, p. 1-68).

A concepção histórica de Estado pós Revolução francesa foi desenvolvida com o claro objetivo de estabelecer os direitos dos indivíduos contra o poder opressor do Estado absolutista (SCAFF, 2002, p. 395). Essa época foi marcada pelo Estado liberal ou Estado mínimo, no qual a política econômica não intervinha nos negócios privados, deixando-os sob a influência do mercado (SCAFF, 2001, p. 68).

Com a defesa da liberdade individual como valor supremo, o capitalismo chegou ao seu apogeu no Estado liberal, o que trouxe sérios problemas sociais, já que, na autonomia da vontade, o capital sempre tinha mais força do que a mão de obra. Assim, se o liberalismo incentivou a construção da autonomia da vontade, o capitalismo acabou por desnaturar a ideia de liberdade, pois quem não tinha propriedade não tinha liberdade, o que ensejou a célebre pergunta de Proudhon “Onde está a liberdade do não-proprietário?” (AZEVEDO, 1999, p. 81).

Opondo-se a essa realidade e após vários momentos históricos, tais como a revolução russa e o colapso econômico das duas guerras mundiais, surgiu a necessidade de um Estado intervencionista, denominado *welfare state*, *Wohlfahrtsaat*, Estado Social, Estado Providência ou de Prestações, que tem como objetivo principal oferecer ajuda aos cidadãos ou fazer com que a sua qualidade de vida melhore e a injustiça social diminua (AZEVEDO, 1999, p. 83-91).

Em um estudo sobre as prestações fornecidas pelo Estado, Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p. 139-152) assevera que uma das formas de distinguir os direitos fundamentais é dividi-los em direitos de defesa, de participação e prestações – estas últimas compreendem os direitos à prestação jurídica e a prestações materiais. Já

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 188-206) divide as prestações em direito à proteção⁴⁵; direito de participação na organização e no procedimento⁴⁶ e direito a prestações em sentido estrito ou *status positivis socialis*⁴⁷.

As características intervencionistas e assistenciais do Estado social levaram a um crescimento desmesurado do Estado, com acréscimo de funções, ineficiência nas prestações de serviços, em virtude da forma burocrática de organização e da deficiência do controle jurisdicional – o Estado limitou-se a fazer um controle formal, sem observar o conteúdo de justiça e sem acompanhar a evolução dos novos conflitos que surgiram de um Estado de prestações (DI PETRO, 1999, p. 21-22).

O Estado Social, nesse contexto tem como objetivos: **1)** garantir a todos uma existência digna; **2)** reduzir as diferenças de riquezas; **3)** vencer ou controlar as relações de dependência. Entretanto, com o exagero da retórica sobre a justiça social, que conduziria à transferência de rendas da classe rica para a pobre, o Estado social declinou em razão das seguintes causas: **a)** endividamento exagerado dos países, **b)** impossibilidade de atendimento das demandas sociais, **c)** paternalismo excessivo e **d)** crença na inesgotabilidade dos recursos públicos (TORRES, 2003a, p. 23-25).

Diante da dificuldade de justificação de um Estado social ou de prestações, insere-se no conceito do *welfare state* a noção de Estado Democrático de Direito (TORRES, 2003a, p. 25-27, que deu origem ao Estado de Direito Social e Democrático, cujo objetivo é promover a participação popular no processo político, nas decisões do Governo e no controle da Administração, o que compreende a participação do cidadão (Estado Democrático) e a justiça material (Estado de Direito) (DI PETRO, 1999, p. 23-24).

Entretanto, mesmo após esse ajuste, as consequências do Estado social levaram ao desenvolvimento da teoria do Estado Subsidiário, na qual o Estado **1)** não interfere no exercício das atividades que o particular tem condições de realizar por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos, limitando a intervenção estatal, **2)** fomenta, coordena e fiscaliza a iniciativa privada e **3)** faz parceria com o setor privado, de forma a subsidiá-lo, quando ele (setor privado) for deficiente (DI PETRO, 1999, p. 25).

É com base nessas concepções de Estado que a ordem Constitucional estabeleceu várias normas no sentido de garantir a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais, os direitos sociais etc.

E é nessa confusão de concepções de Estado, em que se tem as disposições constitucionais no sentido de atender o direito do trabalho como direito social e a abertura para outras formas de concepções que se pretende demonstrar a melhor

⁴⁵ O direito à proteção é uma posição jurídica fundamental que outorga ao indivíduo o direito de exigir do Estado que ele o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais (SARLET, 2001, p. 195).

⁴⁶ Para Alexy, conforme citado pelo autor em epígrafe, o direito de participação na organização e no procedimento é o direito ao estabelecimento de determinadas normas procedimentais e à determinada interpretação e aplicação das normas sobre procedimento (SARLET, 2001, p. 198).

⁴⁷ As prestações em sentido estrito objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado (SARLET, 2001, p. 202).

forma de explicar um dos pontos de violação constitucional e convencional aos direitos sociais do trabalhador, numa total inversão de natureza histórica e teórica do surgimento do direito do trabalho em contraposição às ideias liberais de uma economia livre com a igualdade de chances e distribuição de riquezas.

Demonstrada a concepção de Estado que viabiliza a concepção de Estado Social para os direitos sociais trabalhistas, cabe analisar a definição de direitos sociais e bem coletivo.

Um dos questionamentos que tem mais importância no processo constitucional diz respeito “àquilo que se decide” ou ao conteúdo das deliberações provisórias por meio de acordo deliberativo e fundamentado sobre os direitos humanos. Alia-se a esse questionamento a preocupação em responder “quem” é o responsável pela concretização dos direitos humanos, que foi especificado pelo questionamento que diz respeito ao conteúdo dos direitos sociais.

Usualmente a definição dos direitos humanos baseia-se em uma classificação em gerações e dimensões de acordo com o grau da interferência estatal para respeitá-los ou garanti-los. Assim, está-se diante de direitos de primeira dimensão quando o Estado não intervém na liberdade ou no *status positivis libertatis*, enquanto, para os de segunda dimensão (os sociais), exige-se a intervenção estatal no *status positivis socialis* (TORRES, 2000, p. 191). Os direitos de terceira dimensão, que têm como conteúdo os direitos transindividuais, até então ignorados nas demandas judiciais (CAPPELLETTI, 1975, p. 365 et seq.), são protegidos por várias ações de cunho coletivo e podem ou não ser demandados contra o Estado. Porém, essa classificação é insuficiente e confusa para descrever as diferenças entre os direitos de cada dimensão, pois não se sabe em que circunstâncias alguns direitos, como o direito à segurança pública, ao trabalho, à saúde, à educação, à alimentação, são de primeira, segunda ou terceira dimensão, mas sabe-se que eles podem ser demandados contra o Estado e têm caracteres difusos, coletivos ou sociais por tratar-se de apropriação de bens comuns ou coletivos, independentemente de qualquer vínculo aos termos “gerações” ou “dimensões”.

Da mesma forma, não se sabe como alguns direitos ditos de primeira dimensão, como o direito à segurança pública, à manutenção das Forças Armadas, da polícia, do Judiciário e do Ministério Público, por exemplo, cujo fundamento é garantir o direito de liberdade e de propriedade, podem ser assim considerados. Tais direitos, apesar de protegerem indiretamente os direitos de liberdade e de propriedade, com eles não se confundem, uma vez que a sua concepção é difusa, indivisível ou indeterminada, ainda que haja apropriação individual, quando alguém é protegido diretamente por encontrar-se em situação de precisar de tais serviços públicos. Por isso, abandona-se a antiga classificação dos direitos humanos por dimensões (SILVA, 2007, p. 21-26)⁴⁸, sem que isso implique o abandono de qualquer outra característica, como a

⁴⁸ Foi Karel Vasak quem empregou, pela primeira vez, a expressão “gerações de direitos do homem”. Cançado Trindade, que criticou a classificação dos direitos humanos em dimensões, teria questionado pessoalmente Karel Vasak sobre as gerações, e o jurista tcheco teria respondido que lhe viera a ideia quando, sem tempo para preparar uma palestra, lembrara o lema da bandeira francesa, o que demonstra que nem o próprio Vasak levou muito a sério a sua tese (CANÇADO, 2000).

relação com a concepção de Estado, a intervenção estatal, a indivisibilidade do objeto, a indeterminação dos sujeitos, as fontes de financiamento etc., que são elementos ainda percebidos na estrutura dos direitos prestacionais⁴⁹.

Os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos humanos separados dos direitos civis e políticos são questionados nas discussões entre capitalistas e socialistas iniciadas na Organização das Nações Unidas (ONU), em um cenário de guerra fria (TEREZO, 2014, p. 46). Essa dicotomia faz surgir tentativas diferentes de caracterização e de definição dos direitos civis e políticos e dos direitos sociais.

De acordo com a visão liberal, os direitos civis e políticos são direitos subjetivos que têm as seguintes características:

- a) são individuais: sua titularidade é unicamente do indivíduo;
- b) são naturais: sua existência precede a formação artificial da sociedade civil;
- c) são exercitáveis contra uma comunidade política constituída de forma artificial, para que não sejam colocados em perigo e para que sejam protegidos dos ataques de terceiros;
- d) são correlatos: o direito subjetivo de um titular é correlato ao dever do destinatário, o direito prevalecendo sobre o dever;
- e) são egoísticos: visam a atender o benefício pessoal ou o autointeresse;
- f) são unilaterais: concebem o indivíduo de forma isolada da sociedade.

Assim, com essas características, obtém-se a especificação completa do conteúdo e do aspecto ativo e passivo do direito (ATRIA, 2004, p. 18-19), evidenciando-se os elementos identificadores necessários para a exigibilidade de tais direitos civis e políticos.

Na concepção socialista, com exceção das duas primeiras características (os direitos são individuais e naturais), as demais são adaptadas para atender as definições próprias de direitos sociais:

- a) a proteção contra o perigo e os ataques contra terceiros é substituída por uma forma de vida humana em que cada um pode relacionar-se com os outros;
- b) a prevalência do direito sobre o dever é substituída por uma relação plurilateral com prioridade normativa no dever-direito⁵⁰;
- c) o autointeresse ou o benefício pessoal é substituído pela solidariedade, enfatizando-se a obrigação que a comunidade tem de garantir o bem-estar de cada um de seus membros de acordo com suas capacidades e necessidades;
- d) o caráter unilateral é substituído por uma percepção social, pela observação da comunidade, em que há uma indeterminação de sujeitos e do objeto por falta de especificação (ATRIA, 2004, p. 19-20) e o bem comum é concebido clara e conscientemente como de natureza indivisa.

⁴⁹ Apenas por deferência aos pactos internacionais de direitos civis e políticos (PIDCP) e de direitos econômicos, sociais e culturais (Pidesc), alude-se a tal classificação. Atualmente, do total de 193 Estados-membros da ONU, 167 países são considerados Estados-partes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e 160, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc) (TEREZO, 2014, p. 33).

⁵⁰ Deve-se observar que as relações jurídicas comutativas são bilaterais e correlatas, enquanto as relações jurídicas distributivas são plurilaterais e solidárias.

Os direitos sociais não são negados nas duas concepções, mas sua definição varia. Na concepção liberal, os direitos prestacionais fundam-se no autointeresse, porque cada agente tem direito a uma espécie de seguro para precaver-se contra uma situação adversa; trata-se do direito a um mínimo de bem-estar que defenda o indivíduo da pobreza e que o ligue a uma situação melhor do que aquela que tinha no estado de natureza (visão de justiça comutativa). Já na concepção socialista, os direitos coletivos perseguem a redução das desigualdades de classe e são manifestações de uma vida superior de comunidade, onde cada um contribui de acordo com suas capacidades e recebe de acordo com suas necessidades⁵¹ (visão de justiça distributiva) (ATRIA, 2004, p. 31-33). Essa última concepção fundamenta os direitos sociais em uma forma de vida humana e na construção de uma sociedade mais igualitária baseada no princípio da solidariedade (PULIDO, 2008, p. 143).

As concepções que abordam os direitos sociais como um meio para o desfrute, em condições de igualdade, dos direitos civis e políticos ou para o exercício da liberdade (visão liberal) ou como um fim em si mesmo (visão social), como deveres correlatos de solidariedade para prover o necessário para a subsistência do indivíduo em condições dignas (PULIDO, 2008, p. 146-147), têm pouca importância prática, pois o problema da juridicidade do direito acaba nas dificuldades de exigibilidade trazidas pelas indefinições dos elementos necessários para fruir o direito.

Um dos traços característicos do bem público e, por via de consequência, dos direitos sociais é sua indivisibilidade e sua indeterminação, razão pela qual a fruição do bem comum exige concretização dos direitos sociais, determinada pela especificação positiva (apropriação devida) ou negativa (apropriação indevida⁵²) para que os produtos comuns possam ser distribuídos, pois a especificação é uma forma reconhecida pelo direito de tirar as coisas comuns da sua comunhão (LOPES, 2006, p. 143).

A indivisibilidade e a indefinição dos elementos caracterizadores dos direitos sociais tiveram fortes impactos na compreensão de sua natureza (jurídica ou política) e de sua exigibilidade. Nesse contexto, os direitos sociais são normas gerais, inespecíficas e ilíquidas, que precisam de normas procedimentais de especificação, para posterior

⁵¹ O relato da ressurreição de Jesus Cristo deixou claro esse pensamento próprio da concepção filosófica cristã, como se pode ver em Atos 4, 32-35. "A multidão dos fiéis era um só coração e uma só alma. Ninguém considerava como próprias as coisas que possuía, mas tudo entre eles era posto em comum. Com grandes sinais de poder, os apóstolos davam testemunho da ressurreição do Senhor Jesus. E os fiéis eram estimados por todos. Entre eles ninguém passava necessidade, pois aqueles que possuíam terras ou casas vendiam-nas, levavam o dinheiro e o colocavam aos pés dos apóstolos. Depois era distribuído conforme a necessidade de cada um" (grifo nosso). Assim, numa versão filosófica cristã, a concepção socialista defende a ideia de que a distribuição equitativa dos recursos do mundo não implica expropriar todo o dinheiro dos ricos para distribuí-lo aos pobres e tampouco lhes dar migalhas; garante-se o suficiente para conceber uma vida comum melhor para todos, pois os pobres precisam de algo mais que esmolas, precisam construir uma vida melhor para si. Para isso, faz-se necessário levar às comunidades menos favorecidas a educação básica de que precisam e ensinar-lhes as habilidades vocacionais e as formas de gerenciamento necessário aos empreendimentos econômicos baseados na comunidade, visto que a justiça não é resolvida com a perpetuação da dependência, mas preparando-se os desfavorecidos pobres para cuidar das próprias necessidades (PERKINS, 1982, p. 153-156), segundo a mão generosa de Deus (BUZZEL, 2004, p. 439).

⁵² O uso poluidor que se faz do ar ou da água é uma forma perversa de partir ou distribuir o bem coletivo, de uma especificação negativa, de uma apropriação indevida ou de uma caracterização do efeito carona ou predatório (LOPES, 2006, p. 147).

concretização dos direitos sociais, de forma a torná-los exigíveis e exequíveis no campo individual e coletivo – apropriação positiva.

A denominação “**concretização dos direitos humanos**” ora utilizada refere-se, semanticamente, ao ato de “interpretação”, “definição”, “delimitação”, “criação”, “interpretação construtiva” dos direitos humanos consagrados na órbita internacional, constitucional ou em políticas públicas, e não se confunde com o termo “**realização dos direitos humanos**”, o qual significa “aplicação” do direito, efetividade ou implementação material da concretização do direito outrora especificado, verificando-se quando a concretização produz efeitos reais no mundo da vida (GAVRONSKI, 2010, p. 121, nota de rodapé n.º 9).

Assim, o que se afirma é que os direitos sociais são jurídicos e de exigibilidade contínua⁵³, progressiva⁵⁴, gradual⁵⁵ e dinâmica⁵⁶ (SILVA, 2016, p. 25-26). Apenas se ordena que se abra um incidente ou procedimento para que se alcancem os elementos necessários ou mínimos para identificar uma relação jurídica (sujeito ativo e passivo, objeto determinado, prazo, forma, lugar etc.), como ocorre com qualquer direito de crédito quando uma sentença genérica necessita liquidar ou concentrar as obrigações, para só depois praticar os atos materiais de realização do direito ofendido.

⁵³ **Contínua**, porque os direitos sociais são concretizados de forma ininterrupta ou continuada, visto que os direitos à saúde, educação, lazer, moradia, trabalho são percebidos de forma prospectiva, enquanto houver vida humana em sociedade, com a respectiva necessidade de partilha de bem coletivo ou comum. Isso decorre do processo natural da vida humana, com o nascimento e o desenvolvimento das pessoas, que sempre estão a necessitar de prestações materiais que atendam os direitos sociais para as gerações presentes e futuras.

⁵⁴ **Progressiva**, porque a concretização dos direitos sociais é regida pelo princípio do não retrocesso, de forma a evitar uma regressão nas prestações concretizadas e definidas na apropriação coletiva ou individual do bem comum. Obviamente que a progressividade da concretização dos direitos sociais não tem o caráter inflexível ou de indisponibilidade absoluta, admitindo-se certo grau de retrocesso, desde que acompanhado de medidas compensatórias, com vantagens alternativas ou com medidas mitigadoras, impeditivas ou extintivas da ocorrência de algum mal comum de maior grau.

⁵⁵ **Gradual**, porque a concretização dos direitos sociais não pode ser exigida de forma binária ou extremista, com a preocupação em dizer se algo é ou não é; deve antes ser exigida com base no raciocínio gradualista ou no grau de concretização de determinado ideal, de forma a definir em que grau ou em que medida algo é ou não é, ou quanto algo se aproxima ou se distancia do ideal, sem abrir mão do raciocínio binário. O gradualismo busca acomodar as tensões no processo de concretização dos direitos humanos, sem abrir mão do binarismo, mas submete os extremos a um tratamento diferente, em que as assertivas não podem ser de plano acolhidas ou rejeitadas. Por outras palavras, essa perspectiva dos direitos sociais evidencia que a medida justa de concretização dos direitos sociais pode estar em qualquer ponto entre zero e um, sem que se possa optar entre ser exigível, concretizável e realizável, de um lado, e, de outro lado, não exigível, concretizável e realizável em sua inteireza, de forma que em qualquer medida ou grau haverá algo a ser exigível, concretizável e realizável e, simultaneamente, algo que não pode, naquele momento, ser exigível, concretizável e realizável, salvo se o ponto concretizável se localizar em um dos extremos.

⁵⁶ **Dinâmica**, porque a relação obrigacional oriunda da concretização dos direitos sociais é altamente mutável de acordo com a realidade e as circunstâncias de planejamento que se apresentam em sua exigência jurídica, de forma que uma medida adotada ou um planejamento feito para determinada necessidade de atendimento dos direitos sociais pode não mais ser eficaz ou eficiente, visto que os quesitos de concretização podem mudar gradualmente no que se refere ao conteúdo, ao sujeito, ao prazo, ao lugar, à razão, à forma, ao custo e à cominação por eventual descumprimento. Entre todas as características das relações jurídicas de concretização dos direitos sociais, é o aspecto dinâmico que mais demonstra grau de incompatibilidade com a natureza definitiva das decisões judiciais, visto que qualquer decisão que tenha essa pretensão pode sofrer eventual desuso ou ser inaplicável aos casos futuros, por não ter mais aplicabilidade às circunstâncias ou aos quesitos futuros, considerando-se o dinamismo, a continuidade, a progressividade e o gradualismo de tais relações.

A identificação de todos os elementos essenciais e acidentais, que se resumem em saber **o quê** (objeto), **por quê** (fundamentos), **onde** (lugar), **quando** (prazo), **quem** (sujeitos legítimos), **como** (forma) e o **custo** (valor econômico) da tomada decisão e da concretização e realização dos direitos humanos sociais⁵⁷. A essa teoria, deve-se acrescentar ainda a estipulação de cominações para o caso de descumprimento – elemento consequencial (SILVA, 2016, p. 193).

Adesconsideração de qualquer um desses questionamentos leva invariavelmente à ineficácia social dos direitos humanos prestacionais, salvo se, de alguma forma, o responsável pela concretização do direito tenha como responder ao questionamento sobre a inclusão em orçamento, a definição do conteúdo, do responsável etc.

Para fins de indicação desse processo de especificação, a ordem constitucional brasileira garantiu em vários dispositivos a concepção de direitos sociais para o trabalhador ao garantir: 1) a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que são fundamentos da República Federativa do Brasil, que constitui em Estado Democrático de Direito (art. 1º, incisos III e IV); 2) a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, III e IV); 3) as garantias processuais de igualdade de todos perante a lei (art. 5º, *caput*), de acesso à justiça jurisdicional (art. 5º, XXXV), com a prestação pelo Estado de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV) e com as garantias da ampla defesa (art. 5º, LV) e do devido processo (art. 5º, LIV); 4) os direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º); 5) vários direitos sociais do trabalhador e dentre eles o direito de ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho (art. 7º XXIX), a livre associação sindical (art. 8º), o direito de greve (art. 9º); 6) a defesa institucional da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis pelo Ministério Público art. 127 e 129), por meio do inquérito civil, ação civil pública etc.; 7) a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados pela Defensoria Pública (art. 134); 8) a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa, na existência digna, conforme os ditames da justiça social e dos princípios da função social da propriedade, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego etc. (art. 170, *caput* e incisos II, VII e VIII), dentre outras disposições constitucionais.

Nesse contexto, verifica-se que **o acesso à justiça de um direito declaradamente social como é caso dos direitos trabalhistas, merece uma concepção processual de**

⁵⁷ Essas questões são conhecidas pela sigla em inglês 5W2H ou diagrama de árvore, que representam os elementos necessários de um plano de ação. São 5W: *what* (o quê), *why* (por quê), *where* (onde), *when* (quando) e *who* (quem). E são 2H: *how* (como) e *how much* (quanto custa) (FERREIRA; PEREIRA; REIS, 2001). A essas questões, deve ser acrescida a cominação (commination), e a sigla passaria a ser 5W2H1C.

justiça social no acesso à justiça, pois de nada adianta garantir materialmente um direito se processualmente não se garante o acesso à ordem jurídica justa.

O efetivo acesso à ordem jurídica justa pode ser tido como a igualdade de armas processuais entre os sujeitos envolvidos no processo, porém uma perfeita igualdade é algo utópico, visto que o custo econômico e temporal do processo, o conhecimento sobre os direitos e formas de defesa, os recursos financeiros e instrução dos sujeitos, os conflitos de massa (direitos difusos ou coletivos lato sensu) e a preocupação da justiça aos necessitados com desapego às formas podem agravar a injustiça pelo acesso desequilibrado das pessoas envolvidas no conflito (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15).

Pesquisas desenvolvidas desde a década de 70 em vários países demonstraram que alguns pontos se revelavam como barreiras para acesso à justiça jurisdicional (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15-29).

A primeira barreira é representada pelos gastos econômicos e temporais do processo, visto que o alto custo das despesas processuais sucumbenciais como custas judiciais e honorários, bem como a elevada morosidade do Poder Judiciário sufocam as questões de realização da justiça àqueles estão envolvidos em pequenas causas, cujo custo da solução judicial é mais elevado do que a lesão e aos necessitados, que por não ter acesso ao bem coletivo de acesso à ordem jurídica jurisdicional não podem ser beneficiários de prestações estatais que atendam socialmente os que delas precisam.

A segunda barreira que demanda a intervenção estatal no acesso à justiça jurisdicional é a vantagem ou melhores possibilidades que os detentores de recursos financeiros têm para pagar os gastos processuais e suportar a demora do processo. Tal situação usualmente está aliada à classe social que detém conhecimento com aptidão para reconhecer um direito e propor ação ou se defender em juízo, visto que são litigantes habituais e podem planejar estrategicamente os litígios por ter maior experiência, baratear o acesso à justiça por ter economia de escala, desenvolver relações informais com os membros da instância decisora, testar estratégias em maior números de caso etc., trazendo forte desequilíbrio no acesso aos juízes e tribunais quando comparados àqueles desprovidos de recursos e de educação e que são litigantes eventuais, como é o caso da comparação entre patrões e empregados.

A terceira barreira compreende os conflitos de massa, que são representados pelos interesses fragmentados, coletivos ou difusos, como as relações que envolvem o meio ambiente, o consumo (e o trabalho), que para serem reparados judicialmente precisam de intervenção estatal e de ser tratados como coletivos para permitir o acesso processualmente aos desprovidos de bens matérias e educacionais.

A crise de acesso à justiça mundial nos idos de 70 e 80 levou ao desenvolvimento de ideias que superassem tais entraves processuais para a fruição dos direitos violados por meio do Estado-juiz, com a possibilidade de ao mesmo tempo alcançar as três ondas renovatórias de acesso à justiça: a gratuidade na assistência judiciária, a resolução dos conflitos de massa (difusos ou coletivos) e a preocupação

com a justiça da decisão, em especial a justiça social, sem o apego exagerado à forma (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31-73).

Na ordem constitucional e processual de acesso à justiça não se deve esquecer os artigos 5.º, XXXV e LXXIV, 127, 129, 134 dentre outros dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo os quais a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, mesmo que essa proteção necessita de uma justiça gratuita aos necessitados, destacando instituições como Ministério Público e Defensoria Pública para permitir o acesso à justiça das lesões coletivas e dos desprovidos de recursos.

O acesso à justiça também é garantido pelos artigos 8⁵⁸ e 25⁵⁹ da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em especial o artigo 8.1, que assevera que toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, **trabalhista**, fiscal ou de qualquer outra natureza. No campo probatório, essa obrigação resta clara na alínea "f", do item 2 do artigo 8.º, que prescreve o direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos⁶⁰.

Disposições semelhantes são encontradas nos artigos 8⁶¹ e 10⁶² da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 10 de dezembro de 1948; no artigo 14.1⁶³ do Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), de 19 de dezembro de 1966, o que caracteriza o direito de acesso aos tribunais como concretização do princípio estruturante do estado de direito (CANOTILHO, 2003, p. 491), reconhecido no plano internacional como direito humano.

Esses dispositivos da ordem constitucional e internacional representam esforços voltados a criar sociedades mais justas e igualitárias, provendo direitos materiais e processuais aos mais fracos economicamente, inclusive os trabalhadores,

⁵⁸ Artigo 8.º: Garantias judiciais 1. *Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*" (grifos nossos).

⁵⁹ Artigo 25: Proteção judicial 1. *Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais*".

⁶⁰ O artigo 6(3) da Convenção Europeia de Direitos Humanos também traz a mesma garantia.

⁶¹ Artigo 8. Todo homem 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

⁶² Artigo 10. Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra si

⁶³ Artigo 14.1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.

que se encontram tradicionalmente isolados e impotentes ao enfrentar organizações fortes e burocracias governamentais, visto que a luta se revela no dever de prover a proteção de direitos, independentemente de sua natureza material ou processual aos relativamente fracos, em especial, aos consumidores contra os empresários, à sociedade contra os poluidores, aos locatários contra os locadores, aos empregados contra os empregadores (e os sindicatos) e aos cidadãos contra os governos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 91).

Essa perspectiva demonstra claramente que **qualquer medida legislativa tendente onerar, dificultar ou impedir o acesso à jurisdição trabalhista aos trabalhadores se revelam inconstitucional e “inconvencional”, por criar obstáculo à justiça gratuita, aos direitos sociais (coletivos, difusos e individuais indisponíveis) dos trabalhadores, inclusive processuais, e com a justiça da decisão, em especial a justiça social, sem o apego exagerado à forma.**

Neste sentido, não há como se deixar de destacar os entraves para a concessão do benefício da justiça gratuita e para a atribuição da responsabilidade pelo pagamento de custas judiciais e de honorários periciais e sucumbenciais, como barreiras que contrariam a ordem constitucional e convencional positivada no Brasil, que estão expressos nos §§ 3º e 4º do art. 790, o artigo 790-B, o artigo 791-A e o artigo 844, §§ 2º e 3º, da CLT com a alteração trazida pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

A gratuidade judiciária, tratado antes da Reforma Trabalhista pelo § 3º do art. 790 da CLT, destinava o benefício àqueles que percebessem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou que declarassem, sob as penas da lei, não estar em condição de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Justiça gratuita, ou benefício da gratuidade, ou ainda gratuidade judiciária, consiste na dispensa da parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem assim na dispensa do pagamento dos honorários do advogado ou do patrocínio gratuito da causa por advogado público ou particular, (DIDIER; OLIVEIRA, 2005, p. 6-7) de forma que a que a gratuidade judiciária abrange custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Com efeito, uma das barreiras que se impõe pela chamada Reforma Trabalhista é a dificuldade de para se alcançar a justiça gratuita ao limitar genericamente o benefício àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, que representa um valor de aproximadamente R\$ 2.000,00 (dois mil reais), para fins de parâmetro de presunção de pobreza (SILVA, 2017, p. 136-137), nos termos dos §§ 3º e 4º, do art. 790 da CLT⁶⁴.

⁶⁴ Art. 790. ...

§ 3º É facultado aos juizes, 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**.

Outra barreira à gratuidade da justiça foi a responsabilidade ao trabalhador pelo pagamento de honorários periciais, quando **sucumbentes, ainda que beneficiário da justiça gratuita** conforme o *caput* do artigo 790-B e seus parágrafos⁶⁵.

A normatividade do dispositivo traz a interpretação de que o trabalhador, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, venha a responder por honorários periciais. E mais ainda, da possibilidade de compensação dos créditos alimentares oriundos de relações trabalhistas do trabalhador, ainda que em outro processo, para só depois de fracassadas essas tentativas de responsabilidades do trabalhador, colocar o encargo para União.

Mas a “demolição trabalhista” não para por aí! Agrava a situação em impor ao trabalhador os honorários da sucumbência, conforme artigo 791-A, *caput* e parágrafos⁶⁶.

O gasto com honorários da sucumbência sempre foi tema de elevado impacto no acesso à justiça. Estados Unido e Japão não usam o sistema de responsabilização pela sucumbência, pois cada parte suporta seus custos. A adoção do princípio ou sistema que impõe ao vencido os ônus da sucumbência traz custos aproximadamente 2 (duas vezes) maior do que os que não o adotam, elevando a dificuldade de acesso à justiça, em especial a social. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 16-17).

A Justiça do Trabalho brasileira normalmente, seja por força de lei, de decisão judicial ou por prática forense, não responsabilizava o reclamante quando sucumbente, fazendo com que a reclamada suportasse os honorários contratados e o advogado do reclamante suportasse os riscos do insucesso da demanda trabalhista, isentando o reclamante de todas as despesas processuais, ainda que sucumbente, por ser economicamente hipossuficiente.

⁶⁵ 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**.

§ 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

§ 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.

§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.

§ 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**.

⁶⁶ 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.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 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.

Nesse sentido, o artigo 791-A da CLT tenta trazer para a justiça laboral, se não for afastado por vício de inconstitucionalidade e "inconvencionalidade", o princípio da sucumbência para os honorários advocatícios, 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. Situação semelhante faz o art. 790-B para os honorários periciais, agravando a situação a posição processual de quem já é material e economicamente hipossuficiente, como é o caso do trabalhador.

O § 4º, do citado artigo 791-A estende tal princípio ao beneficiário da justiça gratuita, determinando a compensação dos créditos capazes de suportar a despesa no processo em debate ou em outro processo. E caso o trabalhador não tenha créditos suficientes para compensar o ônus da sucumbência no processo onde foi vencido ou em outro processo, as obrigações decorrentes da 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, extinguido-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

A inversão dessa ordem de justiça gratuita, conforme sugere a primeira onda renovatória para uma justiça com base no princípio da sucumbência, significa tornar a justiça laboral pelo menos 2 (duas) vezes mais cara para o trabalhador, visto que para os patrões que usualmente são detentores de recursos financeiros, litigantes habituais e conhecedores dos meandros do sistema judicial não tem tanto impacto. Porém, para o trabalhador essa medida é uma inibição processual à fruição dos demais direitos sociais do trabalhador.

O parágrafo 3º do artigo 791-A estipula a adoção da sucumbência para a sucumbência recíproca, onde de acordo com a proporção da sucumbência o reclamante pode ter seus direitos trabalhistas consumidos pelos honorários da sucumbência ou ainda pelos honorários periciais, nos termos do § 4º do artigo 790-B, trazendo não só receio para a litigância pelo trabalhador, mas verdadeira submissão dos créditos alimentares do hipossuficiente em contraposição aos créditos periciais e sucumbenciais e inversão dos cuidados de um Estado social para os necessitados.

O § 1º do citado artigo 791-A traz a sucumbência de honorários advocatícios para a Fazenda Pública e para as ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria, revelando uma aplicação tão prejudicial quanto as demais normas comentadas. O § 4º aplica o princípio da sucumbência à reconvenção e o § 2º estipula critérios para ponderação do percentual entre 5% (cinco por cento) e 15% (quinze por cento) sobre a base de cálculo estipulada no *caput* do artigo⁶⁷.

⁶⁷ Deve-se observar que esse regramento oneroso para o processo trabalhista supera por completo a Súmula 219, do TST, que só admitia honorários na Justiça do Trabalho quanto a parte estivesse assistida por sindicato da categoria profissional, *in verbis*:

Súmula 219. Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Barreira também verificada é refletida na hipóteses de responsabilização do reclamante pelo pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, apor ausência do reclamante, inda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável⁶⁸, conforme §§ 2º e 3º do artigo 844 da CLT. O § 3º do mesmo dispositivo condiciona a propositura de nova demanda ao pagamento das custas a que se refere o § 2º.

Isso revela claramente a inversão de um Estado social e um descaso com o mínimo existencial do perito ou do advogado, em menor grau, e do trabalhador, em maior grau, pois há uma colisão de créditos alimentares, em que os créditos alimentares do reclamante trabalhador tem menos proteção que os demais, o que contraria os artigos 5º, *caput*, XXXV, LIV, LV, LXXIV, 127, 129 e 134 da CRFB, ao impor maior restrição à gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho, mesmo em comparação com a Justiça Comum, ao desequilibrar a paridade de armas processuais entre os litigantes trabalhistas, bem como ao violar os princípios constitucionais da isonomia, da ampla defesa, do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, da proporcionalidade e da proibição de excesso.

Essa perspectiva milita contrariamente à primeira onda renovatória de acesso à justiça por onerá-la em relação aos necessitados, afasta-se da concepção de Estado social por tornar o Poder Público irresponsável para atender aos que não ter recursos financeiros para prover sua defesa em juízo; reverte-se a natureza de direitos sociais do trabalhador para os submeter à autonomia da vontade entre classes diferentes em sua dimensão econômica e educacional, além de violar os dispositivos constitucionais e convencionais de acesso à justiça, em particular, nos incisos XXXV e LXXIV, do artigo 5º, da CRFB.

A demolidora Reforma Trabalhista, por outro lado, **não se contentou apenas com os entraves econômicos do acesso à justiça social, mas também busca amordçar a justiça do trabalho com a imposição de não interpretar as normas trabalhistas de forma livremente motivada e impondo formalismo exagerado para que a jurisdição trabalhista firme tese jurídica ou precedentes formalmente vinculantes**, buscando inviabilizar a possibilidade de adotar interpretação compensatória de desequilíbrio entre patrões e empregados.

Nesse viés, o § 1º do artigo 8º assegura o direito comum com fonte subsidiária do direito social do trabalho; já o § 2º impõe que as súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelos tribunais trabalhistas não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei, enquanto o § 3º limita a justiça do trabalho à apreciação de convenção coletiva ou

⁶⁸ Art. 844.

§ 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.

acordo coletivo de trabalho exclusivamente quanto à conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico⁶⁹.

A limitação inconstitucional de cercear a interpretação dos direitos sociais do trabalhador no sentido de não restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei remete à ideia de o juiz ser a "boca da lei" da época do Rei Luiz XIV da França, que interferiu na atividade jurisdicional como monarca.

De fato, o direito francês do século XVII era lacunoso e os juízes que estavam no parlamento de Paris exerciam os poderes de interpretação, o que limitava o poder do rei, razão pela qual o rei Luiz XIV invocou os poderes de legislar e de julgar, criando para isso o *Code Louis* em 1667, de forma que, se o juiz tivesse dúvida, deveria consultar o rei. Nesse período, os juízes só tinham o poder de declarar uma norma preexistente e contida no texto legislativo, funcionando como a boca da lei e declarando algo já existente e criado pelo legislador (MITIDIERO, 2016, p. 47), o que se mostra inconcebível nos dias atuais com a ordem constitucional e convencional brasileira de concepção de Estado social, de direitos fundamentais sociais do trabalhador e de acesso à justiça gratuita para os necessitados, que é obrigação do Estado brasileiro.

No mesmo sentido limitador da interpretação dos direitos sociais do trabalho, a alínea *f*, do inciso I, e os §§ 3º e 4º do artigo 702 da CLT fazem exigências procedimentais inconstitucionais e exageradas⁷⁰.

No direito processual, a crise do formalismo exacerbado levou parte da doutrina a livrar-se de amarras processuais para defender a adequação da relação processual ao direito material. Preconizou-se a superação do formalismo exacerbado em prol de um formalismo valorativo, diante da justiça do caso concreto, para que se alcancem

⁶⁹ Art. 8º ...

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

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

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho **analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico**, respeitado o disposto no art. 104 da Lei 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.

⁷⁰ Art. 702.

I - ...

f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria **já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas**, podendo, ainda, **por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial;**

...
§ 3º As sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

§ 4º **O estabelecimento ou a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho deverão observar o disposto na alínea f do inciso I e no § 3º deste artigo**, com rol equivalente de legitimados para sustentação oral, observada a abrangência de sua circunscrição judiciária.

resultados que atendam ao direito material ou à justiça substancial (OLIVEIRA, 2010), para que o bem comum tenha seu aspecto procedimental voltado à concretização dos direitos humanos, especialmente os direitos sociais, permitindo que se alcancem objetivos razoáveis de forma que todos colaborem uns com os outros, por meio de um procedimento que seja justo (SILVA, 2016, p. 200).

Reexaminando as prestações entregues pelo Estado, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 188-206) divide as prestações em direito à proteção⁷¹, prestações em sentido estrito ou *status positivus socialis* e direito de participação na organização e no procedimento⁷². Entretanto, o principal relevo da dimensão objetiva dos direitos sociais encontra-se nos dois últimos tipos, visto que os direitos sociais são aqueles cuja concretização e cuja realização dependem de providências estatais: a criação e a conformação de órgãos (quem) e de procedimentos (como) indispensáveis a sua efetivação. Isso é necessário para que não haja a desvalorização funcional da Constituição em virtude da inércia. Com efeito, a não materialização das exigências constitucionais seria um inaceitável gesto de desprezo pela Carta constitucional e revelaria um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelos significados da Constituição, conforme orientado por STF na STA 175 (SILVA, 2016, p. 198-199).

Esse viés demonstra típico caso de direito fundamental cuja realização depende tanto de providências estatais de criação e conformação de órgãos judiciários, representado pelo **direito à organização** e de medidas normativas processuais destinadas a ordenar a fruição do direito, representado pelo **direito a procedimento** (MENDES, 2012, p. 474-475).

Essas imposições que tentam amordaçar a Justiça do Trabalho e impor formalidades exageradas para fixar teses jurídicas e precedentes formalmente vinculantes violam a independência funcional dos juízes trabalhistas, a separação de poderes, constantes no artigo 2º da CRFB, a unidade da jurisdição por discriminação na atuação jurisdicional sem assento constitucional.

Assim, impor para estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme dos tribunais trabalhistas, os procedimentos e exigências são cumulativas no sentido de que: 1) seja aprovado pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros; 2) a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas e 3) seja possível, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial, mostra-se descabida e sem qualquer suporte constitucional, convencional ou doutrinário, por contrariar a terceira onda renovatória de uma justiça social que atenda aos necessitados (CAPPELLETTI; GARTH, 1988), o formalismo valorativo voltado a atender ao direito substancial (OLIVEIRA, 2010) ou o direito de participação na organização e no procedimento (SARLET, 2001).

⁷¹ São posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que ele o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais (SARLET, 2001, p. 195).

⁷² Constitui o direito à emissão de determinadas normas procedimentais e a determinada interpretação e aplicação das normas sobre procedimento (SARLET, 2001, p. 198).

CONCLUSÃO

Sem prejuízo de outras inúmeras questões que poderiam ter sido aqui apresentadas, reputou-se pertinente tecer estas considerações ora abordadas acerca da chamada “Reforma Trabalhista”, tratando das repercussões da nova legislação – e, neste sentido, oportuno destacar não se ter tratado de alterações previstas na Medida Provisória n. 808/2017, dado que, embora esta tenha trazido algumas alterações e até minorações pontuais de retrocessos encontrados na Lei n. 13.467/2017, não se olvida que o aludido diploma caducou, proposital e declaradamente, sem apreciação pelo Congresso Nacional, de modo que, com isso, resta intacta a redação original da chamada “Reforma Trabalhista – sob a ótica da Hermenêutica Infraconstitucional, em relação à qual se buscou apresentar ponderações que se reputou relevantes, à guisa de contribuição para o enfrentamento às múltiplas tentativas cada vez mais intensas de precarização das relações laborais.

