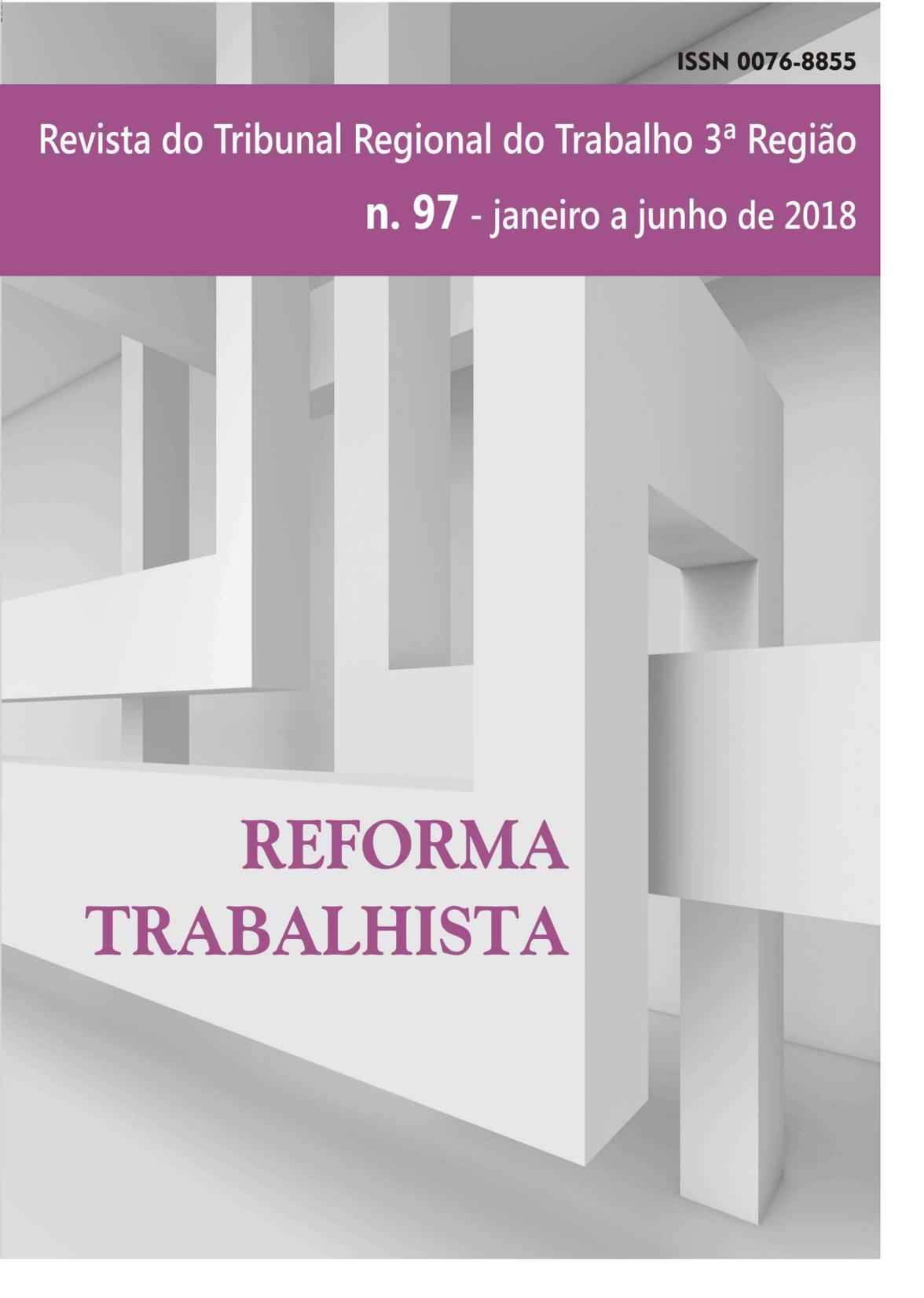


ISSN 0076-8855

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região

n. 97 - janeiro a junho de 2018



**REFORMA
TRABALHISTA**

**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
3ª REGIÃO**



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO**

**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
3ª REGIÃO**

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA
3ª REGIÃO**

Os acórdãos, sentenças e artigos doutrinários selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais.

BELO HORIZONTE

SEMESTRAL

ISSN 0076-8855

ESCOLA JUDICIAL

Editora-Chefe
Denise Alves Horta

Secretária
Alexandra Marques de Freitas

SEÇÃO DA REVISTA

Bacharel em Direito
Isabela Márcia de Alcântara Fabiano

Editoração de texto, Normalização e Diagramação
Patrícia Côrtes Araújo

REDAÇÃO: Av. do Contorno, 4.631 - 10º andar
Bairro Funcionários
CEP 30110-027 - Belo Horizonte - MG - Brasil
Telefone: (31) 3228-7169
e-mail: revista@trt3.jus.br
escola@trt3.jus.br

CAPA: Carolina Nunes Achilles - Secom TRT/MG - Seção de Publicidade e Comunicação Interna

IMPRESSÃO: Globalprint Editora Gráfica
globalprinteditora@yahoo.com.br
Telefone: (31) 3198-1100

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região / Tribunal Regional do Trabalho
3ª Região; n. 1, (1965 -). Belo Horizonte, 1965.

Semestral.

Periodicidade irregular até 1998, a partir do volume 59 de 1999 passa a ser
semestral. Disponível também na *internet* ([http://www.trt3.jus.br/escola/
institucional/revista/estante.htm](http://www.trt3.jus.br/escola/institucional/revista/estante.htm)) a partir do volume 64 de 2004.

ISSN 0076-8855

1. Direito do Trabalho - Periódico. 2. Direito Processual do Trabalho - Brasil
3. Justiça do Trabalho - Brasil. 4. Jurisprudência trabalhista - Brasil. I. Brasil.
Tribunal Regional do Trabalho (3. Região).

CDU: 347.998:331(81)(05)
34:331(81)(094.9)(05)

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista, as afirmações e os
conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.
Nenhuma parte desta obra poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios
empregados, sem a permissão, por escrito, do Tribunal.

É permitida a citação total ou parcial da matéria nela constante, desde que
mencionada a fonte.

Impresso no Brasil

CONSELHO EDITORIAL

MARCUS MOURA FERREIRA - Desembargador Presidente do TRT/MG

LUCILDE D'AJUDA LYRA DE ALMEIDA - Desembargadora 2ª Vice-Presidente,
Ouvidora e Diretora da Escola Judicial do TRT/MG

RODRIGO CÂNDIDO RODRIGUES - Juiz Coordenador Acadêmico da
Escola Judicial do TRT/MG

DENISE ALVES HORTA - Desembargadora Coordenadora da Revista
do TRT/MG

MARCEL LOPES MACHADO - Juiz Coordenador da Revista do TRT/MG

LEONARDO TIBO BARBOSA LIMA - Juiz Coordenador da Revista do
TRT/MG

LUIZ EVARISTO OSÓRIO BARBOSA - Juiz Coordenador da Revista do
TRT/MG

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA - Ministro do TST

MAURICIO GODINHO DELGADO - Ministro do TST

AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR - Desembargador do TRT/MS

BIANCA BASTOS - Desembargadora do TRT/SP

CÁSSIO COLOMBO FILHO - Desembargador do TRT/PR

GERSON DE OLIVEIRA COSTA FILHO - Desembargador do TRT/MA

MÁRCIO TÚLIO VIANA - Desembargador aposentado do TRT/MG

SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA - Desembargador do TRT/MG

TAISA MARIA MACENA DE LIMA - Desembargadora do TRT/MG

ANTÔNIO GOMES DE VASCONCELOS - Juiz Titular do TRT/MG

MARTHA HALFELD FURTADO DE MENDONÇA SCHMIDT - Juíza Titular
do TRT/MG

ADRIÁN GOLDIN - Professor Plenário na Universidad San Andrés -
Argentina

ANTONIO PEDRO BAYLOS GRAU - Catedrático de Derecho del
Trabajo en la Universidad de Castilla-La Mancha - Espanha

GIANCARLO PERONE - Professor Ordinário de Diritto Del Lavoro
nella Università di Roma Tor Vergata - Itália

MARIE-FRANCE MIALON - Professora da Universidade Paris II -
Panthéon - Assas - França

PARECERISTAS QUE ATUARAM NESTA EDIÇÃO

ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ - Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Desembargador do TRT/RS. Professor da Fundação Escola da Magistratura do Trabalho.

ANA ELISA CORTELETTI PEDROSA - Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Analista Judiciária do TRT/MG.

ANA PAULA REPOLÊS TORRES - Doutora em Filosofia pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, com estágio pós-doutoral na mesma instituição. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisadora do Observatório da Justiça Brasileira - OJB/UFMG(2012-2013). Analista Judiciária do TRT/MG.

ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR - Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra-Pt. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Pt. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Pós-graduado em Direito Processual pela Universidade Gama Filho - Prisma. Professor Associado da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ. Professor Convidado em Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito. Membro da International Association of Procedural Law - IAPL. Membro da International Bar Association - IBA. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual - IIDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Associado Efetivo da Associação de Direito e Economia Europeia - ADEE. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB Nacional. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB-MG. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB-MG. Líder do Grupo de Pesquisa "Processo Civil e Desenvolvimento" (UFRRJ/CNPQ). Autor de diversas obras no Brasil e no exterior. Advogado, Parecerista e Consultor Jurídico.

ARIEL STOPASSOLA - Especialista em Direito Processual do Trabalho pela Universidade de Caxias do Sul/RS. Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul/RS. Advogado.

BÁRBARA NATÁLIA LAGES LOBO - Doutora e Mestre em Direito Público pela PUC Minas. Autora do livro “O Direito à Igualdade na Constituição Brasileira”- 2ª edição. Servidora pública da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Professora Assistente na Pós-graduação de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Processual do Instituto de Educação Continuada - IEC - PUC Minas. Atuou como professora Assistente de Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado, Teoria Geral do Direito, Direito Financeiro e Finanças Públicas, Direito Tributário e Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, Prática Jurídica e Teoria da Constituição da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora visitante nas Pós-graduações em Direito Público, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Licitações e Contratos Administrativos, Fiscalização e Legislação Tributária e MBA em Gestão Tributária no Centro Universitário UNA e UNI-BH. Foi professora assistente de Direito Constitucional, Direito Econômico e Ações Constitucionais do programa de Graduação Faculdade Pitágoras. Pesquisadora dos grupos de pesquisa “Efetividade e crise dos direitos fundamentais” e do “Instituto de Investigação Científica Constituição e Processo”. Tutora e conteudista de ensino a distância em cursos ministrados pelo Conselho Nacional de Justiça.

CANDY FLORÊNCIO THOME - Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Doutora em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Pesquisadora pós-doutorada pela Universidad de Córdoba e pós-doutorada da rede Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano/Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/Universidad Católica Silva Henríquez/Universidad de Manizales/Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica. Master em Direitos Sociais pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Juíza Titular do Trabalho do TRT da 15ª Região (2ª Vara do Trabalho de Sorocaba). Professora da Pós-graduação *lato sensu* em Direito do Trabalho na Fundação Getúlio Vargas (GVLaw).

CARLOS EDUARDO OLIVEIRA DIAS - Professor Titular do Centro Universitário UDF, em Brasília. Pós-doutor Multidisciplinar em Ciências Sociais, Humanidades e Artes do Centro de Estudios Avanzados da Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais e Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2015-2017). Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Campinas/SP (Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região). Professor do Curso de Pós-graduação *lato sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Campinas). Professor Convidado dos Cursos de Pós-graduação *lato sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP - RP); da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Escola Superior da Advocacia (ESA). Membro do Conselho Acadêmico e Professor da Escola da Associação dos Magistrados da 15ª Região (ESMAT).

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS - Pós-doutorando em Direitos Humanos na Universidad de Salamanca, Espanha. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/PR. Coordenador e professor do curso de pós-graduação em Direito, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da Escola dos Magistrados do Trabalho do Paraná.

LEANDRO KREBS GONÇALVES - Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Especialista em Direito do Trabalho pela UNISINOS. Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, convocado para o Gabinete Extraordinário da Corregedoria Regional do TRT da 4ª Região. Integrante eleito para a Comissão de Jurisprudência do TRT da 4ª Região. Acadêmico Titular da Cadeira n. 22 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Membro de Comissões Examinadoras de Concursos Públicos para Ingresso na Carreira da Magistratura do Trabalho.

LORENA DE MELLO REZENDE COLNAGO - Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNIVES. Professora de Cursos de Pós-graduação e da Escola Judicial da AMATRA do Paraná. Juíza do Trabalho do TRT/PR.

MARCELLA PAGANI - Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Gama Filho/RJ. Graduada em Direito pela PUC Minas. Professora de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho.

MÔNICA SETTE LOPES - Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais onde leciona nos cursos de graduação e de pós-graduação. Produtora e apresentadora do programa “Direito é música”, transmitido pela Rádio UFMG, pela Rádio Justiça, pela Rádio Nacional-AM de Brasília e pela Rádio Cultura de Joinvile (105FM). Professora residente do Instituto de Estudos Avançados Transdisciplinares da Universidade Federal de Minas Gerais no período de março de 2009 a fevereiro de 2010. Professora visitante da Université Laval/Quebec/Canadá. Desembargadora (aposentada) do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

ROBERTO WANDERLEY BRAGA - Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense - UPT. Especialista em Direito Civil (FIJ). Especialista em Direito - Ciências Jurídico-Processuais (FMSJC). Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Pernambuco. Juiz do Trabalho do TRT da 22ª Região (PI). Ex-Auxiliar da Presidência. Coordenador de EAD da EJUD22 (2017-2018). Professor - Faculdade das Atividades Empresariais de Teresina - FAETE. Professor convidado em cursos de Pós-graduação.

RÚBIA ZANOTELLI DE ALVARENGA - Doutora em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora Titular do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, Brasília. Advogada.

THEREZA CHRISTINA NAHAS - Doutora em Derecho del Trabajo y Trabajo Social pela Escola Internacional da Universidad de Castilla-La Mancha. Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Derecho del Trabajo y Trabajo Social pela Universidad de Castilla-La Mancha. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília. Professora convidada da Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho da 9ª Região. Pesquisadora convidada na Facultad de Relaciones Laborales da Universidad de Castilla-La Mancha. Professora Doutora - convidada no COGEA - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juíza do Trabalho Titular da 2ª Vara do Trabalho de Itapeverica da Serra (TRT - 2ª Região).

PARECERISTAS DA REVISTA DO TRT 3ª REGIÃO

PARECERISTAS NACIONAIS

ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ - Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Desembargador do TRT/RS. Professor da Fundação Escola da Magistratura do Trabalho.

ANA CLÁUDIA NASCIMENTO GOMES - Doutora em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Especialista em Direito do Consumo e em Direito do Trabalho. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora Adjunto IV da PUC Minas. Procuradora do Trabalho do Ministério Público do Trabalho.

ANA ELISA CORTELETTI PEDROSA - Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Analista Judiciária do TRT/MG.

ANA PAULA REPOLÊS TORRES - Doutora em Filosofia pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, com estágio pós-doutoral na mesma instituição. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisadora do Observatório da Justiça Brasileira - OJB/UFMG(2012-2013). Analista Judiciária do TRT/MG.

ANA VIRGÍNIA MOREIRA GOMES - Professora do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional e do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. LL.M na Faculdade de Direito da University of Toronto. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo e Pós-Doutora na School of Industrial and Labor Relations da Cornell University. Foi pesquisadora no Centre for Law in the Contemporary Workplace, Queen's University, Canadá e professora adjunta na Ted Rogers School of Management, Ryerson University, Canadá. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito do Trabalho e Seguridade Social na Universidade de Fortaleza.

ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR - Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra-Pt. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Lus Gentium Conimbrigae - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Pt. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Pós-graduado em Direito Processual pela Universidade Gama Filho - Prisma. Professor Associado da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ. Professor Convidado em Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito. Membro da International Association of Procedural Law - IAPL. Membro da International Bar Association - IBA. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual - IIDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Associado Efetivo da Associação de Direito e Economia Europeia - ADEE. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB Nacional. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB-MG. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB-MG. Líder do Grupo de Pesquisa "Processo Civil e Desenvolvimento" (UFRRJ/CNPQ). Autor de diversas obras no Brasil e no exterior. Advogado, Parecerista e Consultor Jurídico.

ARIEL STOPASSOLA - Especialista em Direito Processual do Trabalho pela Universidade de Caxias do Sul/RS. Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul/RS. Advogado.

BÁRBARA NATÁLIA LAGES LOBO - Doutora e Mestre em Direito Público pela PUC Minas. Autora do livro "O Direito à Igualdade na Constituição Brasileira"- 2ª edição. Servidora pública da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Professora Assistente na Pós-graduação de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Processual do Instituto de Educação Continuada - IEC - PUC Minas. Atuou como professora Assistente de Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado, Teoria Geral do Direito, Direito Financeiro e Finanças Públicas, Direito Tributário e Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, Prática Jurídica e Teoria da Constituição da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora visitante nas Pós-graduações em Direito Público, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Licitações e Contratos Administrativos, Fiscalização e Legislação Tributária e MBA em Gestão Tributária no Centro Universitário UNA e UNI-BH. Foi professora assistente de Direito Constitucional, Direito Econômico e Ações Constitucionais do programa de Graduação Faculdade Pitágoras. Pesquisadora dos grupos de pesquisa "Efetividade e crise dos direitos fundamentais" e do "Instituto de Investigação Científica Constituição e Processo". Tutora e conteudista de ensino a distância em cursos ministrados pelo Conselho Nacional de Justiça.

CANDY FLORÊNCIO THOME - Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Doutora em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Pesquisadora pós-doutorada pela Universidad de Córdoba e pós-doutorada da rede Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano/Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/Universidad Católica Silva Henríquez/Universidad de Manizales/Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica. Master em Direitos Sociais pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Juíza Titular do Trabalho do TRT da 15ª Região (2ª Vara do Trabalho de Sorocaba). Professora da Pós-graduação *lato sensu* em Direito do Trabalho na Fundação Getúlio Vargas (GVLaw).

CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA - Ministro do TST aposentado e Professor Adjunto da Universidade de Brasília.

CARLOS EDUARDO OLIVEIRA DIAS - Professor Titular do Centro Universitário UDF, em Brasília. Pós-doutor Multidisciplinar em Ciências Sociais, Humanidades e Artes do Centro de Estudios Avanzados da Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais e Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2015-2017). Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Campinas/SP (Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região). Professor do Curso de Pós-graduação *lato sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Campinas). Professor Convidado dos Cursos de Pós-graduação *lato sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP - RP); da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Escola Superior da Advocacia (ESA). Membro do Conselho Acadêmico e Professor da Escola da Associação dos Magistrados da 15ª Região (ESMAT).

CÉSAR PEREIRA DA SILVA MACHADO JÚNIOR - Mestre em Direito pela Universitat de Valencia - Espanha. Mestre em Educação pela Universidade Federal de Uberlândia. Graduado em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Desembargador do TRT/MG.

CHRISTIANA D'ARC DAMASCENO OLIVEIRA ANDRADE SANDIM - Master em Teoria Crítica dos Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC Minas.

Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Acre - UFAC. Foi Auditora Fiscal do Trabalho, Ministério do Trabalho e Emprego - MTE (Rio Grande do Sul, 2004). Membro do Conselho Pedagógico da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (AC e RO - biênio 2011/2012). Membro do Conselho Editorial da Revista do TRT 14 (biênio 2011/2012). Professora convidada da Escola Judicial do TRT 14 (2009/2014). Diretora da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 14ª Região, ESMATRA14 (2013/2015). Membro da Associação Latino-Americana de Juízes do Trabalho (ALJT). Membro (Pesquisador) do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior (IBDSCJ). Juíza do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região - TRT 14, desde 2004. Membro da Comissão Nacional de Efetividade da Execução Trabalhista, vinculada ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), desde abril de 2014. Autora de livro e de artigos publicados em obras coletivas e periódicos jurídicos especializados do país.

DEILTON RIBEIRO BRASIL - Pesquisador visitante na University of Ljubljana e Università di Pisa (Eslovênia-Itália, 2017). Pós-doutor em Direito na Università degli Studi di Messina (Itália, 2015-2016). Pós-doutor em Direito Ambiental no CENoR da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal, 2014-2015). Pós-doutor em Direito Constitucional junto ao Lus Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (IGC-CDH) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal, 2013-2014). Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro-RJ (área de concentração em Estado e Direito: internacionalização e regulação) (2006-2010). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos de Belo Horizonte-MG (área de concentração em Direito Empresarial) (1998-2001). Especialista pela Universidade Presidente Antônio Carlos em Direito Público (2002) e em Direito Civil (2003). Graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Direito Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - UIT (08/2016) e das Faculdades Santo Agostinho - FASA (02/2018).

ELAINE NORONHA NASSIF - Doutora em Direito Processual pela PUC Minas e em Direito Público pela Universidade "La Sapienza" de Roma. Mestre em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla. Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Especialista em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro. Procuradora do Trabalho na PRT3. Docente na Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Membro do Conselho Editorial - Parecerista da ESMPU. Tradutora de "Instituições de Direito Processual", do Prof. Elio Fazzalari, e "Gomorra", de Roberto Saviano. Autora de diversos livros, entre eles "Fundamentos da Flexibilização" e "Conciliação Judicial".

GILSILENE PASSON PICORETTI FRANCISCETTO - Pós-doutora em Ciências Sociais pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra(2008). Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduanda em Docência do Ensino Superior pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduação em Pedagogia pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR. Professora titular na graduação, pós-graduação, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito de Vitória - FDV.

HELDER SANTOS AMORIM - Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Graduado em Direito - UDF Centro Universitário. Procurador do Trabalho em Minas Gerais.

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS - Pós-doutorando em Direitos Humanos na Universidad de Salamanca, Espanha. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/PR. Coordenador e professor do curso de pós-graduação em Direito, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da Escola dos Magistrados do Trabalho do Paraná.

JULIANA WULFING - Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos - UNISINOS. Professora Adjunta II, lotada no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

LEANDRO KREBS GONÇALVES - Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Especialista em Direito do Trabalho pela UNISINOS. Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, convocado para o Gabinete Extraordinário da Corregedoria Regional do TRT da 4ª Região. Integrante eleito para a Comissão de Jurisprudência do TRT da 4ª Região. Acadêmico Titular da Cadeira n. 22 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Membro de Comissões Examinadoras de Concursos Públicos para Ingresso na Carreira da Magistratura do Trabalho.

LÍVIA MENDES MOREIRA MIRAGLIA - Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora Adjunta da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais e membro do corpo permanente de professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Co-coordenadora da Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenadora da área trabalhista da Divisão de Assistência Judiciária (DAJ).

LORENA DE MELLO REZENDE COLNAGO - Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNIVES. Professora de Cursos de Pós-graduação e da Escola Judicial da AMATRA do Paraná. Juíza do Trabalho do TRT/PR.

LUTIANA NACUR LORENTZ - Doutora em Direito Processual pela PUC Minas. Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Especialista em Direito de Estado pelo IEC PUC Minas. Graduada em Direito pela PUC Minas. Procuradora do Ministério Público da União/Ministério Público do Trabalho. Autora de livros individuais e articulista. Pesquisadora, principalmente, dos seguintes temas: a norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência; métodos extrajudiciais e judiciais de solução de conflitos do direito processual do trabalho e civil. Ganhadora, por duas vezes, do Prêmio Evaristo de Moraes Filho. Participante da banca examinadora do concurso para Juiz do Trabalho no TRT - 3ª Região. Participante como palestrante do III Simpósio Nacional de Direito do Trabalho em 2010, evento promovido pelos Ministros do E. TST, Ministro Ives Gandra Martins Filho e Ministro Mauricio Godinho Delgado.

MARCELLA PAGANI - Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Gama Filho/RJ. Graduada em Direito pela PUC Minas. Professora de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho.

MÁRCIO FLÁVIO SALEM VIDIGAL - Doutor em Autonomia Individuale e Autonomia Collettiva na Universidade de Roma II - Tor Vergata - Itália. Doutor em Direito. Especialista em Direito do Trabalho - Materialidade, Instrumentalidade e Efetividade. Desembargador do TRT/MG.

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE - Pós-Doutor pela Università degli Studi di Roma II, "Tor Vergata". Doutor in Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, "La Sapienza", revalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular do Programa de Pós-graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD/PUCPR). Coordenador do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas e Sociais (IBCJS). Ex-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná. Professor Adjunto III da Universidade Federal de Santa Catarina, licenciado sem remuneração, a

próprio pedido, de julho de 2016 a julho de 2018. Membro do Centro de Letras do Paraná. Acadêmico da cadeira número 73 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Professor do UNINTER. Diretor Cultural e Ex-Diretor Administrativo e Ex-Conselheiro Geral do Instituto dos Advogados do Paraná. Selecionado pela Secretaria do MERCOSUL em 15 de dezembro de 2005 como Consultor do MERCOSUL para elaborar legislação sobre a Livre Circulação de Mão de Obra no MERCOSUL (2005/2006). Advogado.

MARIA CECÍLIA MÁXIMO TEODORO - Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad de Castilla-La Mancha com bolsa de pesquisa da CAPES. Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP - Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Graduada em Direito pela PUC Minas. Professora de Direito do Trabalho do Programa de Pós-graduação em Direito e da Graduação da PUC Minas e membro reeleita do Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas para o triênio 2014/2016; Professora Convidada do Mestrado em Direito do Trabalho da Universidade Externado da Colômbia. Pesquisadora. Autora de livros e artigos.

MARILU FREITAS - Doutoranda pela Universidade de São Paulo.

MÔNICA SETTE LOPES - Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais onde leciona nos cursos de graduação e de pós-graduação. Produtora e apresentadora do programa “Direito é música”, transmitido pela Rádio UFMG, pela Rádio Justiça, pela Rádio Nacional-AM de Brasília e pela Rádio Cultura de Joinville (105FM). Professora residente do Instituto de Estudos Avançados Transdisciplinares da Universidade Federal de Minas Gerais no período de março de 2009 a fevereiro de 2010. Professora visitante da Université Laval/Quebec/Canadá. Desembargadora (aposentada) do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN - Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia. Pós-Doutora na Superintendência de Educação e Pesquisa da Fundação Carlos Chagas. Professora permanente do Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Conceito CAPES 5). Líder dos grupos de pesquisa “O Direito do Trabalho como instrumento de cidadania e limite ao poder econômico”; “Mulher, Sociedade

e Direitos Humanos”. Participou do Projeto de Inclusão Social Urbana “Nós do Centro” em uma parceria entre a Prefeitura de São Paulo, a União Europeia e a Universidade Mackenzie. Participou do projeto de pesquisa, financiado pelo CNPq, “Da exclusão social no acesso ao emprego à inserção excluída: divisão sexual do trabalho de mulheres na indústria têxtil”, no âmbito do Centro de Ciências Sociais e Aplicadas da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Líder do Projeto “Feminicídio: quando a desigualdade de gênero mata”, financiado pelo CNPq.

PAULO FERNANDO DA SILVA SANTOS JÚNIOR - Especialista em Direito Constitucional pela Universidade CEUMA - MA. Juiz do Trabalho do TRT/MA.

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI - Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e membro do corpo permanente de professores do Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFMG. Concluiu o Pós-Doutorado junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG, com bolsa CAPES/PNPd. Esteve em temporada de pesquisas junto ao Collège de France, como parte de um programa de Doutorado - Sanduíche no Exterior, com bolsa da CAPES. Foi pesquisador visitante na Organização Internacional do Trabalho, no Instituto de Estudos Avançados de Nantes e na Universidade de Estrasburgo. É coordenador do Diverso UFMG - Núcleo Jurídico de Diversidade Sexual e de Gênero.

ROBERTO WANDERLEY BRAGA - Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense - UPT. Especialista em Direito Civil (FIJ). Especialista em Direito - Ciências Jurídico-Processuais (FMSJC). Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Pernambuco. Juiz do Trabalho do TRT da 22ª Região (PI). Ex-Auxiliar da Presidência. Coordenador de EAD da EJUD22 (2017-2018). Professor - Faculdade das Atividades Empresariais de Teresina - FAETE. Professor convidado em cursos de Pós-graduação.

RODRIGO GARCIA SCHWARZ - Professor Permanente do PPGD da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), com estágios pós-doutorais no Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no Centro de Estudios Avanzados da Universidad Nacional de Córdoba, na Pontificia Universidade Católica de São Paulo, na Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano e na Universidad de Manizales, Doutor em Direito (Direito do Estado) pela Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Doutor em Direito (Direito do Trabalho e da Seguridade Social) pela Universidad de Castilla-La Mancha e Doutor em

História (História Social) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juiz Titular da 8ª Vara do Trabalho de Guarulhos (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região - São Paulo), Membro do Corpo Docente da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e Membro da Comissão Estadual para a Erradicação do Trabalho Escravo (Estado de São Paulo).

RÚBIA ZANOTELLI DE ALVARENGA - Doutora em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora Titular do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, Brasília. Advogada.

THEREZA CHRISTINA NAHAS - Doutora em Derecho del Trabajo y Trabajo Social pela Escola Internacional da Universidad de Castilla-La Mancha. Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Derecho del Trabajo y Trabajo Social pela Universidad de Castilla-La Mancha. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília. Professora convidada da Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho da 9ª Região. Pesquisadora convidada na Facultad de Relaciones Laborales da Universidad de Castilla-La Mancha. Professora Doutora - convidada no COGEA - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juíza do Trabalho Titular da 2ª Vara do Trabalho de Itapeverica da Serra (TRT - 2ª Região).

WÂNIA GUIMARÃES RABÊLLO DE ALMEIDA - Pós-doutora em Ciencias Sociales, Humanidades y Artes (Posdoctorado del CEA: ciclo especial - "El trabajo en el contexto de los derechos humanos: Derecho, Economía, Historia" - Universidad Nacional de Córdoba. Doutora e Mestra em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Empresas pela Fundação Dom Cabral. Graduada pela PUC Minas. Advogada. Professora de Direito do Trabalho, Processo Coletivo do Trabalho e Direito Constitucional do Trabalho.

PARECERISTAS INTERNACIONAIS

GIUSEPPE LUDOVICO - Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Milão.

JEAN CLAUDE JAVILLIER - Professor da Universidade de Paris 2 (Panthéon- Assas).

JOAQUÍN PEREZ REY - Professor da Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha).

ROSINA ROSSI - Professora da Universidad de la República (Uruguai).

T RIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA TERCEIRA REGIÃO

BIÊNIO: 2018 / 2019

Cargos de Direção

Marcus Moura Ferreira
Desembargador Presidente

Márcio Flávio Salem Vidigal
Desembargador 1º Vice-Presidente

Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida
Desembargadora 2ª Vice-Presidente

Rogério Valle Ferreira
Desembargador Corregedor

Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto
Desembargador Vice-Corregedor

Turmas

Primeira Turma

Desembargadores

Maria Cecília Alves Pinto - Presidente
Luiz Otávio Linhares Renault
Emerson José Alves Lage
José Eduardo de Resende Chaves Júnior

Segunda Turma

Desembargadores

Sebastião Geraldo de Oliveira - Presidente
Jales Valadão Cardoso
Maristela Íris da Silva Malheiros
Lucas Vanucci Lins

Terceira Turma

Desembargadores

Milton Vasques Thibau de Almeida - Presidente
Emília Facchini
Camilla Guimarães Pereira Zeidler
Luís Felipe Lopes Boson

Quarta Turma

Desembargadores

Denise Alves Horta - Presidente
Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Paulo Chaves Corrêa Filho
Paula Oliveira Cantelli

Quinta Turma

Desembargadores

Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes - Presidente
Júlio Bernardo do Carmo
Luiz Ronan Neves Koury
Manoel Barbosa da Silva

Sexta Turma

Desembargadores

José Murilo de Moraes - Presidente
Anemar Pereira Amaral
César Pereira da Silva Machado Júnior
Jorge Berg de Mendonça

Sétima Turma

Desembargadores

Marcelo Lamego Pertence - Presidente
Paulo Roberto de Castro
Fernando Antônio Viégas Peixoto
Cristiana Maria Valadares Fenelon

Oitava Turma

Desembargadores

Márcio Ribeiro do Valle - Presidente
Sércio da Silva Peçanha
Ana Maria Amorim Rebouças
José Marlon de Freitas

Nona Turma

Desembargadores

Ricardo Antônio Mohallem - Presidente
João Bosco Pinto Lara
Maria Stela Álvares da Silva Campos
Rodrigo Ribeiro Bueno

Décima Turma

Desembargadores

Rosemary de Oliveira Pires - Presidente
Maria Laura Franco Lima de Faria
Taisa Maria Macena de Lima
Paulo Maurício Ribeiro Pires

Décima Primeira Turma

Desembargadores

Luiz Antônio de Paula Iennaco - Presidente
Adriana Goulart de Sena Orsini
Juliana Vignoli Cordeiro
Marco Antônio Paulinelli de Carvalho

Órgão Especial

Desembargador Marcus Moura Ferreira (Presidente)
Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal (1º Vice-Presidente)
Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida (2ª Vice-Presidente)
Desembargador Rogério Valle Ferreira (Corregedor)
Desembargador Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto (Vice-Corregedor)
Desembargador Márcio Ribeiro do Valle
Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault
Desembargadora Emília Facchini
Desembargador Júlio Bernardo do Carmo
Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Desembargador José Murilo de Moraes
Desembargador Ricardo Antônio Mohallem
Desembargador Emerson José Alves Lage
Desembargador Sérgio da Silva Peçanha
Desembargador José Marlon de Freitas
Desembargador Paulo Maurício Ribeiro Pires
Desembargadora Juliana Vignoli Cordeiro

Seção Especializada de Dissídios Coletivos (SDC)

Desembargador Marcus Moura Ferreira - Presidente
Desembargador Márcio Ribeiro do Valle
Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault
Desembargadora Emília Facchini
Desembargador Ricardo Antônio Mohallem
Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira
Desembargador Anemar Pereira Amaral
Desembargador César Pereira da Silva Machado Júnior
Desembargador Jorge Berg de Mendonça
Desembargador João Bosco Pinto Lara
Desembargadora Cristiana Maria Valadares Fenelon

1ª Seção Especializada de Dissídios Individuais (1ª SDI)

Desembargador Marcelo Lamego Pertence - Presidente
Desembargador Paulo Roberto de Castro
Desembargador Jales Valadão Cardoso
Desembargador Fernando Antônio Viégas Peixoto
Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior
Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos
Desembargador Sércio da Silva Peçanha
Desembargadora Ana Maria Amorim Rebouças
Desembargador José Marlon de Freitas
Desembargadora Maria Cecília Alves Pinto
Desembargador Paulo Maurício Ribeiro Pires
Desembargador Manoel Barbosa da Silva
Desembargadora Maristela Íris da Silva Malheiros
Desembargador Lucas Vanucci Lins
Desembargadora Paula Oliveira Cantelli
Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini
Desembargadora Juliana Vignoli Cordeiro
Desembargador Marco Antônio Paulinelli de Carvalho

2ª Seção Especializada de Dissídios Individuais (2ª SDI)

Desembargador José Murilo de Moraes - Presidente
Desembargador Júlio Bernardo do Carmo
Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Desembargadora Denise Alves Horta
Desembargador Luiz Ronan Neves Koury
Desembargador Emerson José Alves Lage
Desembargadora Camilla Guimarães Pereira Zeidler
Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho
Desembargador Luiz Antônio de Paula Iennaco
Desembargadora Taisa Maria Macena de Lima
Desembargador Luís Felipe Lopes Boson
Desembargador Milton Vasques Thibau de Almeida
Desembargador Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes
Desembargadora Rosemary de Oliveira Pires
Desembargador Rodrigo Ribeiro Bueno

Diretor-Geral: Paulo Sérgio Barbosa Carvalho

Diretora Judiciária: Telma Lúcia Bretz Pereira

Secretário-Geral da Presidência: Douglas Eros Pereira Rangel

Varas do Trabalho
TRT/ 3ª Região
Minas Gerais

1ª Vara de Alfenas	Frederico Leopoldo Pereira
2ª Vara de Alfenas	Antônio Neves de Freitas
Vara de Almenara	José Barbosa Neto Fonseca Suett
Vara de Araçuaí	Júnia Márcia Marra Turra
1ª Vara de Araguari	Christianne de Oliveira Lansky
2ª Vara de Araguari	Zaida José dos Santos
Vara de Araxá	Fabiana Alves Marra
1ª Vara de Barbacena	Anselmo José Alves
2ª Vara de Barbacena	Vânia Maria Arruda
1ª Vara de Belo Horizonte	Paula Borlido Haddad
2ª Vara de Belo Horizonte	Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim
3ª Vara de Belo Horizonte	Erdman Ferreira da Cunha
4ª Vara de Belo Horizonte	Paulo Emílio Vilhena da Silva
5ª Vara de Belo Horizonte	Célia das Graças Campos
6ª Vara de Belo Horizonte	Alexandre Wagner de Moraes Albuquerque
7ª Vara de Belo Horizonte	Luciana Nascimento dos Santos
8ª Vara de Belo Horizonte	Cristina Adelaide Custódio
9ª Vara de Belo Horizonte	Érica Aparecida Pires Bessa
10ª Vara de Belo Horizonte	Marcelo Furtado Vidal
11ª Vara de Belo Horizonte	Érica Martins Júdice
12ª Vara de Belo Horizonte	Vitor Salino de Moura Eça
13ª Vara de Belo Horizonte	Olívia Figueiredo Pinto Coelho
14ª Vara de Belo Horizonte	Ângela Castilho Rogêdo Ribeiro
15ª Vara de Belo Horizonte	Gastão Fabiano Piazza Júnior
16ª Vara de Belo Horizonte	Flávia Cristina Rossi Dutra
17ª Vara de Belo Horizonte	Helder Vasconcelos Guimarães
18ª Vara de Belo Horizonte	Vanda de Fátima Quintão Jacob
19ª Vara de Belo Horizonte	Leonardo Passos Ferreira
20ª Vara de Belo Horizonte	Cláudio Roberto Carneiro de Castro
21ª Vara de Belo Horizonte	Cleber Lúcio de Almeida
22ª Vara de Belo Horizonte	Jessé Cláudio Franco de Alencar
23ª Vara de Belo Horizonte	Márcio José Zebende
24ª Vara de Belo Horizonte	Charles Etienne Cury
25ª Vara de Belo Horizonte	Maria Tereza da Costa Machado Leão
26ª Vara de Belo Horizonte	Laudenicy Moreira de Abreu
27ª Vara de Belo Horizonte	Carlos Roberto Barbosa
28ª Vara de Belo Horizonte	Marco Antônio Ribeiro Muniz Rodrigues

29ª Vara de Belo Horizonte	André Figueiredo Dutra
30ª Vara de Belo Horizonte	Clarice dos Santos Castro
31ª Vara de Belo Horizonte	Marcos César Leão
32ª Vara de Belo Horizonte	Sabrina de Faria Fróes Leão
33ª Vara de Belo Horizonte	Márcio Toledo Gonçalves
34ª Vara de Belo Horizonte	Adriana Campos de Souza Freire Pimenta
35ª Vara de Belo Horizonte	Marco Túlio Machado Santos
36ª Vara de Belo Horizonte	Flânio Antônio Campos Vieira
37ª Vara de Belo Horizonte	Ana Maria Espi Cavalcanti
38ª Vara de Belo Horizonte	Eduardo Aurélio Pereira Ferri
39ª Vara de Belo Horizonte	Luciana Alves Viotti
40ª Vara de Belo Horizonte	Maria Cristina Diniz Caixeta
41ª Vara de Belo Horizonte	Ricardo Marcelo Silva
42ª Vara de Belo Horizonte	Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo
43ª Vara de Belo Horizonte	Jaqueline Monteiro de Lima
44ª Vara de Belo Horizonte	Marcos Penido de Oliveira
45ª Vara de Belo Horizonte	Antônio Gomes de Vasconcelos
46ª Vara de Belo Horizonte	Vaga
47ª Vara de Belo Horizonte	Wilméia da Costa Benevides
48ª Vara de Belo Horizonte	Danilo Siqueira de Castro Faria
1ª Vara de Betim	June Bayão Gomes Guerra
2ª Vara de Betim	Renata Lopes Vale
3ª Vara de Betim	Daniel Gomide Souza
4ª Vara de Betim	Marcelo Ribeiro
5ª Vara de Betim	Silene Cunha de Oliveira
6ª Vara de Betim	Sandra Maria Generoso Thomaz Leidecker
Vara de Bom Despacho	Ângela Cristina de Ávila Aguiar Amaral
Vara de Caratinga	Jônatas Rodrigues de Freitas
Vara de Cataguases	Luiz Olympio Brandão Vidal
Vara de Caxambu	Agnaldo Amado Filho
Vara de Congonhas	Felipe Clímaco Heineck
Vara de Conselheiro Lafaiete	Maria José Castro Baptista de Oliveira
1ª Vara de Contagem	Fabiano de Abreu Pfeilsticker
2ª Vara de Contagem	Marcelo Oliveira da Silva
3ª Vara de Contagem	Jésser Gonçalves Pacheco
4ª Vara de Contagem	Walder de Brito Barbosa
5ª Vara de Contagem	Cristiana Soares Campos
6ª Vara de Contagem	Vaga
1ª Vara de Coronel Fabriciano	Daniel Cordeiro Gazola
2ª Vara de Coronel Fabriciano	Flávia Cristina Souza dos Santos Pedrosa
3ª Vara de Coronel Fabriciano	Vivianne Célia Ferreira Ramos Corrêa
4ª Vara de Coronel Fabriciano	Cláudio Antônio Freitas Delli Zotti

Vara de Curvelo	Vanda Lúcia Horta Moreira
Vara de Diamantina	Edson Ferreira de Souza Júnior
1ª Vara de Divinópolis	Marina Caixeta Braga
2ª Vara de Divinópolis	Bruno Alves Rodrigues
1ª Vara de Formiga	João Roberto Borges
2ª Vara de Formiga	Marco Antônio Silveira
Vara de Frutal	Thaís Santana Souza Schneider
1ª Vara de Governador Valadares	Fernando Rotondo Rocha
2ª Vara de Governador Valadares	Renata Batista Pinto Coelho Fróes de Aguiar
3ª Vara de Governador Valadares	Sílvia Maria Mata Machado Baccharini
Vara de Guanhães	Ana Carolina Simões Silveira
Vara de Guaxupé	Anselmo Bosco dos Santos
1ª Vara de Itabira	Cristiano Daniel Muzzi
2ª Vara de Itabira	Adriano Antônio Borges
Vara de Itajubá	Cláudia Rocha Welterlin
Vara de Itaúna	Valmir Inácio Vieira
1ª Vara de Ituiutaba	Marcel Lopes Machado
2ª Vara de Ituiutaba	Sheila Marfa Valério
Vara de Iturama	Marco Aurélio Ferreira Clímaco dos Santos
Vara de Januária	Neurisvan Alves Lacerda
1ª Vara de João Monlevade	Gilmara Delourdes Peixoto de Melo
2ª Vara de João Monlevade	Ronaldo Antônio Messeder Filho
1ª Vara de Juiz de Fora	José Nilton Ferreira Pandelot
2ª Vara de Juiz de Fora	Fernando César da Fonseca
3ª Vara de Juiz de Fora	Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt
4ª Vara de Juiz de Fora	Léverson Bastos Dutra
5ª Vara de Juiz de Fora	Tarcísio Corrêa de Brito
Vara de Lavras	Raquel Fernandes Lage
Vara de Manhuaçu	Hitler Eustásio Machado Oliveira
Vara de Monte Azul	Carlos Adriano Dani Lebourg
1ª Vara de Montes Claros	Rosa Dias Godrim
2ª Vara de Montes Claros	Júlio César Cangussu Souto
3ª Vara de Montes Claros	Daniela Torres Conceição
Vara de Muriaé	Marcelo Paes Menezes
Vara de Nanuque	José Ricardo Dily
1ª Vara de Nova Lima	Mauro César Silva
2ª Vara de Nova Lima	Vicente de Paula Maciel Júnior
Vara de Ouro Preto	Graça Maria Borges de Freitas
Vara de Pará de Minas	Weber Leite de Magalhães Pinto Filho
Vara de Paracatu	Ézio Martins Cabral Júnior
1ª Vara de Passos	Geraldo Hélio Leal
2ª Vara de Passos	Maria Raimunda Moraes

Vara de Patos de Minas	Raíssa Rodrigues Gomide
Vara de Patrocínio	Sérgio Alexandre Resende Nunes
1ª Vara de Pedro Leopoldo	Maria Irene Silva de Castro Coelho
2ª Vara de Pedro Leopoldo	Solange Barbosa de Castro Coura
Vara de Pirapora	Andréa Rodrigues de Moraes
1ª Vara de Poços de Caldas	Delane Marcolino Ferreira
2ª Vara de Poços de Caldas	Renato de Sousa Resende
Vara de Ponte Nova	Márcio Roberto Tostes Franco
1ª Vara de Pouso Alegre	Ana Paula Costa Guerzoni
2ª Vara de Pouso Alegre	Eliane Magalhães de Oliveira
3ª Vara de Pouso Alegre	Andréa Marinho Moreira Teixeira
Vara de Ribeirão das Neves	Maritza Eliane Isidoro
Vara de Sabará	Marcelo Moura Ferreira
Vara de Santa Luzia	Antônio Carlos Rodrigues Filho
Vara de Santa Rita do Sapucaí	Edmar Souza Salgado
Vara de São João Del Rei	Betzaida da Matta Machado Bersan
Vara de São Sebastião do Paraíso	Adriana Farnesi e Silva
1ª Vara de Sete Lagoas	Paulo Eduardo Queiroz Gonçalves
2ª Vara de Sete Lagoas	Rosângela Alves da Silva Paiva
3ª Vara de Sete Lagoas	Cleber José de Freitas
Vara de Teófilo Otoni	Juliana Campos Ferro Lage
Vara de Três Corações	Júlio Corrêa de Melo Neto
Vara de Ubá	David Rocha Koch Torres
1ª Vara de Uberaba	Cleyonara Campos Vieira Vilela
2ª Vara de Uberaba	Henrique Alves Vilela
3ª Vara de Uberaba	Karla Santuchi
4ª Vara de Uberaba	Flávio Vilson da Silva Barbosa
1ª Vara de Uberlândia	Marco Aurélio Marsiglia Treviso
2ª Vara de Uberlândia	Tânia Mara Guimarães Pena
3ª Vara de Uberlândia	João Rodrigues Filho
4ª Vara de Uberlândia	Marcelo Segato Moraes
5ª Vara de Uberlândia	Alexandre Chibante Martins
6ª Vara de Uberlândia	Fernando Sollero Caiaffa
Vara de Unai	Simey Rodrigues
1ª Vara de Varginha	Henoc Piva
2ª Vara de Varginha	Leonardo Toledo de Resende
Viçosa	Luiz Cláudio dos Santos Viana

Juízes do Trabalho Substitutos

Adriano Marcos Soriano Lopes
Alessandra Duarte Antunes dos Santos Freitas
Alessandra Junqueira Franco
Alexandre Gonçalves de Toledo
Alexandre Pimenta Batista Pereira
Alexandre Reis Pereira de Barros
Alfredo Massi
Aline Paula Bonna
Aline Queiroga Fortes Ribeiro
Ana Luiza Fischer Teixeira de Souza Mendonça
Anaximandra Kátia Abreu Oliveira
André Barbieri Aidar
André Luiz Maia Secco
André Vitor Araújo Chaves
Andréa Buttler
Andressa Batista de Oliveira
Anielly Varnier Comério Menezes Silva
Anna Elisa Ferreira de Resende
Arlindo Cavalaro Neto
Augusto Pessoa de Mendonça e Alvarenga
Camila César Corrêa
Camilo de Lelis Silva
Carla Cristina de Paula Gomes
Carolina Lobato Goes de Araújo Barroso
Celso Alves Magalhães
Cláudia Eunice Rodrigues
Daniel Chein Guimarães
Daniel Ferreira Brito
Daniele Cristine Morello Brendolan Maia
Danusa Almeida Vinhas
Diego Alírio Oliveira Sabino
Ednaldo da Silva Lima
Élen Cristina Barbosa Senem
Fabiana Maria Soares
Fábio Gonzaga de Carvalho
Fabrício Lima Silva
Fernanda Cristine Nunes Teixeira
Fernanda Garcia Bulhões Araújo
Fernando Saraiva Rocha
Filipe de Souza Sickert

Flávia Fonseca Parreira Storti
Francisco José dos Santos Júnior
Frederico Alves Bizzotto da Silveira
Geraldo Magela Melo
Glauco Rodrigues Becho
Hadma Christina Murta Campos
Haydee Priscila Pinto Coelho de Sant'ana
Helena Honda Rocha
Henrique de Souza Mota
Henrique Macedo de Oliveira
Isabella Silveira Bartoschik
Iuri Pereira Pinheiro
Jane Dias do Amaral
Jéssica Grazielle Andrade Martins
Josias Alves da Silveira Filho
Keyla de Oliveira Toledo e Veiga
Lenício Lemos Pimentel
Leonardo Tibo Barbosa Lima
Lilian Piovesan Ponssoni
Liza Maria Cordeiro
Luciana de Carvalho Rodrigues
Luciana Jacob Monteiro de Castro
Luciano José de Oliveira
Luís Henrique Santiago Santos Rangel
Luiz Evaristo Osório Barbosa
Luiz Fernando Gonçalves
Maila Vanessa de Oliveira Costa
Manuela Duarte Boson Santos
Marcelo Alves Marcondes Pedrosa
Marcelo Marques
Marcelo Palma de Brito
Marcos Vinícius Barroso
Maria José Rigotti Borges
Marisa Felisberto Pereira
Matheus Martins de Mattos
Melania Medeiros dos Santos Vieira
Murillo Franco Camargo
Nara Duarte Barroso Chaves
Natália Azevedo Sena
Nelsilene Leão de Carvalho Dupin
Nelson Henrique Rezende Pereira
Ordenísio César dos Santos

Osmar Rodrigues Brandão
Patrícia Vieira Nunes de Carvalho
Pedro Mallet Kneipp
Pedro Paulo Ferreira
Priscila Rajão Cota Pacheco
Rafaela Campos Alves
Reinaldo de Souza Pinto
Renato de Paula Amado
Ricardo Gurgel Noronha
Ricardo Luís Oliveira Tupy
Rodrigo Cândido Rodrigues
Rosério Firmo
Samantha da Silva Hassem Borges
Sandra Carla Simamoto da Cunha
Sérgio Silveira Mourão
Simone Soares Bernardes
Sofia Fontes Regueira
Solainy Beltrão dos Santos
Stella Fiúza Cançado
Tatiana Carolina de Araújo
Thiago Saço Ferreira
Uilliam Frederic D'Lopes Carvalho
Ulysses de Abreu César
Vanderson Pereira de Oliveira
Vaneli Cristine Silva de Mattos
Verena Sapucaia da Silveira Gonzalez
Victor Luiz Berto Salomé Dutra da Silva
Vinícius Mendes Campos de Carvalho
Vitor Martins Pombo
Wanessa Mendes de Araújo
Washington Timóteo Teixeira Neto
William Martins

SUMÁRIO

1 DOUTRINA

LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN ESPAÑA: AVANCES Y RETOS= <i>THE PREVENTION OF PSYCHOSOCIAL RISKS IN SPAIN: PROGRESS AND CHALLENGES</i> María Teresa Igartua Miró	43
A NOVA REPRESENTAÇÃO SINDICAL PROFISSIONAL A PARTIR DO NÃO FINANCIAMENTO COMPULSÓRIO= <i>THE NEW TRADE UNION REPRESENTATION FROM THE NON-COMPULSORY FINANCING</i> Márcio Ferezin Custódio	89
ABORDAGEM SOBRE A REFORMA TRABALHISTA: ASPECTOS JURÍDICOS DA FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO DA LEGISLAÇÃO LABORAL NO BRASIL= <i>APPROACH ON LABOR REFORM: LEGAL ASPECTS OF FLEXIBILIZATION AND DEREGULATION OF LABOR LEGISLATION IN BRAZIL</i> Diandra Rodrigues Nascimento	107
ASPECTOS DA PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E SUA AFRONTA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONFORME A TEORIA DE ROBERT ALEXY= <i>ASPECTS OF THE PREVALENCE OF THE NEGOTIATED OVER THE LEGISLATED AND ITS CONFRONTATION WITH FUNDAMENTAL RIGHTS ACCORDING TO ROBERT ALEXY'S THEORY</i> Marília Costa Barbosa Fernandes	127

<p>IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NO MODELO DE CUSTEIO DAS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS= <i>IMPACTS OF LABOR LAW REFORM IN THE MODEL OF UNION ORGANIZATIONS DUES</i></p>	
Sara Costa Benevides	167
<p>LEI 13.467/2017 E OS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO BENEFÍCIO CONSTITUCIONAL DA GRATUIDADE JUDICIAL= <i>LAW 13.467/2017 AND THE ASPECTS CONTROVERED FROM THE CONSTITUTIONAL BENEFIT OF JUDICIAL FREEDOM</i></p>	
Fábio Ribeiro da Rocha	185
<p>LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO PROCESSO DO TRABALHO COM ADVENTO DA LEI 13.467/2017= <i>BAD FAITH LITIGATION IN THE LABOR LAWSUIT WITH ADVENT OF THE LAW 13.467/2017</i></p>	
Marco Antonio dos Santos	201
<p>O NOVO PARADIGMA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE À LUZ DAS PREMISSAS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO= <i>THE NEW PARADIGM OF THE TERMINATION IN BRAZIL: A BRIEF ANALYSIS IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL PREMISES OF WORK PROTECTION</i></p>	
Paula Simão Normanha	219
<p>OS LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA PREVISTA NO ARTIGO 611-A DA REFORMA TRABALHISTA EM MATÉRIAS ATINENTES À SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR= <i>THE LIMITS OF COLLECTIVE AGREEMENT PROVIDED FOR IN ARTICLE 611-A OF THE LABOR REFORM ON THE MATTERS OF HEALTH AND SAFETY OF THE WORKER</i></p>	
João Antônio Procópio Leão	235

REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DO TRABALHO INTERMITENTE NO TRABALHO DOMÉSTICO=
REFLECTIONS ON THE APPLICATION OF INTERMITTENT WORK IN DOMESTIC WORK
Cynthia Mara Lacerda Nacif, Miriam Parreiras de Souza 251

REFORMA TRABALHISTA E HORAS *IN ITINERE*: FLEXIBILIZAÇÃO OU RETROCESSO LEGAL?=
LABOR REFORM AND HOURS IN ITINERE: FLEXIBILIZATION OR LEGAL KICKBACK?
Jéssica Borchardt da Silva de Lima, Ana Lara Tondo 269

2 DECISÃO PRECURSORA

ACORDO INTERSINDICAL 301

Decisão proferida no Processo JCJ n. 674/60
Juiz Relator: Dr. Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena
Comentário: Desembargadora aposentada Mônica Sette Lopes

3 JURISPRUDÊNCIA DO TRT DA 3ª REGIÃO

Acórdãos

PASTOR - EXIGÊNCIA E CONSUMAÇÃO DE ESTERILIZAÇÃO (VASECTOMIA) - IMPRESCRITIBILIDADE E DANOS MORAIS
Juíza Convocada Ana Maria Espi Cavalcanti 325

RECLAMAÇÃO - HIPÓTESES DE CABIMENTO - ART. 988 DO CPC
Desembargadora Rosemary de Oliveira Pires 349
REFORMA TRABALHISTA - REQUISITOS - PETIÇÃO INICIAL -

DIREITO INTERTEMPORAL
Desembargador Marcelo Lamego Pertence 360

REFORMA TRABALHISTA - TERCEIRIZAÇÃO - DIREITO
INTERTEMPORAL
Desembargador Júlio Bernardo do Carmo 372

Sentenças

ACIDENTE DE TRABALHO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA
- INSTRUTOR EM ESCOLA DE AVIÃO CIVIL
Juiz Luiz Evaristo Osório Barbosa 389

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - PRESUNÇÃO RELATIVA -
CÂNCER
Juíza Verena Sapucaia Silveira Gonzalez 410

JUSTA CAUSA - REVERSÃO - COCHILO AO VOLANTE -
JORNADA EXCESSIVA
Juiz Osmar Rodrigues Brandão 432

REFORMA TRABALHISTA - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS
- CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE
Juíza Maria José Rigotti Borges 453

NORMAS EDITORIAIS 467

A PRESENTAÇÃO

A Revista n. 97 do TRT da Terceira Região permanece a explorar os aspectos polêmicos introduzidos no universo jurídico-trabalhista pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017.

A nova lei prescinde de comentários sobre a sua importância, pois se trata de qualidade ínsita à dimensão reformadora conferida à Consolidação das Leis do Trabalho, a maior que se traz a lume, desde a edição da CLT, em 1943, e ainda às Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990 e 8.212, de 24 de julho de 1991.

A par do tema Reforma Trabalhista, a Revista apresenta, no âmbito doutrinário internacional, a contribuição da professora María Teresa Igartua Miró, da Universidade de Sevilha, que trata de *“La prevención de los riesgos psicosociales en España: avances y retos”* (“A prevenção dos riscos psicossociais na Espanha: avanços e desafios”).

No circuito nacional, o fim da contribuição sindical obrigatória e a liberdade sindical são temas examinados tanto na doutrina do professor Márcio Ferezin Custódio, sob o título “A nova representação sindical profissional a partir do não financiamento compulsório”, quanto na doutrina da professora Sara Costa Benevides, que discorre sobre os “Impactos da reforma trabalhista no modelo de custeio das organizações sindicais”.

O exame da prevalência do negociado sobre o legislado e a amplitude dos seus efeitos são temas analisados em dois artigos

distintos. O primeiro, elaborado pela advogada Marília Costa Barbosa Fernandes e intitulado “Aspectos da prevalência do negociado sobre o legislado e sua afronta aos direitos fundamentais conforme a teoria de Robert Alexy”; o segundo, elaborado pelo advogado João Antônio Procópio Leão, que escreve sobre “Os limites da negociação coletiva prevista no artigo 611-A da reforma trabalhista em matérias atinentes à saúde e segurança do trabalhador”.

A flexibilização das normas trabalhistas pela Lei n. 13.467/2017 trata-se de aspecto examinado sob diferentes ângulos, sendo que a advogada Diandra Rodrigues Nascimento o faz sob o título “Abordagem sobre a reforma trabalhista: aspectos jurídicos da flexibilização e desregulamentação da legislação laboral no Brasil”, e as advogadas Jéssica Borchardt da Silva de Lima e Ana Lara Tondo, por sua vez, fazem-no sob a ótica da “Reforma trabalhista e horas *in itinere*: flexibilização ou retrocesso legal?”.

Outros aspectos da Lei n. 13.467/2017, objeto de acirrado debate pelos estudiosos, como a gratuidade judiciária e a terceirização, encontram-se examinados: o primeiro, pelo juiz do trabalho e professor Fábio Ribeiro da Rocha, sob o título “Lei 13.467/2017 e os aspectos controvertidos do benefício constitucional da gratuidade judicial”; o segundo, pela advogada Paula Simão Normanha, que discorre sobre “O novo paradigma da terceirização no Brasil: uma breve análise à luz das premissas constitucionais de proteção ao trabalho”.

Temas instigantes, como a litigância de má-fé e o trabalho intermitente, este sob o enfoque do trabalho doméstico, também são objeto de estudo na Revista. O primeiro, da lavra do juiz do trabalho Marco Antonio dos Santos, é intitulado “Litigância de má-fé no processo do trabalho com advento da Lei 13.467/2017”; o segundo é abordado pelas professoras Cynthia Mara Lacerda Nacif e Miriam Parreiras de Souza, no artigo “Reflexões sobre a aplicação do trabalho intermitente no trabalho doméstico”.

Decisão precursora da lavra do professor e desembargador ex-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (*in memoriam*), então Presidente da 4ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belo Horizonte, traz especial destaque para os que cultuam a história institucional, e não apenas isso, a história do próprio Direito do Trabalho, nos seus aspectos material e processual. Outro não é o sentido da decisão precursora. A sentença, com ementa intitulada “Acordo intersindical”, remonta aos idos da década de 1960 e constitui aula magna sobre Direito Coletivo do Trabalho, em especial, acerca da sentença normativa e da interpretação das normas coletivas. O comentário da professora e desembargadora aposentada do TRT da 3ª Região, Mônica Sette Lopes, examina a decisão à luz de reflexões originadas pela Reforma Trabalhista, no pertinente ao que se convencionou denominar de “prevalência do negociado sobre o legislado”. Em meio a análises jurídicas e reminiscências, e com a ponderação de que “[...] ainda que o direito e os institutos jurídicos não caibam na poesia[...]”, o comentário é finalizado com a narrativa poética da desventura de Ismália, retratada nos versos de Alphonsus de Guimaraens.

Acórdãos e sentenças do TRT da 3ª Região, com temas que se destacaram no acervo cotidiano, integram o conteúdo da Revista. No âmbito dos acórdãos, figuram os seguintes tópicos: 1) cirurgia de vasectomia orientada aos pastores da ré para que pudessem se dedicar às obras da igreja; 2) cabimento da reclamação para a salvaguarda da garantia da autoridade das decisões do tribunal; 3) direito intertemporal examinado em mandado de segurança impetrado em face de decisão interlocutória que, em ação ajuizada antes da vigência da Lei n. 13.467/2017, determinou a adequação da inicial às disposições do novo diploma legal; 4) reforma trabalhista e relações de trabalho em empresa de prestação de serviços a terceiros. No âmbito das sentenças, figuram: 1) queda de aeronave e responsabilidade objetiva do empregador; 2) dispensa discriminatória e indenização por danos morais; 3) cochilar

ou dormir como estado, e não como conduta, para justificar a dispensa por justa causa; 4) direito intertemporal - direito material e processual do trabalho - Lei n. 13.467/2017 - justiça gratuita e honorários advocatícios de sucumbência.

O objetivo da Revista é o permanente diálogo com os leitores, o intercâmbio do conhecimento, a contribuição para desdobramentos intelectuais e críticos sobre temas de interesse.

Sob essa luz, a Revista oferece um convite ao estudo e à reflexão.

Boa leitura!

LUCILDE D'AJUDA LYRA DE ALMEIDA

Desembargadora 2ª Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, Ouvidora e Diretora da Escola Judicial

DENISE ALVES HORTA

Desembargadora Coordenadora da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região

DOUTRINA

LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN ESPAÑA: AVANCES Y RETOS*

THE PREVENTION OF PSYCHOSOCIAL RISKS IN SPAIN: PROGRESS AND CHALLENGES

María Teresa Igartua Miró**

RESUMEN

Los factores de riesgo psicosocial tienen una potencial incidencia en la salud psicofísica y el bienestar de los trabajadores. En las sociedades actuales, en un mundo del trabajo en constante transformación, la caída de las cifras de accidentes de trabajo viene acompañada de un notable incremento de las dolencias y enfermedades de corte psicológico o “silenciosas”. En España, a pesar de la inexistencia de una legislación específica ni de referencias concretas a los riesgos psicosociales, se ha reconocido por la doctrina y los tribunales la plena aplicación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (en adelante, LPRL) en toda su extensión a este tipo de riesgos, de origen y características variados, pero relativos a la organización del trabajo y a las relaciones personales en la empresa. El empresario viene obligado a evitar, evaluar y controlar los riesgos psicosociales, mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias a dicho fin. No obstante la

* Artigo recebido em 13/11/2017 e aceito em 12/1/2018.

**Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de /la Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

unanimidad a la hora de alcanzar esta conclusión, todavía quedarían acciones a desarrollar (no solamente en el plano legislativo) a fin de lograr una aplicación de las políticas preventivas eficiente, transparente y participada que conduzcan al bienestar psicofísico en el trabajo.

Palabras clave: Riesgos psicosociales. Organización del trabajo. Flexibilidad. Empresa responsable. Prevención. Evaluación. Participación. Buenas prácticas.

I BREVE APROXIMACIÓN CONCEPTUAL: FACTORES DE RIESGO PSICOSOCIAL Y RIESGOS PSICOSOCIALES

1. Factores psicosociales y factores de riesgo psicosocial

La aparición de los riesgos psicosociales no ha tenido lugar en fechas recientes, habiendo sido abordados con cierto detalle desde la perspectiva de la psicología y la psiquiatría, básicamente. El interés del Derecho del Trabajo ha nacido bastante más tarde, quizás en las últimas décadas. En la actualidad, el tema ocupa el centro de atención de numerosos estudios, en la medida en que, en países como el nuestro, mientras asistimos a una disminución notable de las cifras de accidentes de trabajo en su sentido más tradicional, llama la atención el crecimiento constante e imparable de dolencias relacionadas con los factores de riesgo psicosocial. Situación que se agrava si tenemos en cuenta que no nos hallamos ante riesgos específicos de algunos sectores o de actividades concretas sino que es un problema que cobra cada día mayor extensión y está generalizado en la mayor parte de las actividades laborales, en especial en aquellas con uso intensivo de las nuevas tecnologías (MELLA, 2016, p. 3) o del sector de servicios con numerosos condicionantes externos.

Por cuantificar un poco la cuestión, la Segunda Encuesta Europea sobre Riesgos Nuevos y Emergentes (ESENER 2-España 2014) arroja datos importantes como que el 65.5% de los

encuestados responde que su centro de trabajo no tiene un plan para prevenir el estrés laboral o que el 57.1% considera que la empresa no tiene procedimiento para afrontar casos de acoso u hostigamiento. Sin embargo, parece que allí donde se diseñan y adoptan medidas para prevenir riesgos psicosociales se cuenta con la participación de los trabajadores, al menos eso sostiene el 62.7% de los encuestados.¹

Los riesgos psicosociales (en detalle, NEFFA, 2015) tienen su origen en un conjunto de factores de riesgo psicosocial que se inscriben dentro de un contexto global que la Organización Internacional del Trabajo define como bienestar en el trabajo. Principalmente se relacionan con la organización del trabajo, la ordenación del tiempo de trabajo o las relaciones jerárquicas o relaciones sociales, entre los más relevantes.

Los términos a los que nos enfrentamos revisten un importante grado de dificultad, partiendo del propio calificativo de psicosocial, que se descompone en dos partes: *psico*, esto es, que afecta a través de la psique o conjunto de actos y funciones de la mente y *social*, en referencia clara a su origen que son determinadas características de la organización del trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2013, p. 1).

En documentos oficiales la Organización Internacional del Trabajo empieza a utilizar el término factores psicosociales en el año 1984 (Organización Internacional del Trabajo, 1984) y ya en aquel momento nos señala que son complejos y difíciles de entender, dado que representan el conjunto de las percepciones y experiencias del trabajador y afectan a muchos aspectos. Los define como:

[...] las interacciones entre el trabajo, su medioambiente, la satisfacción en el trabajo y las condiciones de la organización, por una parte. Y por otra, las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura, su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual puede influir en la salud y en el rendimiento y la satisfacción en el trabajo.

¹ Puede consultarse la encuesta en <http://encuestasnacionales.oect.es/>.

Para el Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo² (en adelante, INSSBT) se trataría de

[...] aquéllas condiciones presentes en una situación laboral directamente relacionadas con la organización, el contenido del trabajo y la realización de la tarea, con capacidad de afectar tanto al bienestar o la salud (física, psíquica o social) del trabajador como al desarrollo del trabajo (INSSB, 2005 y 2015).

En la doctrina especializada (MORENO, 2011, p. 7) suele distinguirse entre los factores psicosociales propiamente dichos, entendiendo que pueden tener tanto repercusiones positivas como negativas y son descriptivos y los factores psicosociales de riesgo, que serían predictivos, o lo que es tanto como decir, que vienen referidos a las condiciones organizacionales cuando tienen posibilidad de tener efectos lesivos para la salud de los trabajadores, actuando como desencadenantes de la tensión y el estrés laboral. Ahora bien, en hipótesis cualquier factor de tipo psicosocial sería un riesgo a considerar, en la medida en que no existe certeza sobre su grado de afectación de la salud, además de estar ante situaciones influidas por las condiciones personales de cada individuo.

Son numerosas las clasificaciones en relación con los factores de riesgo psicosocial, siendo más o menos extensas y habitualmente con un importante grado de admisión de nuevos factores derivados de los constantes cambios en las organizaciones productivas. Un buen ejemplo, a nuestro juicio, lo constituye la clasificación que realiza el Consorcio Europeo para la gestión del riesgo psicosocial

² Nueva denominación que recibe el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo a partir del año 2017. Vid. RD 703/2017, de 7 de julio (Cambia al INSHT su denominación), por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (Boletín Oficial del Estado - en adelante, BOE - 8 de julio).

(INSSBT, 2015)³, que en realidad no se aparta tanto del que elaborara la OIT en el año 84 expuesto en el documento citado. Sin entrar en mayores detalles, los factores enunciados suelen estar en conexión con las propias tareas integrantes de la actividad laboral, con su asignación a concretos trabajadores, su distribución temporal, la carga de trabajo, ritmos de trabajo o las relaciones de mando y humanas existentes en la organización empresarial, influenciadas por la propia situación laboral del trabajador.

2. Los riesgos psicosociales: concepto y tipos

Por su parte, cuando se habla de riesgos psicosociales, en particular a comienzos de este siglo, se hace referencia a

[...] las alteraciones que pueden afectar a la salud psicológica de las personas, que responden a las condiciones presentes en una situación laboral, directamente relacionadas con la organización del trabajo, con el contenido de la tarea e incluso con el entorno (CEBALLOS, 2014, p. 271 ss).

Por tanto, puede definirse como “[...] el hecho, acontecimiento, situación o estado que es consecuencia de la organización del trabajo y tiene alta probabilidad de afectar la

³ Los clasificaría del modo siguiente: 1) contenido del trabajo: monotonía, tareas sin sentido, fragmentación, falta de variedad, tareas desagradables, por las que se siente rechazo; 2) carga y ritmo de trabajo: carga de trabajo excesiva o insuficiente, presión de tiempo, plazos estrictos; 3) tiempo de trabajo: horarios muy largos o impredecibles, trabajo a turnos o nocturno; 4) participación y control: falta de participación en la toma de decisiones, falta de control (p.e., sobre el método, el ritmo de trabajo, los horarios o el entorno); 5) cultura organizacional: comunicaciones pobres, apoyo insuficiente ante los problemas o el desarrollo personal, falta de definición de objetivos; 6) relaciones personales: aislamiento, relaciones insuficientes, conflictos, malas relaciones, conductas inadecuadas; 7) rol: ambigüedad, conflicto de rol, responsabilidad sobre otras personas; 8) desarrollo personal: escasa valoración social del trabajo, inseguridad en el trabajo; falta o exceso de promoción y 9) interacción casa-trabajo: conflicto de exigencias, problemas de doble presencia.

salud.” (GINER, 2012, p. 255).⁴ Un sector doctrinal termina por aproximar ambos conceptos (factores y riesgos), de forma que los riesgos serían factores psicosociales que pueden afectar negativamente a la salud y seguridad de los trabajadores, así como al desarrollo del trabajo (MELIÁ *et al.*, 2006, p. 17).

Como es sabido, los efectos de los riesgos psicosociales pueden desplegarse sobre la salud física, por ejemplo, sobre el sistema cardiovascular o sistema musculoesquelético; sobre la salud psicológica, llevando a la ansiedad, depresión, *burnout*, síndrome de estrés post-traumático, entre los más frecuentes y sobre los propios resultados del trabajo y la organización, implicando descenso en la productividad, disminución de la calidad, absentismo, incremento de la duración de las bajas y siniestralidad laboral, acciones hostiles en la empresa, falta de cooperación y otras análogas.

En la actualidad, y sin que vayamos a entrar en detalle en la definición de cada uno de ellos, se podría trazar una distinción entre los riesgos psicosociales “clásicos”, entre ellos el *burn out*, el estrés y la ansiedad, todas las formas de acoso y violencia en el trabajo y los riesgos psicosociales emergentes o de nueva generación, entre los que habría que incluir los riesgos tecnológicos (tecno-estrés, dependencia tecnológica, tecno-control, tecno-ansiedad, tecno adicción), la carga mental, la inseguridad laboral⁵, fenómenos que pueden incluirse en el término *overworking*, relacionados con la inadecuada gestión del tiempo o la inseguridad de ganancias,

⁴ La Arrête Royal relatif à la prévention des risques psychosociaux au travail (Bélgica, 10 de abril de 2014) los define como “[...] la posibilidad de que uno o más trabajadores sufran un daño psíquico, que puede igualmente acompañarse de un daño físico, como consecuencia de la exposición a los componentes de la organización del trabajo, del contenido del trabajo, de las condiciones del trabajo, de las condiciones de vida en el trabajo y de las relaciones interpersonales en el trabajo, sobre las cuales el empresario tiene una influencia o un papel y que comportan objetivamente un peligro”. Esta definición es tomada como modelo para la guía europea sobre riesgos psicosociales para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁵ Para la Organización Internacional del Trabajo (2015) el primer y más importante riesgo psicosocial actual es la inseguridad contractual, en la medida en que el trabajo resulta cada vez más inseguro en gran parte de sus aspectos.

así como el acoso virtual y otras nuevas formas de violencia en el trabajo. Algunos de estos riesgos van a tener especial incidencia ante la generalización de prestaciones de nueva generación como el *crowdsourcing* o bolsas de trabajo en línea, con indudable trascendencia para la salud y seguridad en el trabajo (Agencia Europea para la seguridad y salud en el trabajo, 2015, p. 1 ss; DAGNINO, 2015, p. 15-17). Para la Organización Internacional del Trabajo y la Organización Mundial de la Salud el estrés es uno de los problemas más importantes en el campo de la salud laboral por su alto grado de incidencia sobre los trabajadores a escala global, enmarcado en una tendencia más general al aumento de las enfermedades mentales debidas a la tensión en el trabajo (OIT, 2010 a, p. 10).

Nos detendremos solo de forma muy breve en nuevas formas de estrés identificadas como tecno-estrés (puede verse, ARAGÜEZ, 2017, p. 173 ss). Para el psiquiatra norteamericano Craig Brod (1984) podía considerarse como “[...] una enfermedad de adaptación causada por la falta de habilidad para tratar con las nuevas tecnologías del ordenador de manera saludable” (INSBT, 2006, p. 1; por todos, GONZÁLEZ COBALEDA, 2015, p. 17 ss). Más recientemente tiende a definirse no tanto como una enfermedad sino más bien como “[...] un estado psicológico y social negativo, relacionado con el uso de las tecnologías de la información y la comunicación o la amenaza de su uso en el futuro” (SALANOVA *et al.*, INSBT, 2006, p. 1; VENTURA *et al.*, 2005, p. 3).

Al igual que cualquier forma de estrés, supone la percepción de desajuste entre las demandas de este tipo de tecnologías y las capacidades del sujeto. Es capaz de provocar, entre otros efectos, sentimientos de ansiedad, fatiga mental, escepticismo, creencias de ineficacia (INSBT, 2006).

Su origen puede relacionarse con una serie de circunstancias. De un lado, los factores objetivos, entre ellos, elevado ritmo de cambio en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación, uso intensivo en la mayoría de empresas y puestos de trabajo (excesiva dependencia), exceso o sobreabundancia de

información, sobrecarga, fallos, errores de los programas o aplicaciones o dificultades del propio uso; de otro, factores subjetivos o personales, como las actitudes negativas del sujeto hacia el cambio o las dificultades para delimitar el trabajo y la vida personal y/o familiar.

II CAMBIOS EN EL MUNDO DEL TRABAJO, REFORMAS LABORALES FLEXIBILIZADORAS Y RIESGOS LABORALES

Resulta indudable que vivimos en una situación social y económica donde los cambios en una economía globalizada se reflejan de manera importante también en el mundo del trabajo. Las transformaciones en las formas de prestar el trabajo, en numerosas ocasiones guiados por la necesidad de atender las demandas y exigencias de los mercados y las economías las 24 horas del día, los 365 días del año y la competencia entre los países, llevan al recurso a nuevas formas de prestación de servicios, caracterizadas por la flexibilidad en el tiempo y el espacio de la prestación de servicios, así como otras características como los bajos salarios o la inseguridad de ganancias que llevan a un alto grado de incerteza, a prestaciones prolongadas prestadas por un trabajador que debe ser “incasable” y, en ocasiones, imprevisibles en cuanto al momento de su desarrollo. Estos factores, lógicamente, tienen unos efectos palpables en la salud psicofísica de los trabajadores.

Por su parte, hemos de señalar que las constantes reformas laborales (en España operadas de forma señalada en los años 2012-2014) se caracterizan por la inclusión de reglas más flexibles, el incremento del poder unilateral del empresario, el desequilibrio de poderes entre las partes y la “precarización” de las condiciones de trabajo. La flexibilización en relación con el despido también provoca mayor inseguridad laboral al trabajador, incrementando la sensación de angustia y zozobra. A pesar de que en este período las reformas en materia preventiva han sido escasas, con alguna excepción a la que nos referiremos a continuación, los cambios operados en la legislación laboral tienen notables repercusiones

en la “deflación” de la garantía de la seguridad y salud en el trabajo, aunque no incidan directamente en su regulación (por todos, vid. CARRERO, 2012, p. 1 ss). Así, pueden hallarse trazas de esta influencia en aspectos como la prioridad aplicativa del convenio de empresa, la generalización de la distribución irregular de la jornada, la flexibilización de las horas complementarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial y otras análogas. Resulta patente que la flexibilización de las condiciones de trabajo y la introducción de nuevas modalidades de trabajo caracterizadas por la flexibilidad, como el trabajo “intermitente”, el trabajo “ágil”, o el teletrabajo, por poner solamente algunos ejemplos, llevan a cuestionarse cuáles son las garantías de tutela para estos nuevos trabajadores (PERUZZI, 2017).

Por su parte, cabría señalar que se aprecia una acusada tendencia en el ámbito del Derecho Europeo a primar las preocupaciones y los intereses de corte económico frente a una concepción más social y garantista del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, como demuestra el giro dado por la Estrategia Comunitaria 2014-2020 (IGARTUA, 2015, p. 1 ss).

Es cierto que, pese a la vorágine de reformas y contrarreformas laborales operadas en nuestro país, que implican un desequilibrio de las fuerzas y una disminución de las garantías de los trabajadores, la normativa de PRL no ha sufrido grandes y aparatosos cambios. Ahora bien, de manera casi silente se aprecia una fuerte propensión a limitarse a “librar” a las empresas, especialmente de pequeño tamaño, de las cargas administrativas, entre las que se empieza a incluir indebidamente la prevención de riesgos y, de esa misma forma, casi imperceptible, se van erosionando las tutelas. Por un lado, en el ordenamiento interno, la tendencia hacia la promoción de la utilización de recursos propios, sin alterar en lo sustancial el sistema de organización de la prevención en la empresa diseñado en 1997, y meramente retocado en reformas posteriores, lleva a admitir una ampliación desmesurada de la excepción a la regla de colaboración de otros sujetos en la prevención, abriendo amplios espacios a la

“autogestión” por parte del empresario. De esta forma, si ya llamaba la atención que la norma interna admitiese que el empresario prescindiese de asistencia técnica en empresas o centros de trabajo de menos de 6 trabajadores, ahora se admite en empresas de hasta 25, siempre que tengan un único centro de trabajo (a raíz de la modificación operada por el art. 39 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización, en el art. 30.5 LPRL). Por otra parte, aunque los datos no son en exceso fiables ni fáciles de conseguir, no favorece la gestión eficiente de la prevención la consideración de las políticas de seguridad y salud como un coste para las empresas, en lugar de como una inversión con altas dosis de rentabilidad, llevando a recortes en esta parcela (también por parte de las administraciones públicas) en especial durante los años donde la crisis económica ha sido más grave. Esta realidad nos ha llevado seguramente a retroceder en los niveles de protección conseguidos y puede llegar a malograr algunos de los éxitos alcanzados. En las empresas de pequeño tamaño aludidas, si el empresario opta por la autogestión, seguramente nos encontraremos con organizaciones que quedan prácticamente huérfanas de control alguno, aunque sea el débil ejercido por los colaboradores del empresario en la prevención. Seguramente, el camino indicado para lograr la excelencia preventiva también en las pequeñas empresas y microempresas no pasa por liberarlas, sin más, de las teóricas incómodas y pesadas cargas, sino de invertir de forma efectiva en el asesoramiento y las ayudas⁶ en orden al cumplimiento de una normativa bastante compleja, seguramente diseñada para un tipo de organización productiva casi inexistente en nuestro país en la actualidad.

⁶ El sistema de ayudas, aunque aún deficitario, se va reflejando en determinadas convocatorias públicas, vid. Resolución de 1 de abril de 2016, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se convalidan las ases reguladoras y la concesión de ayudas de las convocatorias extraordinarias de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el trabajo 2015-2016, aprobadas por la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales (BOE 22 de abril). Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se autoriza a la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales a conceder subvenciones (BOE 22 de abril).

Debe desterrarse la concepción de la prevención como una “carga administrativa” de la que conviene librar a las empresas y la relajación de las exigencias para las pequeñas empresas. Los trabajadores deben tener derecho a un régimen igualitario de protección, sin rebajas de tutelas, con independencia del tamaño de la empresa, y ello solamente se consigue con inversiones y subvenciones y con un asesoramiento adecuado y eficiente por parte de las Administraciones Públicas a las pymes y micro-empresas y con la creación de herramientas adecuadas, simplificadas y eficientes en orden a la evaluación y la planificación de la actividad preventiva en todos los ámbitos laborales, sin importar el número de trabajadores que integren la plantilla. Requisito al que no se ajusta plenamente nuestra legislación en materia de prevención de riesgos laborales.

Junto a ello, baste con apuntar que también los cambios operados en la negociación colectiva, la modificación de los equilibrios de fuerzas y la prioridad aplicativa del convenio de empresa, entre otras reformas que afectan al régimen del convenio colectivo, tienen una influencia no menospreciable en las condiciones de seguridad y salud (GARRIGUES, 2014, p. 73). No obstante, quizás esta incidencia puede relativizarse en la medida en que nuestra negociación colectiva sigue arrojando resultados bastante pobres en materia preventiva y porque el alto grado de exigencia de la legislación hacer recaer sobre ésta un papel más bien de mejora, acompañamiento y desarrollo.

III LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES

1. Brevísima referencia a la política europea y al papel de la Organización Internacional del Trabajo

Según el Informe del Parlamento Europeo sobre el marco estratégico de Seguridad y Salud en el Trabajo (2014-2020) de 26 octubre de 2015, casi la mitad de los trabajadores consideran el estrés como uno de los principales riesgos profesionales o un elemento común en sus lugares de trabajo, con los consiguientes efectos

negativos que conlleva, puesto que contribuye al absentismo laboral, repercute negativamente en la productividad y representa casi la mitad del número de días de trabajo perdidos cada año.

La Unión Europea ha mostrado su preocupación por este tema en las sucesivas estrategias de seguridad y salud en el trabajo y en la elaboración de numerosos documentos e informes sobre la materia (Agencia Europea para la seguridad y salud en el trabajo, 2014). Sin embargo, han faltado actuaciones concretas y específicas, incluidas las intervenciones normativas, para la eficacia de la prevención de este tipo de riesgos. En la estrategia 2002-2006 se proponía el tratamiento normativo de los riesgos emergentes, esto es, aquellos surgidos de nuevos procesos, tecnologías o tipos de lugar de trabajo, así como cambios sociales u organizativos, incluyendo los de naturaleza física, biológica, química o social.

En la actualidad, en la agenda comunitaria aún figura la mejora de la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo combatiendo los riesgos existentes, nuevos y emergentes, resaltando su conexión con la evolución de las nuevas tecnologías, que dan lugar a procesos de trabajo flexibles e interactivos y el aumento de la diversidad de la mano de obra, como reflejan las nuevas disposiciones contractuales y los nuevos patrones de trabajo atípicos y la rotación del personal (Agencia Europea para la seguridad y salud en el trabajo, 2013 a). No obstante, hay que tener en cuenta que ahora el papel de la Unión Europea está más centrado en la coordinación, siendo secundaria la aprobación de directivas (BALLESTER, 2013, p. 4).

No obstante lo anterior, hay que destacar que sí se produjeron, hace ya algunos años, algunos avances en el ámbito negociado. En primer lugar, se aprobó el Acuerdo Marco sobre el estrés ligado al trabajo, firmado el 8 de octubre de 2004. En el mismo se afirma que la prevención de los riesgos psicosociales debe entenderse incluida en el ámbito de aplicación del art. 5 de la Directiva Marco (89/391/CEE), esto es, en la obligación del empresario de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Dicho Acuerdo, pese a su

generalidad y ambigüedad en algunos aspectos, deja claro que si se identifica un problema de estrés ligado al trabajo, se deben tomar medidas para prevenirlo, eliminarlo o reducirlo. La determinación de las medidas adecuadas es responsabilidad del empleador. Estas medidas serán aplicadas con la participación y colaboración de los trabajadores y/o sus representantes (art. 4). Si bien el acuerdo debe ser acogido de manera muy favorable desde la perspectiva del deber del empresario de prevenir y controlar este tipo de riesgos, no parece excesivamente acertado el planteamiento contenido en el mismo cuando insiste en que el problema podría ser abordado al margen de la evaluación de riesgos. A nuestro juicio, es éste y no otro instrumento el que ha de servir de base, también, a la hora de actuar de forma preventiva sobre el estrés laboral y otros riesgos psicosociales.

En el año 2007 se aprobó el Acuerdo marco sobre el acoso y la violencia en el trabajo⁷, al que procedió su acuerdo de seguimiento en el año 2011. En estos textos se considera que deben seguir utilizándose los instrumentos existentes en cada Estado Miembro para la prevención de los riesgos psicosociales, sin necesidad de nuevos instrumentos específicos de garantía. De esta forma, el llamado es a las normas de trasposición que cada país haya dictado en relación a la Directiva marco. Hay que señalar, entonces, que la cuestión ha avanzado poco y que resulta sumamente difícil adoptar acuerdos en torno a la misma y buscar instrumentos nuevos y eficaces que estén a la altura de la magnitud del problema.

En 2010 asistimos a la aprobación de un documento de corte bastante más general como serían las directrices multisectoriales para solucionar la violencia y el acoso de terceros relacionados con el trabajo⁸, un problema que está tomando también unas notables dimensiones, en especial en relación con la prestación de determinados

⁷ Vid. la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo por la que se transmite el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, Bruselas 8.11.2007, COM (2007) 686 final.

⁸ Suscrito por FSESP, UNI-Europa, CSEE, HOSPEEM, CMRE, EFEE, EuroCommerce, CoESS el 16 de julio de 2010.

servicios (sanitarios, asistenciales, educativos, financieros y otros análogos). Del acuerdo derivan las obligaciones empresariales en relación a la evaluación de riesgos, sensibilización, formación y actuación. Sensibilización en la que debería participar también de forma activa la administración pública de cada uno de los Estados.

En cuanto a la Organización Internacional del Trabajo, la situación será similar, preocupación mostrada en estudios, investigaciones y otros documentos no vinculantes, más no intervenciones concretas vía convenio en esta materia. Sin lugar a dudas, podrían entenderse incluidos en los convenios 155 y 187, en su tratamiento de las medidas para garantizar ambientes de trabajo saludables, que no pueden serlos si se descuida la prevención en relación a los factores de riesgo psicosocial. Para la Organización, “Los cambios provocados en el empleo en las últimas décadas contribuyen a la aparición de nuevos riesgos que afectan a la fuerza de trabajo, tendencias que pueden intensificarse durante una crisis económica mundial” (Organización Internacional del Trabajo, 2010 a). Considera, asimismo, que el establecimiento de sistemas integrales permitiría asegurar que los factores psicosociales se evalúan y gestionan de manera apropiada, al igual que sucede con otros tipos de riesgo.

2. Inexistencia de normativa legal específica y aplicación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL)

En España en la actualidad en relación a esta cuestión asistimos a una situación de anomia legal, esto es, no existe normativa legal alguna específica en materia de prevención de estos riesgos psicosociales ni mención referida a los mismos en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (en adelante, LPRL).⁹

No obstante, sí hemos incorporado los acuerdos europeos a

⁹ BOE 10 de noviembre.

los que se ha hecho referencia anteriormente, en los Acuerdos sobre Negociación colectiva de los años 2005¹⁰ y 2007¹¹, respectivamente.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, la prevención de este tipo de riesgos tiene perfecta cabida en los conceptos generales y las obligaciones genéricas contenidas en el texto de la LPRL, Ley con un alto grado de estabilidad, pese a las sucesivas reformas legislativas en materia laboral y las profundas transformaciones sociales. Solamente ha sido objeto de una reforma general y de hondo calado en una ocasión (Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales)¹² mientras que en otras ocasiones ha sufrido meros ajustes puntuales. Estamos ante una Ley general y de principios que permite la adaptación y la aplicación a los nuevos riesgos, pero también es preciso poner sobre el tapete que desde sus orígenes ha mostrado importantes dificultades en orden a su aplicación y se ha detectado un cumplimiento más formal que eficiente.

Por tanto, dicho lo anterior, las formulaciones de corte general permiten su inclusión, con mayor o menor grado de dificultad, entre los riesgos laborales sobre los que el empresario ha de actuar con especial contundencia (GRAU PINEDA, 2007, p. 430 ss)¹³, empezando

¹⁰ Anexo a la Resolución de 7 de marzo de 2005, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2005 (incluye el Acuerdo sobre estrés ligado al trabajo) (BOE 7 de marzo 2005).

¹¹ Resolución de 21 de diciembre de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acta de prórroga para el año 2008, del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007 (ANC 2007) y sus anexos (incluyendo el Acuerdo Marco sobre acoso y violencia) (BOE 14 de enero 2008).

¹² BOE 13 de diciembre.

¹³ Así lo afirma también con rotundidad la STSJ de Asturias de 30 de diciembre de 2014 (n. rec. 2643/2014) cuando señala que es cierto que los riesgos psicosociales se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LPRL (arts. 14, 15, 16 y 25), destacando su obligación de evaluar los riesgos y la importancia de la existencia de expertos (propios o ajenos) en la evaluación y diagnóstico de los riesgos psicosociales, aunque en el caso concreto no reconoce la existencia del acoso ni el consiguiente recargo. Es interesante ver la STSJ País Vasco de 8 de mayo de 2007 (n. rec. 511/2007), donde es el voto particular el que estima el deber de seguridad exigible más allá del contenido formal de la norma preventiva. Vid. asimismo STSJ Cataluña de 21 de mayo de 2012 (n. rec. 221/2021) que considera de aplicación los principios de la acción preventiva a los riesgos psicosociales.

por la evaluación de riesgos. La generalidad y flexibilidad que caracterizan la regulación legal en materia preventiva, proveniente de los dictados comunitarios, permiten su extensión a este tipo de riesgos, aunque las dificultades aplicativas y la impunidad relativa en la que se mueven algunas empresas, incluidas las grandes y rentables empresas del país, harían más que conveniente la aprobación de una disposición específica de prevención de los riesgos psicosociales (también LÓPEZ CABRERA, 2015, p. 354-5). No obstante, no estamos ante una posición defendida de forma unánime por la doctrina.

La propia Exposición de Motivos de la LPRL, con un marcado carácter general, señala que viene dirigida a “[...] abordar, de manera global y coherente, el conjunto de los problemas derivados de los riesgos relacionados con el trabajo, por tanto, de todos y cada uno de ellos, sin distinción.”

El art. 4.2 LPRL de modo amplio y omnicompreensivo define el riesgo laboral como “[...] la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo.” Por su parte el art. 4.7 LPRL entiende por condición de trabajo “[...] cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador.” Como cláusula de cierre se incluyen en la definición legal “[...] todas aquellas características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador.” Por tanto, esta definición es capaz de albergar en el seno de la prevención los diversos y dinámicos factores o condicionantes que acarrearán riesgos de tipo psicosocial, en los amplios términos estudiados.

El art. 15.1 d) LPRL recoge expresamente la necesidad de adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud. La letra g) del mismo precepto legal incluye entre los principios de la acción preventiva el planificar

la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.

Dado el carácter omnicomprendivo de la norma, de forma natural la prevención, evitación y erradicación de los riesgos psicosociales quedan incluidas en la amplia dicción del art. 14 LPRL (FABREGAT, 2015, p. 71). No en vano, como correlativo al derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, el empresario debe garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio “en todos los aspectos” relacionados con el trabajo mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Misma consideración puede hacerse en relación al art. 16 LPRL que regula la obligación de evaluar los riesgos laborales (en la amplia concepción legal, pese a la ausencia de referencia expresa a los de tipo psicosocial) a fin de poder definir las medidas preventivas y planificar su correcta y adecuada aplicación.

Para concluir con la LPRL, cabría acudir también a la aplicación del art. 25 LPRL referido a los trabajadores especialmente sensibles que obliga a la empresa a adscribir a los trabajadores a puestos de trabajo compatibles con sus características personales y psicofísicas o con sus estados o situaciones transitorias que los hagan inadecuados para un determinado puesto.

No debe perderse de vista que si la LPRL no hubiera sido consciente de la presencia de riesgos psicosociales y de la necesidad de su tutela seguramente no se habría encargado al prescribir la interdisciplinariedad (art. 31.3 LPRL) exigida por la actividad preventiva de incluir una especialidad dedicada a la ergonomía y la psicopsicología aplicada (art. 34 c) y Anexo VI RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en adelante RSP. Disciplina que si bien no es definida legalmente, se encarga tanto del diseño de los puestos de trabajo con el objetivo principal de adaptación del trabajo a la persona,

con una mayor y mejor racionalización de las tareas, interviniendo asimismo sobre la organización de los tiempos y ritmos de trabajo, como de la prevención de los riesgos psicosociales.

Por su parte, el art. 32 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública¹⁴, establece que la salud laboral tiene por objeto conseguir el más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores en relación con las características y riesgos derivados del lugar de trabajo, el ambiente laboral y la influencia de éste en su entorno. El art. 33 de la misma norma legal considera que la actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral se desarrollará de forma coordinada con los empresarios y los representantes de los trabajadores y comprenderá una serie de aspectos entre ellos, la promoción, con carácter general, de la salud integral de los trabajadores

El Reglamento sobre los Servicios de Prevención (RD 39/1997, de 17 de enero)¹⁵ en su art. 1 declara que la integración de la prevención en el conjunto de las actividades de la empresa implica que debe proyectarse en los procesos técnicos, en la organización del trabajo y en las condiciones en que éste se preste.

Es de destacar en este terreno, para el sector sanitario, la Orden ESS/1451/2013, de 29 de julio, por la que se establecen disposiciones para la prevención de lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector sanitario y hospitalario (GONZÁLEZ COBALEDA, 2013, p. 5 ss; MOLINA NAVARRETE, C., 2013 a, p. 35 ss)¹⁶ que en su art. 5.3 incluye expresamente los factores psicosociales laborales entre aquellos a tener en consideración a la hora de realizar la evaluación de riesgos.

En el ámbito de la Administración Pública, la Resolución de 26 de noviembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015, por el que se

¹⁴ BOE 5 de octubre.

¹⁵ BOE 31 de enero.

¹⁶ BOE 31 de julio. La norma traspone al ordenamiento interno la Directiva 2010/32/UE, del Consejo, de 10 de mayo de 2010.

aprueba el Protocolo de actuación frente a la violencia en el trabajo en la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella¹⁷, encuentra su apoyo en el art. 14.2 LPRL y, entre otras medidas, considera imprescindible y legalmente exigible la evaluación de riesgos.

Por último, señalar que la legislación nacional, si bien no en el ámbito específicamente laboral, regula tres tipos específicos de acoso: el acoso discriminatorio (art. 28 Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social¹⁸) el acoso sexual y el acoso por razón de sexo (art. 7 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres¹⁹). El art. 4.2 e) ET (Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el Estatuto de los Trabajadores²⁰) reconoce el derecho del trabajador a la consideración debida a su dignidad, incluyendo la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, u orientación sexual y el acoso por razón de sexo. Por su parte el art. 54.2 g) del mismo texto legal considera causa de despido disciplinario el acoso por razón de origen racial o étnico, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

Ahora bien, pese al intento de definición legal, que sigue planteando dudas a la hora de la delimitación conceptual de la figura del acoso, y la existencia de algunas reglas protectoras en relación con el despido y con la tutela de los derechos fundamentales, con un procedimiento específico y una clara tendencia de los tribunales a reconocer las indemnizaciones al menos por daño moral (prácticamente de forma automática), no hay normas concretas en el terreno de la prevención de riesgos, más allá de la recomendación, obligación en la administración pública, de elaborar protocolos anti-acoso (arts. 46, 48 y 62 Ley

¹⁷ BOE 10 de diciembre.

¹⁸ BOE 31 de diciembre.

¹⁹ BOE 23 de marzo.

²⁰ BOE 24 de octubre.

Orgánica 3/2007 citada). Por tanto, la tutela desde el punto de vista preventivo debe seguir el mismo cauce comentado anteriormente de inclusión en los conceptos y obligaciones generales contenidos en la LPRL, en especial en orden a la evaluación de riesgos, planificación preventiva, formación, información y vigilancia de la salud, entre las más significativas.

IV LA TUTELA “PREVENTIVA” ES LA ÚNICA EFICAZ: EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES

A las anteriores consideraciones sobre la natural inclusión de los riesgos psicosociales en las obligaciones preventivas derivadas de la LPRL, hemos de sumar la relevante labor de los tribunales, que han ido abriendo paso a una importante e imparable corriente de doctrina centrada en resaltar que las obligaciones empresariales derivadas de la LPRL abarcan a todas las posibles situaciones de riesgo laboral, incluidas las relacionadas con factores psicosociales.

Por su importancia, en primer lugar, deberíamos traer a colación la posición defendida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia STC 160/2007, de 2 de julio, de la que deriva un claro deber de prevenir el riesgo de acoso y otras posibles situaciones que pueden afectar a la integridad moral de un trabajador (MOLINA, 2015, p. 213 ss). Inclusión que, sin lugar a dudas, encaja de suyo en el amplio concepto de salud manejado por la Organización Mundial de la Salud. En el citado pronunciamiento el Alto Tribunal vino a considerar que “[...] para apreciar la vulneración del derecho fundamental a la integridad moral no es preciso que la lesión se haya consumando, siendo suficiente que exista un riesgo cierto de que la lesión pueda llegar a producirse.” De esta forma, “[...] la tutela reparadora, *ex-post*, resulta ineficaz para proteger la integridad moral y la salud”. El riesgo de traslado al mismo centro de trabajo donde presta servicios el antiguo superior jerárquico al que la trabajadora había previamente denunciado podría poner en peligro, según el Tribunal Constitucional, la salud psíquica de la trabajadora.

En el ámbito de la justicia ordinaria no han faltado tampoco pronunciamientos en los que se viene a afirmar la plena inclusión de la prevención de los riesgos psicosociales dentro del marco de aplicación de la LPRL, surgiendo para el empresario las correspondientes obligaciones en orden a su evaluación, seguimiento y control.

En esta evolución destaca por su relevancia la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 16 de febrero de 2016 en el asunto *Caixabank*, en la que se afirma, sin resquicios, la obligación de la empresa de evaluar los riesgos psicosociales a través de un procedimiento que arroje confianza sobre su resultado (aplicación plena del art. 16 LPRL). Este pronunciamiento destaca por su marcado carácter preventivo, en tanto los trabajadores no acuden al Alto Tribunal en solicitud de suerte alguna de indemnización por los daños ocasionados sino, antes al contrario, se pretende evitar que se deterioren las condiciones de salud física y psíquica de los empleados por la exposición a factores de riesgo psicosocial, sobre cuya existencia y adecuada valoración discrepan la empresa y los sindicatos actuantes. Al decir de la Sentencia, la empresa debe identificar correctamente estos riesgos, para proceder a la adopción de medidas correctoras y eliminadoras de los mismos. En caso de quedar algunos latentes, que no se hayan podido eliminar, la empresa está obligada a evaluarlos. Un tema que despierta el interés de entre los abordados por el pronunciamiento judicial hace referencia a la metodología a utilizar por la empresa a la hora de realizar la evaluación de riesgos laborales. La LPRL y el RSP (RD 39/1997 ya citado) parten de la libertad por parte de las empresas a la hora de elegir el método de evaluación más adecuado, si bien le imponen determinados límites en especial en relación con que arroje confianza sobre su resultado y con la participación de los trabajadores. En este sentido, hay que tener en cuenta que la realización de la evaluación en relación a los riesgos psicosociales es aún más compleja, si cabe, que en relación con otros riesgos. Las principales dificultades residen en la aparente invisibilidad e imperceptibilidad de este tipo de riesgos que exigen una

importante labor de indagación de posibles indicios, unido a su conexión con comportamientos y conductas subjetivas de personas ajenas al trabajador/es afectado/s por el riesgo. En el caso enjuiciado se dan una serie de conductas “desviadas” por parte de la empresa, que son reprobadas por el Tribunal Supremo. Así, uno de los principales defectos es que la muestra empleada por la empresa a la hora de realizar los cuestionarios sobre los riesgos psicosociales es bastante reducida, de forma que quedan sin reflejar un buen número de puestos de trabajo. Además, no desagrega la información en atención a los distintos puestos o a las diversas responsabilidades de los trabajadores, ni distingue entre oficinas bancarias de gran o pequeño tamaño, ubicadas en grandes ciudades o en pequeños núcleos urbanos. Datos que resultan esenciales para evaluar correctamente el grado de exposición al riesgo. La evaluación debe ser exhaustiva. Se detiene a valorar la Sentencia el aspecto mencionado relativo a la confianza sobre el resultado de la metodología empleada, para concluir que no la arroja si, como en el caso objeto de enjuiciamiento, la empresa toma el método elaborado por el Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (antiguo INSHT), lo adapta y lo cercena de forma indiscriminada, para concluir la innecesariedad de proceder a una evaluación completa una vez identificados y analizados. Resulta patente que la evaluación no consiste exclusivamente en el análisis sino que debe permitir, como indica con claridad la normativa preventiva, medir la magnitud del riesgo para adoptar las medidas preventivas. Por otra parte, hay que prestar atención a la existencia, según afirma también la STS, de un deber de contar con la participación de los trabajadores a la hora de realizar la evaluación de riesgos. El art. 3.2 RSP señala que, de conformidad con lo previsto en el art. 33 LPRL, el empresario deberá consultar con los representantes de los trabajadores o con los propios trabajadores en ausencia de representantes, acerca del procedimiento de evaluación a utilizar en la empresa o centro de trabajo, lógicamente también exigible en relación a los riesgos psicosociales.

Otros pronunciamientos judiciales, normalmente al hilo de

reclamaciones resarcitorias de los trabajadores, hacen hincapié en las obligaciones empresariales en relación a los riesgos psicosociales, por ejemplo, en relación a la evaluación de riesgos o la formación en un supuesto de *burnout* en la STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 2010 (n. rec. 7602/2009).

La vigilancia de la salud es un tema de crucial importancia en las políticas de salud laboral y, en concreto, en relación con los riesgos de tipo psicosocial. Como es sabido, aunque no tiene un efecto netamente de evitación del riesgo, sí es unánimemente reconocida su utilidad a la hora de detectar eficazmente enfermedades (también de tipo mental), o los efectos negativos derivados de riesgos psicosociales, valorar la adecuación de la capacidad del trabajador al puesto de trabajo, desajustes que suelen estar en la base de las distintas manifestaciones del estrés laboral y aportar datos epidemiológicos. Debe, por tanto, tener una finalidad esencialmente preventiva, sin que venga referida a controles genéricos e indiscriminados sino centrados en los concretos riesgos del puesto de trabajo. No debe acarrear perjuicios para el trabajador. Si estamos ante un tema que en la práctica puede ser sumamente conflictivo, el grado de tensión puede aumentar si nos situamos ante pruebas, reconocimientos o exámenes de tipo psicológico.

La regulación legal (art. 22 LPRL) parte de la voluntariedad de los reconocimientos (el trabajador debe prestar su consentimiento), con ciertas excepciones legales: a) que el reconocimiento resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; b) o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa; c) o cuando así esté establecido por una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. Las excepciones son de interpretación restrictiva y queda excluida su ampliación a través del convenio colectivo (STC 196/2004, de 15 de noviembre). No existen unas reglas claras en relación a la vigilancia de corte

psicológico y es posible hallar pronunciamientos que lo consideran obligatorio, por ajustarse a alguna de las exigencias legales y otros que, en supuestos diversos, consideran el despido del trabajador que no se somete a la vigilancia como nulo, por vulneración de derechos fundamentales (STSJ Asturias de 9 de noviembre de 2007, AS 2008/2000). En cambio para la STSJ Cataluña de 15 de mayo de 2011 (AS 2260) resulta procedente el despido del trabajador que era vigilante de seguridad, ante su negativa reiterada a realizarse el reconocimiento médico de tipo psicológico, y ello con justificación en la situación conflictiva vivida en la empresa y la tensión psicológica creada, el posible riesgo para terceros, dado el tipo de trabajo desarrollado y el uso de armas.

V LOS RIESGOS PSICOSOCIALES (Y SUS EFECTOS) COMO CONTINGENCIA PROFESIONAL

La aplicación plena de las normas de prevención analizada, sin perjuicio de la necesidad de actualizar el marco normativo y regular de forma más segura algunos aspectos, contrasta con la situación en el plano de la protección brindada por la Seguridad Social. El marcado carácter restrictivo del cuadro de enfermedades profesionales vigente, incluido en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre²¹, que descuida de forma plena los aspectos relativos a la organización del trabajo, impide su consideración como enfermedad profesional. Sin embargo, la lista de enfermedades profesionales de la OIT, revisada en 2010 (Organización Internacional del Trabajo, 2010 b), incluye por primera vez los trastornos mentales y del comportamiento, de forma específica el estrés postraumático. La Recomendación 194 aboga por la inclusión del estrés entre las enfermedades profesionales.

La anterior es una laguna de especial trascendencia suplida por los tribunales a través de su consideración como enfermedad derivada del trabajo y, por tanto, con el tratamiento de accidente

²¹ BOE de 19 de diciembre.

de trabajo (art. 156 LGSS). A tenor de lo dispuesto en la letra e) del apartado 2 del precepto legal se consideran accidente de trabajo las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente (profesionales) que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo como causa exclusiva la ejecución del mismo.

Si nos atenemos al tenor literal del precepto legal vemos cómo se plantean dos grandes escollos en orden a esta calificación. En primer lugar, no juega presunción alguna en favor del trabajador, que debe demostrar el nexo causal. Como regla de principio, para el Tribunal Supremo, la presunción contenida en el apartado 3 del precepto legal solamente alcanza a los accidentes ocurridos en tiempo y lugar de trabajo (STS 15 de junio de 2010, RJ 2705 y 9 de mayo de 2006, RJ 3037). No obstante, se puede encontrar alguna Sentencia que viene a aplicarla a enfermedades ocurridas en tiempo y lugar de trabajo, tales como la hemorragia cerebral (manifestada en tiempo y lugar de trabajo, STS 18 de diciembre de 1996, RJ 9727; STS de 27 diciembre de 1995, RJ. 9846), el infarto de miocardio (por todas, STS 18 de marzo de 1999, RJ 3006) u otras análogas. Este planteamiento ha servido para que algún pronunciamiento lo aplique a situaciones como el acoso. Así, la STSJ Galicia de 24 de enero de 2000 (AS 60) en relación a síndrome depresivo reactivo por acoso sexual, estimando que de la doctrina del TS se deriva que debe acreditarse la ruptura del nexo causal para que no se considere accidente de trabajo, y queda probado que el acoso tuvo lugar en el centro de trabajo en distintos momentos temporales. Buen ejemplo lo constituye también la STSJ Extremadura 17 de marzo de 2003 (JUR 187859), padecimiento de angustia y depresión consecuencia de acoso sexual en el trabajo, considera que debe exigirse la prueba que destruya la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en tiempo y lugar de trabajo. Aunque es verdad que podría ser adecuado reconducir el acoso al tiempo y lugar de trabajo, lo que resulta preciso demostrar es que la causa de la dolencia sufrida la constituye la prestación laboral. En este sentido, la STSJ Islas Canarias (Las Palmas) 30 de abril de 2015 (JUR 216199) estima accidente de trabajo el trastorno de ansiedad

generalizado persistente con síntomas depresivos asociados, cuando se produce un empeoramiento debido al persistente menosprecio sufrido por el trabajador y la desatención a su solicitud de adaptación del puesto de trabajo.

Para la STSJ Navarra de 30 de abril de 2001 (AS 1878) es accidente de trabajo el síndrome psíquico consecuencia del entorno laboral hostil creado por otro trabajador, en tanto para el Tribunal Supremo puede considerarse accidente de trabajo

[...] aquel en que de alguna manera concorra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con el nexo causante, indispensable siempre en algún grado, sin que sea necesario precisar su significación mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada rotura alguna de la relación de causalidad entre la actividad profesional y el padecimiento, excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que evidencien a todas luces la carencia de aquella relación.

Por otra parte, viene condicionado el reconocimiento a la regla causalidad directa y exclusiva con el trabajo, esto es, a su relación clara e inmediata con el trabajo. Esta situación se presenta especialmente problemática en casos de patologías con etiología sumamente compleja y pluri-causales. Asistimos, no obstante, a cierta tendencia judicial, de suma relevancia, que aun partiendo de la exclusividad de la causa, relativiza su exigencia, una vez demostrada la prevalencia del ambiente de trabajo como causa de la dolencia. En este terreno es significativa la STS de 18 de enero de 2005 (RJ 1157) donde ya el TS calificó como accidente de trabajo a la situación de estrés sufrida por un ertzaina (policía autónomo vasco) a consecuencia de las presiones recibidas por parte del entorno abertzale (independentistas radicales).

Por citar solamente algunos ejemplos significativos, la STSJ Asturias de 9 de mayo de 2017 (n. rec. 722/2017) estima que los ataques de pánico en relación a proceso adaptativo secundario a estrés laboral deben considerarse como accidente de trabajo, siempre que traiga su causa exclusiva en la ejecución del mismo.

En este sentido, se afirma que poco importa que la problemática laboral generadora del trastorno obedezca a incumplimientos de su empresa o provenga de actuaciones de ésta sujetas a derecho. También resulta indiferente, a estos efectos, la existencia o no de una situación que encaje en el concepto jurídico-laboral de acoso. Al decir de la Sentencia se aprecian motivos laborales razonables que justifican la situación de ansiedad que presenta la trabajadora.

Para la STSJ Andalucía (Sevilla) 1 de junio de 2017 (n. rec. 1607/2016) para que la enfermedad contraída con motivo de la realización del trabajo tenga la consideración de accidente laboral, es necesario que el trabajo sea el único factor causal. Estima que el síndrome de *burnt out* padecido por la trabajadora, resultado de un estrés laboral crónico o frustración prolongada, justifica que se considere su situación de incapacidad permanente derivada de una contingencia profesional, resultando indiferente que la actora presentara rasgos de personalidad anancástica (obsesiva-compulsiva) y viviera obsesionada con la perfección.

Por su parte, la STSJ País Vasco 12 de mayo de 2015, AS 1155, reconoce la calificación de accidente de trabajo en relación a dolencias psíquicas consecuencia de un atraco ocurrido hace algunos años. A juicio del Tribunal, si la enfermedad se manifiesta en tiempo y lugar de trabajo se aplica la presunción. No obstante, reconoce las dificultades para calificar lesiones anímicas o psíquicas. Considera suficiente que la actividad laboral haya provocado la docencia, aunque no pueda vincularse la misma a una concreta actuación laboral (siguiendo STS 18 de enero de 2005, RJ 1157). El nexo causal directo con el trabajo viene apreciado en la inexistencia de sintomatología previa ajena al trabajo, considerando que el atraco con arma de fuego tuvo entidad suficiente para provocar el trastorno psíquico.

En sentido contrario, en bastantes pronunciamientos se desestima la calificación de accidente por inexistencia de prueba de la relación exclusiva con el trabajo (STSJ Castilla-La Mancha 31 de marzo de 2004, AS 1560, en relación a síndrome de desgaste profesional; STSJ Andalucía (Granada) 6 de febrero de 2008, JUR

370785; STSJ Asturias 15 de enero de 2010, JUR 106536; STSJ Madrid 8 de octubre de 2014, JUR 285726, en caso de trastorno adaptativo, con antecedentes por parte del trabajador).

VI INDEMNIZACIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS Y RECARGO DE PRESTACIONES

Es de destacar también que los tribunales vienen admitiendo la posibilidad de reclamar tanto el recargo de prestaciones originado por el accidente de trabajo debido a estos factores como las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, siempre que exista un nexo causal entre el daño causado y el incumplimiento de sus obligaciones preventivas por parte del empresario (entre otras, ATS 15 de abril de 2014, n. rec. 422/2013; STSJ País Vasco n. 2113/2014, de 11 de noviembre; STSJ País Vasco de 2 de junio de 2015, n. rec. 887/2015; STSJ País Vasco 24 de noviembre de 2014, n. rec. 1944/2015). La indemnización cubre tanto los daños materiales (lucro cesante y daño emergente) como los personales (sean físicos o psíquicos) y los morales. En relación a estos últimos suelen reconocerse de forma prácticamente automática desde el momento en que se aprecia la vulneración de la dignidad del trabajador, en especial en las situaciones de acoso, aunque varía enormemente la cuantía fijada por cada tribunal.

La jurisprudencia admite también la extinción indemnizada del contrato de trabajo a instancias del trabajador (art. 50 ET) con fundamento en el incumplimiento por parte del empresario de su deber de protección eficaz, de especial relevancia en los supuestos de acoso o situaciones similares que dan lugar a trastornos o dolencias de tipo psicosocial, donde el trabajador no ve otra salida al conflicto que alejarse del ambiente de trabajo nocivo (STS 20 de septiembre de 2007, RJ 8304; STSJ Cataluña 13 de mayo de 2016 (n. rec. 1215/2016; STSJ Canarias (Las Palmas) 5 de marzo de 2015 (n. rec. 1076/2014).

Las obligaciones incumplidas, que desencadenarían, en su caso, estos tipos de responsabilidad, pueden ser cualquiera de las

previstas en el texto de la LPRL o en su desarrollo reglamentario, incluida la obligación general de seguridad (arts. 14 y 15 LPRL).

Por su especial relevancia a efectos preventivos haremos una sucinta referencia al tema del recargo de prestaciones. El actual art. 164 LGSS (RD legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Seguridad Social)²² regula el recargo de prestaciones que es una institución de larga tradición en nuestro ordenamiento (aparecida por primera vez en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1990). Dada la doble naturaleza sancionadora e indemnizatoria que se atribuye al recargo, se considera que despliega una importante faceta preventiva de promoción del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. La responsabilidad recae directamente sobre el empresario infractor, sin que quepa su aseguramiento o el traslado a terceros.

La STS de 14 de febrero de 2012 (n. rec. 1535/2011), pese a inadmitir el recurso por falta de contradicción, deja la puerta abierta a la aplicación del recargo de prestaciones a los supuestos de acoso, a pesar de las dificultades que plantea, en especial en casos de tolerancia, consentimiento o participación de la empresa, que supondría la falta de cumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.²³ Por su parte, más recientemente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de marzo de 2014 (n. rec. 788/2013) impone el recargo de prestaciones en un supuesto de trastorno de ansiedad y estado de ánimo reactivo a situación calificada como acoso moral, por falta de acción

²² “Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de prevención reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”.

²³ En la misma línea, AATS 15 de enero de 2014 (n. rec. 422/2013) y 22 de septiembre de 2015 (n. rec. 2714/2014).

preventiva, pues la previsión de este tipo de conductas está integrada en el deber de protección del empresario.

También lo admiten los pronunciamientos de distintos Tribunales Superiores de Justicia, considerando que se aplican a los riesgos psicosociales los principios generales de la acción preventiva previstos en el art. 15 LPRL y, por tanto, también resulta exigible el recargo de prestaciones siempre que se dé un nexo causal entre el daño y el incumplimiento empresarial de las medidas preventivas (STSJ Cataluña de 23 de julio de 2012, n. rec. 6897/2011). Afirmando que, si ante problemas organizativos claros de la empresa, ésta no reacciona de acuerdo con lo previsto en la normativa de prevención de riesgos laborales, sin que conste la evaluación de riesgos psicosociales o la adopción de medidas de carácter organizativo necesarias para proceder a paliar dichos riesgos, debe responder por recargo de prestaciones (STSJ Cataluña 24 de julio de 2013, n. rec. 5693/2012).

En otros pronunciamientos judiciales, como la STSJ Castilla y León (Valladolid) 14 de noviembre de 2014 (Sentencia n. 229/2014; contencioso-advo) se prescinde de la consideración de la existencia o no de *mobbing* desde un punto de vista estrictamente jurídico, para centrarse en el posible incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia preventiva, en este caso concreto, una Administración Pública.²⁴

²⁴ En la misma línea, STSJ Cataluña de 13 de junio de 2014 (n. rec. 1281/2014) donde se estima que, pese a la inexistencia de acoso afirmada por sentencias anteriores, el accidente de trabajo (trastorno ansioso depresivo) es consecuencia de la falta de medidas de seguridad y da lugar a la imposición del recargo de prestaciones; también en STSJ Canarias (Las Palmas) de 5 de marzo de 2015 (n. rec. 1076/2014), en la que, no obstante admitir la extinción causal de la relación por la trabajadora al considerar que el estrés padecido por la víctima le provoca cuadros de ansiedad que suponen un atentado contra la dignidad e, incluso, contra la integridad física de la trabajadora, debido a la figura de un jefe tóxico y que conlleva una evidente responsabilidad de la empresa, no reconoce la indemnización por acoso laboral, al no quedar demostrado que la actitud del Director estuviera focalizada en una persona concreta, pues trataba de forma parecida a todos los subordinados.

En relación con la carga de la prueba, los Tribunales (STSJ Asturias 26 septiembre 2014, n. rec. 1720/2014) vienen aplicando de forma plena lo previsto en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LJS)²⁵ y, por tanto, exigen al empresario acreditar que ha actuado con toda la diligencia exigible cumpliendo con las diversas obligaciones específicas que integran el deber genérico de garantizar una protección eficaz de la salud y seguridad de sus trabajadores. Por tanto, al no adoptar la empresa las medidas de seguridad necesarias para combatir la situación de riesgos, procede la imposición del recargo.

En aplicación de todo lo sostenido hasta este momento, es lógico encontrar pronunciamientos judiciales en los que se descarta la imposición del recargo (STS 1 junio 2016, n. rec. 609/2015) en un supuesto donde la empresa había realizado una identificación de riesgos, detectándose riesgo psicosocial y adoptando medidas de prevención. Aun cuando, sin lugar a duda alguna, los riesgos psicosociales entran dentro del ámbito de aplicación de la LPRL (arts. 14, 15, 16 y 25) (STSJ Asturias 30 de diciembre 2014, n. rec. 2643/2014), en relación a trabajador en incapacidad temporal por trastorno depresivo reactivo. Aunque en este supuesto concreto la sentencia descarta la existencia del acoso (que el empresario debe prevenir) porque falta una conducta grave del empresario, de tal manera que se origine un entorno negativo no sólo desde la percepción subjetiva de quien lo padece, sino objetivamente considerada. A juicio del tribunal no procede el recargo, pues el trabajador, sin concretar la norma incumplida, se limita a invocar un genérico acoso y tampoco indica qué medidas debería haber adoptado para evitar el daño ni se acredita la existencia de una relación de causalidad entre la omisión de la empresa de su deber de diligencia y el daño causado. Se aparta así la Sentencia de las reglas invocadas con anterioridad y que dimanen con claridad manifiesta del art. 96 LJS citado.

²⁵ BOE 11 de octubre.

VII RETOS Y PROPUESTAS

En las relaciones laborales del siglo XXI, en las que la tutela del trabajador parece debilitarse y priman los objetivos de corte económico, deviene imprescindible reivindicar en toda su extensión y con plena eficacia el derecho del trabajador a desempeñar su actividad laboral en las más elevadas condiciones de salud y seguridad. Esta ubicación del derecho en el núcleo mismo del contrato contrasta con la primacía de los intereses económicos y la competitividad en los mercados globales y con los derroteros que toman las Reformas laborales flexibilizadoras.

Esta situación impone modificaciones de relieve en dos grandes facetas, a fin de lograr la eficacia de la tutela de la seguridad y salud en el trabajo y el bienestar en el trabajo. En primer lugar, desarrollar determinadas acciones legislativas, reformando algunas normas, actualizando otras y cubriendo patentes lagunas legales. En segundo lugar, renovar el enfoque de la seguridad y salud, con una aproximación más actual, centrada en los nuevos riesgos y riesgos emergentes y en la aplicación eficiente y participada de la norma preventiva.

1. Actuaciones en el plano legislativo

En relación al primero de los planos enunciados, en lo que más nos atañe, entre las cuestiones que demandan la atención del legislador encontramos la regulación de las medidas frente a los riesgos psicosociales (referencias específicas en la evaluación de riesgos y la vigilancia de la salud e inclusión de obligaciones específicas) y su delimitación conceptual. Asimismo, resulta necesaria una actualización de la normas relativas a los trabajadores especialmente sensibles, con los pertinentes ajustes en relación con la definición del supuesto de hecho (incluyendo los trabajadores de más edad), la delimitación legal de las distintas hipótesis y el alcance de los deberes empresariales, incluidas las reglas de una posible movilidad funcional y/o geográfica. Por su parte, sería

interesante la inclusión de disposiciones que doten de ciertos derechos a los trabajadores en orden a la flexibilización y disposición de los tiempos y la organización del trabajo, en especial para los trabajadores maduros. La legislación preventiva necesitaría ajustes y reformas para adecuarse a nuevas fórmulas empresariales y de organización flexible del trabajo, como las redes empresariales, el teletrabajo y otras que apenas tienen cabida en el texto legal. Ello no cohonesta bien con lo apuntado *supra* acerca de las reformas laborales, centradas en el interés empresarial y abriendo amplios espacios a la flexibilización pro empresario, que encuentran actualmente escasos límites expresos en el respeto al derecho a la seguridad y salud del trabajador.

Debería seguramente ser objeto de reformulación el tema de los sujetos de la prevención, que inciden de manera preeminente en la eficacia (y eficiencia) de la actividad preventiva, en concreto restricciones a la plena externalización de la gestión preventiva y reglas especiales para las pequeñas empresas, revisando la posibilidad de asumir directamente la actividad preventiva sin recurso a servicios de ningún tipo y sin designar trabajadores para empresas de hasta 25 trabajadores, número seguramente excesivo, que comporta una actividad preventiva de notable complejidad para ser gestionada directamente por el empresario sin colaboración alguna. Además, debería generalizarse en la mayoría de las empresas - excluidas quizás las de muy escasas dimensiones - la obligación de designar al menos un trabajador para ocuparse de las tareas preventivas, medida que provocaría cierta mejora de la implicación de los trabajadores y contribuiría de manera eficiente a la integración de la prevención en la empresa. Acompañada de la previsión de un específico régimen de obligaciones, garantías y responsabilidades para tales sujetos.

Uno de los puntos donde debería incidirse de modo especial para seguir avanzando hacia la prevención de los riesgos y el bienestar en el trabajo sería en los aspectos relativos a la implicación -compromiso- del trabajador con la seguridad y salud y a su participación en la gestión empresarial del problema. Como

se sabe, la posición del trabajador en este ámbito es sumamente compleja, con un componente - el principal - de derecho subjetivo perfecto y ciertas obligaciones, de poca enjundia y raramente exigidas. Ante este planteamiento legal, nos parece imprescindible el cambio del rol del trabajador, incrementando su nivel de implicación y concienciación en la tutela de su propia seguridad y salud, asumiendo un papel coprotagonista, algo que no prejuzga el rol siempre esencial del empresario, responsable del diseño y la gestión del sistema de seguridad. En este sentido, también la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 entre las debilidades del sistema continúa situando la falta de implicación por parte de los trabajadores y las necesidades de mejora en el campo de la formación (GARCÍA JIMÉNEZ, 2016, p. 39 ss).

No es dudosa la incidencia positiva en la eficacia de la prevención de la toma de conciencia del trabajador, su identificación con el modelo preventivo y su motivación, así como la difusión de valores preventivos (GARCÍA CARDÓ, 2010, p. 25 ss). De todas formas, mientras se logran cambios de comportamiento desde la cultura preventiva, seguramente convendría revisar el cuadro sancionatorio previsto para el trabajador, y extenderlo en alguna medida más allá de la vía disciplinaria laboral. Las obligaciones podrían ser más incisivas, empezando por la formación, puesto que entre los propios trabajadores están bastante difundidos las costumbres y comportamientos de cierto riesgo, justificados a veces por la falta de conciencia de la situación de peligro. No es menos cierto que en la práctica con frecuencia el empresario incumple sistemáticamente su deber o lo cumple de manera mecánica y meramente formal, pero la formación suficiente y adecuada tampoco es exigida por los trabajadores ni, en empresas donde se imparte de manera efectiva, cuenta con una verdadera implicación por parte de éstos. Podría plantearse la inclusión de una referencia legal expresa a la obligación empresarial de utilizar la potestad disciplinaria en casos de trabajadores especialmente reacios al cumplimiento de la norma de seguridad, deber que suele extraerse, no obstante, del deber

general de seguridad y la vigilancia derivados de los arts. 14 y 15 LPRL. Junto a lo anterior, serían convenientes mejoras significativas en torno a la formación preventiva, llevando a la práctica la inclusión de la prevención en los distintos niveles del sistema educativo, prevista más no aplicada, y en las titulaciones universitarias y de formación profesional, pese a los logros plasmados en el carácter de los títulos de formación de los técnicos en prevención, oficiales ahora, tras su inclusión en la educación reglada (Formación Profesional y Sistema universitario).

En el plano colectivo, los delegados de prevención, representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia preventiva, hasta la fecha no han ostentado un papel crucial y determinante en la gestión preventiva, plano en el que son crecientes las reivindicaciones acerca de la necesidad de una verdadera prevención participada (ESCUADERO, 2009, p. 155 ss; MOLINA, 2013 b, p. 1 ss). Resulta evidente que la eficacia de la prevención requiere la participación de los trabajadores que debe actuar como un mecanismo de colaboración con el empresario (MORENO, 2015, p. 633;). Y, por tanto, la necesidad de implantar modelos participativos resulta ineludible y debería arrojar resultados positivos significativos (FERNÁNDEZ, MÁRQUEZ y VILLALOBOS, 2013, 28 ss).

Sin embargo, nuestro sistema participativo especializado en este ámbito no propicia formas de codecisión ni la necesidad de adoptar acuerdos. Habría, por tanto, que incentivar y potenciar el papel del comité de seguridad y salud, órgano de debate y de consulta permanente, siendo en este foro donde debería actuarse con más contundencia tanto sobre los riesgos psicosociales como sobre el ajuste de las medidas a adoptar a las necesidades de las situaciones presentes en las empresas (art. 38.2 a) LPRL); comité que, sin embargo, solamente está previsto para empresas (o centros de trabajo) de un determinado tamaño (50 o más trabajadores). Aun sin acometer cambios legales, la LPRL bastaría para exigir a la empresa un incremento de la participación real y efectiva (no meramente formal) de los trabajadores en todas sus fases, en una

interpretación finalista y sistemática del texto legal, movida por la eficacia y la adecuación preventivas, alcanzando una verdadera gestión participada de los riesgos, que arrojaría importantes resultados positivos. La mayor implicación de los trabajadores y/o sus representantes en la toma de decisiones arrojaría resultados positivos, en la medida que las decisiones compartidas, los debates acerca de los temas cruciales o las reuniones para discutir sobre fallos detectados, problemas de salud (en especial relacionados con riesgos psicosociales) o accidentes e incidentes, entre otros, son formas de contribuir eficazmente a que las medidas sean mejor asumidas por parte de todos los implicados en la PRL, llevando a que los trabajadores se muestren más proclives al cumplimiento. Por tanto, la colaboración en este ámbito deviene de todo punto esencial (NUÑEZ, 2016, p. 101 ss).

Seguramente sería adecuada la previsión de una representación de tipo territorial que cubra a las pequeñas empresas, donde intervengan directamente los trabajadores en su elección, de no existir representantes. En relación con los riesgos psicosociales la propia Organización Internacional del Trabajo considera que la participación es crucial para adoptar medidas de intervención más adecuadas (Organización Internacional del Trabajo, p. 36). Se estima que consultar con los trabajadores contribuye, entre otras cosas, a la creación de un clima de confianza en el que éstos se sienten más cómodos al plantear problemas. Involucrar a los trabajadores en el desarrollo de medidas preventivas también mejora el estado de ánimo general y garantizará que las medidas adoptadas sean adecuadas y eficaces (Agencia Europea para la seguridad y salud en el trabajo, 2013 b), p. 12). También sería conveniente impulsar la negociación colectiva en este ámbito, que sigue arrojando resultados decepcionantes, hueros de soluciones innovadoras y efectivas, así como las buenas prácticas. Lo anterior sin descartar la oportunidad de dictar normas que incentiven de forma más eficiente la participación, exigiendo, llegado el caso, la adopción de acuerdos en determinadas cuestiones, que ahora brilla por su ausencia. El reforzamiento del papel de los representantes

seguramente también pasaría por una mejora - vía legal o negociada - de los tiempos de dedicación a la prevención de riesgos, con cierta tendencia a la exclusividad en las tareas preventivas así como por una revisión del estatus legal de los representantes, con un reforzamiento de su posición, más allá de la simplista y en ocasiones desajustada remisión a las garantías de los representantes legales de los trabajadores. En este sentido, también es fundamental el propio reconocimiento y relevancia que el empresario otorgue al papel de los trabajadores y sus representantes en este ámbito y el valor que se reconozca a su actuación, como forma de avanzar en la eficacia y eficiencia de las políticas preventivas, en especial a través de sus actividades encaminadas también a la información, implicación y concienciación del resto de los trabajadores de la plantilla (MENÉNDEZ, BENACH Y VOGEL, 2009, p. 22-23).

2. El cambio de enfoque

En relación al segundo de los planos apuntados, más relevante aún que el anterior, se demanda un nuevo enfoque en la aplicación e interpretación de la norma jurídica y en el diseño de las estrategias preventivas empresariales. Resulta prístina la insuficiencia de una política preventiva centrada de forma exclusiva en los controles, la represión y la sanción. Sin alentar su desaparición, resulta indispensable implementar una tutela de la seguridad y salud que pivote sobre la promoción de la cultura de la prevención, la sensibilización de los sujetos implicados, la formación, los incentivos económicos, las ayudas y premios y la elaboración e intercambio de buenas prácticas, que lleven a una aplicación eficiente, participada y transparente de las normas de seguridad.

En relación con el auge de instrumentos no legislativos, lugar destacado merecen ocupar, por su posible potencialidad y su sencillez, las buenas prácticas, asunto destacado a nivel comunitario, en especial tras el Marco Estratégico 2014-2020. En tanto el gran problema en el campo de la prevención resulta ser la falta de cumplimiento de la normativa, en especial, por las

pequeñas empresas y microempresas, primera causa del fracaso de la política preventiva, se pone el acento en la mejora de la calidad de la orientación y en proporcionar herramientas prácticas que faciliten el cumplimiento de la legislación en materia de Seguridad y Salud en el trabajo. Para ello se propone acentuar las ayudas financieras y técnicas encaminadas de forma especial a implantar herramientas para la evaluación; elaborar directrices y recabar ejemplos de buenas prácticas; fomentar el intercambio de estas últimas y continuar con las campañas de sensibilización. Por supuesto, en el terreno que nos ocupa, debe seguirse insistiendo en la plena integración de la prevención de riesgos psicosociales en las políticas generales de la empresa, tanto a través de la búsqueda del bienestar psicofísico de todos los trabajadores como de la prevención específica para personas con enfermedades o dolencias de tipo psíquico que, mientras no existan cambios legales, habría que incardinar entre los trabajadores especialmente sensibles.

A nuestro parecer, la utilización y difusión de buenas prácticas se muestra especialmente adecuada en esta parcela por dos grandes motivos. En primer lugar, por las propias dificultades para la aplicación de la norma preventiva. En segundo lugar, en tanto las obligaciones en materia de seguridad no se concretan en opciones cerradas, admitiendo normalmente diversas formas de cumplimiento y, por tanto, un terreno adecuado para proyectos concretos o formas de aplicación heterogéneas, que pueden plasmarse en buenas prácticas, fácilmente transferibles, irradiando en ocasiones sus efectos a las empresas colaboradoras, de menor tamaño. Buenas prácticas que entroncan de forma directa con la ya tratada participación activa de todos los implicados en la empresa, de forma especial de los propios trabajadores, pues parte de un compromiso individual y colectivo de todos (el personal, los directivos, los mandos intermedios, los representantes y los responsables preventivos) con la seguridad, así como de fórmulas que sirvan de estímulo a los cambios de hábitos y comportamientos de los trabajadores, hacia otros más seguros.

En pleno siglo XXI debemos propugnar una nueva aproximación a la prevención de riesgos centrada en la promoción de la salud y el bienestar y la atribución de una prioridad absoluta a la mejora progresiva de los niveles de protección, no encaminada de forma exclusiva a la disminución de los accidentes de trabajo. El objetivo final se situaría en el logro de una empresa responsable y sostenible que demuestra la excelencia en la gestión de la seguridad en el trabajo. A tales efectos, el primer desajuste se encuentra en la visión de la seguridad como coste, en lugar de como verdadera inversión. Si el accidente (en sentido amplio) sigue siendo aceptado como un evento más o menos normal, inevitable, los avances no serán sobresalientes, puesto que la mayoría de los accidentes y las enfermedades pueden evitarse (GARCÍA RAMÓN y VALLEJO CABRERA, 2014, p. 26 ss).

Deberíamos tender a un tratamiento integrado de la seguridad y salud en el trabajo, que comprenda también la calidad y el medioambiente, poco desarrollado en el estado actual del marco normativo español, aunque es implantado en algunas empresas en el terreno de las buenas prácticas o la responsabilidad social corporativa.

Las notables dificultades aplicativas que encuentran las pequeñas y medianas empresas en relación a la normativa de prevención, están también en la base de muchas de las quiebras que se producen en las políticas preventivas en la práctica. Debe preconizarse un mayor desarrollo de las actividades de asesoramiento público y programas de actuación de la Inspección de trabajo, ahora que también cuenta con el refuerzo de la nueva escala de subinspectores en seguridad y salud en el trabajo, creada por Ley 23/2015, 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.²⁶ Aunque la Inspección ha jugado un papel importante en este ámbito y se ha producido un incremento de la plantilla en los últimos años, debiera tener una actuación más activa, sin esperar las denuncias de los trabajadores o

²⁶ BOE 22 de julio.

sindicatos (actuaciones inspectoras “reactivas”). En la Guía de Actuaciones de la Inspección de Trabajo sobre riesgos psicosociales (2012), ya se afirmaba que, pese a la carencia de una legislación específica, disponemos de normas legales omnicomprendivas, aplicables en relación a cualesquiera riesgos derivados del trabajo, sin excepciones. Asimismo, en la propia guía se detallan las actuaciones inspectoras “proactivas” o de campaña. En esta parcela, habría que reclamar una mayor atención a la mejora de los procedimientos y las guías de evaluación en relación con los riesgos psicosociales y con aspectos que inciden en las condiciones de salud y seguridad, por ejemplo, la edad del trabajador.

SUMMARY

Psychosocial risk factors have a potential impact on the psychophysical health and well-being of workers. In today's societies, in a world of work in constant transformation, the fall in the numbers of accidents at work is accompanied by a substantial increase in the ailments and diseases of a psychological or “silent” nature. In Spain, despite the lack of an specific legislation or concrete references to psychosocial risks, it has been recognized by the doctrine and the courts the full application of Law 31/1995, of 8 November, on the prevention of occupational risks (hereinafter, LPRL) to this type of risks, with several origin and characteristics, but related to the organization of the work and personal relationships in the company. The employer is obliged to avoid, evaluate and control psychosocial risks, by adopting as many measures as necessary for this purpose. Nevertheless the unanimity in reaching this conclusion, there would still be actions to be taken (not only in the legislative sphere) in order to achieve efficient, transparent and participative preventive policies that lead to psychophysical well-being at work.

Keywords: *Psychosocial risks. Work organization. Flexibility. Responsible company. Prevention. Evaluation. Participation. Good practices.*

REFERENCIAS

- Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (2013 a). *Empleos verdes y seguridad y salud en el trabajo: Estudio prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes asociados a las nuevas tecnologías en 2020*, Luxemburgo.
- _____. (2013 b). *Trabajos saludables. Gestionemos el estrés, Guía de la campaña Gestión del estrés y de los riesgos psicosociales en el trabajo*, Luxemburgo.
- _____. (2014). *Psychosocial risks in Europe. Prevalence and strategies for prevention*, Luxemburgo.
- _____. (2015). *Análisis sobre el futuro del trabajo: bolsas de trabajo en línea o “crowdsourcing”: implicaciones en materia de salud y seguridad en el trabajo*, <http://osha.europa.eu>.
- ARAGÜEZ VALENZUELA, Lucía. (2017). “El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés”, *e-Revista Internacional de la Protección Social* Vol. II, n. 2.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo. (2013). “La política de la OIT y de la Unión Europea sobre salud y riesgos psicosociales”. *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 1, n. 4.
- CARRERO DOMÍNGUEZ, Carmen. (2012). “El impacto de la reforma laboral española en los accidentes laborales y las enfermedades profesionales”, *Comunicación al Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Chile.
- CEBALLOS VÁSQUEZ, Paula; VALENZUELA SUAZO, Sandra; PRAVIC KLIJN, Tatiana. (2014). “Factores de riesgos psicosociales en el trabajo: género y enfermería”, *Avances en enfermería*, Vol. XXXII-n. 2.
- DAGNINO, Emanuele. (2015). “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol.3, n. 3.
- ESCUDERO PRIETO, Azucena. (2009). “El reforzamiento del derecho

- de participación de los trabajadores en las actividades preventivas de la empresa”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo* n. 10.
- FABREGAT MONFORT, Gema. (2015). “El recargo por accidente de trabajo en las enfermedades consecuencia del acoso”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* n. 6.
 - FERNÁNDEZ ESCALONA, María Jesús, MÁRQUEZ MATITO, José Francisco y VILLALOBOS ANTEQUERA, Fernando. (2013). “Intervención participativa en la gestión de riesgos psicosociales”, *Med Segur Traba* (Internet); 59. Suplemento Extraordinario.
 - GARCÍA CARDÓ, Alfonso. (2010). “Refuerzo de la cultura preventiva mediante OSHAS 18001”, *Foment de Treball Nacional*.
 - GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel. (2016). “Luces y sombras de la formación en materia de prevención de riesgos laborales: balance crítico y claves para una reforma”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 395.
 - GARCÍA RAMÓN, Pedro José; VALLEJO CARRERA, Jose Francisco (2014). “Cero accidentes es alcanzable”, *Seguridad y Medioambiente* n. 134.
 - GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo. (2014). “Crisis económica y condiciones de seguridad y salud en el trabajo: ¿de la desestructuración empresarial al yermo preventivo?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n. 36.
 - GINER ALEGRÍA, Cesar Augusto. (2012). “Evaluación de riesgos psicosociales en el trabajo”, *Anales de Derecho*, n. 30.
 - GONZÁLEZ COBALEDA, Estefanía. (2013). “La primera Norma Española específica que recuerda el deber del empleador de evaluar los Riesgos Psicosociales desde el inicio”, *Boletín informativo del Observatorio de riesgos psicosociales de UGT*, n. 20.
 - _____. (2015). “Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: una perspectiva de protección diferente”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 387, 2015.
 - GRAU PINEDA, María del Carmen (2007). “El acoso moral en el trabajo como riesgo profesional de nueva generación: el empresario como principal deudor de seguridad”, *Actualidad Laboral*, tomo 1.

- IGARTUA MIRÓ, María Teresa. (2015). “Hacia un enfoque más economicista en la política europea de seguridad y salud en el trabajo: reflexiones críticas a la luz del Marco Estratégico 2014-2020”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF n. 383.
- Inspección de Trabajo y Seguridad Social (2012). *Guía de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre riesgos psicosociales*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid.
- Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (INSSBT). (2005). Nota Técnica de Prevención²⁷ (NTP) 702: *El proceso de evaluación de los factores psicosociales*, Madrid.
- _____. (2006). Nota Técnica de Prevención (NTP) 730: *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención social*, Madrid.
- _____. (2015). Nota Técnica de Prevención (NTP) 1056: *PRIMA-EF: Marco Europeo para la gestión del riesgo psicosocial*, Madrid.
- LÓPEZ CABRERA, Aida. (2015). “Riesgos psicosociales derivados de la precariedad laboral en la CAV: posibles líneas de actuación”, *Lan Harremanak* n. 32.
- MELIÁ, José Luis; NOGAREDA, Clotilde; LAHERA, Matilde; DURO, Antonio; PEIRÓ, José M.; SALANOVA, Marisa; GRACIA, Diego (2006). “Principios comunes para la evaluación de los riesgos psicosociales en la empresa”, en MELIÁ, José Luis *et al.*, *Perspectivas de intervención en Riesgos Psicosociales. Evaluación de Riesgos*, Foment de Treball Nacional, Barcelona.
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes. (2016). “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, *Trabajo y Derecho* n. 16.
- MENÉNDEZ, María; BENACH, Joan; VOGEL, Laurent (Coord.). (2009). *The impact of safety representatives on occupational health*, European trade union institute (ETUI), Bruselas.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. (2013 a). “Un hito jurídico en el deber empresarial de evaluación de riesgos psicosociales: alcance

²⁷ Las NTP elaboradas por el INSSBT son guías de buenas prácticas, no son obligatorias salvo que estén recogidas en una disposición normativa vigente.

de una norma especial que confirma el principio general”, *Revista de Derecho Social* n. 63.

- _____. (2013 b). “La participación de los trabajadores, clave para avanzar en la mejora de la salud psicosocial en los ambientes de trabajo”, en *Boletín informativo del Observatorio de riesgos psicosociales de UGT*, n. 20.
- _____. (2015). “Una gran innovación constitucional: el deber de prevenir el riesgo de acoso laboral como imperativo de integridad”, en BAYLOS GRAU, A. el altri (Coords.), *La jurisprudencia en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, La Ley, Madrid.
- MORENO JIMÉNEZ, Bernardo. (2011). “Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales”, *Medicina y Seguridad en el Trabajo* n. 57 (Supl. 1), Madrid.
- MORENO VIDA, María Nieves. (2015). “Los derechos de participación y representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos. El delegado de prevención”, en MONEREO PÉREZ, José Luis y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Tratado de Prevención de Riesgos Laborales. Teoría y Práctica*, Tecnos, Madrid.
- NEFFA, Julio César. (2015). *Los riesgos psicosociales en el trabajo. Contribución a su estudio*, Buenos Aires.
- NUÑEZ GONZÁLEZ, Cayetano. (2016). “El deber de colaboración del trabajador en la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Derecho Social* n. 75.
- Organización Internacional del Trabajo. (1984). *Los factores psicosociales en el trabajo: naturaleza, incidencia y prevención. Informe del Comité Mixto OIT-OMS sobre Medicina del Trabajo*, Ginebra.
- _____. (2010 a). *Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo de trabajo en transformación*, Ginebra.
- _____. (2010 b). *Lista de enfermedades profesionales (revisada en 2010). Identificación y reconocimiento de las enfermedades profesionales: Criterios para incluir enfermedades en la lista de enfermedades profesionales de la OIT, Serie Seguridad y Salud en el Trabajo 74*, Ginebra.

- _____. (2013). *Género, salud y seguridad en el trabajo*, Ginebra.
- _____. (2015). *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. El empleo en plena mutación*, Ginebra.
- _____. (2016). *Estrés en el trabajo. Un reto colectivo*, publicado con ocasión del día de la Seguridad y Salud en el trabajo (28 de abril), Ginebra.
- PERUZZI, Marco. (2017). “Sicurezza e agilità: quale tutela per los smart worker?”, *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, n. 1.
- VENTURA, Mercedes; LLORENS, Susana; SALANOVA, Marisa. (2005). “El tecnoestrés: un estudio del desarrollo de diferentes instrumentos de medida”, *Jornades de Foment de la Investigació*, Universitat Jaume I, Castellón.

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 196/2004, de 15 de noviembre.
- STC 160/2007, de 2 de julio.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala 4ª, de lo Social)

- ATS 15 enero 2014 (RJ 2400).
- ATS 22 de septiembre de 2015 (n. rec. 2714/2014).
- STS 27 diciembre de 1995 (RJ 9846).
- STS 18 de diciembre de 1996 (RJ 9727).
- STS 18 de marzo de 1999 (RJ 3006).
- STS 18 de enero de 2005 (RJ 1157).
- STS 9 de mayo de 2006 (RJ 3037).
- STS 20 de septiembre de 2007 (RJ 8304).
- STS 15 de junio de 2010 (RJ 2705).
- STS 14 de febrero de 2012 (n. rec. 1535/2011).
- STS 4 de marzo de 2014 (n. rec. 788/2013).
- STS 16 de febrero de 2016 (n. rec. 250/2014).
- STS 1 junio 2016 (n. rec. 609/2015).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA (Social)

- STSJ Galicia 24 de enero de 2000 (AS 60).
- STSJ Navarra 30 de abril de 2001 (AS 1878).
- STSJ Extremadura 17 de marzo de 2003 (JUR 187859).
- STSJ Castilla-La Mancha 31 de marzo de 2004 (AS 1560).
- STSJ País Vasco 8 de mayo de 2007 (n. rec. 511/2007).
- STSJ Asturias 9 de noviembre de 2007 (AS 2008/2000).
- STSJ Andalucía (Granada) de 6 de febrero de 2008 (JUR 370785).
- STSJ Asturias 15 de enero de 2010 (JUR 106536).
- STSJ Cataluña 14 de septiembre de 2010 (n. rec. 7602/2009).
- STSJ Cataluña 15 de mayo de 2011 (AS 2260).
- STSJ Cataluña 21 de mayo de 2012 (n. rec. 221/2021).
- STSJ Cataluña 23 de julio de 2012 (n. rec. 6897/2011).
- STSJ Cataluña 24 de julio de 2013 (n. rec. 5693/2012).
- STSJ Cataluña 13 de junio de 2014 (n. rec. 1281/2014).
- STSJ Asturias 26 septiembre 2014 (n. rec. 1720/2014).
- STSJ Madrid 8 de octubre de 2014 (JUR 285726).
- STSJ País Vasco n. 2113/2014, de 11 de noviembre.
- STSJ País Vasco 24 de noviembre de 2014 (n. rec. 1944/2015).
- STSJ Asturias 30 de diciembre 2014 (n. rec. 2643/2014).
- STSJ Canarias (Las Palmas) 5 de marzo de 2015 (n. rec. 1076/2014).
- STSJ Islas Canarias (Las Palmas) 30 de abril de 2015 (JUR 216199).
- STSJ País Vasco 12 de mayo de 2015 (AS 1155).
- STSJ País Vasco 2 de junio de 2015 (n. rec. 887/2015).
- STSJ Cataluña 13 de mayo de 2016 (n. rec. 1215/2016).
- STSJ Asturias 9 de mayo de 2017 (n. rec. 722/2017).
- STSJ Andalucía (Sevilla) 1 de junio de 2017 (n. rec. 1607/2016).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA (Contencioso-administrativo)

- STSJ Castilla y León (Valladolid) 14 de noviembre de 2014 (Sentencia n. 229/2014).

A NOVA REPRESENTAÇÃO
SINDICAL PROFISSIONAL A
PARTIR DO NÃO
FINANCIAMENTO
COMPULSÓRIO*

T HE NEW TRADE UNION
REPRESENTATION FROM THE
NON-COMPULSORY FINANCING

Márcio Ferezin Custódio**

RESUMO

A recente legislação que alterou substancialmente as relações de trabalho no Brasil atingiu diretamente a organização sindical, especialmente no que diz respeito ao seu modelo de financiamento obrigatório, originado do sistema corporativista italiano. A referida contribuição sindical compulsória, sem qualquer dúvida, ao longo de todos esses anos, proporcionou diretamente a fragmentação da representação sindical, enfraquecendo e deslegitimando as organizações sindicais perante seus representados, ao passo que o surgimento de novas entidades se deu, em boa medida, para

* Artigo enviado em 18/9/2017 e aceito em 10/11/2017.

**Advogado. Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior - "ICJ". Professor convidado do curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

receber essa receita compulsória, sem a necessidade de praticar qualquer programa ou ação sindical. A nova legislação, ao transformar a compulsoriedade em receita de natureza facultativa, encontra fundamento no principal mote da organização sindical contemporânea, refletido na liberdade sindical, de acordo com a Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Esse novo cenário, naturalmente, obrigará que as organizações desenvolvam um novo plano de ação sindical junto aos seus representados para sua própria sobrevivência, considerando que a contribuição sindical atingida pela nova legislação representava quase a totalidade das receitas da maior parte dos sindicatos até então existentes no país.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Sindicatos. Contribuição sindical. Representação. Fusão e incorporação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 ORGANIZAÇÃO SINDICAL BRASILEIRA E A INCONGRUÊNCIA DO ARTIGO 8º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1.1. O financiamento compulsório e a pulverização da representação sindical

2 CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: O PONTAPÉ INICIAL DAS NOVAS REGRAS DE RELAÇÕES DE TRABALHO

2.1. Uma particularidade a se ponderar quanto ao potencial restabelecimento da receita compulsória

3 A READEQUAÇÃO ESPONTÂNEA DAS REPRESENTAÇÕES SINDICAIS “PROFISSIONAIS” EM DECORRÊNCIA DA NÃO COMPULSORIEDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

3.1 O movimento sindical não espontâneo

3.2 Ampliação, na prática, da dimensão da percepção da unicidade sindical

3.3 A representação dos trabalhadores na empresa

CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

Passados mais de 70 anos de sua vigência e enfrentando algumas adequações pontuais, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nascida em 1943 e espelhada na *Carta Del Lavoro*, sofreu substancial alteração a partir da vigência da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, cujos efeitos se operaram em novembro do mesmo ano.

De todos os seus mais de novecentos artigos, a CLT recebeu modificação em 54 deles, um acréscimo de outros 43, tendo sido revogados quase 10, resultando em um número de 106 preceptivos. Essa universalidade de disposições abrangeu temáticas de direito individual, organização sindical e processo do trabalho. Daí a dimensão da reforma por que passou, sob o argumento de adequar o direito às atuais relações cotidianas do trabalho e ao aumento da empregabilidade.¹

Cuida o presente estudo de um tema bastante discutido, qual seja, a abolição da contribuição sindical compulsória proporcionada originariamente pela Lei n. 13.467/2017² e defendida pela doutrina mais especializada, consentânea que é com os princípios de liberdade sindical e livre sindicalização, dentre outros.

A importância dessa alteração vai muito mais além do que a simples retirada de uma fonte de receita. O legislador, na intenção de não mais propiciar o financiamento público de tais organizações sindicais, acabou, em função do modelo vigente de representação, promovendo uma alteração que impactará a própria existência,

¹ A se conferir.

² A alteração da compulsoriedade da contribuição sindical está sendo combatida por diversas confederações sindicais e sob os mais diversos fundamentos perante o Supremo Tribunal Federal (vide ADIs 5.794; 5.806; 5.810; 5.811; 5.813; 5.815; e 5.850). Muito embora seja tema para estudo distinto, em caso análogo, o mesmo Tribunal, por sua maioria de julgadores, até o momento está entendendo regular e possível a mudança na estrutura do financiamento compulsório da receita sindical pela via da legislação ordinária (vide julgamento da ADI 4.067 quase finalizado), tal como proporcionado pela Lei n. 11.647/2017. Sob tais aspectos, mantém-se o posicionamento de que a alteração promovida pela legislação em comento encontra amparo no sistema jurídico.

dimensão e representação das organizações sindicais, mais precisamente daquelas que defendem os interesses dos trabalhadores.

O desmembramento desenfreado das organizações sindicais que se tem vivenciado no país, em especial na seara da representação profissional, tende a ser um movimento que está com seus dias contados. Essa fragmentação de representação sindical, muitas vezes com os olhos voltados para a arrecadação compulsória prevista sob a égide da contribuição sindical, perdeu sentido e, até então, foi a responsável pela existência de cerca de dezessete mil sindicatos no país até o ano passado, inclusive, por várias disputas no Poder Judiciário a respeito da representação de uma dada categoria e, conseqüentemente, da destinação daquela receita obrigatória.³

A par disso tudo será demonstrada a incongruência da organização sindical brasileira refletida no Texto Constitucional em função do princípio da liberdade sindical, o tema preliminar que originou a ampla alteração das relações de trabalho estampada na Lei n. 13.467/2017; os efeitos (talvez até desprezíveis) que esses novos regramentos irão propiciar ao longo do tempo na representação classista, principalmente na profissional, ocasionando ainda uma nova releitura dos procedimentos de desmembramento de representação sindical, sob pena de insuficiência de suas prerrogativas.

1 ORGANIZAÇÃO SINDICAL BRASILEIRA E A INCONGRUÊNCIA DO ARTIGO 8º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Brasil, entre o final da década de 70 e meados da seguinte, após um longo período de repressão e conflitos sociais, viveu ares de um movimento social de maior exigência de democracia. Sob tal diretriz, com várias manifestações populares, adentrou-se no

³ Ver texto patrocinado pelo IPEA de: CAMPOS, André Gambier. *Sindicatos no Brasil: o que esperar no futuro próximo?* Disponível em: <http://fenecon.org.br/doc/td_2262.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

que comumente conheceu-se como período da redemocratização brasileira⁴, tendo como seu marco final a promulgação da Constituição Federal, a qual, entre tantos outros direitos e garantias fundamentais, alterou significativamente o modelo de organização sindical até então vigente e regrado exclusivamente pela CLT, tido como do tipo corporativista.⁵

Certamente o país alterou seu modelo de sindicato corporativista, mas não o abandonou completamente como sugere Amauri Mascaro do Nascimento⁶, indicando encontrar-se em um estágio semicorporativista, já que a organização sindical prevista no artigo 8º da Constituição, embora adotando alguns princípios de liberdade sindical da Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ainda manteve resquícios do antigo corporativismo, como a unicidade e, principalmente, a então contribuição sindical compulsória.

Essa incongruência da organização sindical brasileira em manter alguns institutos de liberdade sindical e do sindicato corporativista, em boa dose, é responsável direta por uma representação classista deficiente, já que fragmentada, levando ao descrédito das organizações sindicais, resultando ainda no baixo índice de filiação.⁷

⁴ Para maiores detalhes ver: CHAUI, Marilena; NOGUEIRA; Marco Aurélio. *O pensamento político e a redemocratização do Brasil*. (Seminário realizado na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, em 26/4/2006). São Paulo: Lua Nova, 2007.

⁵ Orlando Gomes e Elson Gottschalk retratam bem a característica das organizações sindicais pré-Constituição de 1988: “Desde o nascimento à morte, o sindicato viveu nas estufas do Ministério, e a Exposição de Motivos que o acompanhou à sanção presidencial dizia, sem rebouços, que ‘com a instituição deste registro toda a vida das associações profissionais passará a gravitar em torno do Ministério do Trabalho: nele nascerão, com ele crescerão; ao lado dele se desenvolverão; nele se extinguirão.’” (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 576.)

⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A legalização das centrais. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo, Ano XVI, n. 16, 2008. p. 89-94.

⁷ Segundo dados mais recentes da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2015, menos de 20% dos trabalhadores ocupados são sindicalizados. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/numero-de-trabalhadores-sindicalizados-no-brasil-atinge-maior-patamar-desde-2004-segundo-ibgeoit/>>. Acesso em: 13 set. 2017.

1.1. O financiamento compulsório e a pulverização da representação sindical

Como destacado alhures, o legislador constituinte se posicionou em alguns dispositivos contrariamente à efetividade do princípio da liberdade sindical, particularmente porque manteve a unicidade sindical de representação classista compulsória por categoria (inciso II do art. 8º da CRFB) e abrigou a malfadada contribuição sindical, de natureza obrigatória, agraciando todos os integrantes do sistema confederativo sindical (inciso IV do art. 8º da CRFB).

Até então, pode-se dizer que o recebimento da contribuição sindical compulsória pelas associações sindicais afrontava a liberdade sindical em sua esfera individual, considerada esta o direito de cada empreendedor ou trabalhador de filiar-se ou não à organização sindical de sua escolha. A mesma liberdade de filiação ou não também deveria ser destinada à contribuição, tal como ao final decidiu o Supremo Tribunal Federal em situação análoga.⁸

Sob outra ótica, mormente quanto à autonomia privada das associações sindicais, essa receita obrigatória também se revelava uma afronta em seu poder de gerenciamento, já que, como uma receita de cunho parafiscal, deveria necessariamente ser empregada para fins específicos e não segundo as conveniências e ou prioridades da categoria.⁹

O discurso positivo pela manutenção dessa receita obrigatória de parte das entidades classistas beneficiárias reside no fundamento

⁸ STF: Súmula Vinculante 40 - A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.

⁹ “A contribuição sindical tem natureza essencialmente tributária. De um lado, preenche as exigências de tributo constantes do art. 3º do Código Tributário Nacional: [...]. A contribuição sindical foi instituída pelo legislador, não corresponde a uma sanção e tem ritual próprio de averbação e de cobrança. Aliás tem assento no próprio Código Tributário Nacional, notadamente as dos arts. 17, 74, § 2º, e 77, Parágrafo Único, bem como 54 da Lei n. 5.025, de 10 de junho de 1966 [...]” (SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. Direito coletivo do trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, p. 117-118.)

de que respectivos valores, distribuídos por todo o sistema confederativo, serviam ao sustento das negociações e serviços que ainda são prestados aos interesses e direitos individuais e coletivos da categoria, e não somente aos seus filiados, como dispõe a própria legislação (art. 8º da CRFB, c.c. arts. 513 e 514 da CLT).¹⁰ A supressão de tais valores implica a precariedade dessa ação sindical, resultando em prejuízo aos próprios representados.

Muito embora a grande maioria dos trabalhadores não sejam favoráveis a esse pagamento, de seu lado, a própria OIT, através de alguns verbetes extraídos das decisões do seu *Comitê de Liberdade Sindical*, rechaça a aplicabilidade dessa modalidade de cobrança compulsória de receitas em favor das representações de trabalhadores ou mesmo de empregadores, porque ofensiva não somente à liberdade sindical, à liberdade de escolha (filiação), mas também à própria autonomia gerencial dessas entidades, como se extrai dos enunciados abaixo reproduzidos¹¹:

428. O direito dos trabalhadores de constituir organizações de sua escolha e o direito destas organizações de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos e de organizar sua gestão e suas atividades supõem a independência financeira, o que implica que as organizações não sejam financiadas de modo a ficar sujeitas à discricção dos poderes públicos.
[Ver *Recopilación* de 1985, Parágrafo 344.]

429. No que diz respeito aos sistemas de financiamento do movimento sindical, que põem as organizações sindicais sob a dependência financeira de um organismo público, o Comitê achou que toda forma de controle do Estado é incompatível com os princípios da liberdade sindical e deveria ser abolida uma vez que permitia a ingerência das autoridades na administração financeira dos sindicatos.
[Ver *Informe* 283º, Caso n. 1584, Parágrafo 174.]

¹⁰ Para um estudo evolutivo das funções sindicais e mais abrangente, consultar: MAGANO, Octávio Bueno. *Organização sindical brasileira*. São Paulo: RT, 1982. p. 181-190; DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, p. 84-89.

¹¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *A liberdade sindical - recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*. Brasília. OIT, 1997. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/286>>. Acesso em: 11 set. 2017.

431. Um sistema, segundo o qual os trabalhadores estejam obrigados a pagar uma contribuição a um organismo de direito público que, por sua vez, assegura o financiamento das organizações sindicais, pode envolver graves perigos para a independência das ditas organizações.
[Ver *Recopilación* de 1985, Parágrafo 341.]

434. As questões relativas ao financiamento das organizações sindicais, tanto no que diz respeito a seus próprios orçamentos como aos das federações e confederações, deveriam regular-se pelos estatutos dos sindicatos, das federações e confederações, razão pela qual a imposição de contribuições por meio da Constituição ou por via legal não é conforme aos princípios da liberdade sindical.
[Ver *Informe* 283º, Caso n. 1487, Parágrafo 373.]

Evidente, portanto, que essa ingerência estatal promovida através da implementação de uma receita compulsória afetava de forma prejudicial a organização sindical como um todo. Negar tal vertente, ao que parece, é o mesmo que relativizar sua autonomia a terceiros.

No caso brasileiro, essa receita provocou, sem sombra de dúvidas, uma disputa desenfreada pela sua arrecadação por sindicatos, através do movimento tradicional de desmembramento, o que significa pulverizar a representação classista, enfraquecendo e limitando a ação sindical.

Não se olvida de que a contribuição sindical, enquanto protegida pelo manto da compulsoriedade em nosso modelo jurídico, foi consequência direta e principal de busca pela representação sindical, fato que, como já antecipado, provocou o surgimento estrondoso de organizações sindicais por todo o território nacional, enfraquecendo e deslegitimando a própria instituição de representação classista.

Dados do Ministério do Trabalho (MTE) não deixam dúvidas a respeito disso¹², pois, nos dias atuais, excetuando federações e confederações, o país conta com 16.431 sindicatos (considerando que 11.257 representam trabalhadores, e os restantes 5.174, os empregadores).

¹² Disponível em: <<http://diariodopoder.com.br>>. Acesso em: 11 set. 2017.

Indiscutível que a principal função dos sindicatos é a negociação coletiva, mormente aquela voltada às campanhas salariais. Segundo dados obtidos pelo mesmo Ministério do Trabalho, o número de instrumentos coletivos finalizados nos últimos doze meses foi apenas 799.¹³ Admitindo, por hipótese, que igual número, confortavelmente, valeu-se do dissídio coletivo junto ao Poder Judiciário após o entrave das negociações, chega-se à conclusão de que menos de 15% das representações de trabalhadores do país realmente negociam ou promovem ações de interesse de seus representados.

A regra combinada da CLT com a Constituição Federal é aquela segundo a qual, quando provocado, ninguém pode se furtar à negociação. Portanto, não haveria justificativa para a inércia dos atores sindicais nessa seara.

Contribuição sindical compulsória, excessivo número de sindicatos, ausência de legítima representação sindical são institutos que se mostram associados em boa dose no sistema de organização classista mantido pela antiga redação do art. 545 da CLT.

2 CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: O PONTAPÉ INICIAL DAS NOVAS REGRAS DE RELAÇÕES DE TRABALHO

A Lei n. 13.467/2017, cuja vigência ocorreu em 11 de novembro de 2017, foi a responsável pelo que se denominou na linguagem comum de “reforma trabalhista”. As alterações foram de toda ordem, desde o direito individual, passando pelas relações sindicais, tratando até da seara processual.

Cabe aqui uma alteração pontual, talvez despreziosa do legislador, mas que irá modificar sobremaneira a organização sindical como um todo, podendo aproximar o país dos sistemas mais avançados nesse campo de relações sindicais e da própria Convenção n. 87 da OIT, restando apenas a odiosa unicidade sindical: ela diz respeito à flexibilização das fontes de custeio sindical.

¹³ Disponível em: <<http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/ConsultarInstColetivo>>. Acesso em: 10 set. 2017.

Especificamente, a novel legislação atingiu o art. 545 da CLT promovendo a extinção da contribuição sindical na modalidade compulsória, a qual, como expressado anteriormente, resultava em um dos antagonismos e males da própria representação classista em nosso país. É possível afirmar que aquela fonte de receita era a verdadeira fonte de sustento de toda a estrutura do sistema confederativo sindical.

O que se tem, portanto, segundo a redação dos artigos 578, 579 e 582 da CLT¹⁴, não é a supressão daquela receita, mas seu caráter de obrigatoriedade. A partir da vigência da nova lei em novembro de 2017, seu caráter passou a ser facultativo.

A existência da contribuição sindical compulsória (da legislação passada), na maioria das vezes, subsidiava disputas entre as mais diversas classes profissionais ou econômicas, a princípio como desiderato da legitimidade na representação de uma dada coletividade e sempre combinada com aquela receita compulsória.

Como se percebe pela estatística de negociações efetivadas divulgadas pelo MTE, o intento maior parece ser o de ordem pecuniária.

A se contar pela data da CLT, essa importantíssima receita aos cofres das organizações sindicais sustentou essa estrutura por quase 75 anos. A sua supressão, de forma imediata, sem um movimento de transição e adaptação para as organizações sindicais, muito provavelmente, trará impactos de toda ordem, inclusive de sobrevivência.

¹⁴ “Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas. Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação. [...] Art. 582. Os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos.”

O Poder Judiciário e o Ministério do Trabalho (não necessariamente nessa ordem), igualmente, sofrerão os impactos dessa mudança na fonte de custeio do sistema confederativo sindical promovidos pela Lei n. 13.467/2017. Disputas judiciais que inegavelmente dividiam com igual importância o direito à representação de dada categoria e as negociações com a fonte de custeio primária da contribuição sindical tendem a reduzir drasticamente, mas não desaparecer. O Ministério do Trabalho, dentro da competência que lhe foi conferida e depois confirmada pela Súmula n. 677 do Supremo Tribunal Federal¹⁵ a respeito do controle da unicidade sindical (via procedimento de desmembramento sindical), inevitavelmente, terá suas requisições diminuídas.

Nosso sistema jurídico conviveu muito tempo com essa estrutura defasada do modelo sindical, praticamente $\frac{1}{4}$ de século. A mudança é sempre desafiadora; porém, está em consonância com os sistemas regulares de relações sindicais e os princípios de liberdade sindical apregoados pela OIT.

2.1. Uma particularidade a se ponderar quanto ao potencial restabelecimento da receita compulsória

A aprovação da Lei n. 13.467/2017, muito provavelmente em função do seu objeto (alteração de artigos da Consolidação das Leis do Trabalho), provocou fortes reações de vários setores da sociedade, dividindo opiniões em seu favor ou em sentido contrário.

Para sua aprovação final, nos bastidores, foi admitida no Senado Federal a edição posterior de uma Medida Provisória para tratar de temas pontuais, quais sejam: (i) definir o período de quarentena para a conversão do contrato de trabalho original para o intermitente; (ii) a negociação a respeito da jornada de trabalho

¹⁵ “Súmula 677 - Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.”

12h x 36h; e (iii) em que termos seria possível o trabalho da gestante em condições insalubres.

As Centrais Sindicais, dentro do papel delegado pela Lei n. 11.648/2008, promoveram forte pressão para que, nessa Medida Provisória, fosse incluída uma nova fonte de receita sindical, de natureza compulsória, mas que seria definida pelos trabalhadores envolvidos, justamente para sustentar as atribuições das organizações sindicais que integram todo o sistema confederativo sindical. O princípio seria ter uma nova receita que fosse definida pelos próprios representados.

Levou-se anos para que o Brasil se aproximasse dos princípios da liberdade sindical, e ele está muito próximo de se livrar de sindicatos que não possuem representação e legitimidade alguma para com sua categoria. Reviver uma fonte de custeio obrigatória remeterá o país ao mesmo defeito de organização sindical vivenciado por mais de setenta anos, com milhares de sindicatos, sem poder de negociação, ilegítimos na sua maioria e com descrédito da categoria.

Espera-se que o Governo não se torne refém desse apelo das Centrais Sindicais.

3 A READEQUAÇÃO ESPONTÂNEA DAS REPRESENTAÇÕES SINDICAIS “PROFISSIONAIS” EM DECORRÊNCIA DA NÃO COMPULSORIEDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

O movimento sindical brasileiro, seja na figura das categorias econômicas, seja na figura das categorias profissionais, mormente daquelas de menor densidade, com a perda de sua receita compulsória, terá de alterar os padrões tradicionais proporcionados pelo velho sindicalismo associado à contribuição sindical que, para algumas dessas organizações sindicais, proporcionavam a sua subsistência associada à baixa atuação sindical.

Em um curto espaço de tempo, no mínimo, o número de sindicatos irá diminuir drasticamente (ao menos àqueles de atuação efetiva), e isso se deve ao impacto econômico que sofrerão.

A diminuição das receitas dos sindicatos vem reduzindo há algum tempo o aumento do desemprego ou o emprego informal, porque essa massa de trabalhadores não impacta a representação e financiamento sindical. Soma-se a isso a supressão da contribuição sindical, que provocará a redução estrutural dos sindicatos por conta do orçamento menor.¹⁶

3.1. O movimento sindical não espontâneo

A alteração legislativa em comento, no fomento do custeio sindical, resulta, em um primeiro momento, na necessidade de um novo plano de ação. Se assim não o fizer, tanto os sindicatos de categorias econômicas quanto de categorias profissionais de menor estrutura e filiação naturalmente cairão no ostracismo sindical ou mesmo desaparecerão na prática.

No primeiro estágio é certo que deverão procurar contribuições voluntárias para se manterem. Contudo, necessariamente, para atingir tal feito, terão de promover um intenso trabalho de convencimento junto aos seus representados e que justifique o pagamento pelos serviços que irão propor.

Autorização legal não falta. O próprio inciso III do artigo 8º da CRFB possibilita às organizações sindicais prover a categoria em todos os “interesses e direitos individuais e coletivos”, em juízo ou fora dele. Portanto, não somente quando se trata de relações de trabalho, mas de outras questões afetas aos clamores dos representados. Cada qual, dentro do seu plano de ação, deverá traçar uma estratégia de ação de natureza política e apolítica a ser oferecida aos seus filiados, bem como a toda categoria, reestruturando suas atividades, redimensionando os custos das atividades através das fontes de receitas que estarão disponíveis, em especial com os novos recursos originados do plano de convencimento perante os representados.

¹⁶ Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/como-a-reforma-trabalhista-pode-afetar-os-sindicatos-e-seus-150-mil-funcionarios.ghtml>>. Acesso em: 14 set. 2017.

A nova legislação impõe um movimento não espontâneo às organizações sindicais de necessidade de reestruturação para sua sobrevivência, devendo cada qual seguir um planejamento e nova postura com a finalidade de enfrentar o cenário atual e futuro. A administração da estrutura sindical na atualidade deve incorporar o *modus operandi* do empreendedorismo, talvez não no sentido de lucro, mas de uma mudança objetivando o fortalecimento e sobrevivência para que possa realizar as prerrogativas que são traçadas pela ordem jurídica em benefício de sua categoria.

As organizações sindicais, todas elas, mais do que nunca, deverão estar mais presentes junto aos seus filiados e à categoria.

Embora a readequação de uma nova postura e mentalidade sejam necessárias para a sobrevivência da maioria dos quase dezessete mil sindicatos existentes no país na atualidade, não pode ser descartado o fato de que muitos não mais existirão.

3.2. Ampliação, na prática, da dimensão da percepção da unicidade sindical

Com as impressões dispostas no tópico anterior, o efetivo procedimento para o surgimento de novas organizações sindicais propiciado pela antiga legislação consistia no desmembramento ou dissociação sindical (ainda vigentes); com o atual estágio legislativo, deverá perder espaço.

A necessidade de subsistência das organizações sindicais provavelmente dará ensejo a duas ferramentas jurídicas até então pouco utilizadas entre as associações classistas, todavia previstas em nosso ordenamento, inclusive reguladas pelo Ministério do Trabalho através de sua Portaria MTE 326, de 1º/3/2013. Essa Portaria prevê que as organizações sindicais, em qualquer grau, podem alterar suas estruturas através da “fusão” ou mesmo pela via da “incorporação”. Segundo referido instrumento normativo, esses dois procedimentos podem ser assim definidos:

Art. 4º Será considerada fusão, para os fins de registro sindical, a união de duas ou mais entidades sindicais destinadas à formação de uma nova

com a finalidade de suceder-lhes em direitos e obrigações, e resultará na soma das bases e categorias dessas entidades.

Parágrafo único. O deferimento da solicitação de fusão importará no cancelamento dos registros sindicais preexistentes.

[...]

Art. 9º Considera-se incorporação, para fins de registro sindical, a alteração estatutária pela qual uma ou mais entidades sindicais são absorvidas por outra com o objetivo de lhes suceder em direitos e obrigações, permanecendo apenas o registro sindical da entidade incorporadora.

Parágrafo único. O deferimento da solicitação de incorporação implicará no cancelamento dos registros sindicais das entidades incorporadas.

Tanto a “fusão” como a “incorporação” permitirão que as organizações sindicais de menor estrutura possam se agrupar umas às outras, promovendo conjuntamente política de ação sindical, dividindo a estrutura, gastos e receitas. Talvez aqui resida o futuro dos sindicatos que não consigam sobreviver sem o recebimento da contribuição sindical compulsória, extinta pela Lei n. 13.467/2017.

Além de propiciar a subsistência das organizações sindicais, ainda que com outra roupagem e estrutura de poder político interno, esses dois instrumentos resultarão irremediavelmente no surgimento de novos sindicatos e, na via inversa, na diminuição do número dos até então existentes, já que as estruturas serão maiores.

O princípio do sindicato mais específico, bem como o da unicidade sindical, embora ainda vigentes e aplicáveis em nossas relações coletivas, serão relativizados porque as disputas de representações sindicais serão diminuídas consideravelmente.

Os atuais sindicatos por categoria ou por profissão, cuja representação é horizontal, por certo darão lugar às organizações classistas de representação vertical, o que resultará em um número menor de entidades sindicais espalhadas por todo o território nacional.

Seria possível imaginar tamanho impacto na representação sindical com a supressão parcial de apenas um artigo que sequer tratava dessa matéria?

Parece que o legislador, ao tratar de um único assunto, conseguiu praticamente resolver em boa dose nosso problema de representação classista. Resta ainda a unicidade. Mas esta é para outro momento.

3.3. A representação dos trabalhadores na empresa

A Lei n. 13.467/2017 também agregou um novo reforço à estrutura sindical.

Se é verdade que a supressão da obrigatoriedade da receita compulsória até então devida ao fomento do sistema confederativo sindical vai proporcionar um rearranjo no número de sindicatos existentes em todo o país, mais precisamente a diminuição drástica dos existentes, parece necessário que, para aqueles que ainda continuarão na ação sindical, a tarefa será mais complexa e árdua.

A representação na empresa necessitará da ação sindical na mesma intensidade, não somente em relação à categoria, mas também nos locais de trabalho.

Corroborando com a Convenção n. 135 da OIT, ratificada pelo Brasil, a nova legislação instaurou explicitamente a “Representação dos Empregados” a partir dos artigos 510-A a 510-D da CLT. Essa representação de trabalhadores, que não concorre com os sindicatos diante da competência específica que foi atribuída pela Constituição Federal, diante dos rumos que as organizações sindicais terão de tomar, principalmente no que toca à redução ou reestruturação de seus quadros, assume relevante papel de suporte aos sindicatos na mediação da resolução de conflitos individuais e coletivos.

Ainda que a CLT reporte que essa representação seja constituída em empresas com número mínimo a partir de duzentos trabalhadores, nada impede que, mediante um ajuste coletivo com o sindicato profissional, seja instalada idêntica comissão, calcada na Convenção n. 135 da OIT para auxiliar o sindicato perante seus representados.

A representação de trabalhadores deve ser pensada com mais carinho diante da nova realidade do movimento sindical instaurada com as proposições da Lei n. 13.467/2017.

CONCLUSÃO

O Brasil mudou em parte uma situação de relações sindicais que foi sustentada por quase 75 anos. O financiamento obrigatório

do sistema confederativo sindical sempre foi motivo de contestação na doutrina e jurisprudência e, claro, razão de rejeição pela própria OIT. É importante notar como um instituto do velho sindicato corporativista proporcionava tantas incompatibilidades na organização sindical. Excessivo número de entidades classistas, baixa representação sindical, ausência de negociação, tudo isso veio deslegitimar o sistema de relações coletivas como concebido anteriormente e desacreditar a maioria das entidades classistas.

A supressão da obrigatoriedade da contribuição sindical, tornando-a facultativa, segundo o tempo dirá, proporcionará uma transformação substancial em nosso sistema de relações coletivas, ocasionando inevitavelmente não somente a redução do número de sindicatos, mas também uma nova forma de ação dessas entidades classistas e alteração de estruturas, tudo para que possam sobreviver segundo as prerrogativas destinadas pelo artigo 8º da Constituição Federal.

O cenário para os sindicatos, como reportado acima, é desafiador. Porém, ferramentas para superar esses percalços e fazer surgir um novo tipo de sindicalismo parecem realidade e são salutares.

Bom para o movimento sindical. Melhor ainda para os representados.

ABSTRACT

Recent legislation that substantially altered labor relations in Brazil has directly affected trade union organization, especially with regard to its mandatory financing model, which originates from the Italian corporatist system. The compulsory union contribution, undoubtedly, throughout all these years, has directly contributed to the fragmentation of trade union representation, weakening and delegitimizing trade union organizations about their representatives, while the emergence of new entities has arisen, to a great extent, to receive this compulsory prescription, without the need to practice any program or action. The new legislation in transforming compulsory income into optional income is based on the main motto of the

contemporary trade union organization, reflected in freedom of association, in accordance with ILO Convention 87. This new model, of course, will require organizations to develop a new trade union action plan with their constituencies for their own survival, considering that the union contribution achieved by the new legislation represented almost all of the revenues of most unions parents.

Keywords: *Labor law reform. Trade unions. Union contribution. Representation. Merger and incorporation.*

REFERÊNCIAS

- CAMPOS, André Gambier. *Sindicatos no Brasil: o que esperar no futuro próximo?* Disponível em: <http://fenecon.org.br/doc/td_2262.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.
- CHAUI, Marilena; NOGUEIRA; Marco Aurélio. *O pensamento político e a redemocratização do Brasil*. (Seminário realizado na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, em 26/4/2006). São Paulo: Lua Nova, 2007.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MAGANO, Octávio Bueno. São Paulo: RT, 1982.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A legalização das centrais. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo, Ano XVI, n. 16, 2008.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *A liberdade sindical - recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*. Brasília. OIT, 1997.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. Direito coletivo do trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ABORDAGEM SOBRE A
REFORMA TRABALHISTA:
ASPECTOS JURÍDICOS DA
FLEXIBILIZAÇÃO E
DESREGULAMENTAÇÃO DA
LEGISLAÇÃO LABORAL NO
BRASIL*

APPROACH ON LABOR
REFORM: LEGAL ASPECTS OF
FLEXIBILIZATION AND
DEREGULATION OF LABOR
LEGISLATION IN BRAZIL

Diandra Rodrigues Nascimento**

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo pontuar aspectos relevantes que circundam a reforma trabalhista promovida pela Lei n. 13.467/2017. Busca-se situar o direito do trabalho brasileiro em sua perspectiva principiológica e constitucional, de modo a estabelecer a importância dos primados da proteção ao trabalhador e da dignidade da pessoa humana. Em seguida, fala-se a respeito da incidência de normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao direito trabalhista. Na sequência, a

* Artigo enviado em 30/8/2017 e aceito em 27/10/2017.

**Advogada. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho, UCAM. Pós-Graduada em Direito e Processo Civil, UNIPÊ. Membro da Comissão da Justiça do Trabalho, OAB - Paraíba.

título de ilustração, são apontadas algumas das principais mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista. Por fim, analisam-se aspectos jurídicos relacionados à possibilidade de relativização (flexibilização e desregulamentação) dos direitos trabalhistas no Brasil, de modo a construir uma correta percepção a respeito das diversas razões que compõem o cenário da modificação das normas de direito do trabalho no Brasil.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Legislação trabalhista. Dignidade humana. Proteção ao trabalhador. Desregulamentação. Flexibilização. Aspectos jurídicos.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo tem por objetivo pontuar aspectos relevantes que circundam a reforma trabalhista promovida pela Lei n. 13.467/2017.

Nesse íterim, buscou-se situar o direito do trabalho brasileiro em sua perspectiva principiológica e constitucional, de modo a estabelecer a importância dos primados da proteção ao trabalhador e da dignidade da pessoa humana, este o princípio matriz da República Federativa do Brasil.

Em seguida, há item específico a tratar resumidamente a respeito da incidência de normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao direito trabalhista, partindo da Declaração dos Direitos do Homem, passando pelos tratados e convenções internacionais em geral e chegando especificamente às convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Na sequência, a título de ilustração, são apontadas algumas das principais mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista, com comentários breves a respeito do conflito de tais mudanças em relação ao direito do trabalho, ramo do direito que, por essência, sempre busca proteger o trabalhador de vulnerabilidades que o possam afligir.

Por fim, analisam-se aspectos jurídicos relacionados à possibilidade de relativização (flexibilização e desregulamentação) dos direitos trabalhistas no Brasil, de modo a construir uma correta percepção a respeito das diversas razões que compõem o cenário da modificação das normas de direito do trabalho no Brasil.

Para o atingimento da proposta acima delineada, foi utilizada uma abordagem qualitativa, justificada pelo fato de a temática em questão ser revestida de grande caráter social, uma vez que a preocupação científica orientadora do presente esforço reside na preservação da dignidade do trabalhador.

O método tipológico delineou os caminhos a serem seguidos e foi adequadamente complementado através de material bibliográfico de fontes diversas, obtido a partir de coleta documental direta.

Trata-se, finalmente, de pesquisa que mescla caracteres teóricos e práticos, com reflexões acerca da valorização da dignidade do trabalhador em contraposição à incessante busca pelo lucro por parte das corporações privadas, reforçando a real necessidade de debate sobre o tema com a participação dos órgãos e profissionais competentes, bem como da sociedade.

2 O DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO E A DIGNIDADE DO TRABALHADOR À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

O direito trabalhista brasileiro, apesar de ramo autônomo da ciência do direito, dotado de princípios próprios, sofre a incidência de normas de outras naturezas, quais sejam, as de caráter constitucional e aquelas que, apesar de oriundas do direito público externo, produzem efeitos jurídicos em solo brasileiro após atravessarem o processo legislativo próprio a elas reservado.

Elas são mencionadas neste momento a fim de que se estabeleça, com precisão, a constatação de que, por mais que imperativos das mais diversas ordens possam alavancar o debate a favor de uma reforma trabalhista, eles não serão absolutos, carecendo de análise jurídica futura, inclusive da parte dos tribunais superiores.

2.1 O direito do trabalho e suas relações com o princípio protetivo e a dignidade humana

O direito do trabalho é fruto do século XIX, surgindo para garantir a melhoria da condição social do operário, ao propiciar a busca pela redução das desigualdades existentes entre o capital e o trabalho e, acima de tudo, consagrar a dignidade da pessoa humana do trabalhador, bem como ressaltar os valores sociais envolvidos no labor, enquanto fundamentos para a construção de uma sociedade justa.

A dignidade do trabalhador à luz do princípio-matriz da dignidade da pessoa humana possui um extenso rol de princípios espalhados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Tratado de Versalhes, na Constituição Federal, no Código Civil e na Consolidação das Leis do Trabalho, dentre outros diplomas. (ONU, 2017).

Nesse sentido, destaca-se o princípio protetivo, basilar no direito do trabalho, que serve ao propósito de tentar equilibrar a relação desigual entre patrão e empregado, conferindo certos privilégios jurídicos aos trabalhadores, em obediência ao princípio da isonomia previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Segundo Vólia Bomfim (CASSAR, 2010, p. 87):

Para compensar sua fragilidade jurídica e econômica, o princípio da proteção ao trabalhador é a base do Direito do Trabalho. Uma das finalidades do Direito do Trabalho é a de alcançar uma verdadeira igualdade, a igualdade chamada de substancial entre as partes. Para tanto, é necessário proteger o trabalhador, por ser a parte mais frágil desta relação. A intensa intervenção estatal é a principal característica do princípio da proteção ao trabalhador, pois limita a autonomia da vontade das partes. O contrato mínimo de trabalho está regulamentado por lei, já que o Estado dirige, por meio da legislação imposta, as regras mínimas do contrato, não deixando as partes livres para a negociação [...].

Retornando à Constituição Federal, em seu artigo 1º, encontramos os fundamentos da República Federativa do Brasil,

dentre os quais destacamos a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, estabelecidos pelo constituinte como bases para a construção da sociedade brasileira, concebida sob o Estado Democrático de Direito.

Ora, a interpretação do direito não pode estar separada dos princípios constitucionais e, principalmente, dos princípios que consagram direitos fundamentais.

Por isso, a moderna doutrina tem se posicionado no sentido de que os princípios fundamentais da Constituição Federal têm caráter normativo, tendo aplicabilidade imediata como se fossem as regras. (SCHIAVI, 2017, p. 12).

Prosseguindo, Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2012) conceitua a dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

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

Diante desse contexto jurídico, a problemática que se apresenta, no escopo do presente trabalho, é como conciliar a relativização das normas trabalhistas promovida pela reforma trabalhista de 2017 com o princípio da proteção do trabalhador e os demais comandos constitucionais atinentes à dignidade humana.

2.2 Tratados e convenções internacionais: limitação à flexibilização e à desregulamentação da legislação trabalhista

Os tratados e convenções internacionais sobre direito do trabalho ratificados pelo Brasil integram o sistema da legislação trabalhista pátria, podendo atingir força normativa constitucional, caso submetidos e aprovados conforme o § 3º do artigo 5º da

Constituição Federal do Brasil, constituindo, assim, verdadeiras fontes de limitação à flexibilização e desregulamentação do direito laboral.

Nesse caminho, são exemplos de diplomas cogentes a Declaração Universal dos Direitos do Homem e as convenções da Organização Internacional do Trabalho. (MORAES, 2016, p. 206-208).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), aliás, é entidade que lidera em grande parte essa resistência normativa, preconizando a inevitável ideia de se ampliar os direitos e as garantias dos trabalhadores, não se podendo aceitar a sua exclusão, redução ou mudança para pior, pois estaríamos diante de um retrocesso social. (GARCIA, 2013, p. 42).

Dentre suas convenções em vigor, citam-se aquelas que melhor representam parâmetros limitadores aos fenômenos em estudo.

Vejamos:

- Convenção n. 81: adotada pela OIT em 1954 e ratificada originalmente pelo Brasil em 1957, tendo sido denunciada em 1971 e, posteriormente, revigorada em 1987. Impõe aos Estados-membros que a ratificarem a adoção de um sistema de inspeção do ambiente do trabalho, a fim de assegurar as corretas condições do trabalho, velando pela higiene e segurança do trabalhador;

- Convenção n. 95: aprovada pela OIT em 1949 e ratificada originalmente pelo Brasil em 1957. É denominada “Convenção para a proteção do salário”. Estabelece os procedimentos para o pagamento; veda ao empregador a restrição da liberdade do empregado ao salário; proíbe descontos, salvo nos casos previstos em lei ou em norma coletiva; protege o salário de penhora e cessão, salvo legalmente autorizados etc.; e

- Convenção n. 182: criada em 1999 pela OIT e ratificada pelo país em 2000. Define e proíbe as piores formas de trabalho infantil, bem como fomenta a criação de ações para sua imediata eliminação.

Na definição conceitual de “piores formas de trabalho”, incluem-se todas as formas de escravidão ou práticas análogas, recrutamento e oferta de crianças à prostituição ou produção de pornografia, bem como de trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.

Nos três casos temos convenções que visam a proteger o trabalhador dos desígnios unilaterais de patrões ou de Estados tendenciosos ao patronato.

São exemplos claros de limitação à flexibilização/desregulamentação de dispositivos de leis trabalhistas, advindos de normas exteriores ao nosso ordenamento pátrio.

3 REFORMA TRABALHISTA: ASPECTOS PONTUAIS DA LEI N. 13.467/2017

No dia 23 de dezembro de 2016, o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei n. 6.787/2016, o qual alterava os artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, tanto em aspectos do direito material quanto do processual. (SENADO FEDERAL, 2017).

Após o processo legislativo pertinente, e não sem antes originar inúmeras polêmicas e repercussões, o texto foi aprovado e publicado na forma da Lei n. 13.467, datada de 13 de julho de 2017, tendo determinado, em seu corpo, um período de vacância legal de 120 dias.

As principais mudanças da lei trabalhista brasileira recaíram sobre as novas definições quanto a férias, jornada de trabalho e a prevalência do negociado sobre o legislado em uma série de questões.

Nesse sentido, destacam-se algumas mudanças mais sensíveis, que merecem atenção, a fim de ilustração (CASSAR, 2017):

1. Prevalência do acordo coletivo sobre a convenção coletiva (mesmo que menos favorável) - constitui verdadeira afronta ao subprincípio da norma mais favorável, segundo o qual, existindo duas ou mais normas aplicáveis ao mesmo caso concreto, deve-se aplicar a norma mais favorável ao trabalhador;

2. Negociado em norma coletiva sobre o legislado, podendo reduzir o intervalo intrajornada (garantido o mínimo de 30 minutos) - mesmo sendo uma norma de ordem pública -, mudar percentual da insalubridade, dispor sobre compensação de jornada, dispor sobre gorjeta e parcelas de produtividade, sobre cargo de confiança; regulamento interno e plano de cargos e salários;
3. Modificação do conceito de grupo econômico e da sucessão, implicando diretamente a configuração desses conceitos e suas responsabilidades pelas dívidas trabalhistas;
4. Conceito de trabalho intermitente e sua regulamentação;
5. Exclusão dos teletrabalhadores das horas extras, intervalo, hora noturna e adicional noturno;
6. Jornada 12x36 por acordo individual escrito entre patrão e empregado ou norma coletiva;
7. Banco de horas por acordo individual escrito entre patrão e empregado para compensação em até 6 meses.

Nota-se, como se observa, que, na maioria das situações específicas, é cristalina a situação de vulnerabilidade do trabalhador diante das alterações legislativas efetuadas com a reforma.

Passa o empregado a estar ainda mais submisso a seu chefe pelo novo aparato legal em vigor no sistema jurídico pátrio, o que configura evidente retrocesso social, o qual em tese é proibido no Estado Democrático de Direito vivenciado no Brasil.

O princípio da proibição do retrocesso decorre justamente do princípio do Estado Democrático e Social de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais, do princípio da proteção da confiança e da própria noção do mínimo existencial. (BARROSO, 2001, p. 158).

Apesar disso, sabe-se, porém, que imposições legais não podem, por si, sobrepor-se integralmente ao direito do trabalho, pois o que norteia a direção axiológica desse ramo do direito é, por natureza, a tentativa de reequilibrar a relação entre trabalhador e empregador diante da característica reconhecida de hipossuficiência daquele, no sentido de que, sozinho, o empregado não é forte suficiente para negociar, sendo clara essa desigualdade.

Tanto é assim que, por vezes, a própria Constituição Federal pode ser relativizada diante de uma norma de outra natureza, desde que esta seja mais favorável ao trabalhador, na chamada inversão da pirâmide normativa.

Isso é algo que não se pode perder de vista nestes tempos de ataque aos direitos dos trabalhadores.

4 ABORDAGEM SOBRE A REFORMA TRABALHISTA: ASPECTOS JURÍDICOS DA FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO DA LEGISLAÇÃO LABORAL NO BRASIL

Diante de tudo que foi exposto, o ajustamento do direito do trabalho às atuais modificações da sociedade deve ser analisado sob variados enfoques, notadamente, jurídicos, sociopolíticos e econômicos, abrangendo os vetores interpretativos inerentes ao direito laboral, tais como os princípios da proteção e da norma mais favorável, mas sem se olvidar da compreensão a respeito dos elementos que cercam esses institutos jurídicos no ajuntamento social.

Desse modo, apesar de o desencadear das mudanças econômicas, tecnológicas e culturais implicar, para muitos, uma revisão das relações laborais - marcadas até pouco tempo pela rigidez de suas normas regentes -, faz-se necessário averiguar até que ponto tal revisão poderia ser encarada como uma autêntica flexibilização modernizante e economicamente estimulante, ou apenas uma desregulamentação prejudicial ao proletariado, ou, ainda, mero jogo de palavras para diferenciar uma coisa da outra semanticamente sem, no entanto, distingui-las na prática.

4.1 Flexibilização e desregulamentação do direito do trabalho: conceitos iniciais

Inicialmente, é importante apontar a diferença entre flexibilização e desregulamentação, conceitos que não se confundem.

A desregulamentação significa a ausência total da intervenção do Estado nas normas trabalhistas, deixando a cargo dos empregados ou empregadores, ou ainda das entidades sindicais, a regulamentação do direito do trabalho. (SCHIAVI, 2017, p. 18).

Dissertando a respeito, Vólia Bomfim Cassar (CASSAR, 2014, p. 78) apresenta a seguinte formulação:

Pressupõe a ausência do Estado (Estado mínimo), revogação de direitos impostos pela lei, retirada total da proteção legislativa, permitindo a livre manifestação de vontade, a autonomia privada para regular a relação de trabalho, seja de forma individual ou coletiva.

Já quanto à flexibilização, temos a definição oferecida por Crepaldi (2001, p. 23):

[...] flexibilizar significa causar transformações nas regras existentes, atenuando a influência do Estado, diminuindo o custo social da mão de obra, mitigando certas regras que não ofendem a dignidade do ser humano, mas velando por *standart minimum* indispensável, mediante patente desigualdade existente entre empregadores e trabalhadores.

Ora, a flexibilização é instituto já existente na Consolidação das Leis do Trabalho e tem como escopo permitir ao Estado abrir mão de parcela de seu poder interventivo, a fim de permitir aos particulares o livre trato de determinadas questões, desde que respeitados certos direitos mínimos.

Como exemplo temos a adoção do banco de horas, com a possibilidade de redução e aumento de jornada de trabalho, as hipóteses legais de terceirização e os programas de demissão voluntária, aos quais muitas empresas e trabalhadores recorrem em tempos de crise.

Opõe-se, portanto, à desregulamentação, que é fenômeno em que o Estado abstém-se totalmente de intervir nas relações trabalhistas e de tutelá-las juridicamente, conferindo à sociedade civil o poder de regê-las.

Ainda nesse ínterim, é de se recordar que, por imposição da ordem constitucional, somente é admissível a flexibilização dos direitos de indisponibilidade relativa, sendo assim considerados aqueles de caráter privado, ou seja, não previstos na Constituição Federal ou em lei. (DELGADO, 2010, p. 201).

4.2 Flexibilização e desregulamentação do direito do trabalho: debate doutrinário

Os estudiosos do direito laboral têm debatido sobre a correta avaliação quanto aos institutos de relativização dos direitos dos trabalhadores a partir de soluções não legisladas.

Identificam-se três posições diferentes referentes à flexibilização e à desregulamentação do direito do trabalho, a saber: a favorável, a desfavorável e a moderada. (MARTINS, 2009, p. 29).

Para os que aderem a um posicionamento favorável, o direito do trabalho e sua normatividade seriam obstáculos à solução da crise e, por essa razão, deveriam ser reduzidos ou eliminados em nome de uma pretensa redução dos custos associados à atividade empresarial.

Em havendo a redução dos custos advindos das relações empregatícias, e com o aumento dos recursos disponíveis, as empresas poderiam, então, adaptar-se às novas realidades econômicas e inserir-se com competitividade às exigências do sistema capitalista contemporâneo, o que beneficiaria a sociedade diretamente, tendo em vista que, com o aumento da lucratividade - um dos argumentos utilizados entre os legisladores para aprovação da reforma trabalhista -, novos postos de trabalho seriam criados.

Vê-se, portanto, que essa corrente de pensamento justifica a adoção de medidas de flexibilização e desregulamentação a partir da melhoria das condições econômico-financeiras do ambiente empresarial, tendo como consequência o aumento da produtividade, da competitividade e do lucro, sendo parte da solução à crise social e econômica ora experimentada pelo Brasil.

O segundo posicionamento doutrinário, contrário à flexibilização e à desregulamentação, parte do pressuposto de que, em ambas modalidades de relativização, seria gerada nocividade para a sociedade, na medida em que se restringem ou mesmo eliminam direitos sociais historicamente consolidados.

Seriam meros reflexos dos interesses das potências mundiais e das grandes organizações e corporações transnacionais. Segundo Ricardo Antunes, “[...] são expressões de uma lógica societal onde se tem a prevalência do capital sobre a força humana de trabalho.” (ANTUNES, 2002, p. 184).

Assim, a corrente desfavorável afasta totalmente os argumentos favoráveis à flexibilização e à desregulamentação, situando-os no espectro dos artifícios promovidos pelos grandes agentes econômicos a fim de maximizar seus ganhos.

Por fim, para uma corrente moderada, a flexibilização seria admitida apenas no tocante ao direito individual do trabalho, a partir da valorização da autonomia coletiva, com intervenções episódicas do Estado. A desregulamentação, por sua vez, incidiria sobre o direito coletivo, por meio das convenções e acordos coletivos do trabalho.

Nas lições de Sérgio Pinto Martins, a moderação se concretizaria no respeito a um patamar essencial de direitos a partir da “[...] existência de uma norma legal mínima, estabelecendo regras básicas, e o restante seria determinado pelas convenções ou acordos coletivos.” (MARTINS, 2009, p. 29).

4.3 Um olhar sobre as relativizações promovidas pela reforma trabalhista

Como já introduzido, o tema da flexibilização não é propriamente uma novidade para o direito do trabalho brasileiro.

Como exemplo podemos citar várias medidas tomadas ao longo da década de 90 (anos 1990) no sentido de auxiliar a mediação e conciliação de conflitos individuais e coletivos e que já flexibilizavam a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em certos pontos.

Destacam-se nesse espírito a participação nos lucros e resultados, a contratação por tempo determinado e tempo parcial e a suspensão temporária do trabalho. (BRASIL, 2017).

Em outro nível, a própria Constituição Federal de 1988 prevê a flexibilização implicitamente, embora restrinja sua aplicação por meio dos princípios aplicados ao direito do trabalho. (MANUS, 2001, p. 74).

Percebe-se, no entanto, com a reforma empenhada pela Lei n. 13.467/2017, de forma inversa, verdadeira desregulamentação das relações de emprego no Brasil - a retirada da intervenção estatal das relações trabalhistas -, permitindo às partes que, em dadas situações, estipulem livremente seus contratos de trabalho, conforme as leis de mercado.

Essa modificação, bem cristalizada com o dispositivo legal que trata a respeito da preponderância do negociado sobre o legislado, tem inegáveis problemas, o maior deles a precariedade e superexploração dos ambientes de trabalho.

Tal autorização legislativa gera um degradante reflexo na dignidade do trabalhador, que passa de sujeito de direitos indisponíveis a alguém com *status* jurídico inferior, por precisar, não raramente, ceder à pressão de mercado em nome da sobrevivência.

Esse cenário, entretanto, não deveria encontrar tanta guarida em nosso sistema de leis, normas e princípios jurídicos.

As normas da CLT voltadas, por exemplo, à medicina, à saúde e à segurança no trabalho não podem ser modificadas em prejuízo dos empregados, são normas de ordem pública, por garantirem os direitos fundamentais à vida e à integridade física e psíquica. (GARCIA, 2013, p. 43).

Logo, por serem comandos de especial relevância para a manutenção da dignidade do trabalhador jamais poderiam ser objeto de ataque por uma lei desregulamentadora.

A reforma trabalhista, todavia, atropelou tal expectativa sem maiores problemas. Aguardemos o posicionamento das Cortes responsáveis pelo controle de constitucionalidade de nossas leis.

Outro problema que se cria a partir de todo esse novo movimento jurídico é a abertura política para a desregulamentação de outros campos outrora preferenciais do direito do trabalho clássico, como o que abrange o combate ao trabalho análogo ao de escravo. Precedente legislativo perigoso.

Porém, como já comentado anteriormente, a reforma trabalhista tem um contexto.

Não ocorreu do dia para a noite, nem trouxe todas essas alterações sem que houvesse uma contrapartida prévia na forma de *lobbies* diversos.

Ela nasce da alegada necessidade de se revitalizar a economia e recuperar o poder de investimento das empresas no país.

Nesse sentido, a afirmação mais corrente entre os muitos legisladores que apoiaram o trâmite da reforma trabalhista é a de que, ao passo que o mundo evolui rapidamente, as relações trabalhistas devem evoluir conjuntamente, acompanhando a nova dinâmica a que a humanidade está submetida, adaptando-se, desse modo, às exigências de um planeta globalizado.

Entretanto, falar em globalização não é equivalente a se falar em melhoria nas relações laborais, aumento dos benefícios sociais ou mesmo geração de emprego e renda.

Na verdade, o processo alucinante instalado pela internacionalização da produção e do consumo fez com que diminuísse, e muito, a oferta por determinadas modalidades de trabalho, sobretudo aquelas substituídas pelo desenvolvimento tecnológico.

Pode-se até chegar a índices positivos de crescimento do capital, mas este não é capaz de gerar empregos suficientes.

Ou seja, contrapondo-se a esse pensamento, percebe-se que o avanço tecnológico é motivo de endemia do mundo, gerando grande número de desemprego. (SARLET, 2017, p. 81).

Importante destacar que, a despeito desse instante histórico, não se pode perder de vista, evidentemente, que existe no texto constitucional a previsão do direito ao desenvolvimento social e soberania nacional.

À vista disso, o que se pretende enfatizar é que a pessoa humana é o sujeito central desse direito, sendo que, por esse motivo, não se poderá tomá-la como simples coisa para atingimento de metas econômicas.

Pelo contrário, haverá de se propiciar que o ser humano possa auferir frutos que possibilitem sua existência digna, que é a finalidade da própria ordem econômica e financeira, sendo responsabilidade do Estado a efetiva concretização do desenvolvimento por ele assegurado constitucionalmente.

Consagrando essa lição, Amauri Mascaro do Nascimento entende da seguinte maneira (NASCIMENTO, 2003, p. 9):

O trabalhador é a razão de ser, única e exclusiva, do direito do trabalho, que deve ser configurado como um direito de classe, do operário, do assalariado, para determinado segmento de pessoas em posição social de desvantagem, um direito especial, produto de uma sociedade desigual, tendente a favorecer os excluídos do processo econômico e desprovidos das vantagens que a sociedade de consumo oferece, vivificado por princípios, muitos dos quais foram incorporados às declarações de direitos [...].

É inegável a importância dos empresários na geração de trabalho; porém, antes de tudo, esse trabalho deve ser de qualidade, e as garantias fundamentais das pessoas devem ser respeitadas.

Em virtude desse duplo caráter envolvido nessa relação, há necessidade de que mudanças que afetem um lado ou outro - mas especialmente o lado do obreiro, já que hipossuficiente - deem-se mediante a ampla participação de empregadores, trabalhadores, suas respectivas entidades sindicais, bem como da sociedade.

Não é admissível que quaisquer medidas de repercussão sejam tomadas açodadamente, ou em caráter unilateral, ou mediante a monopolização dos instrumentos de mídia de massa a favor de um determinado viés mais poderoso política ou economicamente.

Essa rota, contudo, muito em virtude do cenário político do

país, não foi seguida no Brasil em 2017 e redundou em uma reforma trabalhista problemática, que, apesar de algumas boas inovações, promoveu, em sua grande parte, o retrocesso social em nosso ordenamento jurídico.

5 CONCLUSÃO

O verdadeiro significado de um Estado social-democrático de direito, como o que o Brasil pretende ser, concretiza-se no instante em que a dignidade humana é respeitada e materializada na vida de seus cidadãos.

Justamente por isso não se pode admitir que o trabalhador - ente humano hipossuficiente na ordem capitalista de organização da produção e o mais numeroso na população dos países - seja reservado a uma posição na qual figure em condições de inferioridade jurídica perante seu patrão, abandonado à mercê dos interesses exclusivamente financeiros que circundam seu dia a dia.

Ao que parece, infelizmente, a aprovação da reforma trabalhista vai muito mais nessa direção.

A pretexto de se conferir maior competitividade para as empresas, sacrificam-se direitos consagrados com dificuldade ao longo da história e já acostumados ao patrimônio jurídico dos trabalhadores.

Tem-se uma situação de excessiva relativização.

O conflito entre flexibilização/desregulamentação e os princípios da proteção do trabalhador e da dignidade humana - além das regras de direito internacional - acaba por estar no centro da questão, problematizando algo que há muito tempo já pairava no ar e que, agora, assume especial proporção: a colisão entre a garantia de direitos sociais e a criação de um cenário favorável ao crescimento econômico.

Em assim sendo, é necessário que haja reflexão em toda a sociedade no sentido de ponderar a respeito dos rumos do direito do trabalho no Brasil.

A não interferência do Estado, grande mote da reforma, não

significa necessariamente que mais postos de trabalho serão gerados.

Ao contrário, no Brasil - onde ainda se tem notícia da ampla prática de trabalhos análogos ao de escravo, trabalho infantil e outras formas de vulnerabilidade do labor -, essa expectativa é por demais otimista, tendo em vista a alta probabilidade de que os lucros obtidos com a simplificação das relações de trabalho sejam, na realidade, revertidos para as margens de lucro das próprias organizações, e não para melhores remunerações ou geração de empregos.

Não obstante tal impressão, a reforma é uma realidade presente e já começa a produzir seus efeitos mais drásticos, propondo aos juristas, em especial aos dedicados ao universo jurídico dos direitos sociais, a preocupação sobre como trabalhá-la política e juridicamente em busca da reconstrução do aparentemente perdido direito do trabalho como se conhecia.

ABSTRACT

This article aims to highlight relevant aspects that surround the labor reform promoted by Law 13.467/17. It seeks to situate the Brazilian labor law in its theoretical and constitutional perspective, in order to establish the importance of the primacy of protection to the worker and the dignity of the human person. Next, there is talk about the incidence of international norms in the Brazilian legal system with regard to labor law. Following, for the sake of illustration, are pointed out some of the main changes brought about by the Labor Reform. Finally, legal aspects related to the possibility of relativization (flexibilization and deregulation) of labor rights in Brazil are analyzed, in order to construct a correct perception about the different reasons that make up the scenario of modification of the norms of labor law in Brazil.

Keywords: Labor reform. Labor legislation. Human dignity. Protection to the worker. Deregulation. Flexibilization. Legal aspects.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: UNICAMP, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6.787 de 2016*. Disponível em: <www.camara.gov/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=2122076>. Acesso em: 25 fev. 2017.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2016.
- _____. Senado Federal. *Reforma Trabalhista*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/destaques/Reforma-Trabalhista/pagina/1>>. Acesso em: 19 jul. 2017.
- CASSAR, Vólia Bomfim. (2010). *Flexibilização das normas trabalhistas*. Rio de Janeiro. Tese de doutorado. Universidade Gama Filho.
- _____. *Reforma trabalhista*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 13 jul. 2017.
- CREPALDI, Donizete J. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.
- CLT. *Consolidação das Leis Trabalhistas*. Saraiva, 2004.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Consolidação das leis do trabalho 70 anos depois: reforma trabalhista, desregulamentação e flexibilização*. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/95313/2013_garcia_gustavo_consolidacao_leis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 jul. 2017.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Negociação coletiva e contrato individual de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. Saraiva, 2003.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Declaração dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. 2012. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 22 jul. 2017.
- SCHIAVI, Mauro. *Proteção jurídica à dignidade da pessoa humana do trabalhador*. Disponível em: <http://www.lacier.com.br/cursos/artigos/periodicos/protecao_juridica.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017.

ASPECTOS DA PREVALÊNCIA
DO NEGOCIADO SOBRE O
LEGISLADO E SUA AFRONTA AOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS
CONFORME A TEORIA DE
ROBERT ALEXY*

ASPECTS OF THE PREVALENCE
OF THE NEGOTIATED OVER THE
LEGISLATED AND ITS
CONFRONTATION WITH
FUNDAMENTAL RIGHTS
ACCORDING TO ROBERT ALEXY'S
THEORY

Marília Costa Barbosa Fernandes**

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade apontar aspectos relevantes da prevalência do negociado sobre o legislado, que representa uma das inovações mais polêmicas trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017, sobretudo quanto à questão da constitucionalidade dessa previsão legal. Através da pesquisa bibliográfica, foram abordadas as principais características da negociação coletiva, a situação dos sindicatos profissionais

* Artigo enviado em 31/8/2017 e aceito em 31/10/2017.

**Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Católica Dom Bosco, Especialista em Direito e Processo Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará, Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza, Advogada.

brasileiros e os limites das convenções e dos acordos coletivos de trabalho, em cotejo com os principais comandos legais dos arts. 611-A, 611-B e 620 da Lei n. 13.467/2017, que estabelecem a supremacia do pacto coletivo de trabalho sobre a legislação trabalhista. Como base fundamental para a verificação sobre a possibilidade de mitigação de direitos sociais trabalhistas, através da prevalência do negociado sobre o legislado, foram utilizados os argumentos da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Tais argumentos conduziram à conclusão de que a superação da lei pela negociação coletiva, para reduzir direitos dos trabalhadores, é incompatível com a ordem constitucional, por retirar posições jurídicas já incorporadas pelo obreiro e por representar uma violação desproporcional a direitos fundamentais trabalhistas.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Negociado sobre o legislado. Robert Alexy.

1 INTRODUÇÃO

Aprovada em 13 de julho de 2017 e vigente a partir de 11 de novembro do mesmo ano, a Lei n. 13.467 alterou uma vasta quantidade de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT -, dentre outras leis esparsas, sendo popularmente denominada de Reforma Trabalhista. As alterações e os artigos acrescidos à legislação consolidada pela Lei da Reforma Trabalhista perpassam eixos temáticos que englobam o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho e o direito processual do trabalho.

O presente artigo tem como objeto, especificamente, algumas das modificações mais relevantes trazidas pela referida lei, no que concerne à prevalência do negociado sobre o legislado, as quais estão situadas dentro da temática de direito coletivo, mas com repercussão também no direito individual do trabalho.

A opção por esse corte epistemológico se justifica pela vastidão de assuntos e debates que permeiam a Lei n. 13.467/2017,

sendo necessária a delimitação do tema a ser abordado, o qual focará a questão da constitucionalidade da preponderância do instrumento coletivo sobre a lei nos moldes preconizados pela Reforma Trabalhista.

Inicialmente, é feita uma breve abordagem sobre aspectos gerais relativos à negociação coletiva e seus atores, sendo relevante destacar a atual situação dos sindicatos profissionais brasileiros.

Em seguida, são observadas algumas das previsões legais que encampam a valorização da negociação coletiva acima da lei, buscando descortinar o intuito almejado pelo legislador, em contraponto com os limites do ajuste coletivo trabalhista.

Ao final, os argumentos da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy são utilizados como base fundamentadora para o exame sobre a mitigação de direitos fundamentais trabalhistas provocada pela prevalência do negociado sobre o legislado, conforme a previsão da Lei n. 13.467/2017.

Embora, neste artigo, sejam visitados diversos doutrinadores e outras fontes relevantes sobre cada subtema apontado, o cerne da investigação aqui procedida encontra seu principal elemento na dogmática do jurista alemão Robert Alexy a respeito dos direitos fundamentais, principalmente quanto à preservação das garantias mínimas decorrentes da regulamentação de direitos sociais trabalhistas. As observações de Alexy nesse sentido se aplicam muito bem aos fatos que permeiam o assunto em destaque, constituindo um sólido substrato para as conclusões resultantes.

2 ASPECTOS GERAIS RELATIVOS À NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Como pressuposto básico para o entendimento acerca da prevalência do negociado sobre o legislado, torna-se fundamental conhecer as características da negociação coletiva de trabalho e os instrumentos jurídicos resultantes desse ajuste, tendo em vista que tais instrumentos poderão conter disposições normativas que estarão acima da lei, conforme estabelecido pela Reforma Trabalhista.

A negociação coletiva pode ser definida como

[...] o complexo de entendimentos entre trabalhadores e empresas, ou suas representações, para estabelecer condições gerais de trabalho destinadas a regular as relações individuais entre seus integrantes. (PINTO, 1998, p. 68).

Trata-se de um processo dialético de entendimento entre os atores representantes do capital e do trabalho. (BRITO FILHO, 2007).

Pode-se afirmar que a negociação coletiva é o procedimento que leva à criação de duas espécies de instrumentos normativos formais: a convenção coletiva e o acordo coletivo.

O art. 611 da CLT define convenção coletiva como

[...] o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. (BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943).

O acordo coletivo é conceituado no § 1º do mesmo artigo 611 da CLT, ao dispor que:

É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. (BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943).

Observa-se que a principal diferença entre os instrumentos de negociação coletiva se dá tão somente em relação às partes celebrantes. Os signatários da convenção coletiva são os sindicatos de cada categoria, estando, de um lado, o sindicato patronal e, do outro, o sindicato obreiro. Já os signatários do acordo coletivo são, de um lado, o sindicato obreiro e, do outro, uma ou mais empresas.

A lei torna obrigatória, em qualquer caso de negociação coletiva, a atuação do sindicato da categoria profissional para fazer

valer os interesses da classe trabalhadora, parte mais vulnerável na relação laboral.

Torna-se, portanto, essencial que os sindicatos profissionais sejam, de fato, comprometidos com os interesses dos representados e que encampem o caráter democrático da organização, para que seja possível alcançar um resultado equânime e presumivelmente isento de coações a partir da negociação coletiva de trabalho.

Essa responsabilidade dos sindicatos obreiros se acentua ainda mais quando se está diante das situações previstas pela Lei n. 13.467/2017, que inseriu o artigo 611-A na CLT, prevendo a possibilidade de negociação, sem limites legais, sobre os seguintes direitos dos trabalhadores, entre outros: pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; banco de horas anual; intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE); plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; regulamento empresarial; representante dos trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente; remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; modalidade de registro de jornada de trabalho; troca do dia de feriado; enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; participação nos lucros ou resultados da empresa. (BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943).

Com o advento da referida lei, mais do que nunca, é primordial a atuação de sindicatos profissionais fortes, que possam fazer frente às imposições patronais voltadas ao rebaixamento dos direitos trabalhistas acima mencionados por meio da negociação coletiva.

Em vista disso, cumpre examinar o panorama atual dos sindicatos profissionais brasileiros, que têm um protagonismo decisivo nas tratativas que acabam por gerar os acordos e as convenções coletivas.

3 A SITUAÇÃO DOS SINDICATOS PROFISSIONAIS BRASILEIROS NA ATUALIDADE

É inegável que a Constituição Federal de 1988 consagrou o notável papel dos sindicatos no cenário do Direito Coletivo brasileiro, disciplinando suas bases fundantes e definindo princípios de observância obrigatória, sobretudo, através de seu artigo 8º.

Dentre os princípios que norteiam a atuação dos sindicatos, destaca-se o da contribuição sindical obrigatória, que merece atenção ante as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista.

A contribuição sindical obrigatória tem natureza de tributo, sendo prevista na Constituição Federal (art. 8º, IV, *in fine* e art. 149, *caput*) e na CLT (art. 578). Difere da contribuição confederativa, pois é exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato, e não apenas daqueles que são filiados.¹

¹ O inciso IV do artigo 8º da Constituição Federal traz a previsão da contribuição sindical na sua parte final, quando menciona “[...] independentemente da contribuição prevista em lei.” Essa “contribuição prevista em lei” seria a contribuição sindical compulsória, também apontada no *caput* do art. 149 do mesmo diploma: “Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e *de interesse das categorias profissionais ou econômicas*, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.)

Sobre esse aspecto, convém destacar que a nova redação do art. 579 da CLT, alterado pela Lei n. 13.467/2017, estabelece que a contribuição sindical deixa de ser compulsória, ficando condicionada à prévia e expressa autorização dos trabalhadores e empregadores:

Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação. (BRASIL. Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017).

No plano internacional, a Organização Internacional do Trabalho - OIT - já se posicionava pelo fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, entendendo ferir o princípio da liberdade sindical.² Entretanto, no lugar desta, deveria ser instituída a contribuição negocial, que estaria em conformidade com o referido princípio.

A contribuição negocial, também denominada de taxa assistencial, consiste

[...] num pagamento feito pela pessoa pertencente à categoria profissional ou econômica ao sindicato da respectiva categoria, em virtude de este ter participado das negociações coletivas, de ter incorrido em custos para esse fim. (MARTINS, 2012, p. 794).

Essa modalidade de contribuição deriva do princípio da solidariedade, já que parte do pressuposto de que todo trabalhador deve contribuir para a manutenção daquela entidade que beneficia sua categoria, independentemente de ser associado ou não à entidade.

A Lei n. 11.648/2008 prevê, no seu art. 7º, a contribuição negocial e estabelece que, uma vez regulamentada, levará à extinção da contribuição sindical.

² Vide verbete n. 363 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. (Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/286>>. Acesso em: 10 mar. 2017.)

Art. 7º Os arts. 578 a 610 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, vigorarão até que a lei venha a disciplinar a contribuição negocial, vinculada ao exercício efetivo da negociação coletiva e à aprovação em assembleia geral da categoria. (BRASIL. Lei n. 11. 648 de 31 de março de 2008).

Contudo, observa-se que, na Lei da Reforma Trabalhista, não há a regulamentação da contribuição negocial. Ao contrário, a lei traz, de forma abrupta, o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, sem qualquer fase de transição, ao passo que também veda que as entidades sindicais instituam outros mecanismos que garantam o seu financiamento, quando promoverem atividades em benefício de todos os seus representados, independentemente de estes serem filiados.

Nesse aspecto, pesa bastante o fato de que, em comparação com outros países, os brasileiros, em sua maioria, não possuem uma cultura de engajamento sindical³, quanto mais de recolhimento voluntário da contribuição sindical. Assim, considerando a postura sindical geralmente assumida pelo trabalhador brasileiro, é quase certo que haja um gritante enfraquecimento dessas entidades, por não disporem mais de recursos necessários à sua manutenção e à prestação de serviços aos filiados. Tal enfraquecimento compromete o equilíbrio nas negociações coletivas, sendo preocupante diante da prevalência do negociado sobre o legislado.

Delgado (2017, p. 238) ressalta essa questão, afirmando:

³ Nesse sentido é o entendimento do Ministério Público do Trabalho: “Não por acaso, há sindicatos que representam categorias com milhares ou mesmo dezenas de milhares de trabalhadores, mas que possuem menos de 100 trabalhadores filiados, com direito de voto nas eleições. As assembleias em tais sindicatos, nas quais são decididas as principais providências, inclusive a aceitação ou não dos termos de um acordo ou convenção, são tomadas com a presença de número irrisório de filiados, com frequência apenas dos membros da própria diretoria.” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Nota Técnica n. 02, de 23 de janeiro de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho - MPT*. Brasília: 2017, p. 10. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/Nota+Técnica+nº+2-2017+-+PL+6.787-2016+-+minirreforma+trabalhista.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2017.)

A Lei n. 13.467/2017 não realizou modificação aparentemente extensa no Título V da CLT que trata da organização sindical no Brasil. Contudo, com a mudança específica que realizou, atingindo em cheio a contribuição sindical obrigatória - que existe há cerca de oito décadas na ordem jurídica do País -, sem dúvida provocará alteração muito substancial na estrutura do sindicalismo brasileiro, pois afetará, cirurgicamente, o seu fluxo de recursos econômico-financeiros; em síntese, afetará, substancialmente, o custeio das entidades sindicais.

Essa preocupação foi claramente manifestada pelo Ministério Público do Trabalho, em diversas ocasiões, conforme se pode ver da passagem abaixo:

Portanto, a partir destes breves destaques, já se notam, claramente, os efeitos perniciosos da proposta contida no substitutivo: restringe-se de forma contundente o financiamento das entidades representantes de trabalhadores, o que invariavelmente levará ao seu enfraquecimento, e, simultaneamente, concede-se o poder a essas mesmas entidades para rebaixar os padrões trabalhistas de seus representados. Assim, é dever do Ministério Público do Trabalho alertar para o já exposto em diversas outras oportunidades: a extinção da contribuição sindical deve ser acompanhada da apresentação de alternativas de financiamento às entidades sindicais, como a contribuição assistencial, figura completamente compatível com o modelo de liberdade sindical proposto pela OIT, conforme estabelecido no verbete n. 363 do Comitê de Liberdade Sindical. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Nota Técnica n. 05 de 17 de abril de 2017).

Além desse aspecto, há ainda uma série de percalços a serem superados no que tange à eficiente atuação dos sindicatos brasileiros na atualidade.

Não é raro verificar a existência de entidades sindicais que não desempenham o verdadeiro papel que lhes compete. Em primeiro lugar, isso se dá porque, para o seu funcionamento, exige-se apenas o registro junto ao Ministério do Trabalho, não havendo a obrigação de que promova quaisquer atividades em prol dos representados.

Tal circunstância facilita o surgimento dos chamados “sindicatos pelegos”, que possuem a definição aparente de sindicato, mas, de fato, em nada contribuem para a categoria representada. Como resultado, tem-se o enfraquecimento da categoria quanto à defesa

de seus direitos, sobretudo quando se trata de um sindicato profissional que deixa os representados sem condições de impor suas demandas perante as determinações empresariais.

Corroborando com a assertiva acima, destaca-se recente estudo desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que aponta para a incapacidade de parcela expressiva dos sindicatos em promover novas formas de regulação do trabalho por meio de negociação coletiva capaz de expressar os interesses de seus representados. (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Sindicatos no Brasil: o que esperar no futuro próximo?*).⁴

O Ministério Público do Trabalho tem atentado também para as práticas antissindicaais, as quais têm sido combatidas com frequência por esse órgão:

O Ministério Público do Trabalho depara-se, diariamente, com a prática de atos antissindicaais, tendentes a impedir a atuação livre e independente dos sindicatos, como embaraços ou mesmo impedimento ao direito de greve, demissão de sindicalista e assédio a trabalhadores envolvidos nos assuntos dos sindicatos. Como providência antecedente a qualquer discussão em torno da prevalência do negociado sobre o legislado no país, mostra-se imperiosa a adoção de uma legislação que contemple a prevenção e a repressão de práticas antissindicaais que ocorrem diuturnamente. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Nota Técnica n. 02 de 23 de janeiro de 2017).

Diante desse cenário, para que seja levada a cabo a valorização da negociação coletiva, a situação atual dos sindicatos profissionais precisa passar por significativas alterações. É, no mínimo, precipitado o estabelecimento da prevalência do negociado sobre o legislado pela Lei n. 13.467/2017, ante o desequilíbrio de forças entre entidades patronais e obreiras que pode existir durante a formalização de acordos e convenções coletivas, principalmente quando se torna possível rebaixar direitos trabalhistas.

⁴ Para mais informações sobre o conteúdo do estudo promovido pelo IPEA, acessar o endereço eletrônico: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2262.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2017.

4 OS LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

Como visto, o art. 611-A⁵, acrescentado pela Lei n. 13.467/2017 na CLT, determina que a convenção e o acordo coletivo de trabalho terão prevalência sobre a lei, quando estabelecerem condições relativas a um extenso rol de direitos trabalhistas.

Por oportuno, convém esclarecer, desde logo, que o intuito deste trabalho não se funda em uma análise pormenorizada de cada uma das situações trabalhistas coletivamente negociáveis, mas em verificar, de modo geral, se os limites impostos pelo ordenamento

⁵ Vale colacionar a redação do art. 611-A, *in verbis*: “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei n. 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XIII - (Revogado pela Medida Provisória n. 808, de 2017); XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa. § 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação. § 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. § 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo. § 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito. § 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual.”

jurídico à negociação coletiva permitem que esta prevaleça sobre o que está assegurado em lei, até mesmo para mitigar direitos. Ademais, o rol de temas elencados no artigo 611-A da CLT não é taxativo, podendo existir outros direitos trabalhistas passíveis de flexibilização desmedida, desde que não estejam entre as proibições do artigo 611-B⁶ da CLT, que cita exaustivamente os direitos que não podem ser reduzidos por acordo ou convenção coletiva.

⁶ O art. 611-B, da CLT, assim dispõe: “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. 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.”

De início, cabe enfatizar que a convenção e o acordo coletivo de trabalho são negócios jurídicos contratuais dotados de eficácia normativa. Por conta dessa natureza contratual, vale, para tais instrumentos coletivos, que tanto a liberdade de contratar como a obrigatoriedade dos negócios jurídicos não são absolutas, devendo atender às normas imperativas e às restrições decorrentes do sistema jurídico em seu todo, conforme preceitua o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil: “[...] nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública.” (DINIZ, 2004, p. 1.484).

Portanto, ainda que os instrumentos de negociação coletiva se originem de um pacto privado, sua validade e aplicação dependerão de sua conformidade com as normas de ordem pública vigentes no ordenamento jurídico. Assim, a interpretação jurídica desses instrumentos não pode ser feita de modo apenas literal e isolado, mas deve considerar as demais normas envolvidas, realizando-se uma interpretação lógica, sistemática e teleológica. (GARCIA, 2016).

Conforme afirma Delgado (2017, p. 217):

Ora, o Direito é um conjunto sistemático de regras e princípios jurídicos, formando um todo lógico, coerente, harmônico. A ideia de sistema que impera no fenômeno jurídico faz com que o processo interpretativo situe a norma enfocada no conjunto normativo mais próximo, ao invés de tratá-la como uma realidade isolada e estanque. Nesse contexto, são campos normativos próximos a que a norma jurídica interpretada se integra tanto o conjunto de princípios e regras componentes do ramo jurídico especializado (no caso de norma trabalhista, o próprio Direito do Trabalho), como também o conjunto de princípios e regras componentes do sistema constitucional da República (a Constituição de 1988).

Nesse sentido, torna-se imperioso observar que, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, encontram-se a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa⁷, assim como constituem objetivos fundamentais do

⁷ Vide o art. 1º da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em

Estado brasileiro a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos.⁸ Ademais, a ordem econômica nacional tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, possuindo como um de seus alicerces a valorização do trabalho humano.⁹ Esses princípios constitucionais, basilares da organização jurídica brasileira, são diretrizes imperativas (BERCOVICI, 2003), que devem nortear qualquer negociação coletiva de trabalho e os instrumentos resultantes das negociações.

O Direito do Trabalho possui como um dos pilares de sua estrutura o princípio da proteção, que é corolário do preceito constitucional da igualdade material. Tal princípio informa que esse ramo do direito deve ser constituído por uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia (o obreiro), através de suas regras, institutos, princípios e presunções próprios, que deverão estar voltados a retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio existente no plano fático da relação trabalhista. Assim é que

[...] parte importante da doutrina aponta este princípio como o cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado. (DELGADO, 2012, p. 193).

Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.)

⁸ Vide o art. 3º da Constituição Federal de 1988: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.)

⁹ Vide o art. 170 da Constituição Federal de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.)

Portanto, o princípio da proteção deverá ser observado na formação dos instrumentos de negociação coletiva.

Segundo as lições de Américo Plá Rodriguez (1993) e Alfredo J. Ruprecht (1995), o princípio protetivo se manifesta em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.

Para o assunto em estudo, ganha especial relevo a dimensão protetiva referente ao princípio da norma mais favorável, que se encontra implícita no *caput* do art. 7º da Constituição Federal, o qual, ao arrolar os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, faz menção a “[...] outros que visem à melhoria de sua condição social.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Através do princípio da norma mais favorável, a ordem constitucional impõe que se busque sempre a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, com a ampliação e a instituição, por meio de outras fontes normativas, inclusive autônomas e negociadas, de direitos mais benéficos aos obreiros do que os já previstos em lei e na própria Constituição. Deve-se ressaltar que

[...] o art. 7º da Constituição estabelece direitos mínimos, que são completados ou melhorados pela legislação ordinária ou pela vontade das partes. O objetivo não é piorar, mas melhorar as condições de trabalho. (MARTINS, 2012. p. 69).

Diante de todo o arcabouço normativo acima analisado, conclui-se que as normas que vierem a ser criadas para dispor sobre direitos dos trabalhadores somente poderão adicionar benefícios à classe obreira, jamais permitindo retirar ou mitigar o que já foi conquistado.

Destarte, tem-se que o caráter normativo das convenções e dos acordos coletivos de trabalho já possui um inquestionável reconhecimento na ordem jurídica, além de que o princípio da norma mais favorável impõe que tais instrumentos coletivos venham a prevalecer sobre qualquer outra norma do ordenamento pátrio quando forem mais benéficos aos trabalhadores. Assim, não haveria

necessidade de uma lei dispondo que a convenção e o acordo coletivo prevalecerão sobre o legislado, caso se objetivasse a criação de condições mais favoráveis aos trabalhadores através de tais instrumentos normativos, pois isso já é concebido no sistema jurídico brasileiro.

Contudo, o que o legislador da Reforma Trabalhista pretendeu, ao estabelecer a prevalência do negociado sobre o legislado, é que o acordo e a convenção coletiva venham a se sobrepor ao disposto na legislação, mesmo que estabeleçam condições menos favoráveis aos trabalhadores, podendo restringir e até mesmo esvaziar o conteúdo dos direitos mínimos já conquistados legalmente.

Por conseguinte, uma lei que possibilita a estipulação de condições piores aos trabalhadores, por meio de instrumentos negociais privados - os quais se caracterizam pelo confronto de interesses entre o poder econômico e o trabalhador hipossuficiente -, atribuindo uma superioridade hierárquica a tais instrumentos a ponto de estarem acima do piso legal, está em nítida desconformidade com toda a lógica jurídica do sistema constitucional e legal que rege as relações de trabalho.

Não se pode chegar a outra conclusão em relação à Lei n. 13.467/2017, pois, ao estabelecer a prevalência do negociado sobre o legislado para rebaixar direitos trabalhistas, suas disposições afrontam diretamente os princípios norteadores do Estado Democrático, seus fundamentos e objetivos, assim como rompem com a finalidade protetiva do Direito do Trabalho e sua função de restauração da isonomia entre as classes socialmente desniveadas de patrões e obreiros.

No campo do direito do trabalho, as normas legais são de aplicação obrigatória, fundadas nos princípios e normas constitucionais, estabelecendo um patamar mínimo de garantia aos trabalhadores. Reserva-se às demais fontes formais espaço para disposições que melhorem as condições de trabalho, ou adaptem situações práticas às determinações da lei, sendo-lhes vedado dispor de forma desfavorável aos trabalhadores, comparativamente ao que estabelece a fonte hierarquicamente superior. (MANUS, 2001, p. 74)

Sobre o assunto, cumpre citar a posição do Tribunal Superior do Trabalho, que se manifestou na Orientação Jurisprudencial 31 da SDC da forma seguinte:

Não é possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. OJ-SDC-31, de 19 de agosto de 1998).

Destaque-se que a redução de direitos trabalhistas por meio de negociação coletiva é possível e admitida, mas somente nas hipóteses excepcionais de redução do salário, compensação de horário, redução da jornada de trabalho e turno ininterrupto de revezamento, previstas na própria Constituição Federal (art. 7º, incisos VI, XIII e XIV).¹⁰ Contudo, essas hipóteses de flexibilização de direitos trabalhistas devem ser devidamente justificadas e apenas pelo tempo necessário, visando essencialmente à proteção do emprego da coletividade de trabalhadores, ao procurar evitar, por exemplo, dispensas coletivas. A flexibilização trabalhista permitida pela Carta Magna, nos casos específicos acima mencionados, baseia-se em concessões recíprocas por parte do empregador e do trabalhador, uma vez demonstrada a necessidade de um esforço conjunto para que a empresa se mantenha no mercado e garanta os postos de trabalho em momentos de dificuldades econômicas.

Alheio a isso, o § 2º do art. 611-A, acrescido pela Lei n. 13.467/2017 à CLT, determina que, mesmo diante do rebaixamento de direitos por meio da negociação coletiva, não haverá a necessidade de se estabelecer contrapartidas para os

¹⁰ Os mencionados dispositivos da Constituição Federal estabelecem que: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; [...] XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.”

trabalhadores, deixando claro que a ausência de concessões recíprocas não ensejará a nulidade do instrumento coletivo de trabalho. Assim, permite-se a precarização de direitos trabalhistas, sem haver uma correspondente compensação dada pelo empregador, que estará livre de fazer concessões de sua parte.

No ensejo, impende trazer à baila o princípio da proibição de retrocesso social, o qual pode ser definido como

[...] toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não). (SARLET, 2009).

Embora o princípio de vedação ao retrocesso social não esteja expresso no texto constitucional, considera-se que seu conteúdo seja decorrente do postulado da Justiça Social (JUNKES, 2005, p. 74), tendo em vista que este engloba uma gama de diversos valores constitucionais. O postulado da Justiça Social exige dos órgãos estatais que elaborem normas infraconstitucionais voltadas à concretização dos objetivos sociais do Estado, sendo os direitos sociais delas decorrentes incorporados ao patrimônio dos indivíduos.

Assim, a eficácia vedativa do retrocesso impede que o legislador revogue essas normas infraconstitucionais concretizadoras de direitos sociais sem a edição de legislação alternativa equivalente. Caso ocorra alguma violação, resultará em flagrante inconstitucionalidade.¹¹

Observa-se que a Lei n. 13.467/2017 altera e insere dispositivos na CLT que impõem a superação da lei pela negociação coletiva, mesmo que esta traga condições desfavoráveis ao trabalhador. Certamente, com isso, haverá a redução dos benefícios trabalhistas mínimos já conquistados em matéria de direitos sociais, previstos

¹¹ Sobre o princípio de vedação ao retrocesso social, vide: GARCIA, Carla Rosane Pesegoginski. *Princípio da vedação do retrocesso: “efeito cliquet”*. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/carlaadvogada/artigos/principio-da-vedacao-do-retrocesso-efeito-cliquet-436>>. Acesso em: 14 jun. 17.

na norma infraconstitucional, o que representa violação ao princípio de vedação ao retrocesso ou regresso social (efeito *cliquet*).

A fim de observar melhor esse aspecto da mitigação de direitos trabalhistas pela Lei n. 13.467/2017, serão apontadas as modificações mais alarmantes presentes nos arts. 611-A, 611-B e 620, que passaram a vigorar na CLT.

Em relação à jornada de trabalho, o art. 611-A, inciso I, determina que aquilo que for pactuado por negociação coletiva quanto à duração do trabalho diário estará acima do previsto em lei, devendo-se ater apenas aos limites constitucionais.

Sobre os limites da jornada de trabalho, o inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal estabelece a

[...] duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Embora a Constituição preveja a remuneração da hora extra, determinando que esta deverá ser acrescida em, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do valor da hora normal de serviço (art. 7º, inciso XVI)¹², os limites de duração relativos às horas extraordinárias não estão presentes no texto constitucional e sim na CLT. É no art. 59 da CLT que se encontra a previsão de que as horas extras não poderão exceder de duas horas diárias, sendo necessário ajuste escrito entre empregador e empregado ou contrato coletivo de trabalho.¹³

¹² Dispõe o inciso XVI do art. 7º da Constituição Federal: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.”

¹³ O art. 59 da CLT preceitua que: “A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.)

Dessa feita, o citado dispositivo da Lei n. 13.467/2017 torna viável que se estabeleça qualquer quantidade de horas extras diárias a serem prestadas pelo trabalhador, desde que por meio de acordo ou convenção coletiva, pois o único limite a ser respeitado nesse sentido é o que consta na Constituição para a duração do trabalho normal. E, uma vez prevalecendo o negociado sobre o legislado, a carga de horas extras definida por meio de negociação coletiva poderá estar acima do limite legal, não havendo, na verdade, qualquer limitação para a quantidade de horas extras fixadas pelo pacto coletivo.

Ao desprezar as limitações relativas às horas extras presentes na CLT, o inciso I do art. 611-A dá ensejo à admissão de jornadas de trabalho extenuantes, exaustivas e prejudiciais à saúde e à segurança do trabalhador.

O inciso II do art. 611-A da Lei n. 13.467/2017 menciona o banco de horas anual, a fim de que seus critérios possam ser totalmente fixados por negociação coletiva, que estará acima do disposto na lei.

O banco de horas permite que as horas extras realizadas em um dia sejam compensadas pela correspondente diminuição da jornada em outro dia, dispensando-se o pagamento das horas extraordinárias efetivamente compensadas. Sua previsão legal se encontra no § 2º do art. 59 da CLT, que impõe limites à validade dessa espécie de acordo de compensação de jornada:

Art. 59. [...]

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de 1 (um) ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias. (BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943).

Portanto, quanto ao banco de horas, a CLT determina que somente poderão ser realizadas duas horas extras por dia, a serem compensadas no período de 1 (um) ano, dispensando-se o

pagamento do adicional correspondente a tais horas extraordinárias, caso sejam observados esses limites. Embora o projeto de lei preservasse o aspecto relativo à anualidade da compensação de horas, o limite máximo de jornada diária previsto na CLT, que é restrito a 10 (dez) horas, poderia ser desprezado.

A Lei n. 13.467/2017 traz também a possibilidade de redução do intervalo intrajornada, por meio de negociação coletiva, a qual deverá observar apenas o limite mínimo de 30 (trinta) minutos de intervalo para jornadas superiores a seis horas (inciso III do art. 611-A). Tal norma se apresenta como clara mitigação de direito trabalhista, pois a CLT estabelece que é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação de, no mínimo, 1 (uma) hora, para trabalhos contínuos que excedam de 6 (seis) horas.¹⁴

O intervalo intrajornada diz respeito à matéria ligada à segurança e à medicina do trabalho, cujas disposições complementares somente poderão ser estabelecidas pelo Ministério do Trabalho:

A rigor, o intervalo em questão não poderia ser reduzido por meio de negociação coletiva de trabalho, por se tratar de matéria voltada à segurança e à medicina do trabalho. O art. 7º, inciso XXII, da Constituição da República prevê como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. [...] Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata o Capítulo V, do Título II, da CLT, sobre segurança e medicina do trabalho, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre as matérias previstas no art. 200 da CLT. (GARCIA, 2017. p. 83-84).

O item II da Súmula n. 437 do TST confirma o raciocínio:

¹⁴ Vide o art. 71 da CLT: “Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.)

É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, inciso XII, da CF/1988), inafanço à negociação coletiva. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula n. 437, de 27 de setembro de 2012).

Mostra-se igualmente importante atentar para as disposições dos incisos XII e XIII do art. 611-A trazidas pela Lei da Reforma Trabalhista. Referidos incisos permitem que a negociação coletiva determine o enquadramento do grau de insalubridade da atividade laboral, como também defina a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, incluída a possibilidade de contratação de perícia.

A definição do grau de insalubridade e a verificação da possibilidade de realização de horas extras em locais insalubres são atividades eminentemente técnicas, que necessitam de conhecimento especializado de engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho, conforme determinação da Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho, que trata das atividades e operações insalubres:

NR-15 - ATIVIDADES E OPERAÇÕES INSALUBRES.

15.1 São consideradas atividades ou operações insalubres as que se desenvolvem: [...]

15.1.4 Comprovadas através de laudo de inspeção do local de trabalho, constantes dos Anexos n. 7, 8, 9 e 10. [...]

15.4.1.1. Cabe à autoridade regional competente em matéria de segurança e saúde do trabalhador, comprovada a insalubridade por laudo técnico de engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho, devidamente habilitado, fixar adicional devido aos empregados expostos à insalubridade quando impraticável sua eliminação ou neutralização. [...]

15.5. É facultado às empresas e aos sindicatos das categorias profissionais interessadas requererem ao Ministério do Trabalho, através das DRTs, a realização de perícia em estabelecimento ou setor deste, com o objetivo de caracterizar e classificar ou determinar atividade insalubre.

(MINISTÉRIO DO TRABALHO. Norma Regulamentadora 15 - Atividades e operações insalubres).

A determinação por negociação coletiva de tais particularidades, com prevalência sobre o que dispõe a legislação, demonstra-se inviável, ante a necessidade - e não a mera possibilidade - de inspeção técnica e produção de laudo pericial por profissional habilitado em matéria de segurança e saúde do trabalho, com múnus de autoridade pública, competente para determinar a classificação ou o enquadramento da atividade insalubre em relação oficial do Ministério do Trabalho. Nota-se que não é uma avaliação simples, passível de ser definida por mero ajuste de vontades entre empregadores e trabalhadores.

Há, ainda, que se apontar uma clara contradição presente na Lei n. 13.467/2017 em relação aos dispositivos em comento. Apesar de o art. 611-B, inciso XVII, vedar a prevalência do negociado sobre o legislado para reduzir ou suprimir direitos relacionados à segurança e saúde do trabalhador, admite que o enquadramento da insalubridade e a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, que são matérias ínsitas à saúde laboral, sejam fixados por meio de negociação coletiva.

Conforme antes mencionado, é importante salientar que o art. 611-A da CLT estabelece que os direitos elencados em seus incisos, a respeito dos quais os instrumentos de negociação coletiva poderão dispor amplamente sem se limitar ao mínimo legal, são meramente exemplificativos. Isso fica bem nítido, quando se atenta para a expressão “entre outros” presente no *caput* do referido artigo: “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre [...]” (BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, com redação dada pela Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017).

Os direitos sociais que não poderão ser objeto de supressão ou restrição por acordo ou convenção coletiva estão previstos no art. 611-B da CLT que trata basicamente de uma repetição de alguns dos incisos do art. 7º da Constituição Federal, os quais estão entre as cláusulas pétreas, sendo, mesmo antes da Reforma Trabalhista, irredutíveis pelo legislador ordinário.

Entretanto, a Lei n. 13.467/2017 permite que a negociação

coletiva seja utilizada para o rebaixamento ou a supressão de uma infinidade de direitos trabalhistas, cuja garantia se encontra na legislação infraconstitucional.

Chama a atenção o fato de que alguns temas, que foram apontados de forma expressa no art. 611-A da CLT, podendo ser objeto de prevalência do negociado sobre o legislado, são colocados de forma muito vaga e imprecisa. Não se definiu até quanto se pode chegar, em termos de negociação coletiva, sobre determinados direitos, tais como teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente; adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE); representante dos trabalhadores no local de trabalho; remuneração por produtividade e desempenho. Isso dá uma ampla margem de disposição aos instrumentos coletivos, ao passo que também gera insegurança jurídica, fazendo com que aumentem os questionamentos judiciais sobre os acordos e as convenções coletivas que abordem esses direitos.

A alteração do art. 620 da CLT, trazida pela Lei n. 13.467/2017, determina que o acordo coletivo sempre prevalecerá sobre a convenção coletiva, ainda que aquele estabeleça condições menos benéficas aos trabalhadores. Mais uma vez, observa-se a subversão do princípio da norma mais favorável e, ao mesmo tempo, tal previsão contraria a própria noção de valorização da negociação coletiva, já que o instrumento normativo decorrente do ajuste entre os sindicatos profissionais e econômicos (convenção coletiva) é mais abrangente do que aquele entabulado entre o sindicato profissional e uma ou mais empresas (acordo coletivo).

No discurso daqueles que defendem as mudanças presentes na Lei n. 13.467/2017, fala-se em necessidade de atualizar a legislação trabalhista em face da evolução social, buscar o crescimento econômico das empresas no mercado globalizado, garantir e fomentar o emprego e a renda dos trabalhadores.

No entanto, fato é que a legislação trabalhista tem sido modificada de forma pontual quando há necessidade, além de que sua interpretação e aplicação também não são estáticas, o que se nota pelas mudanças de paradigma jurisprudencial sobre a matéria.

Por sua vez, autorizar a flexibilização desmedida e prejudicial de direitos trabalhistas em momentos de crise - quando a classe trabalhadora se encontra ainda mais vulnerável para negociar com o setor econômico, em face da ameaça de desemprego - tem como um primeiro reflexo imediato a redução dos níveis salariais globais e do potencial de consumo de todo o contingente de trabalhadores, o que desacelera a produção e aprofunda a queda do mercado econômico.

É possível antever que a prevalência do negociado sobre o legislado, nos moldes preconizados pela Lei n. 13.467/2017, possibilitará inevitavelmente o rebaixamento de muitos direitos sociais dos trabalhadores a patamares aquém das garantias fundamentais já conquistadas. Ocorrerá, conforme a lição de Robert Alexy, a “[...] afetação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais” (2015. p. 297), gênero do qual fazem parte os direitos sociais trabalhistas, o que ficará mais bem explicitado no capítulo seguinte.

5 A MITIGAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS DECORRENTE DA PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO, À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy apresenta um renomado estudo sobre a estrutura da norma de direito fundamental, estabelecendo soluções aplicáveis a casos difíceis tratados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, onde há limitações e colisões entre direitos fundamentais, além de buscar justificar a inserção dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais do cidadão.

Embora tenha sido formulada diante da perspectiva do direito alemão, tal teoria tem larga aceitação e aplicação no direito brasileiro, sendo cabíveis suas conclusões a situações que envolvam direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica pátria.

Para o contexto abordado neste artigo, têm especial destaque dois pontos da teoria de Robert Alexy, que serão a seguir explorados

para a verificação da incompatibilidade da prevalência do negociado sobre o legislado, trazida pela Lei n. 13.467/2017, com os direitos fundamentais do trabalhador, na medida em que referida previsão legal representa uma mitigação indevida desses direitos.

5.1 A eliminação de posições jurídicas fundamentais através da prevalência do negociado sobre o legislado

Os direitos dos trabalhadores previstos no art. 7º da Constituição Federal brasileira estão incluídos entre os direitos sociais, aos quais o constituinte originário dedicou o capítulo II do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Portanto, pela própria observação da ordem sistemática em que os direitos dos trabalhadores estão inseridos no texto constitucional, como também por seu conteúdo, não há dúvidas de que se trata de direitos e garantias fundamentais.

Segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, os direitos sociais se incluem na categoria de direitos a ações positivas, que possibilitam aos indivíduos exigir do Estado uma ação fática ou normativa:

Os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa. (ALEXY, 2015, p. 201).

Nesse sentido, os direitos sociais, concebidos como direitos a prestações, têm como titular o indivíduo ou uma coletividade, como principal destinatário o Estado e como objeto uma ação positiva. Trata-se de uma relação “triádica” entre o titular, o destinatário e o objeto, em torno do direito, já definida por Anderson (1962, p. 42) e absorvida por Alexy, quando aborda a estrutura das normas que trazem em seu bojo um direito a algo.

Os direitos sociais se inserem na categoria de direitos a algo, onde o seu objetivo é sempre uma ação positiva do destinatário, que, no caso, é o Estado, em prol da sociedade. Portanto, tais direitos compreendem medidas estatais voltadas à implementação

de condições sociais cada vez melhores, assegurando que aquilo que já foi conquistado seja mantido e não rebaixado com o direcionamento das ações públicas para o acréscimo de melhorias sociais, através de atitudes concretas ou normativas.

O disciplinamento legal acerca dos direitos fundamentais sociais pelo Estado (“ações positivas normativas”) tem o condão de viabilizar a sua fruição por aquele que é considerado o seu titular, acrescentando posições jurídicas ou competências ao patrimônio jurídico do titular do direito.

Assim, a Constituição Federal brasileira, quando trata especificamente dos direitos sociais dos trabalhadores, no *caput* do art. 7º, estabelece expressamente que as normas a serem criadas pelo Estado a respeito de tais direitos devem sempre visar à melhoria da condição social do obreiro, conforme já mencionado.

Contudo, do que foi analisado em relação à Lei n. 13.467/2017, é possível entender que a proposta de prevalência do negociado sobre o legislado não visa à adição de maiores direitos ou à melhoria das condições do trabalhador. Ao contrário, permite que o mínimo que já foi conquistado e regulamentado seja rebaixado por instrumento coletivo, em prejuízo às posições jurídicas já alcançadas pelo trabalhador.

Alexy denomina de “posições jurídicas” determinadas condições sociais já integradas ao patrimônio jurídico do titular de um direito. Quando o titular de um direito alberga uma posição jurídica de fato, significa que a norma que lhe outorgou essa condição é válida, pois realiza os objetivos de um direito prestacional (direito social). Surge, então, para aquele que detém uma posição jurídica o direito contra o Estado a que este não elimine uma posição jurídica sua e, portanto, não derogue a norma correspondente. (ALEXY, 2015, p. 201).

Tomando esse raciocínio para o presente estudo, há para os trabalhadores o direito a que o Estado mantenha as posições jurídicas já incorporadas, que lhes foram outorgadas por meio da CLT, a qual regulamentou os direitos fundamentais sociais trabalhistas.

Igualmente, surge o direito para os trabalhadores à não eliminação pelo Estado das normas regulamentadoras dessas posições jurídicas alcançadas, sobretudo daquelas normas presentes na CLT que fizeram com que o Estado avançasse em seus objetivos constitucionais sociais perante os indivíduos:

Se se consideram como ação legislativa não apenas os atos de criação e revogação normativa, mas também a manutenção da vigência da norma, então, ao direito à não-eliminação como direito a uma ação negativa corresponde sempre um direito à manutenção da vigência, o qual é um direito a uma ação positiva. (ALEXY, 2015. p. 201).

Na medida em que a Lei da Reforma Trabalhista derroga dispositivos da CLT e inclui outros, possibilitando a mitigação de direitos mínimos dos trabalhadores já regulamentados, está contrariando duplamente: o direito à não eliminação de posições jurídicas trabalhistas já adquiridas e também o direito à manutenção da vigência das normas que sustentam essas posições jurídicas.

Como o intuito da prevalência do negociado sobre o legislado é a redução de direitos presentes em normas infraconstitucionais, que regulamentam as garantias sociais do trabalhador presentes na Constituição, por via reflexa, a Lei n. 13.467/2017 atingirá os próprios direitos fundamentais sociais trabalhistas, indo de encontro à sua essência, pois, em vez de produzir o progresso, propiciará um grave retrocesso nas relações de trabalho.

Aplica-se muito bem à situação a lição de Alexy, quando se afirma que as posições conferidas aos indivíduos, através da regulamentação infraconstitucional de direitos fundamentais sociais, são tão importantes, do ponto de vista do direito constitucional, que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. (ALEXY, 2015, p. 511-512).

Sendo assim, a criação de uma lei ordinária, como a Lei n. 13.467/2017, seria via imprópria para se permitir a retirada de garantias legais às posições jurídicas já incorporadas pelos

trabalhadores. A Lei n. 13.467/2017, decorrente de processo legislativo ordinário, não pode tornar possível o rebaixamento das condições trabalhistas já materializadas através da CLT, sob pena de estar ferindo os próprios objetivos constitucionais e o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Alexy, citando Konrad Hesse, menciona que, “[...] da compreensão dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas, resulta para o legislador [...] uma obrigação (positiva) de fazer de tudo para realizar os direitos fundamentais.” (grifo nosso) (2015. p. 501). Entretanto, verificou-se que, em vez de buscar a realização dos direitos fundamentais sociais trabalhistas, a prevalência do negociado sobre o legislado provocará o regresso do que já se encontrava disciplinado através da CLT.

Por tais razões, percebe-se que a prevalência do negociado sobre o legislado decorrente da Reforma Trabalhista não se coaduna com os valores sociais defendidos pela Constituição brasileira, estando na contramão dos direitos fundamentais dos trabalhadores, já que estes visam à implantação de posições jurídicas cada vez mais favoráveis ao obreiro.

Ademais, impende ressaltar que é exatamente em momentos de crise econômica que a proteção mínima de posições sociais se faz mais necessária:

A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído. Parece plausível a objeção de que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos - ainda que mínimos - tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. Contra essa objeção é necessário observar [...] que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível. (ALEXY, 2015. p. 507).

O argumento acima citado serve como contraponto à alegação dos defensores da Reforma Trabalhista, de que, em momentos de crise econômica, a proteção dos direitos trabalhistas previstos no piso legal tornaria impossível a superação das dificuldades. De

acordo com Alexy, são precisamente nessas situações críticas que a ordem constitucional deve resguardar ainda mais o mínimo legal garantido ao trabalhador.

5.2 O conflito entre a autonomia da vontade coletiva e a proteção ao trabalhador

Outro argumento importante reside no fato de que a Lei n. 13.467/2017 gerou uma hipótese de conflito normativo entre a regra da prevalência do negociado sobre o legislado e diversos princípios trabalhistas e constitucionais, especialmente o princípio da proteção ao trabalhador, do qual decorre o subprincípio da norma mais favorável.

No entanto, para Alexy (2015, p. 90-91), é impróprio se falar em conflito entre uma regra e um princípio, por se tratar de espécies normativas que possuem diferenças qualitativas, de operacionalidade diversa:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização [...]. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. [...] Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.

Em situações como essa, em que aparentemente haveria a contrariedade de um princípio por uma regra, na verdade, há a colisão entre um princípio e o fundamento da regra, que é um outro princípio.

Poder-se-ia afirmar que o princípio fundamentador da prevalência do negociado sobre o legislado seria o princípio da autonomia da vontade coletiva. Esse princípio é que estaria em choque com o princípio da proteção ao trabalhador, na sua dimensão da norma mais favorável.

Segundo o aludido jurista, diante de uma colisão entre princípios, deverão ser verificadas as condições fáticas e jurídicas do caso, para se saber qual princípio terá precedência sobre o outro. É o que denomina de relação de precedência condicionada (pelas circunstâncias fáticas e jurídicas) entre princípios colidentes:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. [...] Esse conceito de relação de precedência condicionada tem importância fundamental na compreensão das colisões entre princípios e, com isso, para a teoria dos princípios. (ALEXY, 2015, p. 96).

Todavia, as colisões entre princípios não se relacionam apenas com a precedência de um princípio sobre o outro, mas demonstram as condições sob as quais se verifica uma violação a um direito fundamental.

Referindo-se à teoria das relações de precedência entre princípios colidentes, Alexy (2015, p. 98) afirma que:

Salta aos olhos que nela não se faz menção à precedência de um princípio, de um interesse, de uma pretensão, de um direito ou de um objeto semelhante; na verdade, são indicadas condições sob as quais se verifica uma violação a um direito fundamental.

Dessa feita, a colisão entre o princípio da autonomia da vontade coletiva e o princípio da norma mais favorável ao trabalhador poderia evidenciar uma limitação violadora perpetrada pela Lei n. 13.467/2017 ao direito fundamental do obreiro de criação de condições trabalhistas mais favoráveis.

Para casos como esse, Alexy apresenta a regra da proporcionalidade, a fim de atestar se a limitação a um direito fundamental é válida ou não. Tal regra engloba três máximas parciais: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

As máximas da adequação e necessidade consideram as condições fáticas do caso. Na adequação, observa-se se a limitação

ao princípio é apta à persecução do objetivo colimado; na necessidade, verifica-se se a limitação representa o meio menos gravoso.

Já a máxima da proporcionalidade em sentido estrito se refere às condições jurídicas. Caso a limitação ao princípio passe pelo crivo da adequação e da necessidade, deverá ser feito o sopesamento entre os princípios, para apurar se essa limitação trará mais benefícios do que prejuízos ao titular do direito fundamental.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. [...] o exame da necessidade, que o Tribunal Constitucional Federal define como a exigência de que “[...] o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo [...]”, decorre do caráter principiológico dos direitos fundamentais. [...] ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento. [...] o exame da adequação também decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2015, p. 119-120).

Ainda que a prevalência do negociado sobre o legislado fosse uma limitação ao princípio da norma mais favorável ao trabalhador, considerada adequada e necessária, tal mitigação não passaria no exame da proporcionalidade em sentido estrito. No sopesamento entre o princípio da autonomia da vontade coletiva e o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, é inegável que privilegiar a autonomia da vontade para criar condições desfavoráveis ao obreiro, reduzindo o alcance de direitos já conquistados, traz mais prejuízos do que benefícios ao trabalhador.

Dessa feita, é possível chegar à conclusão de que a norma que concebe a prevalência da negociação coletiva sobre a lei, para mitigar direitos do trabalhador, nos termos da Lei da Reforma Trabalhista, representa violação à proteção constitucional de direitos fundamentais garantidos ao obreiro.

Por sua vez, especificamente quando se refere aos direitos sociais, Alexy alerta para o fato de que a garantia legal de uma condição mínima que preserve a dignidade social é mais importante do que as liberdades jurídicas - como a liberdade negocial coletiva - sobretudo para o indivíduo que se encontra em situação de hipossuficiência:

É exatamente aquele desprovido de meios que pode valorizar especialmente aqueles direitos fundamentais que, por exemplo, o protegem contra o trabalho forçado e outras situações semelhantes e aqueles que lhe dão a possibilidade de melhorar sua situação por meio do processo político. Contudo, não é possível negar que, para ele, a eliminação de sua situação de necessidade é mais importante que as liberdades jurídicas, que a ele nada servem, em razão de sua situação de necessidade, e que, por isso, são para ele uma fórmula vazia. [...] A razão de ser dos direitos fundamentais é exatamente a de que aquilo que é especialmente importante para o indivíduo, e que pode ser juridicamente protegido, deve ser juridicamente garantido. (ALEXY, 2015, p. 505-506).

Portanto, muito mais importante do que garantir a ampla liberdade jurídica por meio das negociações coletivas - a ponto de permitir a redução do que já está positivado na lei, em termos de direitos trabalhistas - é garantir que os direitos do trabalhador sejam efetivamente protegidos e preservados, mantendo-se a condição social mínima já alcançada pelo obreiro e a perspectiva de melhorias crescentes.

Bem se vê que as mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista, direcionadas a permitir a redução de direitos dos trabalhadores através da negociação coletiva, são extremamente prejudiciais ao trabalhador. Representam violações a direitos fundamentais sociais trabalhistas, sem respaldo em razões relevantes e sem atender à regra da proporcionalidade, sendo consideradas, portanto, incompatíveis com a ordem constitucional.

6 CONCLUSÃO

A Lei n. 13.467/2017 apresenta numerosas e intensas modificações na CLT, achando-se entre elas a prevalência do negociado sobre o legislado, que permite a redução de uma série de direitos trabalhistas por meio de negociação coletiva.

Contudo, é importante esclarecer que a negociação coletiva foi criada para funcionar como instrumento de pacificação entre trabalhadores e empregadores, servindo para adaptar as relações de trabalho à realidade de determinada categoria profissional ou econômica. Por se tratar de um processo dialético, que coloca os representantes de ambas as classes em discussão, para o ajuste de vontades sobre uma condição trabalhista, a formalização dos instrumentos coletivos de trabalho exige a participação, sobretudo, de sindicatos obreiros atuantes e fortes, que possam buscar soluções satisfatórias para o trabalhador, que é a parte mais vulnerável da relação laboral.

No entanto, observou-se que, em um contexto onde a negociação coletiva prevaleça sobre a lei, a situação atual dos sindicatos profissionais brasileiros mostra que tais agremiações não estão fortalecidas o suficiente para disputar em condições de igualdade com a classe empresária o estabelecimento ou a garantia de direitos trabalhistas em favor daqueles que representam. Tal situação ainda poderá ser agravada com o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, sem oferecer aos sindicatos operários a possibilidade de instituição de outros meios de financiamento das suas atividades, como a contribuição negocial. Certo é que uma reforma sindical precisa ser efetuada, mas não nos moldes parciais mencionados na Lei da Reforma Trabalhista, em prejuízo aos sindicatos das categorias profissionais.

Por sua vez, fica claro que o intuito da Lei n. 13.467/2017, ao dispor sobre a superação da lei pela negociação coletiva, não é outro senão possibilitar que haja o rebaixamento de direitos trabalhistas previstos na legislação, através de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Tendo em vista que a ordem jurídica já reconhece a

prevalência hierárquica das fontes autônomas do Direito do Trabalho sobre todas as demais, se aquelas estabelecessem condições mais benéficas ao obreiro, não haveria necessidade de reforma legal para estabelecer a prevalência do negociado sobre o legislado se fosse para adicionar vantagens ao trabalhador.

Além disso, esse intuito de rebaixamento de direitos trabalhistas legais por instrumento negocial coletivo contraria uma série de normas da Constituição, que vão desde os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito brasileiro até as bases constitucionais sustentadoras do próprio Direito do Trabalho. Observa-se, assim, uma tentativa de subversão de uma série de valores que norteiam o sistema jurídico-constitucional de proteção laboral.

A possibilidade trazida pela Lei n. 13.467/2017 de estabelecer condições menos vantajosas ao trabalhador por meio de acordo ou convenção coletiva, em regresso ao que já foi conquistado na legislação, afronta o princípio de proteção ao trabalhador, principalmente na sua expressão sob a forma de subprincípio da condição mais benéfica. Ademais, fere o princípio de vedação ao retrocesso social, que se encontra amparado nos valores constitucionais que formam o ideal de Justiça Social.

Como se não bastasse, os supostos objetivos a serem alcançados pela Reforma Trabalhista, como a valorização da negociação coletiva, o fim da insegurança jurídica provocada pelo controle judicial sobre acordos e convenções coletivas e o aprimoramento das relações de trabalho, jamais serão propiciados pela Lei n. 13.467/2017. Vislumbra-se que, na verdade, esta causará a perda de legitimidade do ajuste coletivo a longo prazo, provocará maiores questionamentos na Justiça do Trabalho sobre a restrição de direitos trabalhistas por instrumento coletivo e desgastará as relações de trabalho a níveis críticos.

Por todas essas circunstâncias, a Lei n. 13.467/2017, na parte que toca à prevalência do negociado sobre o legislado, perfaz-se inconstitucional, o que é reforçado pela Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

Para Alexy, os direitos fundamentais sociais presentes na Lei Maior exigem do Estado a sua realização, o que começa pela sua regulamentação através de normas infraconstitucionais que façam com que os objetivos sociais sejam alcançados. Nesse contexto, inserem-se os direitos constitucionais trabalhistas, cujo conteúdo mínimo encontra-se materializado na CLT.

No momento em que a Lei n. 13.467/2017 possibilita macular o mínimo legal de direitos trabalhistas, através da sua redução por ajuste coletivo, está permitindo que se retire do trabalhador posições jurídicas já adquiridas, que devem ser resguardadas pela ordem constitucional.

Além disso, a prevalência do negociado sobre o legislado, nos moldes da Reforma Trabalhista, representa uma limitação imprópria ao direito fundamental do trabalhador de melhoria da sua condição social. Referida previsão legal acaba por colocar em colisão o princípio da autonomia da vontade coletiva e o princípio da norma mais favorável. No entanto, privilegiar a autonomia da vontade, em detrimento da mitigação de direitos trabalhistas assegurados por lei, não passa pelo crivo da regra da proporcionalidade, trazendo mais prejuízos do que benefícios ao obreiro e atingindo a proteção constitucional de direitos trabalhistas regulamentados.

ABSTRACT

This article aims to point out relevant aspects of the negotiated prevalence over the legislated, which represents one of the most controversial innovations brought by the Labor Reform of 2017, especially regarding the question of the constitutionality of this legal provision. Through bibliographic research, the main characteristics of collective bargaining, the situation of Brazilian trade unions and the limits of conventions and collective bargaining agreements, were compared with the main legal orders of arts. 611-A, 611-B and 620 of Law n. 13.467/2017, which establish the supremacy of the collective bargaining agreement on labor legislation. The arguments of the Fundamental Rights Theory of Robert Alexy were used as a

fundamental basis for the verification of the possibility of mitigation of labor social rights, through the prevalence of the negotiated over the legislated. These arguments led to the conclusion that overcoming the law by collective bargaining to reduce workers' rights is incompatible with the constitutional order, to remove legal positions already incorporated by the worker and to represent a disproportionate violation of fundamental labor rights.

Keywords: *Labor reform. Negotiated on the legislated. Robert Alexy.*

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ANDERSON, Alan R. *Logic, norms and roles*. Ratio 4, 1962.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.
- _____. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.
- _____. *Lei n. 11.648, de 31 de março de 2008*. Dispõe sobre o reconhecimento formal das centrais sindicais para os fins que especifica, altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11648.htm>. Acesso em: 07 de jun. 2017.
- _____. *Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 07 de ago 2017.

- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- _____. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GARCIA, Carla Rosane Pesegoginski. *Princípio da vedação do retrocesso: “efeito cliquet”*. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/carlaadvogada/artigos/principio-da-vedacao-do-retrocesso-efeito-cliquet-436>>. Acesso em: 14 jun. 17.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016.
- _____. *Reforma trabalhista*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Sindicatos no Brasil: o que esperar no futuro próximo?* Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2262.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2017.
- JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2005.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Negociação coletiva e contrato individual de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MINISTÉRIO DO TRABALHO. *Norma Regulamentadora 15 - Atividades e operações insalubres*. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr15.htm>>. Acesso em: 17 jun. 17.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Nota Técnica n. 02 de 23 de janeiro de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT)*. Brasília: 2017. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-

- imprensa/mpt-noticias/Nota+Técnica+nº+2-2017+-+PL+6.787-2016+-+minirreforma+trabalhista.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2017.
- _____. *Nota Técnica n. 05 de 17 de abril de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT)*. Brasília: 2017. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/c6d5ffb6-5285-4f96-87f3-6a02340ded33/notatecnica_76-2017.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 07 jun. 2017.
 - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. *Verbete n. 363 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/286>>. Acesso em: 10 mar. 2017.
 - PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo; LTr, 1998.
 - RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.
 - RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
 - SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.
 - TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *OJ-SDC-31. Estabilidade do acidentado. Acordo homologado. Prevalência. Impossibilidade. Violação do art. 118 da Lei n. 8.213/91*. Inserida em 19/8/1998. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/home?p_p_id=15&p_p_life cycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=63246&_15_version=1.1>. Acesso em: 14 jun. 17.
 - _____. *Súmula n. 437: Intervalo Intrajornada para repouso e alimentação. Aplicação do art. 71 da CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais n. 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27/9/2012*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437>. Acesso em: 14 jun. 2017.

IMPACTOS DA REFORMA
TRABALHISTA NO MODELO DE
CUSTEIO DAS ORGANIZAÇÕES
SINDICAIS*

IMPACTS OF LABOR LAW
REFORM IN THE MODEL OF
UNION ORGANIZATIONS DUES

Sara Costa Benevides**

RESUMO

Diante da reforma trabalhista, o custeio das organizações sindicais torna-se ponto importante de discussão. As alterações que mudam a natureza jurídica da contribuição sindical coadunam com os preceitos de liberdade sindical. Contudo, as demais formas de custeio das entidades sindicais devem ser relidas, evitando-se a inanição da ação sindical.

Palavras-chave: Sindicatos. Liberdade sindical. Custeio das organizações sindicais. Contribuição sindical.

1 INTRODUÇÃO

O custeio das organizações sindicais é um tema central e delicado no Brasil. Mesmo após a nova conformação constitucional

* Artigo enviado em 31/8/2017 e aceito em 10/11/2017 .

**Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora universitária. Advogada.

inaugurada pela Constituição Federal de 1988, que valorizou a liberdade sindical, a contribuição sindical obrigatória permaneceu no sistema brasileiro. A Reforma Trabalhista, realizada a partir da Lei n. 13.467/2017, trouxe alteração nesse cenário. A alteração legal, por um lado, parece louvável, ao valorizar a liberdade sindical. Por outro, contudo, a Reforma pode ter o efeito perverso de reduzir - mortalmente, é bom dizer - a atuação sindical.

2 DIREITO DO TRABALHO, SINDICATOS, LIBERDADE SINDICAL E CUSTEIO

A função precípua do Direito do Trabalho é proteger o trabalhador. Essa é a sua finalidade, sua razão de ser. O Direito do Trabalho funda-se na diferença constatada, no plano fático, entre os dois polos da relação de trabalho. Américo Plá Rodríguez destaca: “As desigualdades somente se corrigem com desigualdade de sentido oposto.” (RODRIGUEZ, 1993, p. 25).

E como esse ramo do Direito alcança a restauração do equilíbrio?

A resposta a esse questionamento repousa nas palavras de Oscar Ermida Uriarte:

Ele o faz tanto autônoma como heteronomamente. Historicamente, na Revolução Industrial, primeiro surgiu a autonomia. Os mesmos trabalhadores se agrupam (sindicato) e pressionam (greve) para obter melhores condições de trabalho através de uma convenção coletiva (negociação coletiva). Paralelamente, o Estado vai interferindo na mesma direção de proteção e igualação, por meio de seus poderes: uma legislação protetora, uma inspeção de trabalho e uma justiça trabalhista especializada e com procedimento próprio. (URIARTE, 2013, p. 12).

É fato que a proteção trabalhista assume crescente papel na defesa do trabalhador em face das investidas cada vez mais cruéis por força dos novos contornos do capital, e a eficiência da tutela do trabalho vai depender de uma relação muito próxima entre sindicatos e legislação heterônoma. Sindicatos e ordenamento jurídico-trabalhista sofrem e exercem influências mútuas, um

auxiliando na integridade do outro, numa interação contínua e profícua em prol da proteção do trabalhador.

Os sindicatos são essenciais à evolução e à preservação do Direito do Trabalho. E o que será essencial para que o sindicato atue de forma eficaz? A garantia da liberdade sindical é exatamente o que torna possível a atuação sindical mais fiel ao papel importante que desempenha no âmbito do Direito do Trabalho e, portanto, na proteção ao trabalhador.

A liberdade sindical - assim como os demais direitos trabalhistas - foi conquistada pelos trabalhadores em razão de muita luta e persistência e foi evoluindo à medida que esse ramo da ciência jurídica se afirmava, ganhando autonomia para sustentar seus próprios institutos.

Como já se pôde concluir em outro estudo¹, se, de um lado, “[...] as amarras legais não representam verdadeiro impedimento para a organização do movimento de trabalhadores”, de outro, “[...] embora o movimento de trabalhadores possa existir independentemente da lei, é importante que esta resguarde a sua atuação.” (BENEVIDES, 2013, p. 50, 69).

O direito à liberdade sindical apresenta-se, assim, como verdadeiro alicerce, necessário à constituição de sindicatos fortes e atuantes, em prol de uma sociedade em que haja a valorização do trabalhador. E essa liberdade pode - e deve - ser garantida por meio de instrumentos normativos. O direito à liberdade sindical apresenta diversas facetas, também tratadas de dimensões, relativas a momentos diferenciados da atuação dos sindicatos e de seus representados. Em conjunto, os diversos pontos de proteção formam o arcabouço jurídico protetor da liberdade sindical.

Alice Monteiro de Barros explica os prismas da liberdade sindical:

¹ Refere-se ao livro de autoria própria, fruto da pesquisa realizada no mestrado de Direito do Trabalho da PUC Minas, sob a orientação de Márcio Túlio Viana, em que foram analisadas as lições que a história dos movimentos sociais do contexto do capitalismo apresenta. (BENEVIDES, 2013).

A liberdade sindical poderá ser focalizada sob vários prismas: como o direito de constituir sindicatos; como o direito do sindicato de autodeterminar-se; como liberdade de filiação ou não a sindicato e como a liberdade de organizar mais de um sindicato da mesma categoria econômica ou profissional dentro de uma mesma base territorial, que se identifica com o tema intitulado pluralidade sindical. (BARROS, 2016, p. 799).

Mauricio Godinho Delgado trata da liberdade sindical como princípio - um dos que o autor classifica como assecuratórios do ser coletivo obreiro² -, juntamente com os da liberdade associativa e da autonomia sindical.

Diante da Reforma Trabalhista, ponto importante de discussão diz respeito à contribuição sindical, ou, de forma mais ampla, ao custeio das organizações sindicais.³ Esse tema está intrinsecamente ligado ao da liberdade sindical. Afinal, autonomia financeira também é medida da liberdade concedida às instituições coletivas.

De modo geral, os sindicatos podem apoiar seu custeio nas seguintes fontes: a) contribuição sindical obrigatória, de natureza tributária; b) contribuições previstas em negociações coletivas, chamadas de contribuição assistencial; c) contribuições previstas em assembleia, chamadas de confederativas; d) mensalidades de

² Mauricio Godinho Delgado, ao tratar dos princípios especiais do Direito Coletivo do Trabalho, divide-os em três grandes grupos: 1) Princípios assecuratórios da existência do ser coletivo obreiro; 2) Princípios regentes das relações entre os seres coletivos trabalhistas; e 3) Princípios regentes das relações entre normas coletivas negociadas e normas estatais. O primeiro grupo de princípios envolve os princípios da liberdade associativa e sindical e o da autonomia sindical. É o grupo mais importante para a discussão sobre liberdade sindical. (DELGADO, 2017, p. 1477).

³ Vale destacar que o verdadeiro ponto de grande discussão atualmente no âmbito brasileiro de organização sindical diz respeito à unicidade sindical prevista na Constituição Federal de 1988. Apenas para esclarecer, por unicidade entende-se a proibição, por lei, que seja organizado mais de um sindicato para representar a categoria na mesma base territorial. Em que pese boa parte da doutrina defender a necessidade de alterar a organização sindical brasileira, adotando-se a liberdade sindical mais ampla - de que não se pode discordar -, a reforma da Constituição Federal nesse ponto não é tarefa simples. A alteração dependeria de emenda constitucional, muito embora estudos perspicazes proponham formas de lidar com a questão mesmo diante do ordenamento atual. Fato é que a Reforma Trabalhista de 2017 não enfrentou o problema.

seus afiliados; e) rendas provenientes da gestão do patrimônio do sindicato; e f) outras fontes de renda, por exemplo, decorrentes de atuação econômica.

2.1. A contribuição sindical, de natureza tributária, anteriormente à Reforma de 2017

A ordem jurídica brasileira estabelece que uma cobrança terá natureza tributária quando presentes cinco requisitos: seja prestação pecuniária, de caráter compulsório, instituída por lei, cobrada por meio de lançamento e não seja sanção. (SABBAG, 2013, p. 383-388).

Diante disso, a contribuição sindical prevista na CLT é compreendida como tributo e, por essa razão, sujeita-se aos princípios informadores do Direito Tributário, tais como o da legalidade, o da anterioridade, o da vedação ao confisco, o da capacidade contributiva, além de outros.⁴

Nesse ramo do Direito, convencionou-se classificar os tributos em cinco espécies⁵: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições. (SABBAG, 2013, p. 407).

Na última espécie estão incluídas as contribuições sindicais. Previstas no art. 149 da CF/88, as “contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas” são tributos cuja competência para instituir é exclusiva da União. Duas de suas modalidades são: as contribuições decorrentes dos órgãos fiscalizadores de profissão (OAB, CREA, CRM etc.) e a contribuição sindical. (SABBAG, 2013, p. 515).

A Constituição Federal não institui a contribuição sindical direta e expressamente. É, na verdade, a legislação infraconstitucional que a impõe. Os arts. 578 e 579 da CLT preveem a contribuição sindical,

⁴ Os princípios mencionados estão previstos na própria Constituição Federal e representam limitação ao poder estatal de tributar.

⁵ A classificação dos tributos é tema bastante controverso na doutrina tributária. A classificação pentapartite é utilizada por boa parte da doutrina tributarista mais moderna e também adotada pelo STF em alguns votos.

ainda denominada legalmente de “imposto sindical”⁶:

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

Art. 579. A contribuição sindical é devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591. (BRASIL, 1943).

Em resumo, a contribuição sindical é tributo e, portanto, obrigatória a todos aqueles que, sindicalizados ou não, integrem categoria econômica ou profissional, ou façam parte de profissão liberal.

Esse tipo de tributo caracteriza-se por ser vinculado, ou seja, o produto de sua cobrança deve atender à finalidade determinada em lei, no caso ao custeio do sistema sindical. O art. 592 da CLT prevê que será aplicado em assistência jurídica, médica, odontológica etc.⁷ Cuida-se, outrossim, de contribuição tributária

⁶ Como já mencionado, cinco são as espécies tributárias, e a obrigação prevista na CLT é classificada como contribuição, e não como imposto. Assim, a expressão “imposto sindical” é incorreta tecnicamente. Contudo, ocasionalmente, autores utilizam a denominação, justamente por se tratar da expressão constante da CLT.

⁷ Em certa medida, decorre desse raciocínio o entendimento de que a assistência do sindicato ao ato de homologação da rescisão contratual previsto no art. 477 da CLT, anteriormente à Reforma de 2017, deve ser gratuito, assim como a assistência jurídica em geral, conforme entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n. 16 da SDC do TST: “Taxa de homologação de rescisão contratual. Ilegalidade. (inserida em 27.03.1998) É contrária ao espírito da lei (art. 477, § 7º, da CLT) e da função precípua do Sindicato a cláusula coletiva que estabelece taxa para homologação de rescisão contratual, a ser paga pela empresa a favor do sindicato profissional.” Veja-se, ainda, trecho de um dos julgados que levou à consolidação do entendimento jurisprudencial: “O legislador, ao estabelecer a gratuidade da assistência sindical, de forma ampla, quis proteger o clima de isenção que deve imperar quando o sindicato é chamado a dar assistência a pedido de demissão ou recibo de quitação de empregado. Se a lei, segundo a d. maioria, quisesse deixar aberta a possibilidade de o empregador pagar pela ‘assistência’ prevista no § 1º, do art. 477 da CLT, teria limitado a garantia da gratuidade ao empregado.” (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 1998b).

de natureza especial ou parafiscal⁸, pois, em que pese ser instituída pela União, é dada a outra pessoa jurídica, no caso a instituições sindicais. (SABBAG, 2013, p. 515).

Não se pode negar que essa contribuição vincula ao Estado a própria sobrevivência dos entes sindicais - ou, pelo menos, dos mais frágeis, que são a maioria.⁹ A análise feita por Alice Monteiro de Barros aponta a contribuição sindical obrigatória como sendo um dos empecilhos para a ratificação da Convenção n. 87 da OIT:

Por outro lado, a mesma Constituição que, em seu art. 8º, IV, manteve a contribuição sindical já existente na lei ordinária e ainda instituiu outra (a confederativa). Ora, tal posicionamento mantém reminiscências do regime corporativo no País, inspirado no modelo fascista de Mussolini, e continua impedindo a ratificação da Convenção n. 87, que permite livremente a criação de entidades sindicais, pouco importando se já exista dentro da respectiva base territorial outra de mesma categoria, econômica ou profissional, competindo à entidade sindical definir a respectiva base. Como se vê, à luz da referida Convenção, a entidade sindical não está sujeita, por determinação legal, a restrições no âmbito de sua representação, tampouco na sua base territorial. (BARROS, 2016, p. 799).

A OIT, por meio de Comitê de Liberdade Sindical, já se manifestou, entendendo que:

⁸ O termo parafiscal é utilizado para se referir a contribuições que, em que pese criadas sob a competência exclusiva do Estado, são instituídas em benefício de entidades que não compõem a Administração Pública, mas exercem atividade de interesse público. Leandro Paulsen afirma que a nomenclatura está em desuso e deve ser evitada porque não designa mais as contribuições como um todo, como aconteceu outrora. Atualmente o fato de ser instituído pelo Estado, mas cobrado e repassado a outra pessoa, no caso os sindicatos, não lhe retira feição tributária. (PAULSEN, 2012, p. 101).

⁹ A tributação, de acordo com Sasha Calmon Navarro Coêlho, é instrumento do sistema capitalista e decorre da necessidade que o Estado tem de obter verbas para alcançar suas diversas finalidades. (COÊLHO, 2012, p. 360). Assim, cobrança tributária proveniente de hipótese de incidência que leva em consideração, direta ou indiretamente, a ação sindical apresenta-se em desacordo com a autonomia sindical, pois inarredável a vinculação do sindicato ao Estado nesses casos. Por essa razão, acertado afirmar que a cobrança de “imposto sindical” (apelido brasileiro para a contribuição especial) viola o princípio da liberdade sindical.

Verbetes 467 - No que diz respeito aos sistemas de financiamento do movimento sindical, que põem as organizações sindicais sob a dependência financeira de um organismo público, o Comitê achou que toda forma de controle do estado é incompatível com os princípios da liberdade sindical e deveria ser abolida uma vez que permite a ingerência das autoridades na administração financeira dos sindicatos. (NICOLADELI, 2013, p. 122).

Verbetes 470 - Um sistema segundo o qual os trabalhadores estejam obrigados a pagar uma contribuição a um organismo de direito público que, por sua vez, assegura o financiamento das organizações sindicais, pode envolver graves perigos para a independência das ditas organizações. (NICOLADELI, 2013, p. 123).

De todo modo, o Comitê de Liberdade Sindical reconhece que a análise de eventual violação à autonomia sindical ocasionada pelos diversos sistemas de subvenção das organizações sindicais deve levar em conta as circunstâncias de cada caso, não sendo possível a apreciação a partir de princípios gerais. (NICOLADELI, 2013, p. 123).

A intervenção do Estado diante dessa modalidade de contribuição ocorre no momento em que ela é instituída e pode ocorrer, também, durante eventual fiscalização. Aliás, as discussões sobre a possibilidade de controle de contas dos sindicatos são bastante significativas.

De um lado alguns entendem que, por se tratar de verba de origem tributária, e, portanto, pública, mereceria fiscalização pelo Tribunal de Contas da União. Há sustentação constitucional para essa tese no parágrafo único do art. 70 da CF/88. A Lei n. 11.648/2008, que regulamentou as centrais sindicais, tentou prever a obrigatoriedade de prestação de contas, mas o mencionado artigo foi vetado, sob o argumento de ferir a liberdade sindical.

O STF, ao apreciar Mandado de Segurança apresentado por sindicato contra ato do TCU que exigiu a apresentação de contas, entendeu que as contribuições sindicais compulsórias, por possuírem natureza tributária e constituírem receita pública, estão sujeitas à competência fiscalizatória do TCU. O Tribunal registrou ainda que a atividade de controle das receitas provenientes de

contribuição compulsória não representa violação à autonomia sindical. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

Em sua dimensão negativa, a liberdade sindical não se compatibiliza com a obrigatoriedade de pagamento de contribuição. Se o trabalhador não é obrigado a filiar-se, também não pode ser obrigado a contribuir. Ademais, atrelar a sobrevivência do sindicato à receita proveniente do poder do Estado de tributar retira a autonomia que essas instituições representativas devem ter. Não se pode deixar de observar que, por outro lado, essa forma de custeio pode fortalecer economicamente as instituições sindicais.¹⁰ Mesmo assim, de todo ângulo que se olhe, a cobrança da contribuição sindical compulsória no Brasil parece ferir a liberdade sindical.

3 OUTRAS FORMAS DE CUSTEIO

3.1. Contribuições previstas em negociações coletivas - Contribuição assistencial - Contribuições previstas em assembleia - Contribuições confederativas

A contribuição assistencial não é prevista especificamente em lei, mas em negociação autônoma. Serve para custear os gastos decorrentes da negociação coletiva. Já a contribuição confederativa existe no Brasil em razão de expressa previsão da Constituição Federal, que, no art. 8º, inc. IV, determina que a assembleia geral fixará contribuição.

A CLT prevê, no art. 513, alínea “e”, ser prerrogativa dos sindicatos a possibilidade de “impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas.” (BRASIL, 1943).

¹⁰ Isso explica por que as instituições sindicais, em sua maioria, defendem a permanência da contribuição sindical. Interessante notar que, entre as seis centrais sindicais mais representativas (CUT, Força Sindical, UGT, CTB, NCST e CSB), somente a CUT é contra a contribuição sindical compulsória. (NICOLADELI, 2017, p. 136).

Nesse ponto, o TST já pacificou seu entendimento no sentido de que é ilegal a cobrança a não sindicalizados de contribuições previstas em negociação coletiva, por ferir o princípio da liberdade sindical. É o que se depreende da Orientação Jurisprudencial n. 17 da SDC do TST:

17. Contribuições para entidades sindicais. Inconstitucionalidade de sua extensão a não associados.

As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2014a).

O Precedente Normativo n. 119, também da SDC do TST, posiciona-se no mesmo sentido:

N. 119 CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2014b).

Inclusive o STF, por meio da Súmula Vinculante n. 40, já consolidou esse entendimento:

Súmula Vinculante n. 40 - A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Mauricio Godinho Delgado assevera que o entendimento dominante verificado no Brasil - ao contrário - não valoriza a liberdade sindical, mas mina a autonomia dos sindicatos. Segundo o autor, em países de experiência democrática mais consolidada, a restrição não tem aplicação. O Professor acredita que, mesmo com a ordem jurídica brasileira atual, seria possível a admissão desse tipo de contribuição, bastando assegurar o direito de oposição para resguardar a liberdade do trabalhador.

Ressalte-se que a própria OIT vem admitindo a contribuição solidária obrigatória, mesmo do não associado, quando ele se beneficia do contrato coletivo firmado pelo sindicato, desde que previsto em negociação coletiva:

Verbete 480 - Quando uma legislação aceita cláusulas de segurança sindical, como a dedução de contribuição sindical de não filiados que se beneficiaram da contratação coletiva, tais cláusulas só deveriam se tornar efetivas por meio das convenções coletivas. (NICOLADELI, 2013, p. 123).

O Ministério Público do Trabalho, por meio da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical (Conalis), aprovou, em 2010, a Orientação n. 3, com a seguinte redação:

Contribuição Assistencial. “É possível a cobrança de contribuição assistencial/negocial dos trabalhadores, filiados ou não, aprovada em assembleia geral convocada para este fim, com ampla divulgação, garantida a participação de sócios e não sócios, realizada em local e horário que facilitem a presença dos trabalhadores, desde que assegurado o direito de oposição, manifestado perante o sindicato por qualquer meio eficaz de comunicação, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, inclusive quanto ao prazo para o exercício da oposição e ao valor da contribuição.” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2010).

Contudo, no ano seguinte, a orientação foi cancelada. De toda forma, não deixa de demonstrar ser imperioso discutir e rever esse tema. Talvez esse possa ser um caminho interpretativo, diante das alterações legislativas de 2017.

3.2. Mensalidades dos afiliados, rendas provenientes da gestão dos bens e valores do sindicato ou de sua atuação econômica

As mensalidades são parcelas pagas periodicamente aos sindicatos pelos filiados. Contudo, as baixas taxas de sindicalização impactam essa forma de receita.

A renda proveniente da gestão de bens e valores dos sindicatos - como aluguéis, rendimentos de investimentos e outros possíveis de adquirir, caso exista patrimônio - também está prevista na CLT, como se depreende da leitura do artigo 548.¹¹

Outras fontes de renda podem ser as decorrentes de atuação econômica, por exemplo. É preciso atentar que a CLT, em seu artigo 564, expressamente veda que os sindicatos exerçam, direta ou indiretamente, atividades econômicas. Há discussão se esse artigo teria sido ou não recepcionado pela CF/88, pois restringe a autonomia sindical. Em alguns países, como é o caso da Alemanha, os sindicatos atuam de forma significativa na área econômica.

4 IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NO MODELO DE CUSTEIO DAS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS

Em 14/7/2017 foi publicada a Lei n. 13.467, que, apelidada de “Reforma Trabalhista”, alterou a CLT, reescrevendo, acrescentando ou suprimindo textos de mais de cem de seus artigos.¹²

¹¹ Vale destacar que a recepção desse artigo pela Constituição Federal de 1988 é bastante discutida, já que, diante da autonomia sindical, as previsões ali contidas podem ser consideradas inconstitucionais.

¹² Do ponto de vista político e econômico, a aprovação da lei veio em momento de profunda crise. Crise política verificada por diversas razões, mas principalmente em razão de o presidente Michel Temer ser alvo de investigações. Crise econômica constatada com base em dados que demonstram recessão, como os do IBGE, quanto ao Produto Interno Bruto (PIB), que apontam para crescimento negativo nos anos de 2015 e 2016, por exemplo. Os dados de desocupação também demonstram a crise econômica mencionada. Segundo o IBGE, a taxa de desocupação subiu de 6,5%, em 2014, para 13,7% no primeiro trimestre de 2017. (IBGE, 2017).

A Reforma Trabalhista tornou facultativo o pagamento da contribuição sindical, que perdeu, portanto, a natureza tributária que a informava. Basta verificar a nova redação dos artigos 578 e 579 da CLT, comparando com a anterior:

Quadro 1 - Arts. 578 e 579 da CLT - Antes e após a Reforma Trabalhista

Antiga redação	Nova redação
<p>Art. 578 - As contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação do “imposto sindical”, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo.</p>	<p>Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, <u>desde que prévia e expressamente autorizadas.</u> (Grifamos)</p>
<p>Art. 579 - A contribuição sindical é devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591.</p>	<p>Art. 579. O desconto da contribuição sindical <u>está condicionado à autorização prévia e expressa</u> dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação. (Grifamos)</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

Diante disso, por não ser mais compulsória, a contribuição sindical, a partir da vigência da lei da Reforma Trabalhista, deixará de ter natureza tributária. Cai também a possibilidade de fiscalização por parte do TCU.

Vale lembrar que a alteração terá repercussão também para as centrais sindicais, pois a Lei n. 11.648/2008 modificou o texto do art. 589 da CLT, o qual passou a lhes destinar dez por cento da quota profissional daquela contribuição, cabendo ao sindicato de trabalhadores de cada categoria indicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a central sindical a que estiver filiado como beneficiária.

A alteração, em certa medida, coaduna-se com os preceitos de liberdade sindical. Contudo, há o risco de matar de inanição diversos sindicatos menores, e não necessariamente pouco representativos.

Diante desse novo cenário legal, a interpretação quanto às demais formas de custeio do sindicato deverá ser revista.

Segundo a jurisprudência atual, impor a contribuição assistencial a não sindicalizados feriria o princípio da liberdade sindical. A contribuição assistencial poderia ser compulsória, mesmo diante dos termos da lei, especialmente considerando os casos em que os efeitos das negociações coletivas fossem estendidos para além dos sindicalizados.

Como já dito, a CLT prevê, no art. 513, ser prerrogativa dos sindicatos a possibilidade de “impor contribuições a todos aqueles que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas.” (BRASIL, 1943). Esse artigo deverá ser interpretado no sentido de permitir a instituição de cláusula de segurança sindical.

Nesse sentido, serão mais necessárias do que nunca as palavras de Mauricio Godinho Delgado, ao demonstrarem que, mesmo com a ordem jurídica atual, seria possível estender a contribuição prevista em negociação, pois consistirá em caminho de interpretação essencial para a manutenção dos sindicatos:

É que, pelo sistema constitucional trabalhista do Brasil, a negociação coletiva sindical favorece a todos os trabalhadores integrantes da correspondente base sindical, independentemente de serem (ou não) filiados ao respectivo sindicato profissional. Dessa maneira, torna-se proporcional, equânime e justo (além de manifestamente legal: texto expresso do art. 513, “e”, da CLT) que esses trabalhadores também contribuam para a dinâmica da negociação coletiva trabalhista, mediante a cota de solidariedade estabelecida no instrumento coletivo negociado. (DELGADO, 2017, p. 1.531).

Além disso, para estimular a sindicalização diante desse novo cenário, poderiam ser criados mecanismos de dedução fiscal, por exemplo. A ideia já é inclusive ventilada pela própria OIT que, por meio do Verbete 484, sugere esse caminho para países com economia em transição. (NICOLADELI, 2013, p. 124).

CONCLUSÃO

A alteração, em certa medida, coaduna-se com os preceitos de liberdade sindical. Contudo, há o risco de matar de inanição diversos sindicatos. Diante desse novo cenário legal, a interpretação quanto às demais formas de custeio do sindicato deverá ser revista, no intuito de permitir que a autonomia sindical permita aos sindicatos buscar seu sustento.

ABSTRACT

Before the labor reform, the cost of trade union organizations becomes an important point of discussion. The changes which change the legal nature of the union contribution, are in line with the principles of freedom of association. However, the other forms of costing of the union entities must be reread, avoiding the starvation of the trade union action.

Keywords: *Trade unions. Freedom of association. Costing of trade union organizations. Union contribution.*

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*. 18 maio 2017. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Comentarios_Sinteticos/pnadc_201701_trimestre_comentarios_sinteticos_Brasil.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2017.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Conalis - Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical. Orientação n. 03 (aprovada na reunião de 4/5/2010, cancelada em 16/8/2011). In: *Orientações da Conalis*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/1730d240-b2a7-4dc9-ba1e-6b639748a713/Orientações.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=1730d240-b2a7-4dc9-ba1e-6b639748a713>. Acesso em: 29 ago. 2017.
- NICOLADELI, Sandro Lunard. Liberdade sindical e sua normatividade em casos específicos: Uruguai e Espanha. In: NICOLADELI, Sandro Lunard; PASSOS, André Franco de Oliveira; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Org.). *O direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais*. São Paulo: LTr, 2013. v. I, p. 110-124.
- PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Orientação Jurisprudencial n. 16 - Taxa de homologação de rescisão contratual. Ilegalidade. (inserida em 27/3/1998). - *DEJT*, 27 mar. 1998b. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDC/n_bol_01.html#TEMA16>. Acesso em: 28 ago. 2017.
- _____. Precedente n. 119 - Contribuições sindicais - Inobservância de preceitos constitucionais – (mantido) - *DEJT*, 25 ago. 2014b. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN119>. Acesso em: 29 ago. 2017.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante n. 40 - A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo. *DJe*, 20 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2204>>. Acesso em: 29 ago. 2017.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MS 28465*, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 18/3/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5569587>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

LEI 13.467/2017 E OS
ASPECTOS CONTROVERTIDOS
DO BENEFÍCIO
CONSTITUCIONAL DA
GRATUIDADE JUDICIAL*

LAW 13.467/2017 AND THE
ASPECTS CONTROVERED FROM
THE CONSTITUTIONAL BENEFIT
OF JUDICIAL FREEDOM

Fábio Ribeiro da Rocha**

RESUMO

O presente artigo analisará as alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017 no procedimento para aquisição do benefício constitucional da gratuidade judicial na Justiça do Trabalho. Serão abordados, ainda, os aspectos controvertidos do direito intertemporal e a autonomia do Processo do Trabalho. E, por fim, será analisada a abrangência da gratuidade judicial e o pagamento de custas, honorários periciais e honorários sucumbenciais.

* Artigo enviado em 23/2/2018 - autor convidado.

**Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela FADISP. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região - AMATRA-2. Professor do Curso CETRAB (Centro de Ensino Trabalhista).

Palavras-chaves: Legislação processual do trabalho. Direito intertemporal. Gratuidade judicial. Custas. Honorários periciais. Honorários sucumbenciais. Condenação.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 DIREITO INTERTEMPORAL - PROCESSO DO TRABALHO

3 GRATUIDADE JUDICIAL - ARTIGO 790 DA CLT

4 HONORÁRIOS PERICIAIS - ARTIGO 790-B DA CLT

5 HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - ARTIGO 791-A DA CLT

6 ARQUIVAMENTO E CUSTAS PROCESSUAIS

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A Justiça do Trabalho, especialmente em momento de crise, é o instrumento civilizatório que garante o equilíbrio das relações de trabalho.

Lembramos que, ao longo de sua existência, ocorreu o crescimento da industrialização e o conseqüente aumento dos conflitos decorrentes da relação capital x trabalho, perpassando, ainda, por várias crises sociais e econômicas. Apesar de todos esses acontecimentos, a Justiça do Trabalho sempre teve a sua atuação inabalável na solução dos dissídios individuais e coletivos do trabalho.

Sendo assim, o Direito Processual do Trabalho visa a impulsionar o cumprimento da legislação trabalhista e tem por escopo solucionar e pacificar o conflito trabalhista individual e coletivo, assegurando o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho.

Ainda, o Direito Processual do Trabalho é ciência autônoma do Direito Processual, com regras e princípios próprios.

Desse modo, a Lei n. 13.467/2017 deve ser inserida no sistema jurídico-processual trabalhista vigente observando-se as regras e

princípios, bem como compatibilidade e constitucionalidade do sistema processual como um todo, especialmente Constituição Federal e a própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que não admitem transgressão, respeitando o ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.

A Lei n. 13.467/2017 tramitou em tempo recorde. Iniciou-se com 11 (onze) artigos e se transformou em poucos meses para promover a alteração de mais de 200 (duzentas) disposições na CLT, ocasionando enormes modificações na estrutura do Direito e Processo do Trabalho, rompendo com a história e principiologia da legislação processual trabalhista e normas constitucionais.

Nenhuma norma deve ser interpretada de modo a diminuir o patamar civilizatório mínimo já garantido a todos os cidadãos no que tange aos direitos fundamentais e proteção da dignidade humana.

Num momento de intensa crise de representatividade e de legitimidade das instituições, pela ausência de autoridade moral e credibilidade dos governantes, é contraditório impor mudanças que afetem sensivelmente os direitos sociais.

Por todos esses efeitos, o presente estudo visa a apontar as principais mudanças trazidas pela Lei n. 13.467/2017 atinentes ao benefício da gratuidade judicial e ao pagamento de custas, honorários periciais e honorários sucumbenciais.

2 DIREITO INTERTEMPORAL - PROCESSO DO TRABALHO

De acordo com o artigo 8º da Lei Complementar n. 95/1998, a Lei n. 13.467/2017, que envolve aspectos de direito processual e material, entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, considerando-se o prazo de *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias estabelecido no artigo 6º da Lei da Reforma Trabalhista.

Ressaltamos que o prazo de *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias restou bastante reduzido, dificultando muito a adaptação dos operadores do direito. Diante das enormes modificações que uma nova legislação ocasiona, correto foi o prazo de 1 (um) ano

para o início da vigência das alterações do Código Civil e Código de Processo Civil.

Em princípio, de acordo com a teoria do isolamento dos atos processuais, consoante se verifica da leitura do artigo 14 do CPC, aplicável ao Processo do Trabalho em razão do artigo 769 da CLT c/c artigo 15 do CPC, as normas processuais alteradas pela Lei n. 13.467/2017 serão aplicadas aos processos em curso, respeitados os atos já praticados e as situações consolidadas sob a vigência da lei revogada.

Com relação às regras dos recursos trabalhistas, as exigências da Lei n. 13.467/2017 serão aplicáveis levando-se em consideração a data da intimação da sentença ou da decisão de que se pretende recorrer, ou seja, o direito ao recurso surge no dia da ciência da sucumbência e será regido pela legislação em vigor na data da intimação/publicação.

Entretanto, entendemos que, ao tratar-se de normas processuais com efeitos materiais/substanciais, que geram responsabilidades patrimoniais, tais como pagamento de custas, honorários periciais e honorários sucumbenciais, a Lei n. 13.467/2017 deverá ser aplicada para a reclamação trabalhista ajuizada a partir de 11/11/2017, uma vez que, ao tempo do ajuizamento da ação, o autor não poderia ser capaz de avaliar os riscos de um futuro insucesso agravado pela superveniência de lei, com prejuízo de ordem material imprevisível naquele momento.

Não se pode impor uma lei nova que altere as regras da responsabilidade programadas pela lei vigente ao tempo da propositura da ação, ou seja, não é admissível que se imponham novos e pesados ônus ao sujeito ao qual se outorgaram os benefícios da gratuidade judicial sob a tutela da lei antiga e pela valorização da jurisprudência ao tempo da propositura da demanda, nos termos dos artigos 4º, 5º e 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Dessa forma, não se pode retirar as garantias e o direito adquirido da situação de gratuidade judicial decorrente da normatização vigente no ato da propositura da demanda, sob pena

de transgressão ao direito adquirido, ao devido processo legal, à segurança jurídica e ao direito de acesso à justiça previstos na Carta Magna.

Portanto, as mencionadas normas processuais com efeitos materiais devem ser aplicadas somente para a reclamação trabalhista ajuizada a partir de 11/11/2017, em respeito ao princípio da vedação da decisão surpresa (artigo 10 do CPC) e aos princípios constitucionais da segurança jurídica, direito adquirido, acesso amplo à justiça e devido processo legal.

3 GRATUIDADE JUDICIAL - ARTIGO 790 DA CLT

Justiça Gratuita é instituto de Direito Processual que garante isenções de pagamentos de custos do processo a todo aquele que não tiver condições econômicas e pode ser postulado tanto pelo autor como pelo réu.

O inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal estabelece como direito fundamental a assistência judiciária gratuita e integral pelo Estado Democrático de Direito aos que comprovarem insuficiência de recursos, rejeitando arbitrariedades.

Além disso, o benefício da justiça gratuita é elemento indispensável para o cumprimento do direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Cumprе ressaltar que a assistência judiciária (gênero) é fornecida pelo Estado, possibilitando o acesso aos serviços profissionais do advogado e dos demais auxiliares da Justiça, inclusive peritos, seja mediante a Defensoria Pública ou designação de um profissional liberal pelo Juiz. No âmbito da Justiça do Trabalho, ela se dá através dos sindicatos de classe (artigo 789 da CLT). A Justiça Gratuita (espécie), instituto de direito processual, consiste na isenção de todas as despesas inerentes à demanda, podendo ser concedida ainda que a parte disponha de advogado particular. (TRT-2ª Região, MS 12749.2002.000.02.00-9, SDI, Rel. Desembargadora Sônia Maria Prince Franzini, DJU, 14/5/2004.)

Na sistemática anterior, para fazer jus à justiça gratuita, o empregado deveria receber salário não superior a 2 (dois) mínimos ou fazer declaração de seu estado de miserabilidade, de próprio punho ou por seu advogado, que o impossibilitasse de demandar sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

A Lei n. 13.467/2017 manteve a regra pela qual o benefício da justiça gratuita será concedido de forma facultativa pelos Magistrados do Trabalho de qualquer instância, a requerimento ou de ofício, inclusive quanto a traslados e instrumentos.

Entretanto, o legislador criou uma presunção de pobreza para a pessoa natural que receber salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (o que, em 2018, é o valor de R\$ 2.258,32).

Nessa situação, o requerimento do benefício da gratuidade judicial seguirá o entendimento jurisprudencial consubstanciado no item I da Súmula n. 463 do C. TST, alcançando a grande maioria dos litigantes nas demandas trabalhistas, os quais propõem a ação após o fim do contrato de emprego, já estando na condição de desempregados, não percebendo qualquer importância salarial mensal.

Para a pessoa natural que perceber salário maior que 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social ou, no caso de pessoa jurídica, eles terão que comprovar a insuficiência de recursos para pagamento das custas do processo, não bastando a mera declaração de insuficiência financeira.

Frise-se: com a nova redação do artigo 790 da CLT, a Justiça Gratuita apenas pode ser deferida, sem qualquer formalidade e mediante declaração de pobreza, àqueles que ganharem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Nas demais hipóteses, o postulante deverá comprovar a situação de pobreza, juntando aos autos documentos comprobatórios de gastos com o aluguel, plano de saúde, notas de remédios, mensalidades escolares, entre outros elementos razoáveis.

Lembrando que, para o empregado que não tenha obtido o

benefício da justiça gratuita, ou isenção de custas, o sindicato que houver intervindo no processo responderá solidariamente pelo pagamento das custas devidas.

A isenção do pagamento das custas e despesas processuais para as pessoas jurídicas não caracteriza novidade no processo do trabalho, na medida em que à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às suas Fundações e Autarquias já era garantida a prerrogativa da gratuidade, por força de previsão específica no Decreto-Lei n. 779/69.

A decisão que rejeitar o pedido de gratuidade terá, em regra, natureza jurídica de decisão interlocutória (artigo 101 do CPC), sendo, no Processo do Trabalho, impugnada imediatamente por mandado de segurança, ou, de forma diferida, pelo recurso ordinário da sentença.

Custas processuais, que são despesas relativas ao expediente e movimentação das causas, não têm a natureza e tão pouco englobam os honorários sucumbenciais, nos termos do § 2º do artigo 98 do CPC.

Não há qualquer conflito com as normas trabalhistas, pois a regra no processo civil é a do adiantamento das custas e despesas processuais, antes da realização dos respectivos atos (artigo 82 do CPC), salvo as disposições concernentes à gratuidade de justiça (inciso VI do artigo 98 do CPC), ocasião em que o seu beneficiário fica dispensado da realização do adiantamento, mas, ao final e em caso de sucumbência, será condenado, nos próprios autos, sempre a fazê-lo, independentemente da gratuidade já concedida (§ 2º do artigo 98 do CPC), quando os valores devidos serão por ele suportados se houver crédito no processo ou adquirir condições financeiras em período declinado pelo legislador.

Ressaltamos que a gratuidade judicial não alcança os valores de depósito recursal para os litigantes nos processos trabalhistas na condição de réus.

O depósito recursal é, na verdade, pressuposto recursal extrínseco no Direito Processual do Trabalho, que a parte deve preencher para o seu recurso ser admitido. Ainda, além de ser um

pressuposto recursal objetivo, que, não preenchido, importará a deserção do recurso, é uma garantia de futura execução por quantia certa. E mais, não obstante tenha natureza jurídica de garantia de juízo, tem também a finalidade de desestimular a interposição de recursos meramente protelatórios.

E mais, o depósito recursal só é devido se a sentença condenatória impuser ao vencido obrigação de caráter pecuniário. Tratando-se de sentença meramente declaratória ou constitutiva, bem como condenatória, quanto a esta última desde que a obrigação não seja de dar ou pagar quantia certa, não há falar em depósito recursal (Súmula n. 161 do C. TST).

Ainda, entendemos que a concessão do benefício da gratuidade judicial não afasta o beneficiário do pagamento, ao final, de multas processuais aplicadas em razão de litigância de má-fé, uma vez que tais penalidades visam a impedir a procrastinação processual e a utilização abusiva do direito de demandar, nos termos do § 4º do artigo 98 do CPC.

Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente (§ 2º do artigo 90 do CPC).

Em razão do princípio da especialidade, nas ações civis públicas (ou coletivas) para tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, aplicam-se as diretrizes do artigo 18 da Lei n. 7.347/1985 e artigo 87 da Lei n. 8.078/1990, que estabelecem que não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

A jurisdição trabalhista metaindividual é efetivada por meio de normas do referido microsistema de acesso coletivo à justiça, restando à CLT o papel de fonte subsidiária.

A execução das custas processuais far-se-á nos próprios autos. Nos termos do artigo 789 da CLT, o legislador estabeleceu o limite máximo do valor das custas processuais em 4 (quatro) vezes o limite dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

Por fim, aguardaremos a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 5.766), proposta pelo Procurador-Geral da República, que trata da vedação de acesso ao Poder Judiciário para os comprovadamente necessitados em razão da restrição do benefício da gratuidade judicial estabelecida pela Lei n. 13.467/2017.

4 HONORÁRIOS PERICIAIS - ARTIGO 790-B DA CLT

A Lei n. 13.467/2017 estabeleceu que a parte sucumbente no objeto de perícia é responsável pelo pagamento dos honorários periciais, ainda que beneficiária da justiça gratuita, contrariando o entendimento jurisprudencial insculpido na Súmula n. 457 do C. TST.

O Conselho Superior da Justiça do Trabalho fixará os valores dos honorários periciais, com a clara finalidade de conter abusos de arbitramento. Os honorários periciais podem ser parcelados (artigo 916 do CPC), mas o Juiz não poderá exigir o adiantamento de valores para a realização de perícias (artigo 790-B da CLT), os chamados honorários periciais prévios, conforme pacífico entendimento jurisprudencial consubstanciado na OJ 98 da SDI-II do C. TST.

Caso o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em Juízo créditos suficientes para suportar os honorários periciais, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo. Frise-se: nesse caso, o perito não ficará aguardando por 2 (dois) anos o incremento de patrimônio do devedor, mas haverá quitação imediata pela União.

O inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal prevê como direito fundamental a assistência judiciária gratuita e integral aos que comprovarem insuficiência de recursos. Dessa forma, a atribuição de pagamento dos honorários periciais pelo beneficiário da justiça gratuita afronta disposição constitucional.

Ainda, constata-se que a Lei n. 13.467/2017 fere o princípio constitucional da isonomia (artigo 5º da CF/88), pois o legislador

ordinário pretendeu instituir tratamento mais gravoso, restritivo e prejudicial ao demandante da Justiça do Trabalho do que o dispensado ao litigante da Justiça Comum, submetido às regras do CPC.

O § 1º do artigo 98 do CPC, respeitando os direitos fundamentais de ampliação do acesso à justiça e da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, estabelece, através de um rol meramente exemplificativo, a isenção aos pagamentos de custas processuais e honorários periciais ao beneficiário da gratuidade judicial.

Nesse sentido, restou a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 5.766) ao Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República, uma vez que a limitação dos efeitos da gratuidade judicial reconhecida é uma tentativa de vedação ao acesso ao Poder Judiciário para os comprovadamente necessitados.

5 HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - ARTIGO 791-A DA CLT

A atual complexidade do Processo do Trabalho resulta na necessidade de participação do advogado, uma vez que não haverá contraditório e ampla defesa válidos sem um profissional técnico para exercê-los. Ainda, com o advento do PJe, a contratação de advogado é indispensável na Justiça do Trabalho.

Assim, como na legislação processual civil e prestigiando o princípio da isonomia no que tange à atuação do advogado em qualquer ramo do Poder Judiciário, a Lei n. 13.467/2017 estabeleceu serem devidos os honorários de sucumbência, entre 5% e 15% sobre o valor de liquidação da sentença, sobre o proveito econômico obtido ou sobre o valor atualizado da causa, excluindo o entendimento jurisprudencial consubstanciado nas Súmulas n. 219 e 329 do C. TST, que deverá ser revisado ou cancelado.

A base de cálculo será preferencialmente o valor da liquidação da sentença, de modo que a exata importância dos honorários sucumbenciais somente será conhecida ao final do processo.

No caso de improcedência ou extinção sem resolução do mérito da demanda, a base de cálculo dos honorários de sucumbência será o valor atribuído à causa. Lembramos que, no rol dos requisitos da petição inicial (artigo 840 da CLT), o valor atribuído à causa passa a ser requisito obrigatório, devendo estar em consonância com as pretensões autorais.

Nas demandas de natureza meramente declaratória ou constitutiva, bem como nas ações judiciais de natureza condenatória de obrigação de fazer ou não-fazer (baixa na carteira, entrega de documentos, retomadas de plano de saúde, entre outras), a base de cálculo dos honorários de sucumbência será o proveito econômico obtido pelo autor.

A Lei n. 13.467/2017 não previu honorários sucumbenciais para a fase da execução trabalhista, como fez o § 1º do artigo 85 do CPC. Contudo, a regra poderá se aplicada com fundamento no artigo 769 da CLT c/c artigo 15 do CPC.

Entendemos aplicáveis as diretrizes insertas na OJ 348 da SDI-I do C. TST, que estabelece que a base de cálculo dos honorários sucumbenciais é o valor bruto da liquidação, sem o abatimento dos descontos previdenciários e fiscais.

Todos os honorários sucumbenciais no Processo do Trabalho serão uniformizados pelo artigo 791-A da CLT, inclusive nas demandas que envolvem entes públicos e assistência sindical, afastando a atual posição do C. TST que apenas os permite em lides fundadas em relações de trabalho não empregatícias e nas lides referentes à relação de emprego, sob as condições de haver representação por advogado do sindicato da categoria e benefício da justiça gratuita.

Ao fixar os honorários, o juiz observará (i) o grau de zelo do profissional; (ii) o lugar da prestação do serviço; (iii) a natureza e a importância da causa; e (iv) o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Tais requisitos deverão constar na fundamentação do Magistrado do Trabalho ao fixar o percentual, que incidirá sobre a base de cálculo dos honorários sucumbenciais, de, no mínimo, 5% até o máximo de 15%.

Eles são devidos mesmo quando o advogado atue em causa própria, quando a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria, nas ações contra a Fazenda Pública e na reconvenção.

De acordo com o § 3º do artigo 791-A da CLT, na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. Assim, quando cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, as despesas serão proporcionalmente distribuídas entre eles, o que deve ser entendido no sentido de que cada parte será condenada ao pagamento de honorários de sucumbência consoante sua responsabilidade na geração respectiva e na quantidade de pretensões autorais deferidas/indeferidas em Juízo (proveito econômico).

Destacamos que a Súmula n. 326 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que, na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

A Lei n. 13.467/2017 estabelece que o empregado que tiver pretensões não atendidas na Justiça do Trabalho deverá pagar os respectivos honorários de sucumbência à parte contrária, independentemente da concessão do benefício da justiça gratuita.

Tal regramento não ofende o inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal que prevê como direito fundamental a assistência judiciária gratuita e integral aos que comprovarem insuficiência de recursos, pois a gratuidade judicial abrange custas e despesas processuais inerentes ao expediente e movimentação das causas e não têm a natureza e tampouco englobam os honorários de sucumbência.

Ainda, constata-se que a Lei n. 13.467/2017, observando o princípio constitucional da isonomia (artigo 5º da CF/88), concedeu o mesmo tratamento ao litigante da Justiça Comum, submetido às regras do CPC. O § 2º do artigo 98 do CPC estabelece que a concessão de gratuidade judicial não afasta a responsabilidade do beneficiário pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

Vencido o beneficiário da justiça gratuita e não tendo obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos suficientes para suportar o pagamento dos honorários de sucumbência, a cobrança ficará suspensa e somente poderá ser executada se, nos 2 (dois) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que a certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade judicial. Após esse tempo, a obrigação de pagamento será extinta.

Não há dúvidas de que a medida tende a reprimir abusos ou pedidos de mínima probabilidade de êxito na petição inicial. Ainda, entendemos que os honorários de sucumbência e o instituto jurídico do *jus postulandi* podem coexistir no Processo do Trabalho, pois existem em todas as esferas do direito processual.

Por fim, o artigo 23 do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906/94) dispõe que os honorários advocatícios constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho.

6 ARQUIVAMENTO E CUSTAS PROCESSUAIS

O artigo 844 da CLT restou substancialmente alterado para estabelecer o pagamento de custas processuais em caso de arquivamento do processo por ausência injustificada do reclamante à audiência, ainda que beneficiário da justiça gratuita.

Independentemente de intimação, o reclamante terá o prazo de 15 (quinze) dias para justificar a sua ausência, sendo certo que a determinação do pagamento de custas processuais pelo autor será condição para o ajuizamento de nova reclamação trabalhista.

Entendemos que exigir o recolhimento de custas processuais de ação trabalhista anteriormente arquivada dos reclamantes beneficiários da gratuidade judicial inviabiliza o acesso à jurisdição dos comprovadamente carentes de recursos, afrontando os princípios constitucionais do acesso à jurisdição (inciso XXXV do artigo 5º da CF) e da assistência jurídica ampla e integral aos necessitados (inciso LXXIV do artigo 5º da CF).

Ainda, constata-se que a Lei n. 13.467/2017 fere o princípio constitucional da isonomia (artigo 5º da CF/88), pois o legislador ordinário pretendeu instituir tratamento mais gravoso, restritivo e prejudicial ao demandante da Justiça do Trabalho do que o dispensado ao litigante da Justiça Comum, submetido às regras do CPC, uma vez que o beneficiário da justiça gratuita não é responsabilizado pelo pagamento de custas em caso de arquivamento (extinção sem resolução do mérito) da demanda.

Dessa forma, imprescindível o resultado favorável da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 5.766) proposta ao Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República, uma vez que a limitação dos efeitos da gratuidade judicial reconhecida é uma tentativa de vedação ao acesso ao Poder Judiciário para os comprovadamente necessitados.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n. 13.467/2017 não deve ser analisada e aplicada de forma isolada, mas se observando a Constituição Federal, Convenções Internacionais e a principiologia do Direito e Processo do Trabalho.

A Lei n. 13.467/2017 trouxe maior perspectiva de insegurança jurídica ao estabelecer elementos contrários aos princípios constitucionais e à história do Direito do Trabalho.

Concluimos que algumas disposições da Lei n. 13.467/2017 afrontam a Constituição Federal, especialmente o princípio da isonomia, princípio do acesso à jurisdição e princípio do reconhecimento da gratuidade judicial de forma ampla e integral.

ABSTRACT

This article will analyze the changes provoked by Law 13.467/2017 to the procedure for acquiring the constitutional benefit of judicial gratuity in the Labor Court. The controversial aspects of intertemporal law and the autonomy of the Labor Process will also be discussed.

And, finally, will be analyzed the scope of the judicial gratuity and the payment of costs, expert fees and sucumbencial fees.

Keywords: *Labor legislation. Intertemporal law. Judicial gratuity. Costs. Expert fees. Sucumbencial fees. Conviction.*

REFERÊNCIAS

- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. Rio de Janeiro: Método, 2017.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISÓ, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. *Reforma trabalhista - visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTr, 2017.
- GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. *CLT comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MOLINA, André Araújo. *Os direitos fundamentais na pós-modernidade. O futuro do direito e do processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Lumun Júris, 2017.
- ROCHA, Fábio Ribeiro. *Efetividade do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho seguro e adequado*. São Paulo: LTr, 2016.
- SCALERCIO, Marcos; MINTO, Tulio Martinez. *Jurisprudência consolidada do TST e enunciados das jornadas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- TRINDADE, Rodrigo. *Reforma trabalhista - 10 (novos) princípios do direito empresarial do trabalho*. Rio Grande do Sul: AMATRA IV, 2017.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO
PROCESSO DO TRABALHO COM
ADVENTO DA LEI 13.467/2017*

BAD FAITH LITIGATION IN THE
LABOR LAWSUIT WITH ADVENT
OF THE LAW 13.467/2017

Marco Antonio dos Santos**

RESUMO

O presente artigo analisará a aplicação do instituto da litigância de má-fé no processo do trabalho com o advento da Lei n. 13.467/2017 como instrumento de diminuição da morosidade processual e limitação de acesso ao Judiciário com a nova figura da multa à testemunha, bem como a aplicação a todos sujeitos do processo, incluindo advogados.

Palavras-chaves: Ética. Boa-fé objetiva. Morosidade processual. Multa para testemunha. Falso testemunho. Litigância de má-fé para advogado.

* Artigo enviado em 5/3/2018 - autor convidado.

**Juiz do Trabalho Titular da 27ª Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade das Faculdades Unidas. Pós-Graduado em Direito Processual do Trabalho pela PUC/SP. Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 MOROSIDADE PROCESSUAL

3 PREVISÃO EXPRESSA NA CLT

4 CONDENAÇÃO DO ADVOGADO NA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

5 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A ética é discutida desde os primórdios da sociedade, sendo definida de acordo com valores e condutas aceitas em cada organização social em determinado momento. Assim, um comportamento pode ser considerado ético em determinada organização social por um lapso temporal e totalmente antiético em período posterior ou em outra organização social. Nesse contexto, tormentosa a tarefa de conceituar a ética e suas variações aos ramos aplicados, como: ética profissional, ética política, ética esportiva etc.

O presente artigo tem o escopo específico de analisar a ética jurídica, ou mais precisamente a ética no processo do trabalho sem, por óbvio, ter a pretensão de esgotar o assunto ou trazer uma posição definitiva.

No topo do ordenamento jurídico pátrio, a Carta Constitucional prevê o acesso à jurisdição, direito ao contraditório e ampla defesa (artigo 5º, incisos XXXV e LV), princípios que devem ser interpretados com a máxima efetividade, mas também com os demais princípios constitucionais, afastando aparente colisão, tais como: o princípio da lealdade, em seu artigo 3º, I, e duração razoável do processo, artigo 5º LXXVIII.

Aliás, nesse sentido sustenta BEZERRA LEITE, 2014, p. 79:

5.5.12. Princípio da Lealdade Processual - Trata-se de princípio que está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e a um dos objetivos fundamentais da República, consubstanciado no art.3º, I, da CF, qual seja, o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária.

A legislação infraconstitucional, como não poderia ser de forma diversa, prevê a boa-fé objetiva e o dever de lealdade e cooperação, consoante artigo 113 do Código Civil e artigos 5º e 6º do Código de Processo Civil.

O comportamento ético deve ser observado em todos os segmentos da sociedade, inclusive a conduta adotada pelos sujeitos dos processos judiciais, atentando para a boa-fé objetiva e dever de cooperação, reprimindo-se condutas desleais e de má-fé, conforme previsão no ordenamento jurídico, nos termos dos artigos 79 a 81 do CPC e a Lei n. 13.467/2017, a qual reformulou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e trouxe, de forma expressa, a aplicação do instituto da litigância de má-fé ao processo do trabalho.

Nesse compasso, sepultou a vetusta discussão quanto à aplicabilidade de tal instituto no processo do trabalho em razão da hipossuficiência do trabalhador e princípios tuitivos afeitos.

Aliás, a jurisprudência já havia pacificado tal aplicação ao processo laboral sob o entendimento de que a hipossuficiência e princípios protetores não eximem o litigante de observar a boa-fé processual.

Corroborando tal entendimento a aplicação de legislação diversa da laboral, mas que goza dos mesmos princípios norteadores (hipossuficiência e protetivo), consoante a Lei n. 8.078/90, artigo 87 (Código de Defesa do Consumidor):

Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Todavia, ainda que a legislação preveja especificamente tal reprimenda, a aplicação e a aferição de condutas irregulares não se mostram tarefa fácil, haja vista a gama de questões incidentes com o fito de caracterização de ausência de boa-fé, como por exemplo: delimitar a diferença entre o regular exercício de petição e ampla defesa em detrimento do abuso de litigar; a dicotomia

entre verdade real e processual; o patrocínio técnico jurídico e a ausência deste (*jus postulandi*) na formulação de pedidos e defesas nas ações trabalhistas.

Especificamente no processo do trabalho em que vige o princípio da primazia da realidade sobre a forma, resultando na mitigação probatória documental, há cizânia jurisprudencial e doutrinária quanto à possibilidade de reputar a parte como desleal, especialmente quando são infirmados os documentos colacionados no processo adremente preparados por imposição legal, como por exemplo: controle de jornada.

Outro aspecto relevante diz respeito à necessidade ou não de procedimento próprio para apuração e condenação por litigância temerária, como previsto no artigo 6º do Código de Ética e Disciplina da OAB que regula a atividade advocatícia.

No mesmo diapasão, a necessidade de haver dano processual à parte adversa para efetiva cominação da multa por litigância de má-fé ou o mero comportamento já ensejaria um dano abstrato à marcha processual; bem como a concessão de gratuidade de justiça à parte que litigou de má-fé.

Portanto há uma gama de questões subjacentes para aferição do comportamento desleal e a efetiva aplicação de sanções com vistas a evitá-los.

Por outro lado, a ausência de reprimenda aumenta, substancialmente, a repetição de tais atos ensejando o incremento de demandas e incidentes desnecessários no curso do processo trabalhista, resultando em dispêndio de tempo, custos, descumprimento do princípio constitucional da duração razoável do processo e perda de credibilidade perante a sociedade, quer seja dos sujeitos do processo; quer seja do próprio Poder Judiciário.

2 MOROSIDADE PROCESSUAL

A Carta Magna consagrou os princípios do livre acesso à jurisdição, direito ao contraditório e ampla defesa e igualmente o da lealdade e duração razoável do processo.

Com isso e em razão da interpretação harmônica, afastando-se aparente colisão de princípios constitucionais na busca da máxima efetividade, tem-se que o acesso à jurisdição com a ampla defesa e contraditório encontra limites na lealdade e cooperação para busca da duração razoável do processo.

Nesse sentido, a deslealdade processual contraria o princípio da duração razoável e resulta na própria denegação da justiça, bem como contraria a máxima efetividade constitucional quanto aos demais princípios afeitos à jurisdição.

O processo do trabalho possui caráter representativo de disputas sociais como é inerente a todo processo judicial e, portanto, dispõe de regramento que deve ser observado pelos seus sujeitos.

O descumprimento de tal regramento enseja desvirtuamento da forma de atuação no processo e, como consequência, vantagem irregular para quem se utiliza do expediente.

Diversas razões sociais e econômicas aliadas ao fenômeno da globalização provocaram acentuadas transformações no Direito do Trabalho, especialmente a partir do último século.

As redes sociais aumentaram sensivelmente a velocidade sobre a troca de informações de todos os temas, incluindo a ética, com a consequente mobilização social e polarização.

Nesse contexto, mormente em nosso país, que já presenciou o impedimento de dois presidentes da república, o Poder Judiciário tem um protagonismo inédito, levando os meios de comunicação e os cidadãos a discutirem termos jurídicos e tramitação processual cotidianamente.

Iniciaram-se reformas legislativas previdenciária, política e trabalhista, sendo que, nesta última, especificamente, houve a alteração das regras afeitas ao processo, com a finalidade declarada pelo relator da reforma de diminuir a quantidade de processos trabalhistas e o próprio segmento do Poder Judiciário que atende a tal demanda, ou seja, a Justiça do Trabalho.

Entretanto, o cerne da grande litigiosidade trabalhista é multifatorial como o descumprimento reiterado da legislação trabalhista, o alto custo (tributação) sobre a folha salarial, o manejo

de recursos judiciais de forma indevida e a morosidade do Judiciário na efetiva entrega do bem da vida.

As recentes estatísticas publicadas pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram o aumento considerável de ações nesse segmento, bem como o aumento de prolação de decisões judiciais, mas, paradoxalmente, há aumento de morosidade processual mesmo sendo o juiz brasileiro o que mais julga no mundo.

Parte desse fenômeno pode ser explicado pelas práticas irregulares adotadas pelos sujeitos do processo sob o argumento de regular exercício constitucional do direito de ação e ampla defesa, resultando no prolongamento indevido da marcha processual e impedindo o cumprimento do princípio constitucional da duração razoável do processo, com a conseqüente percepção de que não há justiça.

O acesso à jurisdição através do direito de ação, ampla defesa e contraditório, por si só, não resulta em irregularidade, contudo o exercício irregular como a postulação de verbas já sabidamente quitadas em sua integralidade; utilização de provas sabidamente inidôneas (cartões de ponto fraudados); expedição de cartas precatórias, cujo lapso temporal será maior, para oitiva de testemunhas que não detêm nenhum conhecimento dos fatos discutidos na lide e/ou são domiciliadas na comarca em que tramita o feito etc. resultam no desvirtuamento dos referidos princípios em flagrante deslealdade e falta de cooperação.

No processo do trabalho a situação é agravada pela cumulação de pedidos, sendo comum cada ação conter dez a quinze pleitos em média, impondo extensa dilação probatória com conseqüente demora na marcha processual em contrariedade aos princípios da concentração dos atos, simplicidade e oralidade afeitos ao processo do trabalho.

A conduta temerária resulta em alongamento da marcha processual, com a prática de atos desnecessários, ensejando custos para manutenção e/ou aumento da estrutura judiciária, quer seja em pessoal, quer seja em estrutura física, bem como o descrédito da sociedade para com a Justiça do Trabalho.

Portanto, tais condutas devem ser evitadas e reprimidas em sua plenitude, através de interpretações históricas, principiológicas, sistêmicas e teleológicas, conferindo-se máxima efetividade ao instituto da litigância de má-fé como forma de coibir e diminuir a litigiosidade e atender às aspirações éticas da sociedade, da Carta Constitucional e dos diplomas legais (CPC, CC e CLT) quanto à observância da boa-fé processual.

3 PREVISÃO EXPRESSA NA CLT

Como já exposto, a Lei n. 13.467/2017 trouxe, de forma expressa, a aplicação de litigância de má-fé para o processo do trabalho sob a rubrica Da Responsabilidade por Dano Processual, nos artigos 793-A, 793-B, 793-C e 793-D:

Seção IV-A

Da Responsabilidade por Dano Processual

Art. 793-A. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente.

Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 793-C. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem 2 ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

art. 793-D. Aplica-se a multa prevista no art.793-C desta Consolidação à testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa.

Parágrafo único. A execução da multa prevista neste artigo dar-se-á nos mesmos autos.

Houve a reprodução praticamente idêntica do texto previsto nos artigos 79, 80 e 81 do CPC, com as esperadas adequações de autor e réu para reclamante e reclamado e utilização como base de cálculo para as multas, cujo valor da causa seja irrisório ou inestimável, do limite máximo do Regime Geral de Previdência em vez do salário mínimo vigente.

Outro aspecto relevante na transposição do artigo é a condenação em honorários advocatícios, pois a Lei n. 13.467/2017 também trouxe tal inovação, vide artigo 791-A, afastando a discussão da aplicação de tal verba no processo do trabalho, mas, como esse tema extrapola o limite do conteúdo deste artigo, fica apenas o registro.

A única diferença significativa no texto celetizado é a novel aplicação de multa para a testemunha que falta com a verdade ou omite fatos essenciais ao julgamento da causa.

Assim, a condenação em má-fé segue os parâmetros já estabelecidos pelo CPC, ou seja, não deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidente manifestamente infundado; interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Com relação à testemunha, alguns juízes já aplicavam a multa prevista no artigo 81 do CPC correspondente ao artigo 793-C da CLT considerando-a como interveniente, ou ainda aplicavam a multa prevista no artigo 730 da CLT pela recusa em depor:

Art. 730 - Aqueles que se recusarem a depor como testemunhas, sem motivo justificado, incorrerão na multa de 3 (três) a 30 (trinta) valores-de-referência regionais.

Tal interpretação encontra resistência nos pretórios sob a alegação de que a testemunha não é litigante, mas presta um serviço público próprio em busca e obtenção da justiça.

Nesse compasso, a disposição expressa soluciona a discussão semântica sobre ser litigante e, ainda, tipifica as condutas irregulares, comungando apenas a multa afeita aos litigantes, o que é perfeitamente condizente, evitando a repetição de textos legais.

Vale dizer, a testemunha não é considerada litigante, mantendo-se a natureza jurídica de pessoa que auxilia a justiça e, portanto, presta um serviço público, mas está afeita à multa própria no caso de incidir nas condutas tipificadas como irregulares.

De toda sorte, isso não soluciona completamente questões subjacentes, pois uma análise superficial já enseja alguns questionamentos, tais como: há necessidade da configuração e condenação de crime por falso testemunho para aplicação da multa? O mero desconhecimento serve para caracterizar a omissão de fatos essenciais? A recusa em depor sobre fato que configure crime da testemunha caracteriza a irregularidade? Esses são apenas alguns aspectos dentre outros que podem surgir da aplicação do novel instituto.

Quanto às questões levantadas, ousou esposar o entendimento de que a caracterização da conduta irregular, por alterar a verdade dos fatos, pode ocorrer independentemente do crime de falso testemunho.

Explico: é comum, nos processos trabalhistas, a testemunha divergir dos horários e dias confirmados pela própria parte que a arrolou, vale dizer, o reclamante confessa jornada das 8h às 17h de segunda a sexta, com 1 hora de intervalo, durante todo o contrato de trabalho, e a testemunha, arrolada por ele, sustenta labor das 7h45min às 18h/18h30min, nos mesmos dias, com 30 minutos de intervalo para refeição.

Nesse caso, caracterizada a alteração da verdade dos fatos ante a confissão real, cabe a aplicação da multa prevista e a configuração do crime de falso testemunho. Ocorre que, se a testemunha se retrata do depoimento prestado, antes da prolação da sentença, descaracteriza-se o crime. A retratação, porém, não elide a conduta irregular perante o processo trabalhista, haja vista que a testemunha descumpriu a própria finalidade do serviço público que se dispôs a prestar. Afinal, como o instituto resguarda a atuação leal e cooperativa no processo para evitar prolongamento da marcha processual, sua aplicabilidade é independente do tipo penal.

Aliás, bastava a testemunha alegar o desconhecimento preciso sobre os horários praticados pelo reclamante (no exemplo proposto) para não ensejar a conduta temerária. Portanto, respondendo à outra indagação, não se vislumbra a caracterização de omissão de fatos essenciais quando a testemunha sustenta o desconhecimento específico, salvo se comprovado, por outro meio de prova, que tinha tal conhecimento. Exemplo: a testemunha era responsável pela elaboração dos recibos de pagamentos de parcelas específicas como premiação, mas sustenta, em depoimento, que desconhece se o reclamante tinha recebido tais parcelas; uma vez juntados aos autos tais recibos e com reconhecimento de emissão pela testemunha, caracterizada a omissão irregular.

Corroborar tal entendimento a recente decisão do Juiz Dener Pires de Oliveira da Vara do Trabalho de Caieiras - SP, TRT-2, que condenou a testemunha na referida multa exatamente pela alegação falsa de desconhecimento de fatos:

Testemunha é multada em R\$ 12,5 mil por falso testemunho em juízo. Uma testemunha que mentiu deliberadamente em seu depoimento em juízo foi condenada ao pagamento de multa por litigância de má-fé, conforme previsão dos novos artigos 793-D e 793-C da CLT, ambos com redação dada pela Lei 13.467/2017, a chamada reforma trabalhista. O valor arbitrado pelo juiz do trabalho substituto do TRT-2 Dener Pires de Oliveira, da Vara de Caieiras-SP, foi de 5% do valor da causa (ou R\$ 12.500,00), a serem revertidos em favor da trabalhadora, potencial vítima do depoimento falso.

Essa testemunha da empresa afirmou que não teve conhecimento da eleição para a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (Cipa), da qual a funcionária participara e nela fora eleita, obtendo a garantia provisória de emprego. Porém, essa mesma testemunha se contradisse em seu depoimento, reconhecendo sua assinatura na ata de votantes da assembleia da Cipa, juntada aos autos.

Na sentença, o magistrado destacou que a testemunha “não teve outra intenção senão a de falsear a verdade, corroborando a tese defensiva de que o pleito eleitoral jamais se verificou”. Assim, tal depoimento foi desconsiderado, uma vez que as informações prestadas não contribuíram para o esclarecimento dos fatos.

O juiz determinou, ainda, a expedição de ofício, “com urgência e independentemente do trânsito em julgado”, ao Ministério Público Federal (MPF), para apuração se tal prática se configura como delito tipificado no artigo 342 do Código Penal. Também ordenou que se oficie ao Ministério Público do Trabalho (MPT) e à Delegacia Regional do Trabalho (DRT) para ciência e adoção das providências que julgarem pertinentes. (destaques nossos)

Por fim, a recusa em depor talvez seja o mais arenoso para distinção entre configuração de conduta irregular e legítimo exercício de resistência, isso porque há previsão expressa na legislação de tal excludente, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho:

CPC

Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:

I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Destarte, mister distinguir se a recusa da testemunha advém de tais excludentes, o que impediria a aplicação da multa prevista no artigo 793-C da CLT, o mesmo ocorrendo sobre a autoincriminação, ou seja, a testemunha não está obrigada a depor sobre fatos que, em tese, configuram crime praticado pela própria.

Nesse diapasão, a aplicação do artigo 793-D da CLT, especialmente quanto à omissão de fatos essenciais ao julgamento

da causa, deve ser interpretada de forma sistêmica com os artigos 448 do CPC e 730 da CLT “sem motivo justificado”, para o correto enquadramento da novel disposição legal.

Por fim, a multa aplicada à testemunha deve ser executada no próprio processo trabalhista, não podendo ser de forma diversa, já que a conduta foi praticada neste, sendo desnecessário o ajuizamento de outra ação, corroborando o entendimento de que a prática de tal ato não depende da configuração do crime de falso testemunho.

Por óbvio, são assegurados à testemunha todos os meios de defesa e recursos com o intuito de reverter a multa cominada, podendo manejar recurso ordinário, inclusive como *jus postulandi*, nos termos do artigo 791 da CLT.

4 CONDENAÇÃO DO ADVOGADO NA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

A divergência que persiste na aplicação da litigância de má-fé no processo do trabalho, prevista agora de forma expressa, é a condenação solidária ou não dos advogados.

Registre-se, desde logo, que o entendimento majoritário na jurisprudência é de que os advogados não respondem pela multa cominada por conduta temerária imposta a seus clientes. Contudo, isso não impede uma reflexão sobre o tema, especialmente nos processos trabalhistas onde vige o *jus postulandi*.

Como já explanado na introdução deste artigo, o ordenamento jurídico pátrio autoriza a cominação de litigância de má-fé para todos os sujeitos do processo, sem exceção, com a interpretação sistêmica, histórica e principiológica. Entendemos que sua correta aplicação resulta na diminuição das demandas e condutas processuais irregulares com a entrega célere da prestação jurisdicional e a percepção de alcance de sua finalidade perante a sociedade.

Nesse sentido, cabe iniciar com a Carta Magna, em que o artigo 133 prevê que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Assim, como uma outra faceta da mesma moeda, o advogado deve zelar pela administração da justiça, obedecendo ao princípio da lealdade, inscrito no artigo 3º, I, e à duração razoável do processo, artigo 5º, LXXVIII, ambas da Carta Magna.

Aliás, o próprio exercício dos princípios constitucionais de acesso à jurisdição, direito ao contraditório e ampla defesa, artigo 5º, incisos XXXV e LV, deve se dar nos limites da boa-fé, lealdade e cooperação, sob pena de desvirtuamento dos mesmos e verdadeiro abuso de direito, consoante dispõe o artigo 187 do Código Civil.

No mesmo sentido o artigo 5º do CPC prevê a boa-fé objetiva para todos os participantes do processo: “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

A Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) também estabelece o caráter público do serviço prestado pelo advogado, consoante o artigo 2º; portanto, como leciona DINAMARCO, 2005, essa função pública e social atribuída por lei constitui projeção de escopos publicísticos da própria jurisdição, razão pela qual a Constituição Federal o define como essencial à justiça.

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

Destarte, o nosso ordenamento jurídico não exclui a responsabilidade dos advogados; ao contrário, impõe-a face ao princípio constitucional de sua indispensabilidade, mormente por deter o conhecimento técnico jurídico (capacidade postulatória) devendo zelar pelo desenvolvimento célere, com lealdade e cooperação do processo, não se utilizando de expedientes que visem a tumultuar, desvirtuar ou prolongar a efetiva entrega da tutela jurisdicional.

Como é cediço, o cidadão em geral desconhece os ritos processuais, daí por que a necessidade de contratar advogados

para desvendar e buscar/defender os direitos através das ferramentas jurídicas.

A utilização indevida dessas ferramentas pelos advogados, muitas vezes, sequer é do conhecimento da parte contratante, como, por exemplo: a oposição de embargos declaratórios sem observância dos requisitos legais e como forma de prolongar a marcha processual.

Note-se que a parte não detém o conhecimento de quais os requisitos legais, logo não tem condições quanto à aferição sobre a necessidade de manejo do recurso.

No processo do trabalho tal situação agrava-se sobremaneira, haja vista a hipossuficiência do autor, em regra, com baixo grau de instrução, desconhecendo por completo o rito do processo trabalhista.

Nesse cenário, é razoável afirmar que o advogado que elaborou a inicial e/ou a defesa, fazendo afirmações falsas, ou que, ainda, manejou recursos de forma irregular seja responsabilizado por seus atos.

Não se trata de um exercício cerebrino; ao contrário, hodiernamente é cada vez mais comum o ajuizamento de ações em que o autor, em depoimento pessoal, nega ter feito os pedidos, tais como: dano moral, vale-refeição, vale-transporte.

Infelizmente, também se verifica, reiteradamente, o reclamante requerer o vale-transporte, mas confirmar que trabalhava utilizando transporte particular (carro, bicicleta) ou postular seguro-desemprego sem ficar nenhum dia desempregado, pois a CTPS aponta anotação de contrato de trabalho no dia seguinte à baixa do contrato anterior (situação muito comum em agentes de limpeza cujo posto é perdido, e outra empresa ingressa e contrata todos os empregados que prestavam serviços no local).

No mesmo sentido, não se mostram razoáveis defesas que afirmam que o reclamante não sofria qualquer controle de jornada enquadrando-se na exceção do inciso I do artigo 62 da CLT, mas colacionam recibos com pagamento de horas extraordinárias, numa contradição gritante com o instituto alegado.

A alegação de que o advogado é tão vítima quanto o Judiciário não se aplica nesses casos, pois há entrevista com o cliente antes do ajuizamento e, por óbvio, apresentação de documentos. Portanto, é plenamente possível o profissional verificar a existência do registro na CTPS ou perquirir sobre o transporte utilizado e suprimir tais pedidos da exordial, atuando como o “primeiro juiz da causa”, brocardo utilizado com frequência pela classe.

TEIXEIRA FILHO, 2000, afirma que o advogado é, por definição, o juiz primeiro de qualquer dissenso. Já a independência é o elemento objetivo do exercício da advocacia. É a livre deliberação não sobre o que fazer, mas como e quando fazer.

Outro aspecto que traduz a conduta irregular do advogado, quase que exclusivamente, diz respeito à orientação de testemunhas. Não se trata obviamente de orientar a testemunha como se comportar em juízo ou indagar o que esta sabe dos fatos, mas sim do conteúdo do que deve falar para beneficiar o seu cliente no processo.

É comum obter a confirmação da testemunha, em depoimento, de que foi orientada pelo advogado a relatar os fatos em determinado sentido ainda que por ela desconhecidos, quando confrontada com demais elementos de prova coligidos aos autos (inclusive a própria confissão da parte). Não parece lógico nem razoável que tal profissional não responda pela multa de litigância temerária nesses casos, mormente à luz dos princípios constitucionais já citados.

Assim, a alegação de que o advogado não é parte no processo resta definitivamente afastada pelos princípios informadores e positivados no ordenamento jurídico, corroborado tal entendimento pela doutrina, vide MASCHIETTO, Leonel, 2007, que cita Nelson Nery Júnior, Cândido Rangel Dinamarco, José Augusto Rodrigues Pinto e Mozart Victor Russomano. Este último afirma que são partes no processo trabalhista, isto é, podem participar nos conflitos do trabalho as seguintes pessoas: a) empregados e empregadores; b) sindicatos; c) advogados; solicitados e provisionados.

A alegação de que a Lei n. 8.906/94 não permite a responsabilização do advogado, *data venia*, não nos parece a mais correta, haja vista que tal lei impõe a punição disciplinar do advogado não se confundindo com o instituto da litigância de má-fé, mesmo porque a multa disciplinar aplicada pelo órgão de classe não reverterá à parte prejudicada.

Quanto à apuração em ação própria, nos termos do artigo 32 da Lei n. 8.906/94, não há nenhum óbice para que seja na própria reclamatória em que foi aplicada, mormente com o advento na nova figura da multa aplicada à testemunha.

Com efeito, a condenação e apuração da litigância de má-fé para o reclamante, reclamada e testemunha no processo trabalhista, excluindo-se somente os advogados, constituiu distinção desarrazoada e que não comunga com os princípios informadores do ordenamento legal.

Aliás, o entendimento de que a condenação solidária do advogado em litigância temerária ensejaria processo diverso do trabalhista contraria, frontalmente, o disposto no artigo 877 da CLT: “Art. 877 - É competente para a execução das decisões o Juiz ou Presidente do Tribunal que tiver conciliado ou julgado originariamente o dissídio.”

Óbvio que, tal qual para a testemunha, deve ser assegurado ao advogado o manejo de recurso próprio e produção de provas, no mesmo processo, que entender devidas em sua defesa.

5 CONCLUSÃO

A observância da ética sempre foi necessária nas relações humanas e nestas incluídas as relações processuais, sendo um reclamo de toda a sociedade, notadamente pelo momento atual vivenciado em nosso país em que o Poder Judiciário é protagonista.

A cominação legal expressa da litigância de má-fé, trazida pela Lei n. 13.467/2017, atende aos anseios dessa sociedade e pacifica divergências antigas sobre sua aplicabilidade no processo do trabalho.

Conduta temerária resulta em alongamento da marcha processual, com a prática de atos desnecessários, maiores custos para manutenção e/ou aumento da estrutura judiciária, quer seja em pessoal, quer seja em estrutura física, bem como o descrédito da sociedade para com a Justiça do Trabalho.

Portanto, tais condutas devem ser evitadas e reprimidas em sua plenitude, através de interpretações históricas, principiológicas, sistêmicas e teleológicas com máxima efetividade ao instituto da litigância de má-fé como forma de diminuir a litigiosidade e em atendimento às aspirações éticas da sociedade, da Carta Constitucional e dos diplomas legais (CPC, CC e CLT).

A novidade trazida pela novel legislação trabalhista diz respeito à aplicação de multa à testemunha que altera a verdade dos fatos e/ou omite fato essencial ao julgamento da causa, a qual, como afeito a todo invento, suscita questionamentos sobre o seu alcance e adequada aplicação.

O ordenamento jurídico, principalmente pela Carta Constitucional (máxima efetividade), permite a responsabilização do advogado pela litigância de má-fé nos mesmos moldes que o reclamante, reclamado e testemunha, sendo que o Estatuto da Advocacia não veta tal situação por regular o aspecto disciplinar do profissional e as punições aplicadas por este não reverterem a favor da parte prejudicada.

No mesmo processo trabalhista em que houver a condenação da testemunha e do advogado em litigância de má-fé, é possível apurar-se tais condutas, garantindo-lhes os recursos próprios afeitos a esse processo, em consonância à ampla defesa e ao artigo 877 da CLT.

ABSTRACT

The following article will analyze the application of the institute of bad faith litigation in the labor lawsuit with the advent of the Law number 13.467/2017 as a mechanism of the reduction of the legal proceeding delay and the limitation to the access to the judicial level

with the new figure of the fine application to the witness, as well as its application to all parties of the judicial action, including lawyers.

Keywords: *Ethic. Objective good faith. Proceeding delay. Fine for witness. Perjurer. Bad faith litigation for lawyers.*

REFERÊNCIAS

- CNJ, Justiça em Números - 2017, ano-base 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito de processo do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- MASCHIETTO, Leonel. *A litigância de má-fé na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- OLIVEIRA, Juiz Dener Pires de Oliveira. Vara do Trabalho de Caieras-SP. Disponível em: <www.trtsp.jus.br> - última atualização: sexta, 09 fevereiro 2018 16:19 (Processo 1001399-24.2017.5.02.0211) - *Texto: Agnes Augusto - Secom/TRT-2*.
- TEIXEIRA FILHO, João Carlos de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000.

O NOVO PARADIGMA DA
TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL:
UMA BREVE ANÁLISE À LUZ DAS
PREMISSAS CONSTITUCIONAIS
DE PROTEÇÃO AO TRABALHO*

THE NEW PARADIGM OF THE
TERMINATION IN BRAZIL: A
BRIEF ANALYSIS IN THE LIGHT OF
CONSTITUTIONAL PREMISES OF
WORK PROTECTION

Paula Simão Normanha**

RESUMO

Este trabalho tem como finalidade realizar uma análise acerca do novo modelo de terceirização introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei n. 13.467/17, mais conhecida como Reforma Trabalhista, especialmente no que concerne à agora expressa possibilidade de terceirização de atividade-fim. Para tanto, proceder-se-á à breve análise da evolução legislativa do instituto e, em especial, do contexto de formação da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, bem como das premissas

* Artigo enviado em 28/8/2017 e aceito em 6/11/2017.

**Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho. Pós-Graduada em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera. Pós-Graduada em Advocacia Trabalhista pela Universidade Anhanguera.

constitucionais de proteção ao valor social do trabalho e à livre iniciativa e em que medida devem incidir no norteamento das relações de terceirização no Brasil, demonstrando-se, ao final, a inconstitucionalidade da norma que permite a transferência, a terceiros, da atividade principal das empresas. Para o desenvolvimento e aplicação desse projeto, foi realizada pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Terceirização. Atividade-fim. Reforma. Inconstitucionalidade.

INTRODUÇÃO

A dinamicidade das relações de trabalho, como resultado do irrefreável avanço tecnológico, aliada às constantes modificações das estruturas produtivas, foi motivo de diversas reformas legislativas ao longo do tempo que, embora muitas vezes pontuais, contribuíram significativamente para a construção de condições dignas do trabalho em geral.

Em que pese o considerável avanço nesse aspecto, há que se reconhecer que muito ainda há que ser feito pelos direitos dos trabalhadores e melhoria de suas condições.

A princípio, não foi outro o objetivo da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17). A pretexto de modernizar a legislação até então em vigor para melhor se adaptar à realidade das relações laborais, introduziu uma série de modificações na legislação trabalhista, destacando-se, dentre elas, a que diz respeito à terceirização da prestação de serviços.

Isso porque não havia, em nosso ordenamento, até o ano de 2017, nenhuma lei específica acerca da matéria, que, cada vez mais, era questionada em juízo diante dos inúmeros casos envolvendo esse tipo de relação trabalhista. Havia, tão somente, uma Súmula editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, de n. 331, criada para garantir uma espécie de regramento mínimo sobre a matéria, a fim de nortear julgamentos futuros e, de certa forma, tentar padronizar

o entendimento a respeito, o que se revelou insuficiente à garantia de segurança jurídica que se espera de uma sociedade democrática.

Com o advento da Lei n. 13.429/17, passou a haver regulamentação expressa da terceirização, embora não tenha sido reproduzido integralmente o teor da supracitada Súmula e, no que concerne ao seu objeto, qual seja, atividade-meio e/ou atividade-fim, foi sobremaneira obscura e passível de dupla interpretação, o que já vinha dividindo a doutrina e criando um embate jurídico extremamente relevante para a definição dos rumos da terceirização no Brasil.

Não obstante, pouco após a promulgação da referida lei, foi aprovada a polêmica Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17), que, em meio às diversas modificações à legislação, alterou especificamente o art. 4º-A da Lei n. 6.019/74, para prever de forma expressa a possibilidade de terceirização de atividade-fim, contrariando frontalmente anterior entendimento consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho e amplamente adotado pela maioria da jurisprudência e significativa parcela doutrinária, fazendo aumentar o questionamento acerca da sua constitucionalidade.

Dada a significativa quantidade de casos concretos que discutem a relação de terceirização e tendo em vista a alteração extremamente recente e em sentido totalmente oposto ao entendimento até então prevalecente, mostra-se patente a relevância de sua análise e discussão, sendo, nessa toada, os principais objetivos do presente trabalho analisar a modificação legislativa concernente à terceirização na prestação de serviços, com enfoque no contexto de formação da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho e na finalidade para a qual foi criada; analisar as premissas constitucionais de proteção ao trabalho e em que medida devem incidir no norteammento das relações de terceirização no Brasil, a fim de se verificar a compatibilidade da nova legislação trabalhista com as referidas premissas.

Para tanto, proceder-se-á, no primeiro capítulo, a uma breve análise da evolução legislativa da terceirização no Brasil, em especial do contexto de formação da Súmula n. 331 do Tribunal Superior

do Trabalho e das leis aprovadas no ano de 2017. Já no segundo capítulo, será feito um estudo a respeito dos princípios constitucionais fundamentais do valor social do trabalho e da livre iniciativa e da forma de aplicação e incidência dos referidos princípios na relação de terceirização, definindo, ao final, o grau de compatibilidade das modificações legislativas que tratam do tema com cada um deles.

1 ASPECTOS NORMATIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Para que se possa compreender a atual conjuntura da terceirização no país, faz-se necessária uma breve análise dos seus aspectos normativos e contexto da formação da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho até o advento das modificações legislativas do ano de 2017.

1.1 Antecedentes históricos e o contexto de formação da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho

A terceirização, longe de ser novidade no Brasil, já é há anos uma realidade decorrente da necessidade de as empresas se adequarem a cada vez maior exigência pela prestação de serviços especializados e altamente qualificados.

Trata-se de uma relação jurídica trilateral, que se forma quando a empresa tomadora contrata, através de uma empresa de prestação de serviços, o labor a ser prestado pelo trabalhador a esta subordinado, sem que se forme vínculo de emprego entre o trabalhador e a empresa tomadora dos serviços.

Segundo Delgado (2016, p. 487), a “[...] terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente.”

De acordo com Pereira (2015), essa nova forma de trabalho teria por objetivo a otimização da produção e redução dos custos para as empresas, dada a competitividade acirrada no mercado econômico.

Ocorre que a produção normativa não foi capaz de acompanhar a rápida evolução desse fenômeno, motivo por que, durante muitos anos, a relação de terceirização se desenvolveu na informalidade e à margem de regulamentação jurídica específica, comprometendo, assim, os direitos dos trabalhadores envolvidos nessa modalidade de prestação de serviços.

Cassar (2014) destaca que a Consolidação das Leis do Trabalho, desde o seu texto originário, estabeleceu uma hipótese de subcontratação de mão de obra nos casos de subempreitada, tendo sido esta, durante muito tempo, a única hipótese de terceirização prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda de acordo com a autora, com o Decreto-Lei n. 200/67, teve início a ampliação das hipóteses, dada a previsão expressa de terceirização no setor público e, posteriormente, também no setor privado, com a promulgação das Leis n. 6.019/74 (Trabalho Temporário) e 7.102/83 (Vigilantes), embora ambas com efeitos restritos.

Isso porque, à época da promulgação, a primeira permitia somente contratos de curta duração, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços, enquanto a segunda limitava-se aos trabalhadores ligados à segurança bancária.

Em que pese a excepcionalidade dessas hipóteses legais de terceirização no setor privado, fato é que

[...] o processo terceirizante expandiu-se largamente no âmbito privado da economia fora das hipóteses jurídicas previstas nessas duas leis, mediante fórmula de terceirização permanente sem regulação expressa em textos legais trabalhistas. (DELGADO, 2016, p. 492).

De acordo com Amorim e Delgado (2014), a jurisprudência da Justiça do Trabalho passou, então, a resistir à desmedida utilização da terceirização e conseqüente precarização das relações de trabalho, reputando como fraude ao regime de emprego qualquer espécie de contrato que tivesse como objeto a prestação de serviço em caráter permanente, ou seja, fora das hipóteses expressamente

previstas em lei até então. Tal entendimento foi, inclusive, consolidado na Súmula n. 256, de 30/9/1986.

E assim foi feito em virtude da anormalidade da relação triangular característica da terceirização, que impede a integração do trabalhador ao empreendimento principal e acarreta uma série de consequências negativas, como a pulverização sindical, transitoriedade e insegurança de empregos e a redução da proteção à saúde e segurança dos trabalhadores.

Não obstante a proibição contida no enunciado da Súmula n. 256, o processo terceirizante continuou se expandindo de forma como se nenhuma proibição houvesse, agravando cada vez mais a situação dos trabalhadores.

A respeito, asseveram Amorim e Delgado (2014, p. 46):

Nesse ambiente, a jurisprudência trabalhista, refletindo o estado de confronto e de perplexidade que tomava a doutrina juslaboral, dividiu-se entre a preocupação acerca dos efeitos deletérios da terceirização sobre os fundamentos do Direito do Trabalho e o discurso entusiasmado de modernização da estrutura empresarial, não raro lastreado em referências longínquas do Direito Comparado.

Assim, em 1993, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 331, que flexibilizou o entendimento anterior e, dentre outros aspectos, passou a reputar como legal a contratação permanente de serviços relacionados à atividade-meio do tomador, assim entendida como a atividade meramente auxiliar ou de apoio à consecução da atividade principal, tendo sido determinante, de acordo com Amorim e Delgado (2014), a influência da legislação sobre a terceirização na Administração Pública para a formação desse pensamento.

Ressalte-se que a mais significativa alteração introduzida pela Súmula, que constitui o cerne da análise do presente artigo, foi a referência à distinção entre atividades-meio e atividades-fim do tomador de serviços.

Tal distinção é feita por Delgado (2016, p. 503) nos seguintes termos:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. [...]. (grifos acrescentados)

Frise-se que a compreensão da definição das atividades-meio e atividades-fim fez-se necessária justamente para se aferir a legalidade da terceirização no caso concreto, já que apenas as primeiras poderiam ser contratadas de forma permanente.

Segundo Amorim e Delgado (2014), ambos os enunciados mencionados surgiram em decorrência da interpretação harmônica das garantias constitucionais, das normas e princípios que regem o Direito do Trabalho, em especial os da proteção do hipossuficiente, da continuidade, da primazia da realidade, da razoabilidade e da boa-fé.

Esse entendimento perdurou por muitos anos, até que, recentemente, foi aprovada a Reforma Trabalhista e introduzida em nosso ordenamento, de forma expressa, a possibilidade de terceirização permanente de atividades-fim, em sentido diametralmente oposto ao que até então prevalecia.

1.2 O novo modelo de terceirização no Brasil

Em 31/3/2017, foi promulgada a Lei n. 13.429, que alterou dispositivos da Lei n. 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário), que trata do trabalho temporário, e dispôs sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

Passou-se a regulamentar, portanto, em um só diploma normativo, a terceirização e a contratação temporária, sendo esta

já prevista expressamente pela Lei n. 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário), enquanto a primeira era regrada apenas pela Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Não obstante serem tratadas conjuntamente, as modalidades de contratação não se confundem, pois,

[...] enquanto no trabalho temporário pactua-se fornecimento de trabalhadores que ficarão por curtos períodos subordinados ao tomador, na terceirização contratam-se serviços especializados, executados autonomamente por empresa prestadora. (TRINDADE, 2017).

Dadas as hipóteses permissivas de trabalho temporário, é de sua própria essência a transferência, a terceiros, das atividades-fim da empresa. O § 3º do art. 9º da Lei n. 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário), já com a nova redação, é expreso nesse sentido.

Mas não é o que ocorre com a terceirização, que, como visto e dado seu caráter de permanência, somente era permitida nas hipóteses de transferência de atividades-meio da empresa tomadora, conforme Enunciado da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Entretanto, a Lei n. 13.429/17, no que concerne à terceirização, não foi clara em relação aos tipos de serviços que poderiam ser objeto de contratação (atividades-meio ou atividades-fim), limitando-se a dizer que deveriam ser “determinados e específicos”.

A obscuridade do dispositivo gerou grande repercussão jurídica e dividiu a interpretação da doutrina entre os que entendem que passou a ser autorizada a terceirização de atividades-fim e os que pensam justamente o contrário, sob o argumento de que, se o legislador pretendesse permitir a terceirização de atividades-fim, teria sido claro como o foi em relação ao trabalho temporário.

Percebe-se, portanto, que, longe de conferir maior segurança jurídica às contratações de prestações de serviços, a Lei n. 13.429/17 acabou por suscitar novamente o debate em torno da possibilidade de se ter por objeto as atividades-fim, ficando a cargo da jurisprudência, ao longo do tempo, a interpretação e pacificação da controvérsia.

Ocorre que, pouco tempo depois, já em 13 de julho de 2017, entrou em vigor a Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467), objeto de severas críticas por parte da doutrina ante o grande número de dispositivos alterados sob o pretexto de modernização legislativa.

Ante o escopo do presente artigo, analisar-se-á especificamente o art. 2º da referida Lei, que alterou o art. 4º-A da Lei de Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74), passando a prever expressamente a possibilidade de transferência a terceiros de quaisquer atividades, inclusive a atividade principal da contratante.

Em que pese tal Lei tenha começado a vigorar apenas a partir do mês de novembro de 2017, não se poderá mais suscitar qualquer dúvida acerca da intenção do legislador, dada a clareza da norma.

Mas não se pode deixar de observar que, como fundamento de validade do nosso ordenamento, a Constituição Federal deve nortear a elaboração, interpretação e aplicação de todas as leis, de tal forma que qualquer norma que a contrarie será considerada absolutamente nula. E é justamente por isso que se faz imperiosa a análise do dispositivo normativo ora em comento à luz do texto constitucional.

2 LIMITES CONSTITUCIONAIS À TERCEIRIZAÇÃO

A Constituição Federal, em seus arts. 1º, IV, e 170, elenca os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos do Estado brasileiro e da ordem econômica.

A respeito desses fundamentos, assevera Silva (2014, p. 800):

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar, significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho, que, ao lado da iniciativa privada,

constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).

É certo, portanto, que a Constituição Federal, ao alçar ambos os valores a efetivos fundamentos, tanto do próprio Estado como da ordem econômica, fê-lo de forma a harmonizá-los, no intuito de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Em assim sendo, a liberdade de iniciativa - e, conseqüentemente, a liberdade de contratação - “[...] só é legítima enquanto exercida no interesse da justiça social.” (SILVA, 2014, p. 806).

No mesmo sentido, asseveram Dutra e Mello Filho (2014, p. 202):

[...] a questão não pode ser analisada sob a lupa restrita da liberdade de iniciativa ou a liberdade de contratação, de forma absoluta. A liberdade de contratar e de exercer atividade econômica, sob pena de institucionalização da barbárie social, há de se fazer mediante observância e respeito à pessoa humana, epicentro do ordenamento jurídico. E não se pode respeitar a dignidade da pessoa humana sem respeitar a dignidade de cada cidadão trabalhador, mediante preservação de seus direitos trabalhistas (garantidos nos arts. 7º e 8º da Constituição Federal), em condições não precárias.

Pode-se concluir, portanto, que as empresas possuem uma função social, que norteia suas atividades e veda a geração de lucro como objetivo único, impondo o respeito às normas que garantem a proteção do trabalhador e o respeito à sua dignidade, uma vez que o trabalho, muito mais que uma fonte de subsistência, permite a integração social e o desenvolvimento do trabalhador, sendo essencial à própria vida humana (DUTRA; MELLO FILHO, 2014).

É justamente por isso que a relação de emprego, marcada pela bilateralidade, constitui expressamente a regra em nosso ordenamento jurídico e consta, inclusive, do rol de direitos sociais estabelecido no art. 7º da Constituição Federal, tendo como base o contrato de trabalho detalhadamente disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Em assim sendo, a relação bilateral de emprego é a forma constitucionalmente prevista de concretização dos direitos sociais, trabalhistas e previdenciários assegurados pelo ordenamento jurídico e, mais que isso, a garantia da própria dignidade dos trabalhadores, motivo por que somente não terá lugar em casos excepcionais, como os previstos para o trabalho temporário ou, conforme entendimento antes consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho, na terceirização de atividades-meio.

Frise-se que esse entendimento baseou-se em interpretação ampliativa às normas jurídicas então vigentes, visto que, à época, não havia regulamentação específica da terceirização, procedendo-se à adequada aplicação e compatibilização dos preceitos constitucionais do valor social do trabalho e da livre iniciativa.

Mas, em vez de levá-los em consideração, optou o legislador por privilegiar a livre iniciativa a qualquer custo, permitindo-se a indiscriminada terceirização de serviços, o que, indubitavelmente, afronta diretamente a Constituição Federal, por sacrificar diversos direitos dos trabalhadores e atingir sua própria dignidade.

Isso porque a terceirização acarreta, para o trabalhador, a insegurança da continuidade do vínculo de emprego, tendência à prestação de mais horas extras, enfraquecimento da proteção sindical, dado o enquadramento diferenciado em relação aos empregados da empresa tomadora e quebra da isonomia, inclusive salarial, entre os trabalhadores da tomadora e os da prestadora de serviços, e, conforme asseveram Dutra e Mello Filho (2014, p. 198), obsta

[...] a afirmação de sua identidade enquanto sujeito, como integrante da categoria econômica da qual efetivamente faz parte, engendra-se a desconstrução do seu pertencimento a uma empresa cuja “camisa” aprende a vestir.

Não há, portanto, qualquer justificativa plausível para a permissão de terceirização permanente de atividades-fim e a completa desnaturação da relação de emprego clássica, bilateral e assecuratória dos direitos dos trabalhadores, devendo qualquer norma jurídica que o faça ser considerada abertamente inconstitucional.

CONCLUSÃO

A dinâmica e complexidade das relações humanas, em especial das que envolvem empresas e trabalhadores, impõem um aparato legislativo que acompanhe toda essa dinâmica e que seja necessário e suficiente à proteção dos princípios fundamentais consagrados pela Constituição Federal.

Por esse motivo, não há dúvidas de que a terceirização de atividades-meio, por possibilitar às empresas a concentração de esforços em sua atividade principal, tornando-as mais eficientes, organizadas e produtivas, deve ser amparada pelo nosso ordenamento jurídico, dada a sua excepcionalidade e compatibilidade com outros valores constitucionalmente consagrados, em especial o do valor social do trabalho.

Entretanto, andou mal o legislador ao ultrapassar todos os limites jurídicos possíveis e desconsiderar o histórico legislativo e de formação da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, generalizando a terceirização a ponto de permitir a contratação de serviços ligados às atividades essenciais da empresa e desnaturar por completo o próprio objetivo principal para o qual a terceirização foi criada.

Esvaziaram-se, assim, o conteúdo da Constituição Federal e os fundamentos do Estado Democrático de Direito, permitindo-se uma efetiva mercantilização da força de trabalho e colocando esse tipo de relação abaixo do patamar civilizatório mínimo instituído por nosso ordenamento.

Diante do que até então exposto, chegou-se à conclusão de que o dispositivo legal da Reforma Trabalhista que altera a Lei n. 6.019/74 e permite a terceirização permanente de atividade-fim é flagrantemente inconstitucional e, espera-se, deve ser objeto de questionamento em sede de controle de constitucionalidade.

Há que se lembrar que todas as alterações advindas da referida Reforma somente entraram em vigor em novembro de 2017, e, até essa data, deve ser refutada toda e qualquer interpretação da Lei n. 6.019/74 que permita a terceirização

irrestrita, devendo ser seguidos os parâmetros estabelecidos pela Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Assim, espera-se que prevaleçam o espírito e a força da Constituição Federal e se faça valer a verdadeira democracia como base para a consecução da almejada justiça social e do bem comum, respeitando-se a dignidade de cada cidadão trabalhador que, muito além de merecer, tem direito a tanto.

ABSTRACT

This work has the purpose of analyzing the new outsourcing model introduced in the Brazilian legal system through Law 13.467/17, better known as Labor Reform, especially with regard to the now expressed possibility of outsourcing of activity-end. In order to do so, we will analyze the legislative evolution of the institute and, in particular, the context of the formation of Precedent 331 of the Superior Labor Court, as well as the constitutional premises of protection of the social value of work and free enterprise and to what extent they should focus on outsourcing relationships in Brazil, demonstrating, in the end, the unconstitutionality of the standard that allows the transfer of the main activity of companies to third parties. For the development and application of this project, a bibliographic research was carried out.

Keywords: *Outsourcing. Activity-end. Reform. Unconstitutionality.*

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Helder Santos; DELGADO, Gabriela Neves. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974*. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

- _____. Congresso Nacional. *Lei 13.429 de 31 de março de 2017*. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de março de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm#art2>. Acesso em: 20 maio 2017.
- _____. Congresso Nacional. *Lei 13.467 de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 256*. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21/11/2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 20 maio 2017.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 331*. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/5/2011). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.htht#SUM-331>. Acesso em: 20 maio 2017.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.
- DAURA, Samir Alves. A terceirização trabalhista como forma de subverter a lógica protetiva do direito do trabalho. *Revista*

- Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, ano 14, n. 53, p. 179-192, jun. 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.
 - DUTRA, Renata Queiroz; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. A terceirização de atividade-fim: caminhos e descaminhos para a cidadania no trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 3, p. 187-215, jul./set. 2014.
 - PEREIRA, Leone. Terceirização - aspectos atuais e polêmicos. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 162, ano 41, p. 15-43, mar./abr. 2015.
 - SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 70, n. 1, p. 119-129, jan./jun. 2004.
 - TRINDADE, Rodrigo. *Lei 13.429 de 2017 e a intermediação de trabalho no Brasil: perspectivas políticas e hermenêuticas*. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/artigos/1235-lei-13-429-de-2017-e-a-intermediacao-de-trabalho-no-brasil-perspectivas-politicas-e-hermeneuticas>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

OS LIMITES DA NEGOCIAÇÃO
COLETIVA PREVISTA NO ARTIGO
611-A DA REFORMA
TRABALHISTA EM MATÉRIAS
ATINENTES À SAÚDE E
SEGURANÇA DO
TRABALHADOR*

THE LIMITS OF COLLECTIVE
AGREEMENT PROVIDED FOR IN
ARTICLE 611-A OF THE LABOR
REFORM ON THE MATTERS OF
HEALTH AND SAFETY OF THE
WORKER

João Antônio Procópio Leão**

RESUMO

Em 13 de julho de 2017, foi sancionada a Lei n. 13.467. Em seu artigo 611-A, há a previsão de que a convenção coletiva de trabalho terá prevalência sobre a lei, acerca de certos direitos trabalhistas. Este artigo visa a analisar de forma axiológica e constitucional a possibilidade da negociação coletiva no que tange às matérias de saúde e segurança do trabalhador. Tal verificação levará em consideração a doutrina atinente aos temas tratados, bem como as possíveis consequências advindas da legalidade de dita negociação.

* Artigo enviado em 31/8/2017 e aceito em 26/12/2017.

**Bacharel em Direito pela FEAD MG em 2013. Advogado. Pós-Graduado em Direito do Trabalho pela PUC MINAS em 2017. Sócio proprietário do Escritório de Advocacia Leão & Leite Associados.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Negociação coletiva. Saúde e segurança do trabalhador. Limites. Art. 611-A da CLT.

1 INTRODUÇÃO

No momento atual em que se encontra a sociedade brasileira, devastada pela crise econômica e política, muito se questiona acerca da legislação trabalhista vigente: se estaria ultrapassada e em descompasso com o modelo econômico hodierno.

De acordo com os críticos ferrenhos da matéria em questão, a saída para o avanço econômico e a retomada para o progresso social seria uma menor interferência do Estado nas relações de trabalho, bem como o aumento da liberdade de negociação direta entre empregador e empregado.

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, foi elaborada sob as justificativas citadas acima; nela, a partir de sua vigência, teriam as partes, em uma relação de trabalho, a possibilidade de convencionar entre si melhores condições, sem a intervenção do Poder Judiciário em tais questões. Em suma, utilizariam empregador e empregado, dentre outras ferramentas, a negociação coletiva como instrumento de flexibilização e precarização de normas já consolidadas pela legislação vigente.

Em uma época em que o Poder Legislativo e até mesmo o Poder Judiciário tentam flexibilizar os direitos trabalhistas em prol da economia e do lucro, deve a nova legislação ser analisada de forma ponderada e em consonância com a lei maior, a Constituição da República.

Vem o presente artigo abordar, especificamente, a impossibilidade de negociação coletiva de matérias atinentes à saúde e segurança do trabalhador, matérias essas de suma relevância e que merecem uma atenção especial, visto que qualquer alteração lesiva de tais direitos pode acarretar consequências graves e imensuráveis na qualidade de vida e segurança dos trabalhadores.

Para se analisar a possibilidade ou não da negociação coletiva em matérias atinentes à saúde e segurança do trabalhador, serão estudados

os institutos da negociação coletiva, as normas vigentes acerca da saúde e segurança do trabalho, bem como os limites e vedações da transação entre empregadores e empregados em tais matérias.

Cabe à doutrina analisar a capacidade e possibilidade de negociação coletiva de trabalho acerca de tais matérias, uma vez que o Poder Legislativo, fundamentado em interesses escusos, não o fez de forma demasiada e exaustiva, o que seria necessário no presente caso, ressaltando-se que o trabalho não é apenas um dos contornos do capitalismo, tendo ele seu caráter humano e social, que deve ser respeitado.

A negociação coletiva em matérias atinentes à saúde e segurança do trabalhador, inclusive àquelas que buscam relativizar e precarizar os direitos já existentes, constitui claro e ultrajante desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da vedação ao retrocesso social. Deve o empregado não apenas ter garantidos seus direitos básicos, mas também que estes estejam sempre em evolução e, em hipótese nenhuma, sejam mitigados, sob quaisquer justificativas!

2 PRESSUPOSTOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DAS NORMAS DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO

2.1 A importância e necessidade da negociação coletiva frente ao poder diretivo do empregador

O marco inicial legal para a existência do instituto da negociação coletiva, bem como do instrumento da convenção coletiva de trabalho no Brasil, foi o Decreto n. 21.761, de 23 de agosto de 1932. Nesse diploma legal, o conceito de convenção coletiva foi dado como

[...] o ajuste relativo às condições do trabalho, concluído entre um ou vários empregadores e seus empregados, ou entre sindicatos ou qualquer outro agrupamento de empregadores e sindicatos, ou qualquer outro agrupamento de empregados.

A negociação coletiva é o meio de ajuste entre a classe operária e empregadora para incluir novos direitos e condições ao contrato de trabalho de certa classe laboral. Essa negociação é pautada por princípios jurídicos complementares entre si, que visam ao bem-estar e à paz social com o consenso entre as partes.

Tendo a negociação coletiva um rol exemplificativo e extenso de princípios basilares, o presente trabalho chama a atenção para o Princípio da Lealdade e Transparência, no qual a norma expressa que uma negociação coletiva deve, obrigatoriamente, conter o interesse real e determinado das partes que ali consentiram, não podendo, de forma alguma, ser utilizada como instrumento de subterfúgio e interesses escusos, principalmente pela parte patronal.

Sobre esse tema, expõe Mauricio Godinho Delgado:

É evidente que a responsabilidade social de se produzirem normas (e não meras cláusulas) conduz à necessidade de clareza quanto às condições subjetivas e objetivas envolvidas na negociação. Não se trata aqui de singela pactuação de negócio jurídico entre indivíduos, onde a privacidade prepondera; trata-se de negócio jurídico coletivo, no exercício da chamada autonomia privada coletiva, dirigida a produzir universos normativos regentes de importantes comunidades humanas. A transparência aqui reclamada é, sem dúvida, maior do que a que cerca negócios jurídicos estritamente individuais. Por isso aqui é mais largo o acesso a informações adequadas à formulação de normas compatíveis ao segmento social envolvido. (DELGADO, 2014, p.1.043).

O referido autor ressaltou sabiamente, em sua obra, que a negociação coletiva não objetiva somente a criação de meras cláusulas para a simples pactuação de um negócio jurídico. É certo que tais normas devem ter consonância com o segmento social envolvido e, sobre o tema da saúde e segurança do trabalho, merecem guarida especial visto as consequências advindas de uma negociação coletiva pautada em interesses escusos e meramente patrimoniais.

Ressalta-se, ainda, que, de acordo com o princípio da adequação setorial negociada, há a possibilidade de trabalhadores negociarem direitos de acordo com seus interesses por meio das

regras da negociação coletiva. O que se vislumbra é que as normas provenientes da negociação coletiva podem prevalecer sobre as normas trabalhistas heterônomas, desde que positivem um *status* superior de direitos ao trabalhador, sendo mais benéficas que as normas decorrentes da legislação estatal, com exceção de normas de indisponibilidade absoluta (normas de proteção e saúde do trabalho, normas concernentes ao direito à assinatura da CTPS e o respeito constitucional ao salário mínimo).

A negociação coletiva também possui o seu viés conciliatório, partindo do pressuposto de que a classe operária e as entidades patronais podem dispor, em acordo ou convenção coletiva de trabalho, sobre os direitos pleiteados pelos trabalhadores e seus sindicatos de classe. Tem tal negociação o condão de positivar os anseios coletivos dos trabalhadores em melhores condições de trabalho.

Ressalta-se, ainda, que a negociação coletiva só é alcançada com o questionamento e cobrança insistente da classe trabalhadora, que busca inovar o *status quo* da legislação vigente e as normas de trabalho já preexistentes. A finalidade é que sejam alteradas as condições retrógradas e ultrapassadas de labor, para a criação de novas normas que traduzam melhorias e benefícios aos empregados. A negociação coletiva pode ocorrer de forma pacífica, ou mesmo ser requerida por meio de rivalidade, provocações e manifestações incisivas e até hostis por parte dos trabalhadores. A respeito desse tema, expõe VIANA:

É importante notar que há duas formas de resistência - pelo direito já posto, e para se pôr o direito. A primeira pode ser exercida pelo indivíduo ou pelo grupo. Já a outra, no campo trabalhista, só pelo grupo.

É aí que entra a greve. Embora também sirva de arma contra violações da lei, ela se presta, especialmente, para fabricar a lei, em um contexto em que a lei não se ajusta ao direito ou à justiça. (VIANA, 2008, p. 120).

Nessa toada, tem-se que a negociação coletiva de trabalho é um dos escopos que o empregado busca alcançar ao demonstrar, na prática, a sua irrisignação e descontentamento com as condições

de trabalho existentes. Esse trabalhador, quando frustrado e de forma coletiva, exerce, em conjunto, o seu direito de resistência, explanando a indignação de sua classe e a luta pela conquista de novos direitos.

O *ius resistentiae* (direito de resistência) é a prerrogativa do trabalhador que, inserido num contexto de precariedade e insatisfação, vem questionar e insurgir contra sua realidade e contra o poder diretivo do empregador. É a luta ao direito já posto e a certas condições e circunstâncias prejudiciais a esse trabalhador. É o afastamento do caráter nocivo e danoso de algo, em busca de melhorias e aperfeiçoamento das condições de trabalho.

O direito de resistência pode ser manifestado pelo trabalhador sob a forma de greve, boicotagem, sabotagem, *ratting*, ou ainda sob outras fórmulas, visto que este é um rol exemplificativo. Acerca do direito de resistência, preleciona VIANA:

Tal como acontece com o *ius variandi* - do qual é contraface - o *ius resistentiae* se exerce com certo grau de discricionariedade. É o empregado quem identifica a violação do seu próprio direito e elege a solução ótima, dentre as várias opções possíveis. Na escolha dessa solução, como vimos, deve avaliar a sua idoneidade para alcançar o fim pretendido e, basicamente, agir com moderação, relacionando o dano sofrido com o dano a ser causado. Considerando-se que a resistência, como foi dito, tanto pode se referir a um direito que se quer proteger, como a um direito que se quer conquistar, suas formas de manifestação variam enormemente. (VIANA, 1996, p. 92).

Uma vez que são amplos os abusos cometidos pelo poder diretivo do empregador e extensas as condições nocivas ao trabalhador em seu contrato de trabalho, deve a negociação coletiva de trabalho ser utilizada para produzir normas conciliatórias entre seus pares, com o propósito de avanço e paz social.

Deve a negociação coletiva de trabalho sempre ser pautada pelos valores da boa-fé, lisura, probidade e retidão, ressaltado ainda o seu caráter "limitador", visto que se pode minimizar os efeitos do excesso do poder diretivo do empregador sobre seus subordinados, seja por meio de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

2.2. O embasamento legal das normas de saúde e segurança do trabalho no ordenamento brasileiro

No Brasil, as normas de saúde e segurança do trabalho têm previsão constitucional no inciso XXII do art. 7º da Constituição da República de 1988. Trabalhadores urbanos e rurais têm garantido o labor com a menor exposição possível aos riscos inerentes ao trabalho, incumbindo ao Poder Público o dever da implementação de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, que devem ter observância obrigatória por parte das entidades patronais.

Há ainda a tentativa de órgãos internacionais de se unificar a matéria legal concernente ao trabalho, para obter um tratamento equânime e seguro a todos os seres humanos de forma global, objetivando alcançar o conceito de “trabalho decente”. Temos a OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1919) como ramificação do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Tal instituição é responsável pela “promoção permanente das Normas Internacionais do Trabalho, do emprego, da melhoria das condições de trabalho e da ampliação da proteção social no mundo”.

O direito ao trabalho é dado como um direito social básico ao cidadão brasileiro, conforme art. 6º da Constituição da República de 1988. Já os artigos 196 a 200 da Constituição da República de 1988 dispõem acerca do direito à saúde; especificamente no art. 200, II, temos como competência do Sistema Único de Saúde executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador.

Os direitos sociais, nos quais o trabalho, a saúde e a segurança do trabalhador estão inseridos, são a salvaguarda para que os indivíduos possam gozar dos direitos fundamentais assegurados. A proteção aos direitos sociais é dada pelo Estado, e suas garantias devem ser asseguradas pelo Poder Público, conforme todos os fundamentos constitucionais acima citados.

Conforme preleciona José Afonso da Silva:

Os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos. (SILVA, 2013, p. 183).

Ressaltada pelo autor a necessidade de políticas econômicas e intervenção estatal para a garantia desses direitos, a saúde e segurança do trabalhador como direito social necessitam de regulamentação para sua efetividade.

Na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu Capítulo V, o qual aborda a saúde e medicina do trabalho, o legislador delegou ao Ministério do Trabalho a expedição de normas concernentes à saúde e segurança do trabalhador. Especificamente no artigo 162 da CLT, temos que essas normas regulamentadoras são de observância e cumprimento obrigatório por parte das entidades empregadoras.

As normas de saúde e segurança do trabalho, assim como todas as outras do ordenamento jurídico brasileiro, devem estar em consonância com as evoluções sociais, adaptando-se à realidade de uma sociedade regida por elas. Ressalta-se que não podem tais normas ser relativizadas com o intuito unicamente de precarizar ou flexibilizar as condições de saúde e segurança do trabalhador.

Nesse tema, tem-se, segundo Sebastião de Oliveira, que:

Neste momento de concorrência acirrada proveniente da globalização e da revolução tecnológica, os empresários, de imediato, querem reduzir despesas com salários e com as normas de proteção à saúde. Alegam que a legislação trabalhista está ultrapassada e precisa modernizar-se, permitindo a flexibilização ou até mesmo a desregulamentação. Essa postura surge como tendência ameaçadora para o direito à saúde dos trabalhadores, porquanto a prevenção e a manutenção das condições de trabalho saudáveis têm um custo que afeta o preço final do produto ou serviço. (OLIVEIRA, 2011, p. 165).

Devido à correlação intrínseca entre a fundamentação legal das normas de saúde e segurança do trabalho e a real intenção do legislador de manter e aprimorar o trabalho seguro e saudável,

faz-se imprescindível a análise da impossibilidade da negociação coletiva de tais matérias, bem como dos danos que a flexibilização de tais normas possa acarretar.

2.3. Das vedações às negociações coletivas nas matérias atinentes à saúde e segurança do trabalhador

A negociação coletiva de trabalho, assim como os demais institutos do Direito do Trabalho, encontra limitações formais e materiais. Tais limitações têm o objetivo de harmonizar a negociação coletiva ao ordenamento jurídico já existente, bem como aos ditames da Constituição da República de 1988.

2.3.1. Dos limites à negociação coletiva: o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social e o Princípio da Progressividade

Temos o direito à negociação coletiva como direito constitucionalmente assegurado no inciso XXVI do art. 7º da Constituição da República de 1988. Ocorre que essa garantia não goza de um caráter absoluto, visto que há limites legais e formais a serem seguidos.

O rol de direitos sociais no qual está inserido o direito ao trabalho saudável e seguro possui a característica da progressividade, de evolução sistematicamente benéfica, para acrescentar melhorias ao cidadão trabalhador. Seria, portanto, o princípio da progressividade um dos limites à negociação coletiva, uma vez que as normas ali positivadas não poderiam flexibilizar direitos dos trabalhadores, nem precarizar as relações de trabalho, especialmente no que tange à saúde e segurança dos trabalhadores.

Destarte, a norma insculpida no *caput* do art. 7º da Constituição da República de 1988 tem natureza progressiva, a qual seu texto claramente remete ao aperfeiçoamento e proveito da condição social dos trabalhadores.

A negociação coletiva de trabalho que passa a abranger normas de saúde e segurança do trabalho, com caráter revogatório

em detrimento de normas mais vantajosas já existentes ao trabalhador, será considerada inconstitucional, enquadrando-se na vedação legal contida no texto do *caput* do art. 9º da CLT.

O Princípio da Vedação ao Retrocesso Social pressupõe que, na esfera dos direitos sociais fundamentais do trabalho, não pode haver retrocesso de normas já existentes. Deve, portanto, ser declarada nula a criação de normas posteriores que possam transigir e flexibilizar direitos já garantidos e em pleno gozo pelos trabalhadores, salvo nas hipóteses da implementação de políticas compensatórias. Em síntese, não pode o legislador impor restrições que esvaziem o conteúdo de direitos já assegurados.

Há de ser ressaltado ainda que, conforme o princípio da irretroatividade legal, a norma não pode retroagir ao tempo, legislar em atos anteriores à sua vigência. Portanto, a Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, só pode modificar direitos dos trabalhadores da data da sua vigência em diante, no ordenamento jurídico brasileiro.

A proibição ao retrocesso social é demasiadamente tratada pelos doutrinadores constitucionalistas, tendo sido denominada, no âmbito dos direitos humanos, como “efeito cliquet”. Segundo CANOTILHO (2002), “efeito cliquet” é uma expressão francesa utilizada pelos praticantes do esporte de alpinismo, exprimindo a ideia de que só há a possibilidade de subir, de movimentar-se para cima, simbolicamente retratando a impossibilidade legal do retrocesso das normas de caráter social.

Teriam, portanto, o Princípio do Não Retrocesso Social e o Princípio da Progressividade o condão de impor limites à autonomia das partes na celebração da negociação coletiva, uma vez que esta não pode colocar em risco a saúde e segurança do trabalhador, trabalhador este que deve ser beneficiado pela criação de novas disposições legais ora convencionadas, e não prejudicado por elas.

2.3.2. Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos

O Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos é um princípio de Direito Internacional, previsto no inciso II do art. 4º da

Constituição da República. Esse princípio positivado em nossa Carta Magna visa a contemplar o Brasil como ente internacional, promovendo a abertura do nosso ordenamento para o âmbito jurídico internacional.

Acerca desse tema, segundo Carvalho:

[...] o princípio da prevalência dos direitos humanos situa o homem como destinatário do direito internacional. Desta forma, a posição do Brasil é a de opor-se aos Estados que desrespeitarem os direitos humanos. (CARVALHO, 2008, p. 661).

Conforme já citado no tópico sobre a legislação acerca da saúde e segurança do trabalho no presente texto, temos a OIT como órgão internacional cuja função precípua é unificar a legislação trabalhista e obter um tratamento equânime e seguro a todos os seres humanos de forma global, objetivando alcançar o conceito de trabalho decente.

Seguindo esse entendimento, o Brasil ratificou as disposições da Convenção Internacional n. 155, disposições essas que assumiram a característica de suprallegalidade.

No que tange às normas de saúde e segurança do trabalho, temos o art. 4º da Convenção n. 155 da OIT, que reconhece a progressividade e busca a redução sucessiva dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho:

Artigo 4º 1. Todo Membro deverá, em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e a prática nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho.

2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho. (OIT, 1992).

Há de se ressaltar, ainda, que não cabe a possibilidade de flexibilização dos direitos que buscam preservar a saúde e segurança

do trabalhador por via de ajuste coletivo, tendo em vista a existência do Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas (princípio este fortemente mitigado com a criação e promulgação da Lei n. 13.467/2017¹).

Em sede judicial, temos o posicionamento do item II da Súmula n. 437 do TST, que dispõe:

Súmula 437 do TST

I [...]

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), inofensivo à negociação coletiva.

A súmula transcrita acima vem para ilustrar o entendimento da impossibilidade de se precarizar as normas de saúde do trabalho, por serem estas de ordem pública, ou seja, versarem sobre direitos intransponíveis.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como tema de estudo a impossibilidade da negociação coletiva de matérias atinentes à saúde e segurança do trabalhador, tema notadamente atual e relevante, ressaltada a tentativa da mitigação de tais normas pela criação e promulgação da Lei n. 13.467 de 2017, especialmente em seu art. 611-A.

Analisou-se, primeiramente, o instituto da negociação coletiva de trabalho, seu panorama histórico na legislação brasileira, seu conceito doutrinário e a sua utilização com objetivo conciliatório e pacificador nas demandas entre empregadores e empregados, em prol da paz social.

¹ O princípio da Indisponibilidade de Direitos Trabalhistas foi totalmente desconsiderado pelo legislador, ao criar a Lei n. 13.467/2017, uma vez que houve clara e expressa flexibilização e precarização de direitos trabalhistas já constantes na CLT.

Examinou-se, ainda, a legislação acerca da saúde e segurança do trabalhador no ordenamento jurídico vigente. Também foi traçado o seu panorama histórico no ordenamento, bem como ressaltada sua característica de direito social, que é a salvaguarda para que os indivíduos possam gozar dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Ficou claro que as normas de saúde e segurança do trabalhador têm alicerce constitucional, com destaque na Convenção n. 155 da OIT, ratificada pelo ordenamento brasileiro.

Foi analisada a utilização do instituto da negociação coletiva de trabalho para a flexibilização das normas concernentes à saúde e segurança do trabalhador. Ficou demonstrado que esse instituto encontra limites no Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, no Princípio da Progressividade e no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que as normas de saúde e segurança do trabalho, dado o seu caráter de direito social, devem ser unicamente evolucionistas, sistematicamente benéficas, sempre para acrescentar melhorias ao cidadão trabalhador, jamais precarizá-las, sob pena de serem declarados nulos os atos praticados com o intuito de desvirtuar os preceitos legais contidos na Consolidação das Leis do Trabalho.

Ainda, foram analisadas as normas de saúde e segurança do trabalho sob o prisma do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, no qual, de forma axiológica e sob a ordem internacional, não há a possibilidade da flexibilização ou precarização das normas de segurança e salutaras por meio de negociação coletiva, pois tais mitigações infringiriam a Convenção Internacional n. 155 da Organização Internacional do Trabalho, convenção essa ratificada pelo ordenamento brasileiro com *status* de suprallegalidade.

Por fim, conclui-se que, mesmo respeitada a autonomia de vontades das partes integrantes de uma negociação coletiva, não pode esta ser utilizada como ferramenta para a renúncia de direitos, como buscou o legislador ao criar a Lei n. 13.467 de 2017. Ademais, não se pode aceitar, em hipótese nenhuma, a possibilidade de se utilizar a via negocial para transacionar e trazer prejuízos e renúncias de direitos ao trabalhador, desconsiderando até mesmo o mínimo previsto em lei.

No que tange às normas de saúde e segurança do trabalho, o art. 611-A da CLT, com as alterações trazidas pela Lei n. 13.467/2017, significa um retrocesso contra as disposições constitucionais e tende a agravar as condições negativas no meio ambiente de trabalho, favorecendo adoecimentos, acidentes de trabalho, aposentadorias precoces e mortes.

Do ponto de vista legal, o art. 611-A da CLT, com as alterações trazidas pela Lei n. 13.467/2017, é notadamente inconstitucional em relação aos seus incisos que tratam sobre normas de saúde e segurança do trabalhador, pois, conforme demonstrado no presente trabalho, a utilização da negociação coletiva para a mitigação de tais normas, além de não possuir respaldo jurídico, encontra entraves constitucionais, por se tratar de matéria de ordem pública, ou seja, versarem sobre direitos intransponíveis.

ABSTRACT

On July 13, 2017, was enacted Law n. 13.467. In his 611-A article, there is a provision of the collective agreement will have precedence over the law, about certain parts of the work. This article aims to analyze the axiological and constitutional way the possibility of collective bargaining specifically on the matters of health and safety of the worker. Such verification shall be made on the basis of the doctrine on the subjects, as well as on the possible consequences arising from the legality of said negotiation.

Keywords: Labor law. Collective bargaining. Occupational health and safety. Limits. Article 611-A, CLT.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

- _____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- _____. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Diário Oficial da União*, 14 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato20152018/2017/lei/L13467.htm#art6>>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 437. Súmula vinculante do Tribunal Superior do Trabalho. Res. 185/2012, *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*. Divulgado em 25, 26 e 27/9/2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437>. Acesso em: 05 ago. 2017.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GODINHO, Mauricio Delgado. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Apresentação - Escritório no Brasil*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 04 jul.2017.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2013.
- VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência - possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.
- VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira, RIBEIRO, Patrícia Ribeiro (Coord.). *Trabalho e movimentos sociais*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

REFLEXÕES SOBRE A
APLICAÇÃO DO TRABALHO
INTERMITENTE NO TRABALHO
DOMÉSTICO*

REFLECTIONS ON THE
APPLICATION OF INTERMITTENT
WORK IN DOMESTIC WORK

Cynthia Mara Lacerda Nacif**
Miriam Parreiras de Souza***

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo questionar a aplicação da nova modalidade de contrato de trabalho intermitente trazida pela alteração da Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei n. 13.467/2017 e MP n. 808/2017 no contrato de trabalho do empregado doméstico. Várias críticas estão sendo feitas à nova redação do artigo 443 da CLT, visto que gerou inúmeros questionamentos antes mesmo da sua entrada em vigor. Por outro lado, vislumbra-se que o empregado doméstico que presta serviços por até dois dias na semana não possui vínculo empregatício e, conseqüentemente, é considerado empregado informal. Esses

* Artigo enviado em 31/8/2017 e aceito em 27/10/2017.

** Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogada.

*** Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Faculdade UNA Betim. Professora do curso de pós-graduação em advocacia trabalhista da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Advogada.

trabalhadores autônomos poderão ser, de alguma forma, beneficiados pelo contrato intermitente, visto que lhes garantirá o recolhimento previdenciário e os depósitos do FGTS, além do pagamento das verbas trabalhistas devidas pelo período da prestação dos serviços. Mas o contrato de trabalho intermitente constitui uma forma de precarização do trabalho que, se for utilizada para os empregados domésticos já formalizados como tal, acabará por prejudicar ainda mais suas condições de trabalho que já são precarizadas.

Palavras-chaves: Empregado doméstico. Contrato de trabalho intermitente. Aplicação da alteração da CLT ao empregado doméstico.

INTRODUÇÃO

O empregado doméstico tem seu histórico intimamente relacionado com a escravidão. A evolução dos direitos humanos fundamentais nos últimos anos, que repele o trabalho em condição análoga à de escravo, não foi capaz de igualar o tratamento jurídico conferido ao doméstico, de forma expressa na legislação. Diante desse tratamento legislativo diferenciado, interpretações eivadas de discriminação são realizadas em prejuízo ao doméstico, o que acarreta a sua desvalorização jurídica e social e acaba por torná-lo uma clara demonstração dos vestígios da escravidão na sociedade contemporânea.

Por outro lado, a “Reforma” Trabalhista instituída no Brasil pela Lei n. 13.467/2017 trouxe, em seu bojo, diversas normas que vão afetar diretamente o mundo do trabalho doméstico, na maioria das vezes, para piorar ainda mais as condições de trabalho desse empregado, que é alvo de uma tímida legislação protetora.

Este artigo pretende analisar os impactos da Lei n. 13.467/2017 e da MP n. 808/2017 no trabalho doméstico, abordando os aspectos positivos e negativos do contrato de trabalho intermitente, caso seja aplicado a esse trabalhador. Para isso, inicialmente será

abordada a evolução histórica do tratamento jurídico conferido aos trabalhadores domésticos, demonstrando que a interpretação de seus direitos, na maioria das vezes, era - e ainda é - realizada de forma restritiva, tornando-o um trabalhador discriminado. Em seguida serão feitas algumas considerações sobre o trabalho intermitente que passa a constar no art. 443 da CLT após as inovações trazidas pela “Reforma” Trabalhista. E, por fim, será analisada a possibilidade, ou não, de aplicação das disposições relativas ao trabalho intermitente ao trabalho doméstico.

Ressalte-se, desde já, que a Lei Complementar n. 150 de 2015 prevê expressamente que a Consolidação das Leis do Trabalho pode ser aplicada de forma subsidiária; assim, o que não foi tratado pela Lei do Emprego Doméstico deverá seguir as regras previstas na CLT. Assim, a alteração da CLT a respeito do trabalho intermitente, a princípio, poderia também ser aplicada ao doméstico, tendo em vista que sua lei especial nada dispõe nesse sentido.

Diante disso, o intuito do presente artigo é levar o leitor a uma reflexão sobre a possibilidade e viabilidade jurídica de aplicar as novas regras celetistas sobre o trabalho intermitente ao contrato do empregado doméstico.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO DOMÉSTICO

O trabalho doméstico é imemorial na história da humanidade, pois se fez presente em todas as fases históricas, tanto que a ele são numerosas as referências bíblicas, mitológicas e, igualmente, na antiguidade clássica, são vários os episódios que o retratam.

A título de exemplo, na Bíblia, é retratado que, quando Jesus visitou a casa de uma família, Ele repreendeu uma mulher chamada Marta, em razão de sua ansiedade com os afazeres domésticos. (BÍBLIA, 2002). O texto não menciona se ela exercia o trabalho de forma remunerada, mas é suficiente para demonstrar a existência do trabalho doméstico na cultura daquela época.

É interessante notar que, desde os primórdios da humanidade, o trabalho doméstico está relacionado a situações degradantes e

submissas, como é o caso da posição da mulher perante o seu esposo e do escravo perante o seu senhor. Verifica-se, com isso, que, culturalmente, o doméstico está relacionado a uma classe inferior da sociedade.

Na Roma antiga, a lógica do trabalho escravo permaneceu incólume, mas, nessa fase histórica, a escravidão não era considerada uma forma de exploração ou um caminho para melhor acumulação de riqueza, mas um elemento essencial para a sociedade. Contudo, existia a possibilidade de os escravos se libertarem e começarem a trabalhar de forma livre. Como agradecimento pela sua libertação, os libertos prestavam serviços para os seus antigos donos e repassavam-lhes parte do valor recebido pelos serviços prestados a terceiros. Uma das formas de prestação desses serviços era em âmbito doméstico. (LIMA, 2002).

No âmbito doméstico, apesar de o Direito Romano ser uma fonte essencial para o desenvolvimento da noção de trabalho juridicamente protegido, e ser inegável o avanço da proteção ao trabalhador dessa época, o trabalho doméstico não foi objeto de qualquer regulamentação.

Mais uma vez é possível verificar o tratamento degradante e humilhante que sempre foi conferido ao doméstico. Mesmo tendo início um pensamento protetor dos trabalhadores por parte do Estado, na Roma antiga, o empregado doméstico sequer foi considerado como possível destinatário de qualquer norma de proteção.

No século XVII, havia várias pessoas que faziam serviços domésticos, como aias, despenseiros, amas, amas de leite, amassecas, cozinheiros, secretários, criados, damas de companhia. (MARTINS, 2002).

Após esse período, o trabalho doméstico continuou presente em todos os tipos de sociedade, até a contemporânea, sendo sempre caracterizado pelo trabalho prestado em âmbito doméstico sem finalidade lucrativa por parte do empregador. Contudo, a tutela desse trabalhador, apesar de ter passado por uma certa evolução, não é plenamente eficaz, conforme será demonstrado a seguir.

No Brasil, surpreendentemente, as Ordenações Filipinas de 1603 trouxeram diversas regulamentações para o trabalho doméstico. No início do século XVII, a atividade em torno do lar era preponderante, com as pessoas mais abastadas contando com numerosos séquitos de escudeiros, estribeiros, aias, despenseiros, amas, cozinheiros e não raros secretários e contadores. (PRUNES, 1995).

A atividade pastoril e agrícola era de tal forma unida ao consumo das populosas casas que se tornava difícil avaliar qual era o limite da vida privada e doméstica e da produção de frutos da terra para o comércio. (PRUNES, 1995).

Contudo, aquela minuciosa legislação lusitana não foi observada no Brasil. A extensão do país, as imensas áreas de muitas propriedades, o isolamento das fazendas e das lavouras e, principalmente, a estrutura familiar que traduzia grande dependência e subordinação dos empregados não permitiram qualquer atenção à referida passagem legal. (PRUNES, 1995).

Antes de 1888, o trabalho doméstico no Brasil era exercido preponderantemente por escravos de origem africana. Por essa razão afirma-se que, no Brasil, a origem do trabalho doméstico é nitidamente escravocrata.

Os portugueses traziam os negros africanos de suas colônias na África para utilizar como mão de obra nos engenhos de açúcar e em minas de ouro. Junto com os escravos homens, eram traficadas também escravas mulheres, para serem utilizadas nos trabalhos domésticos, servindo aos senhores que as compravam.

Somente após a abolição da escravatura em 1888 é que começaram as primeiras manifestações do Direito do Trabalho, de forma ainda tímida, com contornos típicos do pensamento hegemônico do liberalismo da época.

Mesmo com a abolição da escravatura, as escravas que exerciam a função doméstica não saíam da casa dos senhores, pois preferiam permanecer como domésticas e ter em troca um lugar para comer e dormir a enfrentar uma sociedade cheia de preconceitos.

Martins (2002, p.2) ressalta que, “[...] com a abolição da escravidão, muitas pessoas que eram escravas continuaram nas fazendas, em troca de local para dormir e comida, porém na condição de empregadas domésticas.”

No decorrer de toda a história do Direito do Trabalho brasileiro, é fácil perceber que o doméstico sempre assumiu uma posição inferiorizada, tendo em vista que nunca foi tutelado pelo legislador e demais operadores do Direito com vistas à sua emancipação.

Prova disso é que nem mesmo a Constituição da República de 1988, considerada a Carta Cidadã, conseguiu romper com o estigma discriminatório que acompanha o doméstico. No artigo 7º, após um extenso rol de direitos sociais, o legislador constituinte cuidou de restringir a aplicabilidade de tais direitos aos domésticos, através do parágrafo único do referido dispositivo, onde são relacionados alguns poucos direitos aplicáveis a esse trabalhador.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 72/2013, muito se falou sobre a igualdade de direitos dos trabalhadores domésticos com os dos demais empregados. Todavia, tal isonomia não ocorreu, mormente após a regulamentação dada à Emenda Constitucional pela Lei Complementar n. 150, de 2015.

Infelizmente a referida Lei Complementar manteve diferenças significativas entre o tratamento jurídico dado ao empregado doméstico em relação aos demais empregados, mantendo o *status* discriminatório que sempre foi dado a esse trabalhador pela legislação brasileira. Mas, ainda assim, a regulamentação dos direitos dessa categoria de trabalhadores representou um avanço na luta pela igualdade de direitos com os dos empregados urbanos.

Com a publicação da Lei n. 13.467/2017, a situação do empregado doméstico novamente é analisada, sob o enfoque da (in)aplicabilidade da referida lei a esse trabalhador. Isso será discutido nos próximos itens.

2 O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

O contrato de trabalho intermitente foi incluído no artigo 443 da Consolidação das Leis do Trabalho pela “Reforma” Trabalhista trazida pela Lei n. 13.467/2017, prevendo a possibilidade de o contrato de trabalho ser caracterizado pela existência de períodos de atividade e períodos de inatividade, sendo que o empregado somente será remunerado pelo período efetivamente trabalhado. Expressamente a lei determina:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

[...]

§ 3º - Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

O contrato de trabalho intermitente não é uma novidade brasileira, pois já existe em outros países como Alemanha, Inglaterra, Portugal, Itália, EUA e outros. Ocorre que, nos países estrangeiros, a legislação que prevê a intermitência da prestação de serviços trouxe, em seu bojo legal, requisitos específicos para a sua aplicação, como pactuação de jornada mínima, compensação pelo tempo à disposição com pagamento de um valor menor e restrição de atividades.

A legislação brasileira apenas trouxe a previsão da utilização do contrato intermitente pelo empregador, exigindo que o contrato seja celebrado por escrito, não sendo válida a forma verbal. Deve ser pactuado previamente o salário-hora que não poderá ser inferior ao valor mínimo ou ao dos que exercem a mesma função. A convocação do empregado tem que se dar com 3 dias de antecedência, tendo o empregado um dia útil para responder, sendo o silêncio considerado recusa. Se o empregado aceitar a prestação de serviço e não comparecer, poderá ser multado. (ALLAN, 2017).

Veja-se o que prevê a lei com a alteração trazida pela Medida Provisória n. 808 de 2017:

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente será celebrado por escrito e registrado na CTPS, ainda que previsto acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva, e conterà: (Redação dada pela Medida Provisória n. 808, de 2017)

I - identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes; (Incluído pela Medida Provisória n. 808, de 2017)

II - valor da hora ou do dia de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno e observado o disposto no § 12; e (Incluído pela Medida Provisória n. 808, de 2017)

III - o local e o prazo para o pagamento da remuneração. (Incluído pela Medida Provisória n. 808, de 2017)

Vólia Bomfim (2017) ensina que:

O *caput* do artigo 452-A da CLT agora deixa clara a necessidade de anotação da CTPS, pois o intermitente é empregado. Foi mantida a necessidade de o contrato ser escrito (formalidade essencial).

Assim, as dúvidas sobre a necessidade de se formalizar o contrato de trabalho na modalidade intermitente foram sanadas pela MP n. 808/2017.

O pagamento do empregado será por serviço prestado; na mesma forma que ocorre com os avulsos, ele terá direito a receber as verbas já incluídos o 13º proporcional, férias mais 1/3, RSR e adicionais legais após a prestação do serviço. O recolhimento de FGTS e INSS do trabalhador intermitente deverá ser feito mensalmente sobre o montante total recebido. E, a cada 12 meses de trabalho, o empregado terá direito a um mês de férias em que não poderá ser convocado para o trabalho.

A intenção do legislador foi que o contrato intermitente regularizasse o trabalho informal, pois a empresa/empregador poderia reconhecer o vínculo empregatício e regulamentar o pagamento das verbas trabalhistas a que o empregado tivesse direito; porém, o valor da remuneração incidiria apenas pelo

período em que efetivamente prestasse serviços.

O contrato de trabalho intermitente gerou uma série de dúvidas que deverão ser levadas em consideração na utilização dessa nova modalidade contratual. A primeira questão a ser levantada diz respeito à habitualidade na prestação do serviço. Se a relação de emprego prevê que, para a sua existência, os elementos fáticos jurídicos (pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade) deverão estar presentes, o fato de ter vínculo empregatício sem que haja uma habitualidade na prestação do serviço quebraria a regra basilar do direito trabalhista. Porém, a nova modalidade traz a possibilidade de, mesmo na intermitência da prestação de serviços, haver o vínculo empregatício e a relação de emprego.

Outro questionamento se faz sobre o período de inatividade e não pagamento do empregado que fica aguardando a existência de demanda para ser convocado para prestar o serviço; nessas circunstâncias, a empresa estaria transferindo para o empregado o risco de sua atividade, quebrando a previsão do princípio da alteridade pelo qual o risco deve ser absorvido pela empresa.

A Medida Provisória 808/2017 sanou a dúvida sobre o valor da remuneração do empregado que não poderá ser inferior ao valor do salário mínimo por hora trabalhada. Mas, nesse tipo de contrato, a remuneração fixa não mais poderá ser aplicada a esse trabalhador, visto que será ela variável. Na prática a hipossuficiência do empregado fará com que ele permaneça vinculado à empresa, o que poderá gerar uma insegurança remuneratória, pois o empregado não saberá quanto ele irá receber por mês, visto que vai depender da demanda para ser convocado, não podendo se planejar financeiramente.

O empregado permanecerá com vínculo com o empregador, pois o horário estará reservado para aquele emprego, dependente da convocação da empresa que deverá ocorrer com 3 dias de antecedência, e o empregado deverá responder com um prazo de 24 horas, sendo o silêncio considerado recusa, o que não descaracterizará a subordinação.

Outro sério questionamento é sobre a aplicação do artigo 4º da CLT, que prevê como serviço efetivo não só o período que o empregado trabalha, mas também aquele em que está à disposição. Como regra, o contrato de trabalho é um contrato de atividade, em que o empregador remunera o tempo à disposição; a relativização trazida pelo contrato intermitente deverá ser analisada com muita cautela pelos tribunais.

Verifica-se, portanto, que, mesmo antes de entrar em vigor, as normas sobre o trabalho intermitente já estão suscitando várias críticas, que devem ser consideradas pelo intérprete da norma quando da sua aplicação. O certo é que o trabalho intermitente foi uma das medidas adotadas pelo legislador para flexibilizar as normas de Direito do Trabalho e acabará, invariavelmente, fragilizando sobremaneira o contrato de emprego e colocando o empregado em situação de vulnerabilidade perante o empregador e toda a sociedade.

3 A REPERCUSSÃO DO TRABALHO INTERMITENTE NO TRABALHO DOMÉSTICO

Não bastassem todos os questionamentos acima apontados, outro que merece destaque está relacionado à possibilidade de aplicação das normas sobre trabalho intermitente ao trabalhador doméstico. Aqui se encontra o cerne da discussão deste trabalho.

No direito brasileiro, para ser caracterizada uma relação de emprego doméstico, é necessária a presença dos seguintes elementos fático-jurídico gerais: trabalho prestado por pessoa física, com pessoalidade, mediante onerosidade e sob subordinação. O último elemento fático-jurídico geral da não eventualidade possui uma conformação especial no caso do doméstico que precisa exercer seu trabalho de forma contínua para ter caracterizada uma relação empregatícia.

A Lei Complementar n. 150/2015, seguindo as mesmas diretrizes da revogada Lei n. 5.859/72, ao traçar os elementos

caracterizadores da relação empregatícia doméstica, substituiu a expressão “não eventual” utilizada pelo artigo 3º da CLT pela expressão “serviços de natureza contínua”. Diante disso, duas correntes doutrinárias adotam posicionamentos divergentes quanto à interpretação dessa legislação especial.

A primeira entende que a diferença das expressões é absolutamente irrelevante. Assim, o conceito de continuidade incorporado pela Lei do Trabalho Doméstico seria idêntico ao conceito clássico de não eventualidade do Direito do Trabalho lançado pelo art. 3º da CLT. Em consequência, a legislação do doméstico - a exemplo da CLT - teria rejeitado a teoria da descontinuidade para conceituar o trabalhador doméstico. (DELGADO, 2017).

O fundamento no qual se baseia tal entendimento é que a palavra “contínua” adotada pela Lei do Doméstico deve ser apreciada em seu contexto histórico, notadamente porque, na época em que a referida lei foi publicada, não foi estendido aos domésticos o direito ao repouso semanal remunerado, o que, de certo modo, justificava a “continuidade” como característica de todo o serviço realizado em favor das famílias.

Antes de lhes ser assegurado o direito ao repouso semanal remunerado pela Constituição de 1988, os domésticos prestavam um serviço realmente “contínuo”, ininterrupto, sem direito a nenhum intervalo intersemanal. Este, na verdade, foi o motivo pelo qual se inseriu no texto da Lei de 1972 a ideia de continuidade e não de eventualidade. (MARTINEZ, 2012).

Uma segunda vertente da mesma posição doutrinária defende que a palavra “contínua” deve ser entendida como uma habitualidade na prestação de serviços, ao contrário daqueles prestados de forma episódica, ocasional, fortuita. Assim, em todo trabalho oferecido de forma programada no tempo, presente está o requisito da continuidade exigido pela Lei dos Empregados Domésticos. Portanto, ainda que o trabalho seja prestado uma única vez por semana, se isso ocorrer de forma habitual, preenchido estará o requisito da continuidade e, conseqüentemente, estará formada

a relação de emprego doméstica.¹

A propósito, a análise se tal requisito está presente na relação de emprego doméstico também pode ser feita considerando a estabilidade que o trabalho do doméstico proporciona para seu empregador. Se o empregador possui a segurança de que toda semana aquele empregado estará prestando os seus serviços em sua residência, significa que o trabalho gera a estabilidade e, portanto, possui o caráter contínuo.

Por outro lado, caso o empregador e até mesmo o empregado não possuam qualquer fixação de dias e horários de prestação de serviços, essa relação não gera uma estabilidade para as partes e, portanto, não pode ser considerada uma atividade contínua.

A segunda corrente doutrinária afirma que o requisito da continuidade adotado pela Lei dos Domésticos não se confunde com o elemento fático-jurídico da não eventualidade trazido pela CLT.

Segundo os defensores dessa tese, a lei não utiliza vocábulos ociosos, e o lançamento da palavra contínua na Lei dos Domésticos, em oposição à palavra “não eventual” da CLT, visou à descaracterização da qualidade de doméstico a todo aquele que, prestando serviços de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, não trabalhasse com continuidade.

Delgado (2017) sustenta que, quando a Lei dos Domésticos, que é posterior à CLT, de 1943, não adota a expressão “natureza não eventual” e elege exatamente a expressão rejeitada pela CLT (natureza contínua), faz claramente uma opção doutrinária, firmando o conceito de trabalhador eventual doméstico em conformidade com a teoria da descontinuidade. Dessa feita, o elemento da não eventualidade na relação de emprego doméstica

¹ DIARISTA - Condição de Empregado Doméstico. O elemento “continuidade” disposto no artigo 1º da Lei n. 5.859/72 não pode ser visto como exigência de que o labor se dê em todos os dias da semana e sim na expectativa existente entre as partes quanto à prestação e contraprestação atinentes no decurso de certo tempo. (SÃO PAULO, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, 000227532.2011.5.02.0461, 3ª Turma, Relatora: Rosana de Almeida Buono, publicação: 19/10/2012.)

deve ser compreendido como efetiva continuidade, por força da ordem jurídica especial regente da categoria.

Nesse viés, a lição de Pamplona Filho e Villatore (2013, p. 31):

Quanto a esse pressuposto, entendemos que o legislador preferiu não repetir a expressão utilizada no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (serviços de natureza não eventual) na caracterização do empregado comum, de forma a não correr o risco de configurar, como doméstico típico, a figura da diarista.

Adotando expressamente a segunda corrente doutrinária, a LC n. 150/2015 dispõe, em seu art. 1º, que só será considerado trabalho doméstico aquele prestado, por mais de duas vezes por semana. Sendo assim, para a legislação brasileira atualmente em vigor, o trabalho prestado por mais de duas vezes na semana já é suficiente para configurar a continuidade exigida para a relação de emprego doméstica.

Na Itália, os empregados domésticos têm sua situação regulamentada pela Lei n. 339, de 1958, que estabelece como requisito para configuração desse tipo de relação empregatícia a prestação de serviço continuado por, pelo menos, quatro horas diárias, aplicando-se o Código Civil aos que trabalham em jornada inferior.

A legislação do Panamá (Lei n. 44, de agosto de 1995), por sua vez, disciplina o trabalho doméstico no título dos contratos especiais e exige que o serviço seja prestado de “forma habitual e contínua”.

A lei do contrato de trabalho da Argentina não diverge dessa orientação, quando considera doméstico quem trabalha “dentro da vida doméstica” de alguém, mais de quatro dias na semana, por mais de quatro horas diárias e por um período não inferior a um mês (Decreto-Lei n. 326/1956, regulamentado pelo Decreto n. 7.979/1956).

Diante de tamanha celeuma, ainda mais tormentosa será a análise da possibilidade de se aplicar o novo instituto do trabalho intermitente à relação de emprego doméstico.

Isso porque esse instituto, conforme acima exposto, acaba gerando uma precarização do trabalho, uma vez que o vínculo do empregado com o empregador fica mais fragilizado. No caso do doméstico, sua legislação já precariza suas condições de trabalho. Todavia, ao se permitir a aplicação do trabalho intermitente a esse trabalhador, certamente um maior número de trabalhadores diaristas, que atualmente não tem qualquer proteção do Direito do Trabalho, pode vir a ter, ao menos, o vínculo de emprego formalizado e os recolhimentos dos depósitos do FGTS e previdenciários assegurados, além das verbas trabalhistas devidas pelo período de trabalho.

O empregado doméstico que trabalha informalmente como diarista por até duas vezes por semana, os trabalhadores folguistas que trabalham apenas nos fins de semana com jornada de 48 horas entre sábado e domingo, motoristas, babás e outros que não possuem vínculo empregatício poderão ter a situação alterada pelo contrato de trabalho intermitente. Assim, se o trabalho intermitente for utilizado para as diaristas que poderão, então, ser consideradas empregadas domésticas, é possível vislumbrar uma aplicação benéfica do contrato intermitente para essa classe especial de trabalhadores.

Todavia, o que se vislumbra para um futuro é a sua pouca utilização no mercado de trabalho doméstico, visto que a Lei Complementar n. 150 de 2015 prevê, em seu artigo 1º, que ao trabalhador doméstico que prestar serviços à pessoa ou família em âmbito residencial, por menos de duas vezes por semana, não se aplica o previsto na legislação do doméstico.

Retirar esses trabalhadores domésticos que prestam serviços de até duas vezes por semana da informalidade não será uma tarefa fácil, visto que o tomador poderá contratá-los sem vínculo, sem pagamentos adicionais, sem reflexos previdenciários e nos depósitos de FGTS, sem onerar efetivamente a renda familiar.

Por outro lado, aqueles trabalhadores que prestam serviços específicos como cuidador de idoso, que, na sua grande maioria,

trabalham 12 x 36, podem ser beneficiados pelo contrato de trabalho intermitente, principalmente se esses empregados estão vinculados a agências de trabalho terceirizado em que a prestação de serviço demanda a existência de necessidade do mercado.

O que não se pode permitir é que empregados domésticos, já formalizados como tal, sofram a aplicação das normas do trabalho intermitente, tendo em vista que, nesse caso, a aplicação será muito prejudicial ao empregado, que só passará a receber salário pelo período efetivamente laborado. Caso isso aconteça, ocorrerá uma precarização ainda maior do trabalho doméstico, o que certamente não encontra azo nos fundamentos do Direito do Trabalho.

Diante dos argumentos acima expostos, dificilmente o contrato de trabalho intermitente será aplicado aos empregados domésticos que possuem vínculo empregatício, por se aplicar a eles a LC n. 150/2015. Mas, os diaristas, que trabalham por até duas vezes por semana, poderiam ser retirados da informalidade com a celebração de contrato intermitente.

CONCLUSÃO

Diante da análise acima, conclui-se, sem o objetivo de esgotar o tema, que a “Reforma” Trabalhista trouxe a nova figura do trabalho intermitente pela Lei n. 13.467/2017 e MP n. 808/2017, que introduziram na Consolidação das Leis do Trabalho, especificamente nos artigos 452 e 452-A até H, a nova figura de trabalho que ainda não existia no Brasil. Conforme analisado, a prestação de serviços não será contínua, ocorrendo alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador.

O contrato de trabalho intermitente possibilita aplicar ao empregado um contrato de trabalho que não possui o caráter da não eventualidade, podendo alterar os seus períodos de trabalho, sendo comunicado pelo empregador com antecedência sobre os períodos nos quais deverá se apresentar para trabalhar.

O empregado doméstico possui previsão específica em sua legislação especial, LC n. 150/2015, prevendo que só será considerado empregado aquele que trabalhar mais de duas vezes por semana, sendo a continuidade um requisito específico desse tipo de relação empregatícia. Portanto, a essa figura que possui contrato de trabalho formalizado não deve ser aplicada a nova modalidade, que é ainda mais precária que o que prescreve a legislação específica do doméstico.

Porém, como o trabalhador que presta serviços ao tomador doméstico por até duas vezes na semana não está abarcado pelo Direito do Trabalho, e a ele nem se aplicam as disposições da LC n. 150/2015, sendo considerado um trabalhador autônomo, poderia ser aplicada a nova modalidade de contrato de trabalho. Sem dúvida alguma, o contrato de trabalho intermitente traria benefícios aos diaristas, visto que poderiam sair da informalidade e, possivelmente, seria estendida a proteção do Direito do Trabalho a esses trabalhadores que ainda não possuem sequer as garantias mínimas que os empregados domésticos têm.

Assim, ainda será necessária muita discussão sobre o tema, mas é sempre importante lembrar que, caso sejam aplicadas as disposições do trabalho intermitente aos empregados domésticos, deve-se buscar melhorar as condições do trabalhador, e nunca o contrário, conforme prescreve o princípio da condição mais benéfica.

ABSTRACT

The purpose of this article is to question the application of the new modality of intermittent labor contract brought about by the amendment of the Consolidation of Labor Laws by Law n. 13.467 and 2017 and MP 808/2017 in the contract of employment of domestic servants. Several critics are being made to the new wording of article 443 of the CLT, since it generated many questions before its entry into force. On the other hand, it is clear that the domestic servant

who provides services for up to two days a week does not have an employment relationship and, consequently, is considered an informal employee. These self-employed workers may be otherwise benefited by the intermittent contract, the pension and land payment, in addition to the payment of labor sums due for the period of service rendering. But the intermittent employment contract is a form of precarious work which, if used for the domestic workers already formalized as such, will end up further hampering their already precarious working conditions.

Keywords: *Domestic employee. Intermittent work contract. Application of the CLT change to domestic worker.*

REFERÊNCIAS

- ALLAN, Nasser Ahmad. A reforma trabalhista: contratos de emprego precários e organização sindical. *Reforma trabalhista e retrocesso social: breves comentários sobre a Lei 13.467/2017*. Belo Horizonte, p. 26-32, agosto 2017.
- *BÍBLIA*, tradução ecumênica. Lucas, 10:38-42. São Paulo: Paulinas, 2002.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Reforma trabalhista - comentários à medida provisória 808 de 14/11/17*. 2017. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/reforma-trabalhista-comentarios-a-medida-provisoria-808-de-141117>>. Acesso em: 03 fev. 2018.
- DELGADO. Mauricio Godinho. A reforma trabalhista apresenta dezenas de regras desfavoráveis à parte mais fraca na relação empregatícia. *Pela Ordem*. Belo Horizonte. Ano II, Edição 4, p. 3-5, julho/agosto, 2017.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1987.
- LIMA, M. E. B. de et al. (Org.). *Um debate crítico a partir do feminismo: reestruturação produtiva, reprodução e gênero*. São Paulo: CUT, 2002.

- LOPES, Fernanda Ravazzano Azevedo. (2009). *O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressocialização: a resposta garantista à manipulação da linguagem*. Bahia. 244 f. (Dissertação de Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia. Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Bahia, 2009. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde_arquivos/17/TDE-2010-05-24T064553Z-1652/Publico/FRavazzano%20seg.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2012.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual do trabalho doméstico*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Passos para a ratificação da convenção n. 189 sobre as trabalhadoras e os trabalhadores domésticos*. Notas OIT - O Trabalho Doméstico na América Latina e Caribe. 2011. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topicgender/pub/notas_oit_%208_797.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2012.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILATTORE, Marco Antônio César. *Direito do trabalho doméstico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- PRUNES, José Luiz Ferreira. *Contrato de trabalho doméstico e trabalho a domicílio*. São Paulo: Juruá, 1995.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008. vol. II.

REFORMA TRABALHISTA E
HORAS *IN ITINERE*:
FLEXIBILIZAÇÃO OU
RETROCESSO LEGAL?*

LABOR REFORM AND HOURS
*IN ITINERE: FLEXIBILIZATION OR
LEGAL KICKBACK?*

Jéssica Borchardt da Silva de Lima**

Ana Lara Tondo***

RESUMO

Este trabalho tem por escopo abordar a temática das horas *in itinere* no âmbito jurídico pátrio, especificamente a ofensa ao ordenamento jurídico resultante de sua supressão. Para tanto, utilizou-se de metodologia dedutiva por meio de pesquisa bibliográfica, a partir de consultas em leis, obras publicadas, artigos, dissertações e ementários. A análise da temática se faz importante e atual ante o advento da reforma trabalhista, a qual altera

* Artigo enviado em 31/8/2017e aceito em 26/12/2017.

** Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá, em parceria tecnológica com o Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Bacharela em Direito pelo Instituto Cenequista de Ensino Superior de Santo Ângelo (CNEC Santo Ângelo). Advogada. Contato: jessicaborchartt@gmail.com.

*** Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI). Bacharela em Direito pelo Instituto Cenequista de Ensino Superior de Santo Ângelo (CNEC Santo Ângelo). Advogada. Contato: aana.tondo@gmail.com.

significativamente todo o aparato jurisprudencial e legislativo até então construído em volta do instituto. Abordar-se-á ao longo do trabalho um estudo sobre o conceito e a abrangência das horas *in itinere* no campo doutrinário, legislativo e da jurisprudência, identificando a ruptura de todo o consolidado pela reforma, de modo crítico e analítico.

Palavras-chave: Horas *in itinere*. Reforma Trabalhista. Consolidação das Leis do Trabalho. Flexibilização. Retrocesso.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O trabalhador, parte hipossuficiente da relação empregatícia, constantemente se depara com obstáculos para a plena efetivação do seu direito ao trabalho, direito este previsto na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 23) e na Constituição Federal da República Federativa do Brasil (art. 6º). Dentre essas dificuldades, uma que assola a maioria da população diz respeito ao transporte coletivo, especialmente no que condiz à precária condição desse serviço. A isso, acresce-se o desconhecimento, por parte do trabalhador, a respeito dos seus direitos garantidos.

O problema do transporte pode acarretar atrasos no horário de chegada ao trabalho, prejuízos ao expediente e à própria qualidade de vida do trabalhador.

Pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, que ficou conhecido como Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - anterior, portanto, à Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, que veio alterar aquela Consolidação de 1943 -, quando uma empresa se localiza em local de difícil acesso e não servido por transporte público regular, ela deve proporcionar uma forma de locomoção. Caso não haja como utilizar transporte público até a empresa, o período que o trabalhador gasta em transporte fornecido pela empresa deve ser considerado como horas à disposição do empregador, sendo, dessa forma, remunerado como trabalho efetivo (art. 4º

da CLT) desde o momento em que o empregado ingressa no transporte fornecido pela empresa. A partir desse momento, então, inicia-se a contabilização de horas de expediente, até o momento em que se alcança o limite legal de oito horas de prestação diária, devendo-se pagar normalmente as horas extras que ultrapassem esse limite, permitindo-se, inclusive, negociação coletiva (incisos XIII e XVI do art. 7º da CF e art. 59 da CLT). Esse período que o empregado está à disposição do empregador dentro do transporte por este fornecido é conhecido pelo termo, em latim, *in itinere*, que pode ser entendido como horas na estrada ou itinerário.

Com a sobrevinda da famigerada Reforma Trabalhista, proposta no ano de 2016 pelo governo do presidente Michel Temer (PMDB), largamente criticada por ignorar a pressão popular, que representou a adoção de medidas de austeridade de um plano neoliberal, as horas *in itinere* foram extintas do ordenamento jurídico pátrio, o que representa um retrocesso no que condiz ao tratamento social do trabalhador.

Dessa forma, considerando a posição social do empregado brasileiro, o presente artigo tem por problema de pesquisa analisar a Reforma Trabalhista sob o escopo das horas *in itinere*, buscando desvendar os reflexos que recairão sobre o trabalhador a partir das mudanças aprovadas. Para tanto, a metodologia que alicerçará o trabalho é a pesquisa bibliográfica, pelo método dedutivo, com pesquisa a leis, obras publicadas, artigos, dissertações e ementários disponíveis.

A partir dessas premissas, a hipótese apresentada diz respeito a um inevitável retrocesso, que ignora a vedação ao retrocesso legal, pois, ao invés de se buscar a melhoria social do trabalhador, o Estado brasileiro permitirá a vulneração de um direito que era pertencente ao ordenamento jurídico pátrio, sem que haja qualquer compensação.

Assim sendo, divide-se este texto em três capítulos: inicialmente, faz-se uma análise sobre o próprio conceito e instituto das horas *in itinere*, buscando sua origem no ordenamento jurídico

brasileiro. Posteriormente, o segundo capítulo se debruça sobre as possibilidades de negociações e acordos coletivos sobre direitos trabalhistas, destacando sua limitação e proteção ao instituto em análise. Finalmente, no terceiro capítulo, partindo das disposições contidas na Reforma Trabalhista, que entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017, o que se pretende é analisar a posição das horas *in itinere* e como essas alterações poderão representar um retrocesso legal e um ataque direto ao trabalhador.

I DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DAS HORAS *IN ITINERE*

O nascedouro do conceito de horas *in itinere* decorre de construção jurisprudencial, a partir da ampliação e interpretação do texto do art. 4º da CLT de 1943, que estabelece como regra geral ser tempo de efetivo serviço o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens. A partir de uma releitura desse conceito, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) criou um critério particularizado de tempo de deslocamento incluído no tempo à disposição, o que se verifica nas horas *in itinere*.

A jurisprudência da referida Corte consolidou-se no Enunciado n. 90 do TST, que se firmou no sentido de que o tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público é computável na jornada de trabalho. Esse verbete foi estabelecido em 1978 e era inicialmente a redação oficial da Súmula n. 90.

Os requisitos essenciais para a configuração das horas de trajeto são, então, a existência de local de trabalho de difícil acesso, pelo qual não passam meios de locomoção alternativos ao empregado, de modo que se faz necessária à atividade empregatícia o fornecimento de condução a seu encargo visando ao desenvolvimento regular do serviço.

Não se exige que a localidade de difícil acesso seja estritamente rural, ou longínqua nas áreas urbanas, mas, sim, o

critério é que, ao menos, não haja o fornecimento de transporte público para o local, muito embora se reconheça que o preenchimento desse requisito tende a se configurar predominantemente no meio rural. A própria origem da criação das horas *in itinere* se deu através de julgamentos relativos a casos de trabalhos em meio rural, de cortes de madeira, mato ou plantio, em que as localidades das atividades são muito distantes das residências dos trabalhadores.

Acerca disso, cabe salientar que, para aferir o local de difícil acesso, devem ser considerados apenas a localização da empresa e o local da prestação de serviço - independentemente se onde reside o obreiro é longínquo - visto que, se o acesso à empresa não oferece dificuldades, não há o direito ao cômputo das horas *in itinere*.

Nos primeiros julgados, que firmaram os precedentes da Súmula, fixou-se o entendimento de que a condução para lugares remotos é imprescindível à própria execução do serviço, não dispondo os trabalhadores de outros meios de transporte, razão pela qual é no interesse do negócio, do empregador, que se fornece a condução, estando os trabalhadores à disposição do empregador nesse tempo (BRASIL, 1977).

Assim, embora efetivamente não consubstanciem horas de prestação de serviços, constituem tempo à disposição do empregador, haja vista que, em primeiro lugar, o empregado pode vir a ser punido caso cometa alguma falta contratual nesse período e, segundo, sendo o local de trabalho de difícil acesso, tornar-se-ia praticamente impossível aos empregados desempenhar suas tarefas sem o fornecimento da condução pelo empregador. Destaca-se que, nesses casos, o suprimento de meio de deslocamento por conta do empregador está voltado ao interesse do serviço, de modo que se computa na jornada de trabalho todo o tempo despendido no trajeto, desde o momento que toma o veículo até a chegada no estabelecimento, tanto na ida quanto na volta.

Com o avanço da jurisprudência, em 1993, foram publicadas as Súmulas n. 324 e 325, que hoje são os itens III e IV da Súmula n. 90, respectivamente. A “ex-Súmula” n. 324 ditava que: “A mera

insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas *in itinere*.” Isso se deve ao fato de que o principal critério para ensejar o pagamento das horas de trajeto é que o local não seja servido por transporte público, de modo que a simples existência deste é motivo suficiente para o tempo gasto no trajeto não ser computado na jornada de trabalho. Ora, não se pode atribuir ao empregador a responsabilidade pela má prestação de serviços públicos, sob pena de onerar indevidamente o setor empresarial.

No mesmo sentido, a também “ex-Súmula” n. 325 discorria que:

Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas *in itinere* remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público.

Assim como estabelecido na Súmula n. 324, se existe transporte público, não há que se falar em horas itinerárias, pois ausente o preenchimento de um de seus requisitos essenciais. Nesses casos, o trajeto em que o empregador fornece condução passa a ser típica benesse conferida aos trabalhadores, proporcionando-lhes menor gasto com tempo e dinheiro com o transporte público, ou seja, passa a ser uma opção vantajosa aos trabalhadores, e não uma necessidade do serviço, de modo que não se configura tempo à disposição.

Em 1995, com o advento da Orientação Jurisprudencial (OJ) n. 50 no bojo da Súmula n. 90, passando a compor o item II, passou-se a compreender que: “A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas *in itinere*.” Nesse postulado, a jurisprudência assegurou a equiparação da incompatibilidade de horários entre o transporte público e a jornada de trabalho como local de serviço de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, pois a incompatibilidade equivale à impossibilidade fática do obreiro de se utilizar do meio público para deslocamento, sendo o providenciamento de condução pelo empregador tomado em seu interesse.

O último verbete inserido na Súmula n. 90 se deu em 2001, com a inclusão do item V, pela redação da ex-OJ n. 236 da SBDI-1, em que foi dado um grande avanço, esclarecendo-se que: “Considerando que as horas *in itinere* são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo.” A fixação de tal orientação decorre da lógica de que as horas *in itinere* fazem parte do tempo em que o trabalhador está à disposição do empregador; desse modo somam-se a todos os períodos que fazem parte do tempo à disposição, mormente o tempo efetivamente trabalhado. Assim, tendo em vista a disposição constitucional que determina o pagamento de horas extras à jornada comumente exercida, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal (artigo 7º, inciso XVI), se, somado às horas trabalhadas, o tempo despendido no deslocamento ultrapassar a jornada normal, serão as horas *in itinere* devidas como extras.

Conclui-se, pois, que, possuindo as horas *in itinere*, inegavelmente, a natureza jurídica de parcela salarial, resulta incontestemente a incidência do adicional de hora extra quando a sua prestação ocorrer em jornada suplementar.

Aliás, esse é o entendimento adotado pela atual Constituição Federal que, em seu artigo 7º, inciso XVI, ratificando preceito já insculpido no § 1º do artigo 59 da CLT, estabelece que a todo trabalho prestado em jornada extraordinária reputa-se devido o pagamento do respectivo adicional. (BRASIL, 2000, s.p.).

Finalmente, houve a elevação do conceito a *status* legislativo, de norma cogente, pela Lei n. 10.243, de 19/6/01, que acrescentou ao art. 58 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o § 2º, no qual é previsto que:

O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.

A despeito de já existir firme jurisprudência, faltava ao instituto o caráter de obrigatoriedade, próprio das leis, de observância estrita em todo o país. Além disso, a legislação confere objetividade, certeza à temática. Explicitamente no inciso II do art. 5º da Constituição da República de 1988, o qual dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, está consagrado o princípio da legalidade, do qual decorrem os limites da autonomia de vontade, pois é na legalidade que cada cidadão encontra o fundamento de suas prerrogativas, bem como de seus deveres. Ou seja, no ordenamento jurídico pátrio, ainda prevalece a ideia de que só se pode pensar em direitos e obrigações mediante previsão legal, em virtude do sistema *civil law*.

Após a normatização do instituto, em 2003, veio à tona mais um verbete sumular acerca das horas *in itinere*, consubstanciado na Súmula n. 320 do TST, asseverando que:

O fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular, não afasta o direito à percepção das horas *in itinere*.

Logo, a cobrança pelo meio de condução prestado pelo empregador não afasta o pagamento das horas de trajeto. A onerosidade não se traduz, assim, em fato impeditivo do recebimento pelas horas itinerárias, visto que não se amolda no conceito de salário *in natura*, tem caráter puramente salarial na sua acepção do termo.

Ademais, também estabelece a jurisprudência do TST¹ que o período gasto pelo empregado na espera pelo transporte ao final da jornada deve ser incluído no total das horas consideradas como tempo à disposição do empregador. Nessa senda, o TRT da 18ª Região adotou a presente Súmula:

¹ Informativo n. 80 TST, TST-E-RR-96-81.2012.5.18.0191, SBDI-I, rel. Min. Alexandre Agra Belmonte, 24/4/2014.

Súmula n. 17 do TRT da 18ª Região

Tempo à disposição. Período em que o obreiro espera pelo transporte fornecido pelo empregador.

O tempo de espera ao final da jornada é considerado à disposição, se o trabalhador depende, exclusivamente, do transporte fornecido pelo empregador.

Outro ponto importante, fruto de produção jurisprudencial acerca do tema, diz respeito ao reconhecimento do direito ao pagamento das horas *in itinere* pelo tempo despendido entre o deslocamento da portaria até o local de trabalho, desde que supere o limite de dez minutos diários, conforme prevê a Súmula n. 429 do TST.²

Nesse mesmo sentido, a CLT já previa o direito para os empregados de minas de subsolo:

Art. 294 - O tempo despendido pelo empregado da boca da mina ao local do trabalho e vice-versa será computado para o efeito de pagamento do salário.

A fixação de entendimento pela jurisprudência do Colendo TST sobre as horas *in itinere* se deu gradativamente, desde 1978, com a consolidação da tese principal de que as horas despendidas até o local de difícil acesso, com condução fornecida pelo empregador, caracterizam tempo à disposição e, por isso, integram a jornada; até os anos 2000, houve o aprimoramento no decorrer dos anos da solidificação de questões que geravam conflitos em volta do tema e sua normatização.

Assim sendo, considerando que o fornecimento do transporte pelo empregador para levar os trabalhadores até o local de trabalho, quando não existe outro meio de locomoção pública, é

² Súmula n. 429 do TST. Jornada de trabalho. Tempo à disposição do empregador. Período de deslocamento entre a portaria e o local de trabalho. CLT/1943, arts. 4º e 58. Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT/1943, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários.

condição fundamental para o desenvolvimento regular do serviço, visto ser o único meio de acesso ao local de trabalho, há a fixação da jurisprudência e a inserção legislativa acerca das horas *in itinere* - haja vista que fazem parte do tempo à disposição do empregador - e, como tal, devem estar inseridas na jornada de trabalho, com o devido pagamento correspondente.

Logo, o benefício veio a calhar aos empregadores, que podem controlar a devida assiduidade ao emprego, com diminuição de faltas e atrasos em decorrência de problemas com o transporte público, bem como atender aos anseios do setor laboral.

Esse cenário foi o que perdurou nas relações trabalhistas até, pelo menos, 11 de novembro de 2017, quando entrou em vigor a reforma trabalhista, que trouxe inovações maléficas sobre o assunto. Contudo, antes mesmo da reforma, o contexto das horas *in itinere* não era impermeável, pois já se permitia a negociação coletiva para alterar pontos significativos, como se verá.

II DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO EM RELAÇÃO ÀS HORAS *IN ITINERE*

Em 23 de dezembro de 2016, sob a presidência de Michel Temer (PMDB), foi apresentado o polêmico Projeto de Lei (PL) n. 6.787, cujo objeto foi a alteração da CLT, sob a justificativa de modernizar as leis trabalhistas, a partir de medidas de austeridade que representaram a retomada da agenda neoliberal dos anos 1990. (SANTOS, 2016).

O principal ponto debatido com o advento da reforma trabalhista é a possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado em diversos pontos da relação trabalhista. Quanto às horas *in itinere*, muito antes da reforma, já existiam instrumentos coletivos regulamentando o tema. O instituto da negociação coletiva quanto à matéria passou por diversas etapas, primeiramente com mais liberdade, em outro momento com um estreitamento significativo da autonomia negocial, conforme entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e Tribunais Regionais do

Trabalho (TRTs) e, por fim, com a solidificação da temática pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A possibilidade de os sindicatos estabelecerem normas para reger a relação de trabalho entre os integrantes da sua categoria tem por escopo o princípio da autonomia sindical, o qual sustenta a garantia de autogestão às organizações associativas e sindicais dos trabalhadores, sem interferências empresariais ou do Estado. Trata ele, portanto, da livre estruturação interna do sindicato, sua livre atuação externa, sua sustentação econômico-financeira e sua desvinculação de controles administrativos estatais ou em face do empregador.

A autonomia sindical não é ilimitada. Ainda há traços do sistema corporativista da Era Vargas, tais como a contribuição sindical compulsória (eliminada com a reforma trabalhista) e unicidade sindical. Contudo, a Constituição da República de 1988, em seu art. 7º, inciso XXVI, alçou os instrumentos coletivos em nível constitucional, prestigiando e valorizando a negociação coletiva, de modo a favorecer a autonomia sindical e permitir a flexibilização do direito trabalhista.

Até a edição da Lei n. 10.243/2001, a liberdade negocial dos sindicatos era muito acentuada, podendo pactuar livremente acerca das horas *in itinere*, justamente ante a ausência de regulação própria do instituto na legislação, a qual, até então, dava-se por meio dos verbetes sumulares. Após, quando se acrescentou ao art. 58 da CLT o § 2º, criou-se um limite legal para as negociatas, consubstanciado na impossibilidade da supressão do direito, tendo em vista que o direito passou a ser protegido por norma legal de caráter cogente.

A partir dessa visão, o TST começou a encaminhar um entendimento no sentido de que o reconhecimento constitucional das convenções e acordos coletivos de trabalho não autoriza que, por meio desses instrumentos, seja promovida a supressão de direitos e garantias legalmente assegurados. Nesse sentido, segue ementa de julgamento de recurso de revista exarado pelo Rel. Min. Alberto Bresciani:

RECURSO DE REVISTA. 1. HORAS *IN ITINERE* - NEGOCIAÇÃO COLETIVA - SUPRESSÃO DE DIREITO. INVALIDADE. 1.1. Não há dúvidas de que o art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal chancela a relevância que o Direito do Trabalho empresta à negociação coletiva sempre válida e eficaz enquanto não rompidas as fronteiras nas quais se deve conter. 1.2. Até a edição da Lei n. 10.243/2001, o conceito de horas *in itinere* decorria de construção jurisprudencial, extraída do art. 4º da CLT, não havendo, à época, preceito legal que, expressamente, normatizasse o instituto. Estavam os atores sociais, em tal conjuntura, livres para a negociação coletiva em torno da matéria, possibilidade inúmeras vezes reiterada por esta Corte. 1.3. Modificou-se a situação com o diploma legal referido, quando acresceu ao art. 58 da CLT o § 2º, vetor pelo qual a matéria alcançou tessitura legal, incluindo-se a remuneração das horas *in itinere* entre as garantias mínimas asseguradas aos trabalhadores. 1.4. Ante o comando do art. 9º consolidado, afirma-se a impossibilidade de se ajustar, em negociação coletiva, a ausência de remuneração do período gasto em trajeto, embora possível a sua quantificação. Naquele primeiro caso, estar-se-ia negando a vigência, eficácia e efetividade de norma instituída pelo Poder Legislativo, competente para tanto, e ofender-se-ia o limite constitucionalmente oferecido pelo art. 7º, VI, da Carta Magna, que, admitindo a redução de salário, não tolerará a sua supressão. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, 2010, s.p.).

Portanto, a jurisprudência acabou por reconhecer a validade de acordos entre os empregados e empregadores, por intermédio de convenções e acordos coletivos de trabalho, sob pena de violação do disposto no inciso XXVI do art. 7º da Constituição da República, com base na flexibilização do Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada. Essa negociação não pode ser feita de maneira ilimitada, não podendo implicar a supressão do direito e devendo observar a proporcionalidade e a razoabilidade.

Tal entendimento calcou-se no postulado trazido pelo art. 444 da CLT, no sentido de que:

As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Logo, mesmo antes da Lei n. 10.243/2001, a CLT já dispunha

de vedação às negociações coletivas que ofendessem as disposições de proteção ao trabalho, em razão da primazia da lei sobre a negociação coletiva, inserida no art. 9º da CLT, e do princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas.

A consolidação do entendimento do TST acerca do tema se deu na sessão do dia 11/12/2015, julgando o Incidente de Uniformização de Jurisprudência de n. 0000220-83.2015.5.06.0000, suscitado nos autos do Processo n. 0001571-25.2013.5.06.0271, em que o Plenário, por maioria, adotou a seguinte tese jurídica, que considera

[...] inválida cláusula de instrumento coletivo que exclui o direito às horas *in itinere*, ainda que mediante a concessão de outras vantagens aos trabalhadores, sob pena de violação ao art. 58, § 2º, da CLT, uniformizando-se o entendimento, já consagrado pelo Colendo TST, no sentido de que se situa na margem aberta à negociação coletiva a abstrata estimativa do tempo médio pré-agendado, sabendo-se que esse tempo não leva em conta situações individualizadas, mas o conjunto da dinâmica das empresas envolvidas, com inúmeras e variadas distâncias existentes ao longo dos pontos de acesso e frentes de trabalho, sempre invocando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na definição do número fixo de horas a serem pagas, com o fim de não desbordar para a supressão do direito do empregado. (TST - RR: 108659420135060241, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 2/8/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 4/8/2017, s.p.)

A premissa exarada pelo TST foi no sentido de que as negociações coletivas merecem prestígio, uma vez que insculpidas na Constituição Federal. Todavia, a negociação não detém liberdade plena, não podendo suprimir direitos legalmente assegurados, o que ofenderia princípios e dispositivos constitucionais, de modo que, estando presente a supressão do direito às horas *in itinere*, a negociação coletiva deve ser declarada nula. Ainda, decidiu sobre a necessidade de respeito à proporcionalidade, aceitando como válida a cláusula de norma coletiva que fixa previamente o número de horas *in itinere* somente desde que não haja flagrante disparidade entre o tempo acordado e o período efetivamente gasto no trajeto (BRASIL, 2015).

Na mesma linha, a fim de coibir a renúncia a direitos trabalhistas, estabelecem as súmulas dos TRTs da 3ª, 6ª e 19ª Regiões:

Súmula n. 41 do TRT da 3ª Região
HORAS *IN ITINERE* - NORMA COLETIVA.

I - Não é válida a supressão total do direito às horas *in itinere* pela norma coletiva.

II - A limitação desse direito é válida, desde que a fixação do tempo de transporte não seja inferior à metade daquele despendido nos percursos de ida e volta para o trabalho.

Súmula n. 15 do TRT da 6ª Região
HORAS DE PERCURSO. SUPRESSÃO MEDIANTE NORMA COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

É inválida a cláusula de instrumento coletivo que suprime direito à remuneração das horas de percurso (artigo 58, § 2º, da CLT).

Súmula n. 5 do TRT da 19ª Região
HORAS *IN ITINERE*. PREFIXAÇÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE.

É válida a cláusula de convenção ou acordo coletivo de trabalho que fixa previamente e com razoabilidade a duração das horas *in itinere*, pois isso não implica supressão de direitos do trabalhador, como deflui do art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, que privilegia a negociação coletiva.

Por meio da Lei Complementar n. 123, de 2006, o § 3º do art. 58 da CLT trouxe a previsão de possibilidade destinada às microempresas e empresas de pequeno porte, permitindo a fixação, por meio de acordo ou convenção coletiva, do tempo médio despendido pelo empregado, bem como da forma e da natureza da remuneração.

Esse dispositivo - recentemente revogado pela reforma - somente permitia validamente a fixação do tempo médio despendido, visto que o TST decidiu no sentido de ser inválida a cláusula que retira a natureza salarial das horas *in itinere*, de modo que as normas coletivas não podem transformá-las em parcelas indenizatórias.³

³ Informativo n. 51 do TST (TST-E-RR-414600-67.2009.5.09.0325, SBDI-I, rel. Min. João Oreste Dalazen, 13/6/2013.)

Aliás, o TST entende que “[...] é inválido instrumento coletivo que exclui o direito às horas *in itinere*, ainda que mediante a concessão de outras vantagens aos trabalhadores”, em razão de que o direito vem previsto em norma de ordem pública, de caráter cogente. (BRASIL, 2014, s.p.).

Todavia, a despeito do entendimento consolidado do TST, o STF decidiu de maneira diversa, notadamente em virtude da decisão proferida pelo Min. Teori Zavascki, no RE n. 895.759, em setembro de 2016, que entendeu ser válido acordo coletivo de trabalho que suprime o pagamento das horas *in itinere*, desde que concedidas outras vantagens compensatórias, como fornecimento de cesta básica, seguro de vida e acidentes para além do obrigatório, abono anual, salário-família além do estabelecido em lei. No julgamento, restaram conjugados os seguintes balizamentos:

a) reconhecimento constitucional da validade dos acordos e convenções coletivas como instrumentos “de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas”; b) percepção de que, no âmbito do direito coletivo, não se vislumbra a assimetria existente na relação individual de trabalho; c) a constatação da existência de outras vantagens compensatórias em face da supressão ao pagamento das horas *in itinere*; d) inexistência de questionamentos acerca da validade da votação da Assembleia Geral, fazendo-se presumir “legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical.” (BRASIL, 2017, s.p.).

Apesar da tese fixada pelo STF, a sua aplicação não é absoluta. Cabe ao aplicador do direito analisar o caso concreto de modo a identificar a possibilidade ou não de sua aplicação, considerando todo o contexto em que a negociação está inserida, conforme asseverado pelo Tribunal Pleno do TST, em julgado de relatoria do Min. Augusto César Leite de Carvalho, que compôs o informativo TST n. 145, de setembro de 2016:

A autonomia privada não é absoluta, de modo que as normas coletivas devem se amoldar ao princípio da dignidade da pessoa humana, não se admitindo a prevalência de cláusulas indiferentes ao bem-estar do trabalhador, à sua saúde e ao pleno desenvolvimento de sua personalidade

a pretexto de viabilizar ou favorecer a atividade econômica. De outra sorte, os precedentes do STF, em especial o RE 895759/PE e o RE 590415/SC, não comportam leitura e classificação puramente esquemáticas, sem a minuciosa análise dos fragmentos da realidade factual ou jurídica, razão pela qual há sempre a possibilidade de se suscitar elemento de distinção (*distinguishing*). (BRASIL, 2016, s.p.).

O princípio da adequação setorial negociada estabelece limites à negociação coletiva e impede a precarização das relações de trabalho. Para que as transações perpetradas pela autonomia privada sejam válidas, elas não podem negligenciar os preceitos constitucionais e os direitos sociais. Logo, não se pode perder de vista os direitos do trabalho minimamente assegurados legalmente, de modo que a aplicação de uma norma coletiva depende de sua análise sistemática, do todo em que está inserida.

Nesse ponto, há de se ter em mente o princípio do conglobamento, segundo o qual, ao se interpretar o instrumento coletivo firmado pela transação das partes, deve-se atentar ao fato de que, para obter certas vantagens, a classe trabalhadora negocia outras. A doutrina e a jurisprudência têm acolhido a teoria do conglobamento, por guarida ao princípio da autodeterminação coletiva. Assim, podem ser pactuadas em convenções e acordos coletivos de trabalho cláusulas aparentemente desfavoráveis aos trabalhadores, ao lado de outras que estipulem benefícios nem sempre protegidos pelas normas positivas, sem que o resultado global da avença coletiva seja considerado necessariamente prejudicial, afastando-se, assim, a ocorrência de qualquer nulidade.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento (1977, p. 235),

[...] a teoria da incindibilidade ou conglobamento preconiza que as normas devem ser consideradas em seu conjunto, sendo certo que não deve haver a cisão do instrumento que contém as normas aplicáveis.

Deverá, portanto, segundo essa teoria, haver a consideração global ou do conjunto das normas aplicáveis.

Assim, pela técnica do *distinguishing* em cumulação à aplicação do conglobamento, é possível identificar a norma mais favorável

aplicada ao caso concreto, levando em conta que a negociação coletiva deve ser instrumento de melhoria das condições de trabalho e, também, das condições de vida dos trabalhadores, razão pela qual se atribui a prevalência das normas coletivas sobre as normas individuais.

Dito isso, verifica-se que o entendimento no âmbito do Poder Judiciário oscila bastante no tocante aos limites da negociação coletiva sobre as horas itinerárias. Sabido é que, a partir das teses introduzidas pelo STF, os TRTs tenderão a seguir o entendimento, cabendo a cada operador do direito a tarefa de interpretar os normativos coletivos almejando a prevalência da norma mais favorável ao trabalhador.

III DAS IMPLICAÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA SOBRE AS HORAS *IN ITINERE* E DA SUA (IN)VALIDADE

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, intitulada “Reforma Trabalhista”, veio para alterar a Consolidação das Leis do Trabalho, de maio de 1943, com o intuito de adequar a legislação às novas relações de trabalho e com a promessa de ser uma solução para a melhoria dos direitos dos trabalhadores e para o aumento dos postos de trabalho. Todavia, ao analisar o texto da lei, revela-se que a medida importa em retrocesso social e supressão de direitos arduamente conquistados pelo setor laboral.

Considerando a *vacatio legis* de 120 dias da publicação, com a entrada em vigor da nova lei, em 11 de novembro de 2017, deixaram de existir, no mundo jurídico, inúmeros institutos que foram criados como mecanismos de proteção ao trabalhador, dentre eles o da própria hora *in itinere*.

A redação do § 2º do artigo 58 da CLT, de 1943, incluída pela Lei n. 10.243/2001, assim prevê:

Art. 58 [...]

§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.

Com a reforma, o texto adotou a seguinte forma:

Art. 58 [...]

§ 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, NÃO SERÁ COMPUTADO NA JORNADA DE TRABALHO, POR NÃO SER TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. (destaques nossos)

Pelo novo texto, verifica-se que a matriz básica em que se fundou a criação das horas *in itinere*, pelo entendimento de que seriam computáveis na jornada por serem tempo à disposição do empregador, passou a ser o fundamento pelo qual as horas de trajeto deixaram de existir, expurgando do mundo jurídico toda a construção jurisprudencial e doutrinária que elevou as horas *in itinere* à consagração legislativa.

Também a reforma revogou o § 3º do art. 58 que previa permissivo legal às negociações coletivas quanto à fixação do tempo médio das horas itinerárias pelas microempresas e empresas de pequeno porte, já comentado anteriormente. Todavia, nesse ponto, acredita-se que não haverá mudança substancial, considerando a redação trazida pelo novo artigo 611-A, em seu inciso I, que dispõe sobre a prevalência de convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho sobre a lei, quando dispuserem sobre pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais.

Além de suprimir as horas itinerárias comuns, o legislador teve o intuito de atingir, também, as horas *in itinere* em relação ao tempo gasto entre a portaria da empresa e o local do serviço, tendo em vista a expressão “caminhando ou por qualquer meio de transporte” e “até a efetiva ocupação do posto de trabalho”.

Haja vista que o posto de trabalho só está dentro da empresa e que, do portão de entrada até o estabelecimento, despende-se tempo caminhando, pode-se concluir que a vitória conquistada pelos trabalhadores de grandes empresas, principalmente no setor industriário, foi desmantelada. A mudança coloca, muito provavelmente, a vida útil da Súmula n. 429 do TST em risco. Insta

salientar que a previsão contida no art. 294 da CLT, para os empregados que laboram em minas de subsolo, não foi revogada, de modo que essa esfera não foi atingida.

Dessa forma, assim como tantos outros pontos controversos da reforma, essa medida ofende diretamente o princípio da proteção do trabalhador e a própria Carta Magna. A proteção ao trabalho é um dos alicerces da República Federativa do Brasil desde o artigo inaugural do texto constitucional, e se encontra expresso como um dos seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, de forma que o Poder Constituinte reconhece o modelo capitalista, mas exaltando que o fim primordial é assegurar o trabalho digno, pois a ordem econômica foi consagrada com base na justiça social, tendo como um de seus princípios a busca do pleno emprego (art. 170 da CF).

Na busca da valorização da dignidade da pessoa humana no trabalho, estabeleceu-se um rol de direitos mínimos no art. 7º da Constituição da República, com o objetivo de amparar o trabalhador hipossuficiente na relação de trabalho. Os direitos previstos no citado art. 7º configuram um “[...] patamar mínimo de civilidade” e atuam como instrumento de proteção à dignidade do trabalhador e são puros direitos humanos, com caráter progressista lapidado no *caput* do art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.”

Desse modo, o texto constitucional não permite que sejam estabelecidas normas que não alcancem um patamar superior àquele já estabelecido anteriormente. A melhoria da condição social do trabalhador, portanto, é uma busca incansável em nosso sistema jurídico.

Não se exclui a possibilidade de mutação dos direitos para adequação à realidade social, todavia qualquer mudança que venha a ocorrer deve estar sempre voltada para o avanço, o que - absurdamente - não aconteceu com a reforma trabalhista, a qual vai de encontro à preservação dos direitos sociais, nítidas garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas, havendo a vedação constitucional à retrocessão.

Geraldo Magela Melo, juiz do trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, assim dispõe acerca do primado do não retrocesso:

O princípio da vedação ao retrocesso é uma garantia constitucional implícita, decorrente do denominado bloco de constitucionalidade, tendo sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana, mas se constitui em um princípio autônomo, com carga valorativa eficiente própria. Tal princípio alude a ideia de que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder, ou seja, não pode praticar algum ato que vulnere um direito que estava passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente. (2010, p. 65).

A ideia da proibição do retrocesso legal está diretamente ligada ao “pensamento do constitucionalismo dirigente”, termo trazido por J. J. Gomes Canotilho (2002), típico de Constituições com normas de eficácia programática, que estabelecem programas com a inequívoca finalidade de concretizar o plano institucional, qual seja, a implementação do Estado Socialista, voltado ao maior alcance dos direitos sociais e da diminuição das desigualdades. Nessa senda, Canotilho discorre:

Os direitos sociais e econômicos (direitos dos trabalhadores, à assistência, à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A proibição do retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos.

[...] O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial (2002, p. 336-337).

Assim, a crise econômica e a mudança das relações de trabalho existentes no mundo fático não podem servir como escusa para

permitir o retrocesso, dando azo a uma lei que retira avanços conquistados ao longo de tantas lutas e concretizados no rol de direitos fundamentais, principalmente considerando que não foram criadas medidas compensatórias. Dito isso, a reforma trabalhista, como um todo, não pode ser considerada constitucional, eis que somente estão sob o manto da constitucionalidade as normas trabalhistas que visem a melhorar a condição social do trabalhador. Nesse sentido, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino discorrem:

Esse princípio da vedação do retrocesso visa impedir que o legislador venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por defender normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade. Significa que, uma vez regulamentado determinado dispositivo constitucional, de índole social, o legislador não poderia, ulteriormente, retroceder no tocante à matéria, revogando ou prejudicando o direito reconhecido já concretizado. (2014, p. 264).

Nesse escopo, não há como se falar na inconstitucionalidade da supressão das horas *in itinere* sem falar da violação do próprio princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana também foi devidamente reconhecida no texto constitucional, consagrada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, especificamente identificada como fundamento do Ente Soberano, *in verbis*:

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

[...]

Ainda, a dignidade da pessoa humana vem difundida constitucionalmente como um princípio sensível, previsto no inciso VII do artigo 34 da Constituição Federal. O conjunto de

princípios sensíveis diz respeito àqueles primados que devem ser resguardados acima de tudo, que jamais podem ser violados, sendo que a sua não observância acarreta a medida excepcional de intervenção federal, em que a União pode suspender, temporariamente, a autonomia política do ente da Federação (Estado ou Distrito Federal) que tenha praticado a violação.

O princípio também vem inserido como base primordial da Declaração Universal da ONU (1948), que estabelece, em seu artigo 1º, que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

Todavia, muito embora esse princípio esteja efetivamente inserido no ordenamento jurídico nacional, assegurando, assim, o seu devido respeito por parte de toda a sociedade como postulado humanitário a ser observado universalmente, a sua definição é de difícil aferição. Encontra-se como um dos maiores desafios dos juristas e doutrinadores conceituar a expressão, tendo em vista a sua vasta aplicabilidade, pois todo e qualquer direito se relaciona intrinsecamente com a dignidade da pessoa humana.

Alexandre de Moraes trouxe a seguinte definição:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. [...]. (2013, p. 48).

Já Ingo Sarlet tratou a dignidade da pessoa humana como

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da

comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2007, p. 62).

Veja-se que ambos os autores consideram a dignidade da pessoa humana como característica concernente à própria existência humana, sendo todos os seres humanos dotados de tal valor. Também apontam que não se trata de um direito simplesmente, mas sim de um direito-dever, pois, da mesma forma que se estende a todos, a todos deve ser exigido o respeito mútuo pela dignidade. Implica, por conseguinte, uma ação dúplice: a inviolabilidade e a garantia/preservação do direito. Salientam ainda os autores a necessidade da atuação estatal no sentido de assegurar o livre exercício do direito à vida e repelir quaisquer ameaças a ele.

Maria Celina Bodin de Moraes (2003), por sua vez, atribui ao princípio da dignidade da pessoa humana componentes, tais como a liberdade, a integridade psicofísica, a solidariedade e a igualdade. A autora percebe com nitidez que é plenamente possível que os componentes da dignidade concorram entre si. Apesar de não mencionar diretamente a tensão, deixa entrever o problema ao indagar sobre o consentimento dos sujeitos em pesquisas envolvendo seres humanos.

Mesmo diante da ausência de objetividade na construção de uma noção jurídica de dignidade, não se pode olvidar de que o princípio da dignidade humana apresenta evidente força normativa, uma vez que serve, por si só, como fundamento para decisões judiciais. A mera constatação de que a dignidade está sendo ou pode vir a ser violada é parâmetro jurisprudencial para se fixar entendimentos acerca de questões controvertidas que envolvem os valores humanos.

Dessa forma, a supressão das horas *in itinere* gerou um benefício única e exclusivamente para o empregador,

caracterizando-se como uma perda de direitos para o empregado. A dignidade da pessoa humana fica ferida, pois essa decisão suprimiu um direito; sendo, portanto, uma clara afronta à vedação ao retrocesso, o Poder Judiciário deve agir no sentido de invalidar as normas que revoguem direitos já consolidados no ordenamento jurídico, sem que estejam acompanhadas de um esquema substitutivo ou equivalente. Consubstanciados em um patamar de direitos humanos e fundamentais, os direitos trabalhistas são consagrados por um patamar protetivo especial, inculpidos no dever da não regressão, de modo que não se pode admitir atos normativos que derroguem um regime mais favorável ao trabalhador (BARCELLOS, 2002).

Nesse sentido, destaca-se uma passagem de Fernández Segado que clarifica as relações entre dignidade da pessoa humana e o cumprimento de preceitos constitucionais, elevadas às questões que giram em torno das horas *in itinere* propostas aqui:

A pessoa não é um mero reflexo da ordem jurídica, ao contrário, tem uma existência anterior e, embora seja claro que o sistema jurídico terá que dotá-la de significação, em nenhum caso, poderá ignorar essa preexistência que se manifesta no fato de que da pessoa emanam direitos invioláveis que devem ser considerados inerentes a ela. É inferido, a partir do acima exposto, que a dignidade é um atributo essencial da pessoa humana, o único ser que não tem preço porque não admite substituto ou equivalente. A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional. É um conceito *a priori*, preexistente, para toda especulação, como a própria pessoa. A Constituição simplesmente reconhece sua existência e transforma-a em um valor supremo da ordem jurídica ao afirmar que a defesa da pessoa humana e o respeito pela sua dignidade são o objetivo supremo da sociedade e do Estado. Não é um princípio simples da ordem jurídica. Por seu valor supremo, é também um princípio de ordem política, social, econômica e cultural. Está na base da sociedade e do Estado. (SEGADO, 2004, p. 111, tradução nossa).⁴

⁴ Tradução nossa, original em espanhol: “*La persona no es un mero reflejo de la ordenación jurídica, sino que, tiene una existencia previa, y aunque es evidente que el ordenamiento jurídico habrá de dotarla de significación, no lo es menos que en ningún caso podrá ignorar esa preexistencia que se manifiesta en el hecho de que de la persona dimanen unos derechos*”

Essa reforma trabalhista, tão cheia de protestos e desaprovação das massas populares e trabalhadores, fragiliza o cumprimento de preceitos básicos de direitos humanos e, diretamente, a dignidade humana. Assim, é inconstitucional a inovação trazida no sentido de excluir as horas de itinerário, não apenas por colidirem com o princípio da proibição da evolução reacionária, como também por ofenderem os direitos sociais, que são cláusulas pétreas da Constituição brasileira e, por isso mesmo, impassíveis de sofrerem emendas que possam restringi-los ou suprimi-los.

Ademais, insta salientar que a cristalização dos direitos sociais do trabalhador remonta aos primórdios, quando, pelo surgimento das máquinas industriais e pela eclosão do liberalismo econômico, a classe operária era intensamente explorada, mediante jornadas exaustivas, sem folgas, trabalhos com envolvimento de crianças e mulheres sem quaisquer garantias às suas particularidades, com ausência de proteção contra acidentes ou doenças. Gradativamente, os trabalhadores passaram a unir-se em movimentos revolucionários, fundando-se uma nova sociedade, exigindo-se melhores condições de trabalho.

Além de estar fundado sobre bases históricas sólidas, o bloco dos direitos sociais, num contexto global, tem suas raízes calcadas no Direito Internacional, principalmente com o advento da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Na própria Constituição da OIT (Declaração de Filadélfia), já se encontra esculpida, em seus fins e objetivos, a busca pelo progresso constante nas relações de trabalho.

inviolables que han de ser considerados inherentes a ella. Se infiere, de lo expuesto, que la dignidad es un atributo esencial de la persona humana, único ser que no tiene precio por que no admite sustituto o equivalente. La dignidad de la persona humana no es una creación constitucional. Es un concepto a priori, preexistente, a toda especulación, como la propia persona. La Constitución simplemente reconoce su existencia y lo transforma en un valor supremo del orden jurídico al afirmar que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado. No se trata de un simple principio del orden jurídico. Por su carácter de valor supremo, es también un principio de orden político, social, económico y cultural. Está en la base de la sociedad y del Estado".

ANEXO DECLARAÇÃO REFERENTE AOS FINS E OBJETIVOS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

[...]

III A Conferência proclama solenemente que a Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem: [...] d) adotar normas referentes aos salários e às remunerações, ao horário e às outras condições de trabalho, a fim de permitir que todos usufruam do progresso e, também, que todos os assalariados, que ainda não o tenham, percebam, no mínimo, um salário vital; e) assegurar o direito de ajustes coletivos, incentivar a cooperação entre empregadores e trabalhadores para melhoria contínua da organização da produção e a colaboração de uns e outros na elaboração e na aplicação da política social e econômica. (1948, p. 20, grifo nosso)

Por todo o exposto, resta evidente que o Estado tem o dever de garantir a melhoria das condições sociais de modo progressivo, mediante planos econômicos e adoção de medidas legislativas que coloquem o ser humano como sujeito principal, almejando a garantia da dignidade e a busca pela igualdade, o que é prescrito sistematicamente pelas bases históricas e normativas nas quais o Brasil se funda. Aceitar a derrocada do direito às horas *in itinere* pela reforma trabalhista é fechar os olhos para todo o sofrimento que os trabalhadores enfrentaram durante séculos nas lutas políticas por um trabalho digno, declarando a extinção do princípio da proteção e, principalmente, é uma afronta ao progresso visado constitucionalmente.

Se ainda há alguma esperança de serem efetivamente estabelecidos a “ordem e o progresso”, o lema nacional brasileiro, símbolo da bandeira nacional, o Poder Judiciário e a Procuradoria-Geral da República não podem ceder à tamanha barbárie. Espera-se que, como um dia já foi criado o instituto, este possa ser novamente recriado e, obviamente, para melhor, visando ao progresso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho procurou se debruçar sobre a posição que as horas *in itinere* ocupam no ordenamento jurídico brasileiro e as

consequências que sua exclusão, prevista pela reforma trabalhista, acarretaram ao trabalhador.

Pelas horas *in itinere*, previstas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, nos casos em que o empregador fornecia o transporte, e o local de trabalho era de difícil acesso, o tempo despendido pelo empregado para ir e retornar do local de trabalho deveria ser computado na jornada de trabalho (§ 2º do art. 58 da CLT).

Contudo, a reforma trabalhista, apresentada pelo Projeto de Lei (PL) n. 6.786/2016 e aprovada na forma da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, que veio alterar a Consolidação das Leis do Trabalho, com o intuito de adequar a legislação às novas relações de trabalho e como promessa de ser uma solução para a melhoria dos direitos dos trabalhadores e para o aumento dos postos de trabalho, possibilitou a flexibilização do pagamento das horas *in itinere*.

Tal possibilidade representa preocupação, pois, em termos fáticos, implica a retirada dos direitos dos trabalhadores, ao tratar situações diferentes de forma igual, ignorando as distinções entre os trabalhadores que se deslocam até o local de trabalho de transporte público e os que trabalham em local de difícil acesso. O tempo de deslocamento representado pelas horas *in itinere*, que sempre constituiu uma forma de provocar o empregador para que proporcionasse um meio de transporte eficaz e condizente com a realidade da prestação de serviço, agora inexistente, pois o patrão não é mais obrigado ao pagamento dessas horas, numa cristalina transferência do risco da atividade econômica ao empregado.

Muito embora a intenção do legislador seja incentivar o empregador a fornecer transporte de qualidade aos seus empregados ao não gerar acréscimos de custos, a medida merece críticas, ao impor a vontade do legislador, ignorando a autonomia da vontade coletiva, posicionando-se em desfavor da parte vulnerável da relação contratual com uma redação legislativa rasa, sem o devido aprofundamento na legislação que rege as relações de trabalho.

Assim, resta constatar que a reforma trabalhista, cujo viés foi o de introduzir a mínima intervenção do Estado nas relações de trabalho, está eivada por um caráter duvidoso, envolvendo questões que ultrapassam a visão jurídica ou econômica, cuja flexibilização acarretará precarização maior ainda no mercado de trabalho e enfraquecimento da justiça trabalhista. A eliminação das horas *in itinere*, nesse cenário, foi largamente apontada como uma “lesão”⁵ no projeto de reforma pelos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho e representa um retrocesso legal, sendo, diante dessa evolução reacionária e ofensiva às cláusulas pétreas da Constituição nacional, inconstitucional, pois consagra um retrocesso ao fragilizar a posição de trabalhadores mais vulneráveis que, em lugar de receberem um tratamento de defesa pelos seus direitos, assistem a medidas impopulares tolherem uma das garantias do cumprimento da ordem constitucional pelo empregador.

ABSTRACT

This assignment has to purpose to deal with the subject matter of the hours “in itinere” in the legal juridical field. For that, we used a deductive methodology through bibliographical research, based on consultations in laws, published works, articles, dissertations and statements. The analysis of the thematic becomes important and current before the advent of the labor reform, which significantly changes all the jurisprudential and legislative apparatus until then built around the institute. A study will be carried out on the concept and scope of hours “in itinere” in the doctrinal, legislative and jurisprudence field, identifying the rupture of all consolidated by the reform, in a critical and analytical way.

⁵ Sobre isso: Redação RBA. Maioria dos juízes do TST aponta 50 “lesões” em projeto de reforma trabalhista. *Rede Brasil Atual*. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2017/05/juizes-do-tst-apontam-lesoes-em-projeto-de-reforma-trabalhista>>.

Keywords: *Hours in itinere. Reform Worker. Workers Law Consolidation. Flexibilization. Retrocess.*

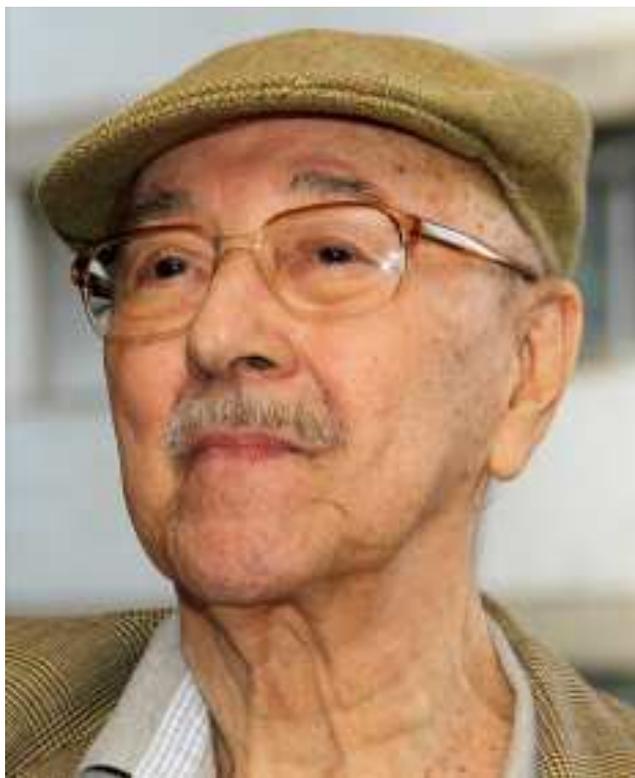
REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito constitucional descomplicado*. 12. ed. São Paulo: GEN, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- _____. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 895759/PE*, 2ª Turma, Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 23 maio 2017. Lex: Diário de Justiça Eletrônico.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos de Declaração em Recurso de Revista n. 1928- 03.2010.5.06.0241*, Relator: Min. Lelio Bentes Côrrea. Brasília, 20 fev. 2014. Lex: Informativo n. 73 do TST. Diário de Justiça Eletrônico.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 92/1976*, 1ª Turma, Relator: Min. Raymundo de Souza Moura. Brasília, 17 jun. 1977. Diário de Justiça Eletrônico.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 19100-86.2008.5.03.0054*, 3ª Turma, Relator: Min. Alberto Bresciani. Brasília, 06 ago. 2010. Diário de Justiça Eletrônico.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 528338/1999*, 1ª Turma, Relator: Min. João Oreste Dalazen. Brasília, 07 abr. 2000. Diário de Justiça Eletrônico.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso Ordinário n. 00169-2014-064-03-00-6*, Relator: Juíza Convocada Rosemary de Oliveira Pires. Brasília, 29 maio 2015. Diário de Justiça Eletrônico.
- MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no direito

- do trabalho. *Evocati Revista*. n. 13. jan. 2007. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=100>. Acesso em: 28 ago. 2017.
- MELO, Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74. jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_82/geraldo_magela_melo.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2017.
 - MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
 - MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-147.
 - NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1977.
 - Redação RBA. Maioria dos juízes do TST aponta 50 “lesões” em projeto de reforma trabalhista. *Rede Brasil Atual*. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2017/05/juizes-do-tst-apontam-lesoes-em-projeto-de-reforma-trabalhista>>.
 - SANTOS, Roseniura. A retomada do programa neoliberal do governo Temer e seus possíveis impactos sobre a auditoria fiscal do trabalho brasileira. *Cadernos do CEAS*. Salvador, n. 239, p. 795-812.
 - SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
 - SEGADO, Francisco Fernández. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos*. A & C - *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, v. 4, n. 18, out. 2004.
 - SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Convenções da OIT*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 1998.

DECISÃO PRECURSORA

D ECISÃO PRECURSORA



Decisão proferida pelo Juiz Relator
Dr. PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Processo JCJ n. 674/60

Reclamante - VICENTE BENTO DA CRUZ

Reclamado - HEDEAGER BOSWORTH DO BRASIL S/A

FUNDAMENTOS DE DECISÃO

ACORDO INTERSINDICAL - Alcança empregados admitidos antes de sua pactuação. Aos cálculos salariais atender-se-ão, para efeitos de incidência, ao disposto no art. 460 da C.L.T.

Vistos.

VICENTE BENTO DA CRUZ reclama contra HEDEAGER BOSWORTH DO BRASIL S/A a importância de Cr\$12.565,30, correspondente a Cr\$10.135,80, de diferença salarial, e Cr\$2.429,50, de horas extraordinárias.

Em sua defesa, contestou a reclamada o direito do reclamante no fato de haver ele sido admitido depois de 1º de março de 1959, data essa sobre que incidem ou devem incidir os cálculos do aumento pleiteado. E, no concernente às horas extras, a sua diferença é indevida, se recaem justamente sobre aquele aumento pleiteado.

Provas não produziram as partes, encerrando-se a instrução com razões e recusa à conciliação.

Tudo bem examinado.

Tecnicamente, no direito processual do trabalho, não se fala em execução de sentença normativa. Antes de tudo, a sentença normativa

* O texto foi mantido em sua versão original, excetuada a atualização ortográfica ao padrão do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

tem de processual somente sua formalidade construtiva, que se vence, excepcionalmente, através de um órgão do poder jurisdicional. O que CARNELUTTI precisara, em rasgo magistral, na sentença normativa fora exatamente o representar, em seu feixe criador de direito, "o corpo de sentença e a alma de lei."

Há, apenas, desvio constitucional-formal na elaboração de uma lei-material, que é o aumento normativo.

O que se executa, pois, não é mais a sentença, que o deixou de ser, como sentença, mas a norma, criada pelo poder jurisdicional, através de competência delegada excepcionalmente pela Carta Magna.

Criado o direito subjetivo do empregado, na sentença normativa, não a executa ele, propriamente. A execução, processualmente, pressuporia o respeito à identidade processual do órgão prolator do julgado. E tal não se dá.

WILSON CAMPOS BATALHA ("Instituições de Direito Processual do Trabalho", p. 496) e PIRES CHAVES ("Da Execução Trabalhista", p. 168) atritaram-se no conceituar, no caracterizar a natureza do ato coator de cumprimento da obrigação estatuída em sentença normativa. Ambos, porém, definem-no como ação, o primeiro identificando-o à "actio iudicati", dos romanos, no que contrapõe o segundo seu sentido peculiar e diverso, de "ação de cumprimento".

A verdade é que a sentença normativa fixa comando abstrato, como a lei cria direito subjetivo genérico, através de hipóteses fáticas. É o seu caráter de abstratividade. Daí, haver a própria lei, a Consolidação, uma vez mais,

equiparado as sentenças normativas às fontes genérico-legais de direito, indicando, como meio de fazerem-se cumprir, pelo Estado, o da ação, na reclamação individual. É o texto do parágrafo único do art. 872 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não há, aí, execução, mas ação, desde que inobservado espontaneamente o comando normativo da sentença coletiva.

Execução, sim, haverá se, transitada em julgado a sentença da "ação de cumprimento", não lhe acatar o empregador os termos. Aqui, sim, aplica-se o disposto no art. 891 do Código de Processo Civil.

E di-lo bem PIRES CHAVES: "A sentença coletiva é, como a lei, uma norma de todos os componentes da categoria. Não é um preceito "inter partes" e, sim, "erga omnes" (ob. e p. cits.)

No que toca ao mérito, há procedência manifesta do pedido. O acordo intersindical, ainda que se considerasse em execução, passível é de interpretar-se, como passíveis são todos os atos jurídicos, sejam os de natureza abstrata (lei), sejam os negócios, sejam os mistos (sentença normativa ou acordos ou contratos coletivos).

Contrato coletivo, acordo coletivo, sentença coletiva são fonte de direito, de natureza abstrata, projetando-se, nas relações individuais de trabalho, como um feixe de luz para o futuro. Sua finalidade socioeconômica assenta-se na eliminação da concorrência de mão de obra, depressora dos movimentos jurídico-ascensionais das classes obreiras (vide SANTORO PASSARELLI, "Nozioni di Diritto del Lavoro", 6. ed., p. 38).

A fim de prestar-se a seus objetivos infraestruturais, de natureza econômica, a ordem jurídica revestiu os atos normativos intergrupais de força híbrida, entre direito público e privado, naquelas características, a que A. BRUN e H. GALLAND, com tamanha propriedade, chamam "contractuelles et réglementaire" ("Droit du Travail", p. 749, ed. de 1958). Por isso que a tais atos chama o eminente patricio DÉLIO MARANHÃO "regra geral, abstrata, impessoal" - ou, reelaborando doutrina de LÉON DUGUIT, "ato regra, portanto, fonte de direito" ("Instituições de Direito do Trabalho", vol. I, p. 174).

Ora, não se interpretam e se aplicam normas jurídicas, tais, dentro dos mesmos moldes e estreiteza dos negócios jurídicos privados, a contrário do que, em lapso exegético, afirmou PONTES DE MIRANDA (vide "Comentários à Constituição de 1946, arts. 98 a 140, p. 151/152).

A hipótese não versa extensividade a outras categorias, para lá daquelas integrantes do sindicato pactuante do acordo. Apenas a incidência do aumento em relação individual de trabalho vigente nas linhas abstratas do acordo celebrado. Interpreta-se o ato coletivo-normativo qual lei mesmo, porém, nos limites do grupo, a que se destina sua vigência e aplicação. O ato coletivo é abstrato e só comporta as limitações nele contidas. Não pode o intérprete excepcionar onde não excepcionou o dispositivo geral, abstrato. E, na espécie, restrição nenhuma existe, como se vê do termo do acordo anexado às f. 3 e 4.

Atente-se para sentença sucinta, porém, de extraordinária riqueza jurídico-interpretativa da 6ª Junta de Conciliação e Julgamento desta

Capital, prolatada por seu ilustre Presidente, Juiz ABNER DE FARIA, em que se traz à espécie, por processo analógico, o decidido em dissídios coletivos (6ª JCJ, proc. 111/60).

Os reclamantes reuniram as condições de fato bastantes à atração do acordo normativo celebrado pelo seu sindicato de classe: seu contrato era vigente à época do início da aplicação do aumento e vigente o era no intercurso da data-base e daquela.

A simples omissão de um dado não de incidência, mas de efeito do acordo coletivo, não se presta a critério de exclusão de seus termos genéricos. Não se desfigura a hipótese legal-abstrata, contida no acordo de f. 3, pelo fato de nela conter-se o quantitativo básico salarial de um dia, com omissão de outros. O cálculo, para incidência do acordo, já é efeito do acordo, que haverá de examinar-se, depois de verificada ou não sua incidência, que é coisa diversa.

Se, no ato normativo, o salário básico figurasse como "conditio sine qua non", interpretar-se-ia aquele restritivamente. Como as partes, porém, não quiseram a restrição - porque a não manifestaram -, não a poderá impor o Juiz.

Analisando-se, porém, detidamente, o problema da incidência do cálculo, para aumento, vê-se que este terá por base a parcela correspondente a "5,52% por hora sobre todos os salários vigentes em 1º de março de 1959." O fato de os reclamantes, a 1º de março, não se encontrarem, ainda, na empresa não os exclui, por isso só, do benefício do acordo. Este fala em "salários vigentes a 1º de março."

Que salário vigia a 1º de março de 1959? Forçosamente, o novo mínimo, em vigência a partir de 24 de fevereiro daquele ano. O espírito do

acordo foi esse mesmo, cobrir, para além daquele mínimo, o aumento do custo de vida.

Ainda que, porém, não se possa argumentar com o salário mínimo - e esse ainda era o dos reclamantes (Cr\$22,10, à hora) - ainda assim, a lei mesma, a lei do trabalho consolidada fixa critérios ao Juiz, para o fim de se estabelecerem salários, à falta de sua estipulação. Encontrando-se esse salário, sobre ele se calculará o aumento normativo. É o texto expresso do art. 460 da Consolidação das Leis do Trabalho: "Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente, ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante."

Na verdade, o Juiz, pela simples omissão de um dado parcial ou sua obscuridade, não poderá abandonar o verdadeiro espírito da norma interpretada, sob pena de incorrer em fuga a um preceito criado no ordenamento jurídico, com plena força vigorante.

Certos preceitos demandam, realmente, espírito de pesquisa, de penetração do julgador, a fim de que se compreenda e se situe a norma examinada no seu sentido criador de direito, descobrindo-se-lhe, através de fontes interpretativas outras, o conteúdo e círculo de atuação de suas cláusulas.

Não venha a precariedade de uma cláusula normativa - que se supre, perfeitamente, em dispositivo expresso de lei - servir de abandono ao melhor e mais detido exame do preceito, quando se vê, pelos seus termos gerais, pelo seu espírito, que fixou um comando geral e específico

à categoria dos trabalhadores na construção civil, admitidos antes da data de sua pactuação.

A espécie leva-nos, em conscienciosa analogia, ao disposto no art. 113 do Código de Processo Civil, em que, muitas vezes, o Juiz, "sob pretexto de lacuna ou obscuridade da lei", deixa de aplicar regras mais salutares do ordenamento, localizadas, porém, em outras fontes, que não aquela estritamente negocial do acordo coletivo. Por outras palavras, decide, mas não aplica o direito. Não decidiu.

Não há, finalmente, a argumentar com divergências de entendimento, em torno de dissídios coletivos, se a interpretação, aqui, é de acordo intersindical, ato jurídico coletivo, porém autônomo, de linhas próprias, que com outros não se confunde.

Por via de consequência, faz o reclamante jus às diferenças de horas extras, e haverão elas de incidir exatamente sobre as diferenças salariais pleiteadas, que devidas são. Sua apuração, entretanto, defere-se à execução, posto que contestado o respectivo "quantum".

Por estes fundamentos,

R E S O L V E a 4ª Junta de Conciliação e Julgamento, à unanimidade, julgar procedente a reclamação de diferença salarial e horas extras, postulada por VICENTE BENTO DA CRUZ contra HEDEAGER BOSWORTH DO BRASIL S/A, para condenar a reclamada a pagar ao reclamante, como se apurar em execução, o pedido da inicial.

Custas, pela reclamada, no importe de Cr\$486,00, arbitrada a condenação em Cr\$9.000,00.

Da decisão, tiveram as partes ciência, em audiência.

Comentário*

Desde que o Paulo Emílio se foi, em 27 de janeiro de 2018, tudo o que tenho feito é arrumar gavetas (as nossas, as dele, as minhas). De cada uma delas, desponta o passado vivenciado e, às vezes, surpreendente, pela latência em que se encontrava num registro intocado, agora remexido pela necessidade de dar sentido à vida, que se desorganizou pela culminância da morte de alguém que a amou tanto e que se amou tanto. Talvez esse não seja o começo ideal de um texto cujo objetivo é comentar uma decisão de outros tempos, que se quer situar no curso de um processo de composição do direito do trabalho ou na frequência do presente. Talvez não seja isso que se espere da neutralidade que deveria presidir o fazer teórico do direito.

A intenção, preliminar, é a de integrar um dos tópicos permanentes da *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região* (o das Decisões Precursoras) ao tema-problema desta edição, que é a chamada Reforma Trabalhista, implantada pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, intercalada pela Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, cujos efeitos já se dissiparam com a incidência do art. 62, § 11, da CR/88.

Sempre achei, desde a primeira vez em que as Decisões Precursoras se lançaram como parte da Revista, no volume 65, num comentário do Desembargador Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello, p. 210-211, a uma decisão proferida por seu pai, o Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello, p. 205-210, que o alcance de um acórdão ou de uma sentença está no processo infinito de perfectibilidade de uma disciplina jurídica (o direito individual/coletivo do trabalho, o processo do trabalho). Ele é muito mais abrangente do que a literalidade da interpretação jurídica que engendra o teor do caso concreto, porque vai além dele como fonte para a história do

* Comentário feito por Mônica Sette Lopes, Professora-Associada da FDUFG, Desembargadora (aposentada) do TRT da 3ª Região.

processo de aplicar o direito com todo o seu colorido e em suas nuances. Não se trata da mera antevisão de um modo de resolver uma situação de fato controvertida, mas da necessária recuperação do percurso de fazer que abarca a aplicação do direito como um acontecimento versado dialeticamente em linguagem que traduz temporalidades e vivências. Trata-se de uma maneira de apreender com palavras o sentido das circunstâncias que se revelam no processo e, portanto, de praticar a melhor das justiças, segundo Aristóteles, que é a equidade.

Há muito do afeto, que nos irmana no paradoxo de sermos viventes e mortais, a impregnar o direito como tecido da cultura e que nem sempre se deixa ver claramente no trato da teoria jurídica, naquilo que, a partir das regras, traça-se como sendo um saber sobre o direito. Buscar uma decisão e tirá-la da acomodação da gaveta em que se encontra aninhada permite reviver o direito de hoje na reminiscência de igualdades e de diferenças que se buscam ou se rejeitam de outros tempos.

Numa das revistas, a de n. 70 (jul./dez. 2004, p. 103-109), comentei uma decisão do Dr. Levy Henrique Faria de Souza trazida por uma servidora (já aposentada), que a guardara porque foi a primeira sentença que recebeu num processo em que havia funcionado como advogada. Na lembrança da servidora, a primeira sentença. Na análise do texto, a escrita enxuta e a descrição precisa dos fatos que se vão perdendo com a facilidade do cortar-colar a contaminar as peças jurídicas mesmo antes do PJe.

No entanto, mesmo assim, mesmo sabedora da linha que deveria seguir, custou-me começar a redação deste pequeno texto. Há dias giro em torno dele, escondendo-me atrás de todas as desculpas que posso imaginar. Arrumo cozinha. Preparo todas as aulas por vir do semestre e refaço as já lecionadas para um uso eventual num próximo curso. Respondo e invento e-mails. Saio para rua em caminhadas enormes. Estou fugindo e com medo de encarar aquilo que era mais significativo no Paulo Emílio: a palavra precisa e cortante, a exposição da ideia de um jeito que ninguém mais tem, a mensagem como uma seta na simplicidade do dito

sem entrelinhas. Ele sabia falar. E sobretudo ele falava bem a língua do direito, permitindo ao mais abstrato, ao mais conceitual, ganhar pertinência e tradução no vida-afora.

Se a redação do texto tem sido tortuosa, a escolha da decisão foi fácil. Quase em seguida ao pedido feito pela Seção de Revista, fui ao acervo onde sabia que elas estariam. Ele guardou (quase) tudo o que produziu ao longo dos anos em que foi presidente da 4ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belo Horizonte, Juiz-Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, convocado para substituições e vaga no Tribunal Superior do Trabalho, onde trabalhou em 1972 e 1975.

Não é a primeira vez que participo da produção ou que produzo um texto baseado em peças guardadas por ele. Mas é a primeira vez que o faço sem que ele esteja perto de mim a discutir os percalços da composição. É a primeira vez que, quando o texto ficar pronto, não poderei ler para ele e sentir a reação de espanto por se ver interpretado numa dimensão em que a memória já havia desintegrado a intensidade sobreposta de tantos anos vividos no depois. Uma das delícias que experimentei foi a de levar na voz para ele, impossibilitado de o fazer diretamente pelo obscurecimento da vista sob os efeitos da degeneração macular, textos que havia(mos) escrito a partir de material daquele repositório de memória.¹ Era como se ele não acreditasse nas palavras fundidas em som a capturar outros tempos dos quais ele fora integralmente participante. Como se ele não acreditasse que aquele material, tão bem cuidado ao longo de décadas, pudesse reproduzir todo o pensado de anos a fio.

Há uma cláusula em seu testamento, que é tão importante quanto aquela em que define o destino das cachaças², porque

¹ Foram três os artigos: VILHENA; LOPES, 2017; LOPES, 2014; VILHENA; LOPES, 2012.

² A autorização para que se possa dar as cachaças como presente vem seguida de advérbios (“metodicamente, com critério e discernimento”) e de um parâmetro (“atento à máxima segundo a qual há as dos inimigos, as dos conhecidos, as dos amigos, as dos íntimos e a própria. É importante que o apreciador entenda da bebida, por conhecimento e/ou por experiência.”).

também remete à essencialidade do conhecimento quando vindo da experiência. Nela, em 2007, ele estabeleceu como gostaria que seu acervo fosse tratado:

Meu pequeno e perto de inexpressivo acervo cultural, os meus escritos, as minhas sentenças, cartas, retratos (inclusive de progenitores e antepassados e amigos) deverão acompanhar o núcleo da biblioteca, formando uma memória comum desses anos de trabalho e de dedicação às coisas substanciais da vida.

Essas coisas substanciais da vida dele encontram, no tempo, o âmago das questões trabalhistas. Pesquisá-las, ir até elas envolve o intérprete num cenário de tanta delicadeza e sutileza que faz desaparecer a dureza do conflito, do processo, da justiça feita pelo Poder Judiciário. Está lá a poesia que há num velho álbum de fotografias em que se reconhecem os parentes do passado, os familiares, os que nos são próximos, mas cuja dimensão vital por vezes nos escapa.

Era assim que estava abrigada a decisão que escolhi para comentar. No livro de encadernação preta na estante. Protegida de todo desgaste. Uma sentença proferida no processo número 674/60, em que eram partes Vicente Bento da Cruz e Hedeager Bosworth do Brasil S.A., uma construtora. Mais uma vez, vai-se às folhas-de-seda um pouco amareladas, mas intactas na higidez a permitir plena leitura e acesso inteiro aos dias de 1960.

Imagino-o lá, antes mesmo de eu nascer. A aprovação no primeiro concurso para juiz substituto do TRT de Minas Gerais, realizado em 1959. O jovem juiz de 34 anos a experimentar, com seus companheiros, a construção de duas disciplinas conexas em seu ritmo teleológico: direito e processo do trabalho. No ano seguinte ao da prolação da sentença, 1961, no mês de novembro, estariam ele e seu colega de concurso, Messias Pereira Donato, a disputar a cadeira de titular em direito do trabalho na Faculdade de Direito da UFMG. Na conjunção do interesse de ambos figura o direito coletivo do trabalho, que está também no cerne da discussão na sentença que se examina. A tese de Messias Pereira Donato

versava *Atuação do sindicato operário no seio da empresa privada*.³ A de Paulo Emílio Vilhena, *A sentença normativa*.⁴ Cada um, a seu modo, enfrenta questões que devem ser retomadas hoje em que se pontua a crítica ao conteúdo das normas coletivas pela redução ao *slogan* da prevalência do negociado ao legislado. A preocupação deles, porém, era a definição das raízes ou das matrizes para a apreensão do novo instituto que, em sua processualidade, envolve a negociação coletiva com participação dos sindicatos, a construção de um corpo de normatividade que vai regular as relações entre empregado e empregador e a resposta que pode ser dada pelo Poder Judiciário na hipótese de um dissenso em que não se consiga resolver os termos da norma reguladora a vigorar a cada data-base.

E o que isso terá a ver com essa decisão do pré-curso do tempo de experimentação do direito do trabalho e do processo do trabalho, que deva servir de sustentação para tratar da reforma trabalhista?

Tudo. Principalmente porque só se pode entender o direito coletivo do trabalho e, em especial, os resultados da negociação coletiva como sendo resultado do processo de concreção e apropriação de circunstâncias. De novo, a equidade. De novo, a inutilidade de se tratar do tema pela posição berrada em gritos da guerra ideológica entre os que assimilam e os que rejeitam a dita prevalência do negociado sobre o legislado, expressão que não tem qualquer sentido se não se apontar especificamente a cláusula e se não se analisar a maneira como se deu a negociação coletiva, a partir até de uma tradição concernente a cada categoria. Ainda que, no relógio, os ponteiros corram de igual modo, o tempo de intervalo intrajornada para um trabalhador da construção civil é diferente do tempo de intervalo intrajornada para um trabalhador da indústria que tem refeitório. No costume dos pedreiros, o intervalo de uma hora é essencial e inegociável. No costume dos industriários, ele pode ser negociado com a modulação da duração

³ DONATO, 1961.

⁴ VILHENA, 2006.

da jornada: voltar mais cedo para casa é mais saudável. É preciso entender o equilíbrio em que se amoldam os elementos de cada situação. É para o equitativo que se dirigem as normas que são criadas a partir do coletivo.

A interpretação das relações de trabalho exige se conheçam contingências que escapam ao circuito conceitual da dinâmica e da estática jurídicas, para retomar a nunca exaurida sistematização de Kelsen.⁵ Por mais que se conheçam (e se devam conhecer profundamente) as pontuações da técnica, estar-se-á sempre diante da complexa teia de facticidade que caracteriza a dinâmica da interação entre capital e trabalho, entre empregador e empregado, entre empresa e trabalhador, entre as peculiaridades de uma categoria profissional e aquilo que se exigirá de uma categoria econômica. Por isso, dá-se a inafastabilidade da inserção do equitativo, sempre chamado quando há necessidade de articular variáveis e valores num cenário em que eles acontecem a partir de demandas, de necessidades, de interesses e de vigência complexos. Isso vem claramente na colocação de Vilhena, no seu *Da Sentença Normativa*, já em 1961:

Equidade seria, aqui, o vértice do ângulo, onde se encontram duas linhas perfeitamente equipolentes e cuja razão de ser reside exatamente nesta equipolência. Está na conciliação entre a “liberdade de iniciativa e valorização do trabalho humano”, de que trata o art. 145 da Constituição Federal.⁶

Essa polarização, cuja perenidade constitui um traço inafastável de todos os processos de elaboração normativa em matéria trabalhista, assenta-se agora como princípio fundamental da Constituição de 1988, na força diretora de interpretação que se extrai do inciso IV de seu art. 1º.⁷

⁵ Cf. os capítulos respectivos em KELSEN, 1986, sem descurar, ainda e sempre, do capítulo 8 em que ele sintoniza o giro de maleabilidade inafastável na interpretação de conceitos e de normas a serem aplicados pelo juiz.

⁶ VILHENA, 1961, p. 114.

⁷ Esse aspecto foi ressaltado em VILHENA, 2006, p. 147.

Quando liberdade de iniciativa e valorização do trabalho humano são postas como um mesmo princípio, por sua situação, carregam o paralelismo de interesses, que tendem a não se acertar, para uma necessária região de debates e de concertação. É interessante, portanto, que ele situe a equidade como um vértice de linhas paralelas. Como construção metafórica, quase poética, já que paralelas não se encontram ou tocam, a conjugação só pode ser feita a partir do sopesamento das circunstâncias que é característica da justiça feita pela equidade. Nesse vértice forjado pela maleabilidade do equitativo, que se conecta a paralelas, a divergência insuperável dos interesses de empregado e de empregador poderia se convergir, pela franqueza de sua dedução. Configura-se, assim, a impossibilidade absoluta de falar de negociação e de norma coletiva sem a exemplaridade. Corre-se o risco de falar de nada.

Ao retomar uma decisão de antigamente, como ponto de referência para tratar dos argumentos em torno da negociação coletiva, recupera-se, portanto, o espírito dos tempos de construção de uma disciplina jurídica, a partir do tônus das relações que, em torno dela, armam-se sob o estigma do conflito, para tentar recobrar a necessária expressão dilacerante, multifária, trágica até, que deve presidir o tratamento dos institutos em sua dinâmica. Essa dimensão concreta não abrange apenas aspectos decorrentes da regulação do trabalho subordinado (salário, jornada etc.), mas se volta para pontos externos ao direito que são ponderados não só na negociação coletiva, como também o eram na composição da sentença normativa, em sua concepção primeira:

Como processo, como meio de construção jurídica, as sentenças normativas guardam caracteres aproximativos com os sistemas de equidade. São decisões de equidade, mas dessubjetivizadas, isto é, a elaboração do preceito obedece a critérios informativos de maior concreção externa. Os dados de que se informa são mais objetivos. Há sopesamento exterior de suportes, que compoem a regra jurídica: *v.g.*, custo de produção; custo de vida; natureza da atividade empresária; condições de trabalho etc.⁸

⁸ VILHENA, 1961, p. 115. A citação encontra-se também em VILHENA, 2006, p. 149.

No processo dialogal da negociação coletiva há também esse sopesamento exterior de suportes, relativamente a fatores que nem sempre se expõem, mas que se constituem na vicejante proliferação do costume e da tradição em cada segmento produtivo. É isso que se deveria pesquisar. É isso que se revela nos conflitos deduzidos judicialmente, os quais, nos excessos vivenciados hoje, acabam carregados para o limbo da indistinção e/ou pasteurização da realidade.

Na sentença que se comenta, empregado da construção civil, admitido após 1º de março de 1959, pleiteia os reajustes concedidos na data-base subsequente. O dispositivo da norma coletiva previa a incidência do percentual de 5,52% sobre todos os salários vigentes a 1º de março de 1959, não estabelecendo qualquer outra solução para os empregados que, àquela época, não tinham salário pela impossibilidade lógica advinda do fato de ainda não haverem sido admitidos.

O texto, talvez até por ser uma base usada em vários casos, apurando-se um tema de maior repercussão pela reincidência das pretensões, foge ao usual de seu estilo de redação de sentenças. Era comum ele dizer que só 5% das sentenças, se tanto, mereceriam referência teórica e à doutrina, e não era rotineiro tampouco que houvesse nelas a citação de acórdãos.

Nesta que escolhi, há a reprodução de uma base doutrinária bastante impressiva, como se ele quisesse deixar muito claros os apoios histórico-conceituais dos institutos do direito coletivo do trabalho, numa época em que a CLT ainda não havia chegado aos 18 anos de entrada em vigor. Está lá a clássica pontuação de Canelutti, a se referir a uma norma que tem corpo de contrato e alma de lei e vai além da relação jurídica entre partes para atingir o coletivo.⁹ Está lá a clássica e, ao tempo, novidadeira colocação de Duguit¹⁰, apontando a naturalidade com que os institutos

⁹ “[...] *ha il corpo del contratto e l’anima della legge; attraverso il meccanismo contrattuale gioca una forza, che transcende il diritto soggettivo, e si sprigiona un movimento, che va oltre il rapporto giuridico tra le parti.*” - CARNELUTTI, 1936, p. 117.

¹⁰DUGUIT, 1975, p. 230.

jurídicos se amoldam para atender novas demandas. A convenção coletiva não é contrato, mas um ato-regra.

A natureza jurídica da sentença normativa é discutida para chegar à decisão sobre os limites interpretativos da norma coletiva negociada, que, sob outras vestes, voltam hoje quando se cuida de definir os parâmetros para a sua prevalência quando questionada a sua validade. Os suportes doutrinários servem para destacar o caráter geral e abstrato dela, ainda que ela objetive concretamente os interesses das categorias econômica e profissional que se contrapõem ou mesmo de empresa e sindicato profissional. Na base da decisão, equiparam-se contrato coletivo, acordo coletivo e sentença normativa porque são fonte de direito “[...] de natureza abstrata, projetando-se nas relações individuais de trabalho, como um feixe de luz para o futuro.”¹¹

Essa linha de entendimento é reforçada na ementa de outra das decisões a versar a mesma questão:

ACORDO NORMATIVO. Interpreta-se como negócio jurídico privado, sob, porém, determinadas características de lei, como generalidade e abstratividade circunscritas a determinado grupo econômico profissional. (Processo 4^ª JCJ n. 443/60)

A abstração e a generalidade compõem-se numa medida de concreção que tem em vista a contraposição dos interesses do grupo. Por isso, não há incoerência no uso do art. 460 da CLT. Ele reforça uma dose de comparação de dados vinculados aos empregados que vivem um mesmo tempo na empresa e a necessidade de tratamento igual. O que justificaria que os empregados admitidos a partir de abril de 1959 não recebessem qualquer reajuste? A interpretação leva a que ele reconheça uma lacuna na norma coletiva: o não prever percentual de reajuste para pessoas que entraram entre março de 1959 e a data-base subsequente.

¹¹ Sentença da 4^ª JCJ, processo 674/60, que ora se comenta. O texto vem, como dito, em todas as outras a que acima se referiu.

É importante fixar a especificidade da hipótese discutida pelo confronto com outra decisão encontrada, na qual se percebe a distinção:

ACORDO NORMATIVO. Não alcança empregados admitidos depois de ajustado, sem expressa cláusula de previsão. [...]. (4ª JCJ de BH. Processo n. 398/60)

Se, por um lado, era claro que a norma coletiva não se aplicava aos admitidos após a sua edição, à falta de previsão expressa, era razoável a discussão da lacuna decorrente da falta de estipulação de aumento para aqueles admitidos entre duas datas-base.

A sentença analisada fixou a incidência do percentual sobre o salário-mínimo vigente em 1º de março de 1959. A evolução do salário-mínimo no Brasil revela que o valor vigente em 01 de janeiro de 1959 era de Cr\$5.300,00, em Belo Horizonte.¹² A partir de 16/10/1960, o Decreto n. 49.119-A/1960 estabeleceu para o salário-mínimo, naquela cidade, o valor de Cr\$8.480,00.¹³ O percentual incidente por todo o período foi superior a 5,52%, o que traz a presunção de uma diminuição do valor de compra da moeda que torna ainda mais injustificável a ausência de definição de reajuste.

A solução encontrada discrepa daquela que se tornou mais corrente nas normas coletivas que se estabelecem hoje. O procedimento que se estabilizou, como forma de solução nas

¹²De acordo com o Decreto 45.106-A, de 24/12/1958, os valores oscilavam de R\$ 2.100,00, no Piauí, a R\$ 6.000,00 no Distrito Federal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-45106-a-24-dezembro-1958-384179-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

¹³Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/republica/colecao7.html>>. Acesso em: 23 abr. 2018. As tabelas na *internet* (disponíveis em: <<http://www.portalbrasil.net/salariominimo.htm>>, acesso em: 23 abr. 2018 e <<https://br.advfn.com/indicadores/salario-minimo/evolucao>>, acesso em: 23 abr. 2018) registram valores fixos, quando havia a definição por região. Na alteração introduzida em outubro de 1960, os valores oscilavam entre R\$ 3.360,00 para a sub-região do Piauí, e Cr\$ 9.600,00, para o Distrito Federal, conforme o Decreto n. 49.595, de 28/12/1960.

normas coletivas, implica a fixação de um piso aplicável aos integrantes da categoria, o que projeta a alteração do valor do salário para os admitidos posteriormente, ou a previsão de percentuais, em valores decrescentes, que vão se aplicar aos empregados admitidos no intercurso entre as duas datas-base.

Aparentemente, pode haver pouca conexão entre a decisão comentada e os caminhos que se abrem com a redação dada aos artigos 611-A, 611-B e 620 da CLT pela Reforma Trabalhista. Mas ela pode servir para mostrar que tanto hoje, como nos albores de 1960, estava tudo por fazer e por conhecer. Se os limites daquilo que não pode ser negociado se explicitam com clareza, antes inexistente, no art. 611-B, a aparente (e muito criticada) permissividade do conteúdo do art. 611-A constitui um chamamento para o reconhecimento da realidade vivenciada até aqui e uma abertura para a observação aguda do futuro.

É preciso avaliação minuciosa da proporção estatisticamente reduzida dos dispositivos normativos que eram questionados quanto à sua licitude para compreendê-los na perspectiva dos costumes e da experiência das relações entre aquelas determinadas categorias profissional e econômica ou, na hipótese de acordo coletivo, entre sindicatos de categoria profissional e empregador antes da Lei n. 13.467/2017. É preciso atenção para compreender como os sindicatos se moverão no processo de negociar a partir daqui: será que eles, que precisam de atrair a adesão de associados, terão condições políticas de negociar contra os interesses da categoria? Se isso acontecer, como será? Por que será? Onde, quando, para quê?

Não há caminho do conhecimento do direito, objeto de ciência social aplicada que é, na intensidade dos acontecimentos pelos quais se expõe, fora da percuciente narrativa das circunstâncias lastreada na base técnico-conceitual em que ele se arma. Qualquer crítica à negociação coletiva e à norma coletiva que dela vier a se originar exige se descrevam pormenorizadas contingências com uso das teorias que permitem a formulação historiográfica.

E, para mostrar a poderosa humanidade em que se conforma essa constatação, encerra-se o texto com poesia. Com uma em especial.

Juntamente com Felicidade, de Vicente de Carvalho¹⁴, Ismália, de Alphonsus de Guimaraens, foi o poema mais recitado pelo Paulo Emílio e também o mais pedido numa tertúlia de poesias e de canções de Vicente Celestino que nos ocupou por muitas horas nos seus últimos dias. Ele implanta-se agora no texto como uma lembrança para guardar e porque é excelente para falar da dialética da concreção, entre céu e mar, num jogo complexo de idas e vindas da dedução para a indução sequencialmente e vice-versa, confirmando o percurso que deveria informar o movimento de compreensão do processo de elaborar e de aplicar normas decorrentes da negociação coletiva.

Ismália via a mesma lua no céu e no mar. Nas semanas e dias que antecederam a sua partida, essa poesia permitia a imersão completa nos antagonismos da existência entre vida e morte, na constância das oportunidades de sonhar, de se perder, de cantar e de voar.

Normas coletivas são traçado de intensa vivacidade. Mais do que a Constituição, mais do que a lei, a elas se permite a absorção de todos os desvãos da vivência na amplitude do mais abstrato que se concreta na previsão minuciosa. No enlouquecimento de Ismália, no sonho que sonhou, ela queria o céu e o mar ao mesmo tempo. Entre eles, como entre capital e trabalho, também o intangível, o nunca se encontrar, o nunca coincidir. Na poesia de Guimaraens, a realização da convergência pelo olhar de Ismália que permite que ela os viva concomitantemente.

Ainda que o direito e os institutos jurídicos não caibam na poesia, pode ser que o enfrentamento às claras e francamente dos dissensos possa também, de algum modo, ajustar as divergências. Para carregar a minúcia dos fatos, é preciso vê-los de modo vigoroso e interminável, como a lembrança do homem que se foi a pedir

¹⁴Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/NTQ5NDU0/>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

repetidamente a leitura do poema sobre a moça que enlouquece ao ver o mundo de muito ângulos. Esse enlouquecimento é um desvio de que a nossa curiosidade de conhecer as coisas todas (o direito inclusive) não pode se desvencilhar.

Quando Ismália enlouqueceu,
Pôs-se na torre a sonhar...
Viu uma lua no céu,
Viu outra lua no mar.

No sonho em que se perdeu,
Banhou-se toda em luar...
Queria subir ao céu,
Queria descer ao mar...

E, no desvario seu,
Na torre pôs-se a cantar...
Estava perto do céu,
Estava longe do mar...

E como um anjo pendeu
As asas para voar...
Queria a lua do céu,
Queria a lua do mar...

As asas que Deus lhe deu
Ruflaram de par em par...
Sua alma subiu ao céu,
Seu corpo desceu ao mar...
(Ismália, de Alphonsus de Guimaraens¹⁵)

REFERÊNCIAS

- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*. Padova: CEDAM, 1936.

¹⁵ GUIMARAENS, 2006.

- DONATO, Messias Pereira. *A atuação do sindicato operário no seio da empresa privada*. Juiz de Fora: Comércio e Indústria, 1961. (Monografia apresentada como tese de concurso para cátedra de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo G. Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta, 1975.
- GUIMARAENS, Alphonsus de. *Ismália*. São Paulo: Cosac Naify, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- LOPES, Mônica Sette. A Justiça do Trabalho em Minas nos anos 40 a 60: um personagem e seu ofício. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, v. 56, n. 86, p. 77-109, 2014.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Da sentença normativa*. Belo Horizonte: Gráfica Santa Maria, 1961. (Monografia apresentada como tese de concurso para cátedra de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)
- _____. *Sentença normativa: à luz da Emenda Constitucional 45/04*. São Paulo: LTr, 2006.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de; LOPES, Mônica Sette. Memórias sobrepostas da Faculdade de Direito da UFMG. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 40, p. 83-97, 2012.
- _____. Retrato em branco e preto: memórias de uma sala de audiências do início da década de 60. *Revista de Direito do Trabalho (São Paulo)*, v. 43, p. 109-136, 2017.

JURISPRUDÊNCIA DO TRT DA 3ª REGIÃO

ACÓRDÃOS

SENTENÇAS

ACÓRDÃOS

TRT-0010909-55.2015.5.03.0006 (RO)

Publ. no "DE" de 9/3/2018

RECORRENTES: WESLEY ALEXANDRO SILVA, IGREJA UNIVERSAL DO
REINO DE DEUS

RECORRIDOS: OS MESMOS

RELATORA: JUÍZA CONVOCADA ANA MARIA ESPI CAVALCANTI

EMENTA: CIRURGIA DE VASECTOMIA - ORIENTAÇÃO DA RÉ PARA QUE OS PASTORES PUDESSEM SE DEDICAR ÀS OBRAS DA IGREJA - LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE - PRETENSÃO IMPRESCRITÍVEL. Comprovado nos autos que a cirurgia de vasectomia foi realizada por orientação da ré para que os empregados pudessem se dedicar às obras da Igreja, caracterizada está a lesão a direito da personalidade do autor, que enseja a reparação por danos morais, pretensão imprescritível.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário em que figuram, como recorrentes e recorridos, as partes em epígrafe, decide-se:

RELATÓRIO

Por meio do acórdão de Id 7e2e63b, este Colegiado deu provimento ao apelo do autor para reconhecer o vínculo de

emprego entre as partes, pelo que determinou o retorno dos autos à origem para julgamento dos demais pleitos, conforme se entendesse de direito, restando prejudicada a análise das demais matérias devolvidas nos apelos.

O d. Juízo da 6ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, pela sentença de Id 63f2f8b, complementada pela decisão em embargos de declaração de Id 757fdd7, julgou procedentes em parte os pedidos formulados na inicial, condenando a ré ao cumprimento das seguintes obrigações: anotação da CTPS do autor; realização dos depósitos do FGTS por todo o período contratual, diretamente na conta vinculada do autor; pagamento das parcelas: 13º salário proporcional (3/12); férias proporcionais (1/12); férias 2010/2011, em dobro, acrescidas do terço constitucional; férias 2011/2012, em dobro, acrescidas do terço constitucional; férias 2012/2013, em dobro, acrescidas do terço constitucional; férias 2013/2014, de forma simples, acrescidas do terço constitucional; férias 2014/2015, de forma simples, acrescidas do terço constitucional; multa do art. 477 da CLT; FGTS de todo o período contratual; compensação financeira por danos morais de R\$ 10.000,00.

A reclamada interpôs recurso ordinário (Id b376f8f), insurgindo-se em relação aos seguintes temas: prescrição do FGTS; prescrição da pretensão de indenização por dano moral; verbas rescisórias e anotação de CTPS; multa do art. 477 da CLT; danos morais.

O reclamante também interpôs recurso ordinário (Id 54ab084), insurgindo-se em relação aos temas: iniciativa do desligamento; adicional de transferência; horas extras; *quantum* indenizatório.

Contrarrazões pela ré no Id f3b7037.

Contrarrazões pelo autor no Id f695e34.

Procuração pelo reclamante no Id 0f7a06d.

Procuração da ré no Id b6ba11d.

Regularidade do preparo comprovada nos Ids 93e7877 e c923379.

Em suma, é o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Admissibilidade

Conheço dos recursos ordinários interpostos, porquanto presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Conheço também das contrarrazões, porque ofertadas a tempo e modo.

Mérito

Recurso da reclamada

Incompetência da Justiça do Trabalho

A reclamada sustenta que esta Justiça Especializada é incompetente para analisar o pleito de dano moral levantado na petição inicial, uma vez que inexistente relação de trabalho, já que se trata de vínculo vocacional.

Sem-razão.

A competência da Justiça do Trabalho é definida pelo art. 114 da Constituição da República de 1988, estando nela inserido o julgamento de todos os dissídios individuais, entre trabalhadores e empregadores, que tenham origem na relação de trabalho.

O autor, na petição inicial, narra que foi admitido pela reclamada em 5/2/1999, para prestar serviços na função pastor. Afirma, ainda, que foi dispensado imotivadamente em 12/3/2015, sem ter sua CTPS anotada e receber quaisquer verbas salariais ou rescisórias.

Postulou o reconhecimento de vínculo empregatício, que foi reconhecido por este Colegiado no acórdão de Id 7046669, além de outras verbas, dentre as quais indenização por danos morais, por ter sido compelido pela ré a realizar a cirurgia de vasectomia e por transportar valores em seu carro particular.

Como se percebe, trata a narrativa de litígio tipicamente trabalhista, hipótese que atrai a competência desta Especializada para apreciar e para julgar o feito, nos termos do citado dispositivo constitucional.

Rejeito.

FGTS X Prescrição

A reclamada defende que a prescrição aplicável em relação à pretensão relativa aos recolhimentos dos depósitos do FGTS seria a quinquenal e não a trintenária, como reconhecido pelo juízo de origem, aduzindo o quanto se segue:

[...] Nos casos em que o prazo prescricional já estava em curso quando da prolação da referida decisão, como *in casu*, deve-se aplicar o que ocorrer primeiro: 5 anos, a partir da decisão do E. STF e não 30 anos como entendeu o Juízo.

Isto porque, no caso em análise, o suposto vínculo de emprego teve início em 5/2/99, e a reclamação trabalhista foi ajuizada em 11/9/2015, ou seja, em data posterior ao referido julgamento, ocorrido em 13/11/2014. Ou seja, ele terá direito de reclamar somente os 5 últimos anos, porque, do ano de 1999 até o de 2014, contabilizam-se 15 anos e estes com mais 5 anos (período que se projeta pela decisão do STF), somados, não serão alcançados os 30 anos, mas apenas 20 anos, logo, somente poderá aplicar a prescrição dos últimos 5 anos.

Portanto, a prescrição aplicável em face do não recolhimento do FGTS é a quinquenal de acordo com a modulação dos efeitos da decisão do STF [...]. (Id b376f8f, p. 06).

Sem-razão.

A partir da leitura do trecho das razões recursais acima transcritas, constata-se que a ré comete evidente equívoco de interpretação em relação à modulação de efeitos realizada pelo STF no julgamento do ARE n. 709.212.

Esclareço que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário com Agravo n. ARE-709.212 no dia 13/11/2014, declarou a inconstitucionalidade do § 5º do artigo 23 da Lei n. 8.036/1990 e do artigo 55 do Regulamento do FGTS

aprovado pelo Decreto n. 99.684/1990, na parte em que ressalvam o privilégio do FGTS à prescrição trintenária, por violação ao disposto no inciso XXIX do art. 7º da Carta de 1988.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da referida declaração de inconstitucionalidade, qual seja, para aqueles casos cujo termo inicial da prescrição, ou seja, a ausência de depósito no FGTS, ocorra após a data do julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir do referido julgamento, *in verbis*:

[...] A modulação que se propõe consiste em atribuir à presente decisão efeitos *ex nunc* (prospectivos). Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão [...]. (ARE 709212/DF)

No mesmo sentido, o item II da Súmula n. 362 do C. TST esclarece que:

II - Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13/11/2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumar primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13/11/2014. (STF-ARE-709212/DF)

Constata-se, no caso específico dos presentes autos, que a reclamação trabalhista, apesar de ajuizada em data posterior ao julgamento, tem por objeto competências do FGTS cujo prazo prescricional já estava em curso desde 5/2/1999, aplicando-se o prazo de cinco anos a partir de 13/11/2014, ou seja, 13/11/2019, de modo que a prescrição é a trintenária, limitada pela modulação do STF, nos termos do item II da Súmula n. 362 do TST.

Nego provimento.

Dano moral - Prescrição (matéria comum)

A reclamada requer seja declarada a prescrição quanto ao pedido de indenização por dano moral fundado na causa de pedir relativa à cirurgia de vasectomia, argumentando que tal procedimento de esterilização teria ocorrido no ano de 2003, sendo aplicável à espécie o entendimento pacificado na Súmula n. 278 do STJ.

Analisa-se.

Embora a pretensão de reparação do autor sob o aludido fundamento tenha sido julgada improcedente em primeiro grau, vislumbra-se o interesse processual da ré, porquanto a matéria é objeto de recurso do reclamante.

Outrossim, não há óbice à arguição da prescrição na instância ordinária, conforme inteligência da Súmula n. 153 do C. TST.

Em uma primeira análise, esta Relatora daria provimento ao apelo, considerando que o reclamante admitiu em seu depoimento pessoal que realizou o procedimento de esterilização (vasectomia) em novembro de 2003 (assentada de Id ca4b183, p. 01).

No entanto, a Des. Adriana Goulart de Sena Orsini apresentou divergência que melhor soluciona a lide, cujas razões acolho, revendo meu entendimento, *verbis*:

DIVERGÊNCIA - PRESCRIÇÃO - DIREITO DE PERSONALIDADE - DANO MORAL.

1) A vasectomia foi realizada em nov./2003, existindo prova de que a cirurgia foi realizada em um conjunto de pastores em uma mesma data. Não convence a assertiva de que o autor decidiu fazer vasectomia porque quis, pois soa muito estranho que todos os pastores decidam fazer a mesma cirurgia como característica do ofício realizado, exceto se orientados/obrigados a tal. Pouco importa que a testemunha ouvida a rogo do autor não tenha presenciado a cirurgia do autor; não se debate presença para afirmar saber, mas sim afirmar saber, pois, além de algo determinado pela Igreja, estava em grupo cujo médico de São Paulo realizou o procedimento, em um grupo de pastores.

Entendo como provado que a vasectomia foi realizada por orientação da ré, para que, como dito na prova oral, pudesse se dedicar mais à obra das Igrejas, bem como não tivesse família elástica que geraria maiores despesas e, com isso, a necessidade de percepção de valor maior de remuneração.

O fato de o autor ter uma filha em 2003 (na realidade, a menina nasceu em 25/11/2003), pois ela tinha um ou dois meses de idade quando realizada a cirurgia no conjunto de pastores. Não teve filha após o procedimento coletivo pelo médico de SP, mas sim no mesmo mês que sua filha nasceu.

O autor começou como obreiro quando era menor de idade, tanto que a ficha de admissão na Igreja foi assinada pelos pais, ou seja, em muito tenra idade, já começa a participar dos cultos, das orações, dos estudos e, se o tempo à disposição é muito grande, consumindo grande parte do dia do pastor, é bem claro que pouca ou nenhuma possibilidade tem o pastor de limitar os avanços sobre sua vida, sua honra, sua intimidade, sua integridade psicofísica, aliás.

O dano que sofreu o autor ao realizar a vasectomia é um dano de personalidade, sendo imprescritível como a doutrina e a jurisprudência nos ensinam. O autor comprova que é estéril consoante exame anexado com a inicial. Veja-se que o autor comprova que não foi revertida a vasectomia realizada em 2003.

Vale destacar que a integridade física é tutelada como direito da personalidade, como se depreende do disposto nos arts. 11 c.c. 13, do Código Civil:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

[...]

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

A imprescritibilidade de tais direitos é defendida na doutrina de FÁBIO ULHOA COELHO:

“Além de absolutos, os direitos da personalidade são vitalícios. Homens e mulheres titularizam os direitos da personalidade por toda a vida. Em razão da vitaliciedade, configuram-se esses direitos como imprescritíveis. O ofendido não perde o direito de demandar o ofensor, qualquer que tenha sido o lapso de tempo decorrido desde a ofensa ou o seu conhecimento pelo titular do direito.

Costumam ser classificados como direitos extrapatrimoniais, insuscetíveis de avaliação econômica dinheiro [...]. Essa classificação é correta para a significativa maioria dos direitos da personalidade. A honra, o nome, a integridade física são atributos não passíveis de precificação. Quando lesados os direitos correspondentes, a vítima terá direito a indenização por dano moral, cuja tradução pecuniária não guarda relação quantitativa com o valor da ofensa.” (*Curso de direito civil*, Saraiva, 2011. p. 425.)

A marca da imprescritibilidade surge também por via de sua expressão legal, pois, como dispõe o art. 12 do estatuto civil, pode-se a todo tempo “exigir que cesse a ameaça ou a lesão”, evidentemente por meio de ação, à qual não foi atribuído qualquer prazo para exercício. Conclui-se, destarte, também pela expressa dicção da Lei, que a possibilidade de tutela a tais direitos é permanente.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DEFORMIDADE FÍSICA CAUSADA À AUTORA POR MEDICAMENTO INGERIDO POR SUA MÃE NO INÍCIO DA GESTAÇÃO. TALIDOMIDA. FOCOMELIA. ENCURTAMENTO EM TERÇO MÉDIO DO BRAÇO ESQUERDO. SENTENÇA QUE DECLARA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO, JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO. APELAÇÃO. PRELIMINARES NÃO REITERADAS PELA RÉ. RECONHECIDA INDENIZABILIDADE DE DANOS CAUSADOS POR FATO DE PRODUTO FARMACOLÓGICO, DECORRENTE NÃO APENAS DO CDC E DA CONSTITUIÇÃO, MAS DA ANTERIOR DOUTRINA CÍVEL, REMONTANDO AO *NEMINEM LAEDERE*. CONTROVÉRSIA QUANTO À PRESCRIÇÃO DE PRETENSÃO FUNDADA EM VIOLAÇÃO DE DIREITO DA PERSONALIDADE FÍSICA. ARTS. 11 E 13 DO CÓDIGO CIVIL. LESIVIDADE MATERIAL E MORAL DAS DEFORMIDADES DECORRENTES DO USO DE TALIDOMIDA QUE É RECONHECIDA PELAS LEIS 7.070/82 E 12.190/10. FATO QUE COMPROMETE A CAPACIDADE LABORAL E ATINGE A DIGNIDADE DAQUELE QUE O SUPORTA, MERCÊ DA VIOLAÇÃO PERMANENTE DE SUA INTEGRIDADE FÍSICA. IMPRESCRITIBILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, A INCIDIR NESTE CASO. POSSIBILIDADE DE EXIGIR-SE A CESSAÇÃO DA LESÃO A QUALQUER TEMPO, OU, EM JÁ NÃO SENDO POSSÍVEL TAL TUTELA, QUE SE INDENIZE OS DANOS. QUANTO À PRETENSÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS, É DE SE AFIRMAR A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO A HAVER AS PARCELAS VENCIDAS MAIS DE 20 ANOS ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO. SISTEMATICIDADE DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE QUE SE AFERE DA JURISPRUDÊNCIA, QUE AFIRMA A IMPRESCRITIBILIDADE DAS PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS DAS VÍTIMAS DE TORTURA DURANTE A DITADURA MILITAR ASSIM COMO A AFIRMA NOS CASOS DE DIREITOS MORAIS DO AUTOR DE OBRA INTELECTUAL OU ARTÍSTICA (ART. 24, I, DA LEI 9.610/98). A IMPRESCRITIBILIDADE SE AFIRMA TAMBÉM EM VISTA DO RECONHECIMENTO NORMATIVO (LEI 12.190/10) DA LESIVIDADE PATRIMONIAL E EXTRAPATRIMONIAL DAS LESÕES À INTEGRIDADE FÍSICA DECORRENTES DO USO DA TALIDOMIDA. *JUS SUPERVENIENS* QUE DEVE SER CONSIDERADO NO JULGAMENTO. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO AMPARADO EM PROVA DOCUMENTAL - RELATÓRIOS MÉDICOS - E EM FOTOGRAFIAS, NÃO CONTRARIADA PELA RÉ, QUE, POR SUA VEZ, RENUNCIOU EXPRESSAMENTE À PRODUÇÃO DAS

PROVAS PELAS QUAIS PROTESTARA NA CONTESTAÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O USO DE TALIDOMIDA E DEFORMIDADES TAIS COMO A APRESENTADA PELA AUTORA QUE É BEM ESTABELECIDO EM PESQUISAS SUBSUMINDO-SE À CATEGORIA DE FATO NOTÓRIO. ART. 334, I, CPC. DANO MORAL QUE SE EVIDENCIA PELA LESÃO AO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E PELO CONTEÚDO DA LEI 12.190/10, QUE ASSIM RECONHECE. REPARAÇÕES A SEREM FIXADAS PELOS CRITÉRIOS DESSA LEI E DA LEI 7.070/82. APELO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA, AFASTANDO A PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO, CONDENAR A RÉ A PAGAR À AUTORA INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, ALÉM DAS CUSTAS, TAXA JUDICIÁRIA E HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA DE R\$ 15.000,00, COM BASE NO ART. 20, § 4º, CPC. (Acórdão da 3ª Câmara Cível - 3ª Câmara Cível - Apelação Cível n. 0040604-44.2009.8.19.0014 - Relator: Des. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO - 10 de abril de 2013.)

O procedimento de vasectomia da Igreja Universal já foi objeto de apreciação no TRT 2, com a seguinte ementa:

PROCESSO TRT/SP n. 0000033-81.2010.5.02.0511 - 4ª Turma - RECURSO ORDINÁRIO - RECORRENTE: NILTON VIEIRA ALVES - RECORRIDO: IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS - ORIGEM: 01ª VARA DO TRABALHO DE ITAPEVI/SP

EXIGÊNCIA E CONSUMAÇÃO DE ESTERILIZAÇÃO COMO CONDIÇÃO *SINE QUA NON* DE EXERCÍCIO DO MINISTÉRIO RELIGIOSO NA FUNÇÃO DE BISPO. PROMESSAS FRUSTRADAS. VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. DIREITOS DE PERSONALIDADE, INTEGRIDADE PSICOFÍSICA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. DANO IRREVERSÍVEL E IRREPARÁVEL. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA DEVIDA. A exigência de esterilização (vasectomia) e sua consumação, às expensas do empregador, como condição *sine qua non* para a obtenção, manutenção, exercício ou promoção no trabalho, ainda que na profissão de fé, na formatação de “vínculo empregatício”, por si só é conduta altamente reprovável porque lesiva à esfera de direitos mais caros à humanidade, qual seja, a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade, de integridade psicofísica, intimidade e vida privada. Por isso, de acordo com a tipicidade, pode até configurar crime (arts. 1º, III, 5º, *caput* e incisos VIII, XIII, X, Lei n. 9.029/95). A conduta revela-se ainda mais repudiante quando provado que a causa da exigência da esterilização - promessa de promoção ao cargo de bispo - não foi cumprida, em violação ao dever de lealdade e boa-fé (art. 422 do CC) e, assim, o sacrifício a que se submeteu o trabalhador restou em vão e ainda projetou danos na esfera familiar que culminou no divórcio e na perda da chance de reprodução humana (filhos). Não colhe, de outro lado, a tese defensiva de que ao Judiciário é vedado imiscuir nas “questões religiosas”, por conta

da “liberdade de culto” pois, no Estado Democrático de Direito, não há salvo-conduto para a prática de atrocidades ou lesão ao direito à vida e à integridade psicofísica, mesmo a pretexto religioso, pois ninguém pode ser privado dos seus direitos por motivo de crença religiosa (art. 5º, VIII, CF/88). Some-se, no Estado Democrático de Direito, todos se submetem ao império das leis. Ademais, consoante já ressaltado, a questão vem abordada no contexto do vínculo empregatício que, sequer, sofreu impugnação pela reclamada. Sob a visão global ou holística, na teoria da transversalidade dos direitos fundamentais, todos os integrantes da Comunidade Jurídica (Estado e Sociedade) estão obrigados a respeitar os direitos humanos, máxime quando positivados nos textos internacional e constitucional, dada a eficácia imediata e horizontal das normas de direitos humanos fundamentais (art. 5º, §§ 1º, 2º, 3º, CF/88). Assim, diante da “rota de conflito” entre os valores fundamentais - liberdade de crença religiosa, de um lado, e direito à vida e integridade psicofísica, de outro -, prevalece *prima facie* o direito à vida, à luz da teoria antropocentrista. A conduta da reclamada merece reprimenda pois é irrefutável a lesão ao trabalhador “obreiro da fé”, o que ensancha o direito à reparação mediante indenização compensatória do dano moral. Dou provimento para fixar o valor de indenização por dano moral em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), tendo em vista o singelo limite imposto pelo pedido. (4ª Turma do TRT 2ª Região - 7/5/2013 - PROC. 00000033-81.2010.5.02.0511 - Rel. Des. Ivani Contini Bramante.)

Afasto a prescrição acolhida na origem e mantida pela r. Relatora, para deferir a indenização por dano a personalidade no importe de R\$ 50.000,00.

A apuração dos juros e correção monetária incidentes sobre os danos morais seguirá o disposto no art. 39 da Lei n. 8.177/91 e nas Súmulas n. 200 e 439 do C. TST, e 15 deste Eg. TRT da 3ª Região. Entretanto, não haverá incidência de imposto de renda (Súmula n. 498, STJ e Ato Declaratório PGFN n. 09/2011) e de contribuições previdenciárias (RPS, Dec. 3.048/99), art. 214, § 9º, inciso V, alínea “m”) sobre a indenização por danos morais.

Nesses termos, desprovejo o apelo da ré e provejo o do autor.

Verbas rescisórias e anotação da CTPS

A reclamada se insurge contra a condenação ao pagamento de verbas salariais e rescisórias, além da obrigação de anotação da CTPS, alegando que não reconhece o vínculo de emprego entre as partes.

Pois bem.

Primeiramente, cumpre registrar que a demandada não se insurge de forma específica em relação às condenações impostas, limitando-se a negar a existência do vínculo empregatício.

Todavia a questão afeta à relação havida entre as partes já foi apreciada por este Colegiado no acórdão de Id 7046669, não sendo passível de reexame nesta instância.

Desse modo, sendo as obrigações impostas meros corolários do reconhecimento do vínculo de emprego, restam mantidas.

No que se refere a aplicação de *astreintes*, cabe ponderar que os artigos 536 e 537 do CPC/2015, subsidiariamente aplicáveis ao Processo do Trabalho por força do artigo 769 da CLT, facultam ao Juiz, nas obrigações de fazer, a imposição de uma multa diária para a efetivação de seu cumprimento. Sua finalidade é justamente constranger o devedor a adimplir determinada obrigação e, em sendo assim, mostra-se plenamente compatível sua aplicação no presente caso.

Nada a prover.

Multa do artigo 477 da CLT

A reclamada alega ser indevida a multa do art. 477 da CLT quando a controvérsia gira em torno da existência de relação de emprego.

Sem-razão.

A existência de controvérsia acerca da relação de emprego não constitui óbice ao deferimento da multa do art. 477 da CLT, quando não comprovado o regular pagamento do acerto rescisório dentro do prazo legal.

A decisão judicial reconhecedora da existência do vínculo de emprego não cria um direito. Ao revés, declara direito já existente, possuindo, portanto, efeito *ex tunc*, ou seja, retroage à época em que se formou a relação.

Nesse raciocínio, tem-se que o direito do empregado às verbas rescisórias não nasce mediante a prolação da sentença judicial, de modo que a inexistência de quitação no prazo previsto no § 6º do

art. 477 da CLT acarreta a aplicação da multa prevista no § 8º do referido dispositivo consolidado.

A esse respeito, a OJ 25 das Turmas deste Eg. Regional:

RELAÇÃO DE EMPREGO CONTROVERTIDA. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO § 8º DO ART. 477 DA CLT. Mesmo havendo séria controvérsia sobre a existência de vínculo empregatício e sendo este reconhecido apenas em Juízo, aplica-se ao empregador a multa por atraso no pagamento das verbas rescisórias. (ex-Súmula n. 12/TRT3) (Disponibilização/divulgação: DEJT/TRT3 18/9/2013, 19/9/2013 e 20/9/2013.)

No mesmo sentido é a jurisprudência do C. TST, conforme Súmula n. 462:

MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. INCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO JUDICIAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO. A circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida apenas em juízo não tem o condão de afastar a incidência da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT. A referida multa não será devida apenas quando, comprovadamente, o empregado der causa à mora no pagamento das verbas rescisórias.

Nego provimento.

Indenização por dano moral (matéria comum)

A reclamada foi condenada ao pagamento de indenização por dano moral pelo transporte de valores, sob os seguintes fundamentos:

[...] Em seguida, quanto ao transporte de valores, a testemunha Alencar Callos de Souza afirmou que “pastor não tem permissão de carregar valores.”

Contudo, a testemunha Luciano Arleo de Alencar afirmou que “o pastor leva o dinheiro arrecadado no culto para a central da reclamada que se encarrega de depositar o dinheiro no banco.”

Por sua vez, a testemunha Flávio Rene de Oliveira informou que “as ofertas eram levadas diariamente até a sede regional, ocasião em que era preenchido apenas um recibo; que, ao final da semana, era preenchida uma planilha com os valores arrecadados em cada dia; que o depoente

transportava esses valores em ônibus.”

Entendo, portanto, que a prova oral produzida corroborou as alegações do autor, neste particular.

A atribuição de transportar valores sem qualquer retaguarda especializada impõe risco pessoal e causa grave apreensão ao indivíduo, pois figura como responsável da quantia transportada, havendo risco à sua integridade física, ainda que os valores não ultrapassem aqueles a que se referem a Lei 7.102/83.

Nesse sentido, é a OJ 22 das Turmas do TRT da 3ª Região.

Logo, ainda que não reconhecido o vínculo de emprego, mas tendo a ré submetido o autor a situação de risco à sua integridade física, emerge clara sua omissão e a ilicitude da sua conduta, o que enseja a reparação por danos morais postulada na inicial, já que incontroverso nos autos que os valores arrecadados revertiam em seu benefício.

Assim, entendo que restaram preenchidos os requisitos ensejadores da indenização pretendida, existindo evidências da prática de conduta abusiva e ilícita por parte da reclamada, de modo a ensejar a indenização postulada, a teor do disposto nos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Por outro lado, deve-se ter em vista que a compensação nesses casos tem dupla finalidade: proporcionar um lenitivo ao ofendido e, ao mesmo tempo, coibir a repetição desse tipo de ato, sem representar, porém, enriquecimento da parte ofendida.

Ao sopesar todos esses aspectos, concluo que a importância de R\$ 10.000,00 se revela condizente com a extensão do dano constatada, sem perder de vista o caráter punitivo, a fim de que tais fatos não ocorram novamente, razão pela qual fixo a indenização postulada nesse patamar. [...]. (Id 63f2f8b, p. 06/07).

A reclamada recorre, argumentando que, muito embora a testemunha Luciano Arleo de Alencar tenha afirmado que o pastor leva o dinheiro arrecadado no culto para a central da reclamada, não há prova nos autos de que o recorrido tenha sofrido algum dano em decorrência desse fato. Assevera que o simples fato de o autor ter transportado valores, mormente quando não se sabe se os montantes eram significativos, não tem o condão de causar-lhe danos aos direitos inerentes à personalidade. Pede, eventualmente, a redução do *quantum* arbitrado.

O reclamante, por sua vez, pretende a majoração do valor da verba indenizatória para R\$ 150.000,00, alegando que sofreu diversos atos abusivos praticados pela ré, dentre os quais a coação

a se submeter ao procedimento de vasectomia, além do transporte de quantias sem a devida segurança para tal.

Pois bem.

De início, cumpre lembrar que o exame da pretensão de indenização por dano moral com base na realização de cirurgia de vasectomia restou analisada em tópico anterior.

A indenização por dano moral sofrido pelo empregado no âmbito do contrato de trabalho pressupõe um ato ilícito, consubstanciado em erro de conduta ou abuso de direito, praticado pelo empregador ou por preposto seu, um prejuízo suportado pelo ofendido, com a subversão dos seus valores subjetivos da honra, dignidade, intimidade ou imagem, um nexo de causalidade entre a conduta injurídica do primeiro e o dano experimentado pelo último, o que assegura ao titular do direito a indenização pelo dano material ou moral a teor do que dispõe o inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Assim é que, onde houver prejuízo, a responsabilidade civil é chamada para fundamentar a pretensão de ressarcimento por parte daquele que sofreu as consequências do infortúnio.

É, por isso, instrumento da manutenção da paz social, na medida em que socorre o que foi lesado, utilizando o patrimônio do causador do dano para restauração do equilíbrio rompido.

Essa medida, além de corrigir o desvio de conduta, amparando a vítima do prejuízo causado, serve para desestimular o violador potencial, o qual pode antever, e até mensurar, o peso da reposição que seu ato ou omissão poderá acarretar.

Não se há esquecer que o poder de direção patronal está sujeito a limites inderrogáveis, como o respeito à integridade moral do empregado, que lhe é reconhecido no plano constitucional.

Se o empregado, por força do disposto no art. 2º da CLT, tem o dever de cumprir as normas e diretrizes emanadas do poder diretivo do empregador, exige-se, pela mesma forma, que o empregador tenha senso de equilíbrio e razoabilidade ao exigir tarefas daqueles que lhe prestam serviços.

Por outro lado, não se pode esquecer que o dano moral apenas se caracteriza quando se verifica o abuso ou imoderação

no exercício de direitos por parte do empregador e a conexão com o fato causador para responsabilização do agente.

No presente caso, reportando-me ao cotejo entre os depoimentos das testemunhas reproduzidos no trecho da sentença acima transcrito, ficou evidenciado pela prova oral que o reclamante exerceu, de fato, a atividade de transporte de valores.

Ora, o transporte de importâncias em dinheiro, independentemente de ser o valor elevado ou não, sem qualquer segurança, caracteriza-se como perigoso e submete o empregado à tensão e ansiedade incompatíveis com a função para a qual foi contratado.

A tanto se acrescente que a Lei n. 7.102/83, art. 3º, ao dispor sobre o transporte de valores, preceitua que tal atividade deve ser efetuada por empresas especializadas ou por um profissional devidamente capacitado para tal função e com amparo necessário de segurança.

O que se verifica, na verdade, é que a conduta da reclamada constituiu ilícito trabalhista por submeter o trabalhador à situação de risco acentuado, o que configura o fato gerador de indenização por dano moral.

A tarefa imposta era de perigo inquestionável, gerando ao trabalhador fundado receio de, a qualquer momento, poder ser alvo de assalto e ter sua vida colocada em perigo.

Essa situação implicou transferência ao empregado do risco que é inerente ao empreendimento, caracterizando ilícito trabalhista, já que não houve treinamento específico para essa tarefa e nem foi disponibilizado qualquer meio de proteção ao obreiro, colocando-se em risco a sua integridade física.

Ainda que o reclamante não tenha sido vítima de ameaça ou assalto, caracterizado está o dano, haja vista a exposição a um risco acentuado e de forma constante.

No que tange à repercussão do fato na órbita subjetiva do ofendido, tem-se que, por se tratar de fenômenos ínsitos da alma humana, que decorrem naturalmente das agressões do meio social, a dor, o constrangimento, o medo e a aflição dispensam

comprovação, sendo suficiente a prova do ato ilícito e do nexo de causalidade deste com o dano, como aqui se evidenciou.

O dano moral decorre do temor e da ansiedade experimentados pelo trabalhador, que se vê totalmente desprotegido e vulnerável ante o perigo que se lhe apresenta. Não se faz necessária para o reconhecimento do dano moral a efetiva ocorrência de assalto, pois o sofrimento moral decorrente do risco a que se sujeitava, sem a devida proteção, deve ser indenizado.

Esse é o entendimento pacificado neste Eg. Regional por meio da OJ 22 das Turmas:

O transporte de valores sem o atendimento das exigências previstas na Lei n. 7.102/83 expõe o empregado a risco e enseja o pagamento de indenização por dano moral, ainda que ele não tenha sido vítima de assalto.

E, no caso, ressalto que a conduta adotada pela reclamada revela inaceitável descaso pela pessoa do empregado, o que configura ofensa aos direitos da personalidade e atrai, repito, a reparação indenizatória.

Saliento, por oportuno, que a imposição de indenização ao causador de danos é forma de manutenção da paz social, porque visa a estabelecer reprimenda educativa, de modo a evitar a repetição dos atos lesivos que afrontam princípios e normas de convivência entre os particulares, resguardando a dignidade humana e a própria dignidade dos contratos, quer eminentemente privatistas, quer de cunho institucional, como é o caso do contrato de trabalho.

Contudo, trata-se de medida que há de ser aplicada com moderação, obedecendo sempre aos princípios de proporcionalidade e razoabilidade.

Na estipulação do valor do dano moral, devem-se observar os limites resultantes desses princípios e da igualdade, que regem as relações de direito, para que não importe em prêmio indevido ao ofendido, indo além da recompensa ao desconforto ou ao gravame suportado.

Assim é que, ao fixar o valor da indenização por danos morais, é de se pautar o magistrado por critério de razoabilidade e justiça, levando em conta o grau da lesão e da ofensa, assim como a capacidade econômica do ofensor, o que, servindo de medida pedagógica, impedirá que fatos dessa gravidade no futuro se repitam.

Tal ocorreu na hipótese destes autos, ponderada que foi a situação concreta, a gravidade da culpa, a duração do contrato de trabalho e a capacidade econômica do ofensor, pelo que considero razoável a fixação do *quantum* de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ante o exposto, nego provimento a ambos os apelos.

Recurso do reclamante

Iniciativa do desligamento

O reclamante discorda que o desligamento tenha sido iniciativa sua, como reconhecido na sentença, argumentando que a prova testemunhal foi clara no sentido de que foi coagido a assinar o termo de desligamento.

Sem-razão.

A declaração de Id f77b193, devidamente assinada pelo autor e não impugnada oportunamente, atesta que o demandante se desligou voluntariamente das atividades que desempenhava.

Não há nos autos qualquer prova de coação ou de qualquer outro vício de consentimento capaz de invalidar o referido documento.

Nada a prover, portanto.

Adicional de transferência

Insurge-se o autor quanto ao indeferimento do pedido de adicional de transferência, alegando que, por diversas vezes, fora obrigado pela ré a se deslocar por várias cidades dentro do Estado de Minas Gerais, principalmente Uberlândia, Uberaba, Montes

Claros, sendo que, em cada cidade, ficou períodos não inferiores a 01 (um) ano e 06 (seis) meses e nunca recebeu o adicional respectivo.

Analisa-se.

A única condição imposta pela legislação, artigo 469 da CLT, para recebimento do mencionado adicional pelo empregado, conforme interpretação já pacificada pela jurisprudência na Orientação Jurisprudencial n. 113 da SDI-I do C. TST, é que a transferência seja provisória. Transcrevo:

OJ 113. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. CARGO DE CONFIANÇA OU PREVISÃO CONTRATUAL DE TRANSFERÊNCIA. DEVIDO. DESDE QUE A TRANSFERÊNCIA SEJA PROVISÓRIA (inserida em 20/11/1997). O fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional. O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória.

Cumpra anotar que o escopo da norma legal é de remunerar, de forma suplementar, o desgaste causado pela prestação de serviços longe da residência.

A lei não cria um critério objetivo quanto ao prazo de duração da transferência para que seja tida como definitiva, tendo a doutrina aplicado analogicamente a regra do § 1º do art. 478 da CLT, que estabelece ser o primeiro ano de duração do contrato de trabalho considerado como um período de experiência.

Logo, se o período de transferência for superior a um ano, pode ser presumido seu caráter definitivo.

No caso em apreço, o próprio reclamante afirma, na petição inicial e nas razões recursais, que permaneceu nas localidades para as quais foi transferido por períodos não inferiores a um ano e seis meses, o que reforça o caráter definitivo das transferências.

Dessa forma, ausente o requisito da provisoriedade da mudança, não há que se falar em pagamento do adicional de transferência.

Provimento negado.

Registro a seguinte divergência de fundamentos da d. maioria:

Des. Adriana Goulart de Sena Orsini:

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA (divergência de entendimento)

Com a devida vênia, o limite de um ano para caracterização da provisoriedade não é chancelado pelo C. TST:

RECURSO DE REVISTA. 1 - ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. Consta do acórdão regional que “o Reclamante foi transferido de Cascavel-PR para Jonville-SC, em 1º/5/2006, e de acordo com os cartões de ponto (f. 20-34 do vol. doc.), tal perdurou por apenas 1 ano e 5 meses (de 1º/5/2006 a 30/9/2007), quando retornou para Cascavel-PR. Por conseguinte, considera-se que ocorreu em caráter provisório, pelo que é devido o pagamento do adicional fixado no § 3º do artigo 469 da CLT.” Nos termos da Orientação Jurisprudencial 113 do TST, para a percepção do adicional de transferência, há que se observar como único pressuposto legal a provisoriedade, não importando o fato de o empregado exercer cargo de confiança, a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho, nem mesmo a circunstância de a transferência ter ocorrido a pedido do empregado. Precedentes desta Segunda Turma. Recurso de revista não conhecido [...]. (RR-919-19.2011.5.09.0069, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 29/11/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 7/12/2017.)

Contudo, ante a inexistência de prova suficiente nos autos sobre a efetiva transferência, mantém-se o indeferimento.

Desprovejo.

Des. Juliana Vignoli Cordeiro:

Respeitosamente, acompanho a conclusão no tópico relativo à TRANSFERÊNCIA, mas divirjo dos fundamentos, vez que não limito a um ano o prazo para que a transferência seja tida como PROVISÓRIA, conforme já me manifestei no PROCESSO n. 0010187-52.2016.5.03.0049 (RO), de minha relatoria, cuja ementa transcrevo:

EMENTA - ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. PROVISORIEDADE. TEMPO DE DURAÇÃO. A jurisprudência do C. TST, “atenta ao princípio da razoabilidade, a fim de mensurar o que representa a provisoriedade nos casos de transferência, entende caracterizada quando ela se dá por um período inferior a 3 (três) anos.” (TST - RR:2377520105090303, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 12/8/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/8/2015.)

Horas extras

O pedido de pagamento de horas extras foi rejeitado pelo julgador de primeiro grau nos seguintes termos:

[...] Pretende o autor o recebimento de horas extras e reflexos sob a alegação de que laborava de 07:00 as 22:00 horas, com pequenos intervalos para alimentação e descanso.

Analisando os autos, verifico que o autor, como pastor da igreja, atuava com grande fidúcia por parte do bispo, seu superior.

Em seu próprio depoimento pessoal, o reclamante informou “que o depoente era a autoridade máxima na sua igreja”, conforme ata de f. 341. Pelas provas produzidas nos autos, conclui-se que o autor representava o próprio empregador, tomando decisões e coordenando as atividades com autonomia e independência, realizando atos de gestão, representação e decisão, sem fiscalização imediata.

A testemunha ouvida a rogo da ré comprovou, inclusive, a ausência de fiscalização de horários pela ré, conforme ata de f. 273: “que o pastor ou o obreiro poderia abrir a igreja; que, entre um culto e outro, o pastor pode exercer atividades pessoais ou religiosas; que não há horário de almoço estabelecido; que é necessário estar na igreja apenas no horário do culto que o pastor se propôs a fazer.”

Assim, concluo que o reclamante se equiparava a um gerente, não se sujeitando a qualquer controle de jornada, nos termos do art. 62, II, da CLT, o que é fato impeditivo ao recebimento de horas extras.

Por esta razão, indeferem-se as horas extras pleiteadas, inclusive intervalares, bem como seus respectivos reflexos. [...]. (Id 63f2f8b, p. 04).

O reclamante não se conforma, argumentando que restou cabalmente demonstrado nos autos que os funcionários da recorrida eram obrigados a seguir o horário informado na exordial, sob pena de punição.

Ao exame.

O pedido em questão foi assim postulado na peça de ingresso:

[...] Ao exercer a atividade para a Reclamada, o Reclamante diariamente laborava em média 14 horas por dia, sendo que era obrigado a abrir a igreja às 07h da manhã, devendo permanecer com ela aberta até as 22h, sendo concedido apenas pequenos intervalos para descanso.

Assegura a nossa legislação que a duração normal do trabalho, para os

empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 08 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

Certo é, Ex^a, que o reclamante laborava em média seis horas extras por dia, sendo direito do mesmo ser ressarcido de tal valor.

Assim, considerando que o reclamante extrapolava a jornada permitida por lei, deve a reclamada ser condenada ao pagamento das horas extras laboradas pelo reclamante, sendo um total de 7.200 horas extras, nos últimos cinco anos. [...]. (Id 395e3b5, p. 05/06).

Em conformidade com as regras processuais estabelecidas nos artigos 818 da CLT e 373 do NCPD, negado o trabalho em sobrejornada, compete ao empregado a prova do tempo de efetivo labor.

A respeito da matéria controvertida, as testemunhas ouvidas a rogo da ré prestaram as seguintes declarações:

[...] que o pastor faz cultos, atende os fiéis, faz orações, realiza visitas, faz batismos, casamentos; que as atividades de casamento e batismo são feitas na igreja; [...] que, na sede em que o depoente trabalhou com o depoente, havia 03 cultos na igreja, com duração de 01 hora e 15 minutos/ 01 hora e 20 minutos, sendo que o reclamante participava de um por dia; que o depoente já substituiu o reclamante; que o pastor ou o obreiro poderia abrir a igreja; que, entre um culto e outro, o pastor pode exercer atividades pessoais ou religiosas; que não há horário de almoço estabelecido; que é necessário estar na igreja apenas no horário do culto que o pastor se propôs a fazer; [...] que não há fiscalização do trabalho dos pastores na igreja; [...] que os pastores têm dias de folga, normalmente aos sábados, à escolha do pastor, e as quintas-feiras são dedicadas às reuniões; que as atividades de batismo normalmente são realizadas depois dos cultos, mas não há data fixa; [...]. (depoimento de Alencar Callos de Souza, Id 3cb8d43, p. 20)

[...] 4 - as atividades principais do pastor são presidir cultos, fazer evangelização e atender fiéis e lhes dar orientação espiritual, basicamente; [...]; 10 - o reclamante fazia as mesmas atividades do depoente descritas no item 04; [...]; 15 - o depoente preside de 1 a 2 cultos por dia, sendo que, na Igreja, há 3 cultos por dia; quando trabalhou com o reclamante, revezavam-se nos cultos da manhã, da tarde e da noite; [...]; 17 - em média cada culto dura de uma hora a uma hora e meia; 18 - a Igreja não fiscaliza o trabalho do pastor de modo nenhum; 19 - existem reuniões de pastores que ocorrem semanalmente ou quinzenalmente para debater o trabalho e para orientação espiritual, sendo que os pastores não são

obrigados a participar; 20 - quando não está participando do culto, o pastor tem total liberdade de fazer o que quiser como descansar e cuidar de assuntos pessoais; [...]. (depoimento de Luciano Arleo de Alencar, Id 546bc6a, p. 24/25).

[...] as funções do pastor são evangelizar, fazer culto, batizar, fazer tratamentos, visitar hospitais; [...] na igreja em que o depoente e o reclamante trabalhavam, no bairro do Jatobá, aconteciam 03 cultos por dia, sendo um às 08h, outro às 15h e o último às 19h30, com duração de 40 minutos a 01 hora; o pastor não tem obrigação de realizar um número determinado de cultos diariamente; na igreja a que se referiu o depoente, havia 03 pastores; o pastor comparece à igreja, faz o seu culto e fica liberado para ir para onde quiser, não sendo obrigado a ficar na igreja; o pastor não tem chefe, mas tem bispo que passa orientações espirituais para o pastor; não há nenhuma fiscalização do trabalho dos pastores para saber se a igreja está fechada ou está aberta; o pastor não tem obrigação de cumprir horários e que, se faltar aos cultos, outro pastor ou obreiro é designado para fazer o culto em seu lugar e nada acontece com o pastor; os próprios pastores é que escolhem o pastor que vai fazer o culto cobrindo o pastor faltoso; semanalmente os pastores fazem uma reunião em um dia começando às 10h da manhã com duração de 01 hora a 01 hora e 20 minutos; o pastor não é obrigado a comparecer a essas reuniões; [...]. (depoimento de Joceleno Dantas de Souza, Id cdfcf01, p. 02/03).

Já a testemunha ouvida a rogo do autor afirmou:

[...] que nunca trabalhou na mesma igreja do autor(a); que encontrava com ele apenas nas reuniões de pastores; que estas reuniões ocorriam todas as quintas-feiras; [...] que trabalhava de domingo a domingo, de 07h as 21h30; que havia cultos todos os sábados pela manhã; que só não precisava realizar a pregação aos sábados quando havia pastor auxiliar, mas, nas igrejas em que realizou pregação, normalmente não possuía o auxiliar; que acredita que essa era a mesma rotina do autor(a) porque, em todas as igrejas que não possuía o auxiliar, era necessária a realização da pregação aos sábados; [...] que o depoente se reportava ao pastor regional, estando o bispo acima do pastor regional; que não poderia faltar nas reuniões de pastores porque, se faltasse, era retirado da obra; [...] que o depoente nunca solicitou outro pastor ou obreiro para realizarem pregação em seu lugar; que, na única vez que realizou esse pedido, foi chamado a atenção, salvo quando a igreja possui pastor auxiliar e a pregação pode ser delegada a ele para que este aprenda o ministério [...]. (depoimento de Flávio Rene de Oliveira, Id ca4b183, p. 02).

Sopesando as declarações das testemunhas acima transcritas, entendo que as alegações das três testemunhas da ré merecem ser privilegiadas em detrimento da declaração prestada pela única testemunha trazida pelo autor, pois, além de se mostrarem mais consentâneas com a realidade fática vivenciada pelo reclamante, não apresentaram contradições relevantes entre si, notadamente se levando em consideração que todos os depoimentos foram colhidos em localidades diversas, por meio de carta precatória.

Nesse contexto, pelo que se extrai da prova oral, as atribuições ministeriais consistem, basicamente, na realização de cultos (no máximo dois por dia), orações, visitas, batismos, casamentos e atendimento aos fiéis de modo geral, sendo que, das atividades enumeradas, apenas a realização de cultos não era eventual.

A prova também revelou que os cultos duravam, no máximo, uma hora e meia cada um, e que, fora desses horários, os pastores poderiam se dedicar a qualquer outra atividade pessoal.

Diante de tais circunstâncias, não é crível que o exercício das atribuições do autor demandasse a jornada por ele informada na petição inicial. Além disso, não restou comprovada a assertiva exordial de que o reclamante era obrigado a abrir a igreja às 07h da manhã, devendo permanecer com ela aberta até as 22h.

Logo, o demandante não comprovou a realização de trabalho em regime extraordinário, encargo probatório que lhe competia, por se tratar de fato constitutivo do direito alegado, nos moldes do artigos 818 da CLT e do inciso I do artigo 373 do CPC.

Ante o exposto, nego provimento.

CONCLUSÃO DO RECURSO

Conheço dos recursos ordinários interpostos e, no mérito, nego provimento ao apelo da ré e provejo parcialmente o do autor

para deferir a indenização por dano à personalidade no importe de R\$ 50.000,00, atualizáveis a partir desta data, e juros a partir do ajuizamento, nos termos da Súmula n. 439 do TST. Fico vencida quanto aos fundamentos do adicional de transferência. Majoro o valor da condenação nesta instância em R\$ 50.000,00, com custas ora arbitradas em R\$ 1.000,00, tudo na forma do item III da Súmula n. 25 do TST.

Determino a remessa deste acórdão à Escola Judicial para publicação na próxima Revista, em face da importância do tema, bem como a aposição do Selo de Tema Relevante.

Oficie-se o Ministério Público do Trabalho com o envio de cópia do acórdão.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em Sessão Ordinária da Egrégia Décima Primeira Turma, hoje realizada, julgou o referido processo e, à unanimidade, conheceu dos recursos ordinários interpostos; no mérito, por maioria de votos, negou provimento ao apelo da ré e deu provimento parcial ao do autor para deferir a reparação por dano à personalidade, no importe de R\$ 50.000,00, atualizáveis a partir desta data, e juros, a partir do ajuizamento, nos termos da Súmula n. 439 do TST; majorou o valor da condenação, nesta instância, em R\$ 50.000,00, com custas ora arbitradas em R\$ 1.000,00, tudo na forma do item III da Súmula n. 25 do TST; determinou que este acórdão seja remetido à Escola Judicial para publicação na próxima Revista, em face da importância do tema, bem como a aposição do Selo de Tema Relevante; que seja oficiado o Ministério Público do Trabalho com o envio de cópia do acórdão; vencida a Ex.^{ma} Juíza Convocada Relatora, quanto aos fundamentos do adicional de transferência.

Tomaram parte neste julgamento as Ex.^{mas} Juíza Convocada Ana Maria Espi Cavalcanti (Relatora), Desembargadoras Adriana Goulart de Sena Orsini e Juliana Vignoli Cordeiro.

Presidiu a sessão de julgamento o Ex.^{mo} Desembargador Luiz Antônio de Paula Iennaco.

Presente o Ministério Público do Trabalho, representado pela Dr^a Lutiana Nacur Lorentz.

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2018.

ANA MARIA ESPI CAVALCANTI
Juíza Convocada - Relatora

TRT-0010234-42.2017.5.03.0000 (Rcl)

Publ. no “DE” de 23/1/2018

RECLAMANTE: ANA CAROLINA XAVIER

RECLAMADOS: ALGAR TECNOLOGIA E CONSULTORIA S.A., CAIXA
ECONÔMICA FEDERAL

RELATORA: ROSEMARY DE OLIVEIRA PIRES

EMENTA: RECLAMAÇÃO - GARANTIA DA AUTORIDADE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL - CABIMENTO. As hipóteses de cabimento da reclamação são taxativas e fixadas nos incisos do artigo 988 do CPC, não admitindo ampliações, eis que, como medida excepcional que é, pode, inclusive, interferir em coisa julgada, somente atacável por ação rescisória e garantida pela Constituição Federal. A garantia da autoridade das decisões do tribunal, especificada no inciso II do art. 988 do CPC, refere-se à salvaguarda das decisões dos tribunais, tomadas em caso concreto, contra eventual desrespeito ou descumprimento por parte de autoridades judiciárias ou administrativas. Tal hipótese não se confunde com decisão de juiz ou tribunal tomada contra enunciado de súmula, de orientação jurisprudencial ou de tese jurídica prevalecente, pois, a não ser assim, desnecessária seria a inclusão do inciso

IV do referido artigo. Além disso, não se pode banalizar esse importante instituto, sob pena de se criar mais um recurso, contrariando o espírito do Código de Processo Civil. Inadmitido o processamento da reclamação.

1. RELATÓRIO

Trata-se de reclamação ajuizada por ANA CAROLINA XAVIER, com fulcro nos artigos 988 e seguintes do CPC, em face do v. acórdão proferido pela Egrégia 9ª Turma deste C. Tribunal no julgamento do recurso ordinário interposto na reclamação trabalhista n. 0011498-05.2016.5.03.0041, em que contende com Algar Tecnologia e Consultoria S.A. e Caixa Econômica Federal, alegando recusa de aplicação da Súmula n. 49 deste Regional.

Requeru a concessão de medida liminar, nos termos do inciso II do art. 989 do CPC, e, ao final, que seja julgada procedente esta reclamação para, cassando o v. acórdão atacado, reconhecer a nulidade do contrato de trabalho e isonomia da reclamante com os empregados da 2ª reclamada, com seu enquadramento como bancária.

Pediu a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Acompanharam a inicial cópia do v. acórdão combatido, procuração outorgada ao advogado subscritor da inicial, cópias de documentos dos autos originários e cópias de acórdãos proferidos pelas Turmas deste Regional sobre o tema.

Os autos foram a mim distribuídos, em atenção à regra de competência funcional prevista no § 3º do art. 988 do CPC.

Através do despacho de Id. 48Aa5d9, não foi admitido o processamento da reclamação, por incabível.

Contra tal decisão, a reclamante interpôs agravo regimental.

Mantida a decisão agravada, concedeu-se prazo para contraminuta às agravadas. Remetidos os autos ao Ministério Público do Trabalho, este opinou pelo conhecimento e desprovimento do agravo regimental.

Mantida, a princípio, a decisão agravada, posteriormente foi

realizado juízo de retratação e admitido o processamento da reclamação, considerando o entendimento majoritário exarado no julgamento do Processo TRT n. 0011045-36.2016.5.03.0000 Rcl, em Sessão Plenária ordinária de 11/5/2017.

Foi então determinada a suspensão do processo originário, a teor do disposto no inciso II do art. 989 do CPC e requisitadas informações aos integrantes da Egrégia 9ª Turma deste Regional que participaram do julgamento que deu origem ao v. acórdão reclamado, nos termos do inciso I do art. 989 do CPC.

O Ex.^{mo} Desembargador João Bosco Pinto Lara e a Ex.^{ma} Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos prestaram informações.

Devidamente citadas as reclamadas da ação originária, apenas a Algar apresentou contestação, arguindo matéria preliminar e pugnando pela improcedência da reclamação.

O douto Ministério Público do Trabalho apresentou parecer, manifestando-se pelo não cabimento da reclamação e pela sua consequente extinção, sem análise do mérito. Opinando, ainda, na hipótese de ser admitida a reclamação, pela procedência dos pedidos.

É o relatório.

2. VOTO

Juízo de admissibilidade

Não cabimento da reclamação

Quanto ao cerne da reclamação, é certo que os artigos 926 e 927 do Novo Código de Processo Civil determinam que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e editar enunciado de súmula e que os juízes e tribunais observarão, dentre outros, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Todavia, o artigo 988 do CPC dispôs que somente caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

- I - preservar a competência do tribunal;
- II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
- III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou de incidente de assunção de competência.

As hipóteses de cabimento da reclamação são, portanto, taxativas e fixadas nos incisos do artigo 988 do CPC, não admitindo ampliações, eis que, como medida excepcional que é, pode, inclusive, interferir em coisa julgada, somente atacável por ação rescisória e garantida pela Constituição Federal.

A garantia da autoridade das decisões do tribunal especificada no inciso II do art. 988 se refere à salvaguarda das decisões dos tribunais, tomadas em caso concreto, contra eventual desrespeito ou descumprimento por parte de autoridades judiciárias ou administrativas.

Tal hipótese não se confunde com decisão de juiz ou tribunal tomada contra enunciado de súmula, de orientação jurisprudencial ou de tese jurídica prevalecente, pois, a não ser assim, desnecessária seria a inclusão do inciso IV do referido artigo.

Além disso, não se pode banalizar esse importante instituto, sob pena de se criar mais um recurso, contrariando o espírito do Código de Processo Civil.

Assim, por incabível nas hipóteses dos autos, inadmito o processamento da reclamação.

Justiça gratuita

A reclamante requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Atenta ao disposto nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 98 do CPC, defiro à reclamante os benefícios da justiça gratuita, tendo em vista que declarou o seu estado de pobreza e considerando que não há nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a sua concessão.

Honorários advocatícios

Esta Relatora entendia cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, pelos seguintes fundamentos:

É cabível a fixação de honorários advocatícios de sucumbência em sede de reclamação. Nesse sentido ilustra a seguinte decisão da Primeira Turma do STF, proferida nos autos da RCL 24417 AgR/SP:

“EMENTA: AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO E DO TRABALHO. REMUNERAÇÃO. SÚMULAS VINCULANTES 37 E 42. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RECLAMAÇÃO. NOVO REGIME PROCESSUAL. CABIMENTO. 1. Não viola as Súmulas Vinculantes 37 e 42 decisão que, com base no Decreto n. 41.554/97 e Lei n. 8.898/94, ambos do Estado de São Paulo, garante a empregada pública cedida da Fundação Municipal de Ensino Superior de Marília para a Faculdade de Medicina de Marília - FAMENA - o recebimento de remuneração conforme índices estabelecidos pelo Conselho de Reitores das Universidades Estaduais de São Paulo - CRUESP. Precedentes. 2. O CPC/2015 promoveu modificação essencial no procedimento da reclamação, ao instituir o contraditório prévio à decisão final (art. 989, III). Neste novo cenário, a observância do princípio da causalidade viabiliza a condenação da sucumbente na reclamação ao pagamento dos respectivos honorários, devendo o respectivo cumprimento da condenação ser realizado nos autos do processo de origem, quando se tratar de impugnação de decisão judicial. 3. Agravo interno a que se nega provimento.”

Diante disso, e considerando o disposto no item IV da Súmula n. 219 do TST e as diretrizes traçadas nos §§ 2º e 6º do art. 85 do CPC, condeno a reclamante a pagar honorários advocatícios de sucumbência, no montante de 10% sobre o valor da causa, a serem executados pelo juízo competente para a execução da condenação principal nos autos de origem. Entretanto, suspendo a exigibilidade quanto a esses, por estar a reclamante sob o pálio da gratuidade de justiça, nos termos do inciso VI, §§ 1º e 3º, do artigo 98 do vigente Código de Processo Civil.

Todavia, a douta maioria do Egrégio Tribunal Pleno sufragou o entendimento no sentido de ser incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios nesta Justiça Especializada fora das hipóteses legais, não sendo o caso de incidência da Súmula n. 219 do C. TST.

3. CONCLUSÃO

Inadmito a presente reclamação, julgando extinto o feito sem resolução do mérito e determinando o prosseguimento da reclamação trabalhista n. 0011498-05.2016.5.03.0041.

Defiro à reclamante os benefícios da justiça gratuita.

Custas pela requerente, no importe de R\$ 704,00, calculadas sobre R\$ 35.200,00, valor atribuído à causa, isenta ante a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

O Egrégio Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária realizada nesta data, sob a presidência do Ex.^{mo} Desembargador Júlio Bernardo do Carmo, computados os votos dos Ex.^{mos} Desembargadores Júlio Bernardo do Carmo (Presidente), Ricardo Antônio Mohallem (Primeiro Vice-Presidente), Luiz Ronan Neves Koury (Segundo Vice-Presidente), Maria Laura Franco Lima de Faria, Emília Facchini, Maria Lúcia Cardoso de Magalhães, Marcus Moura Ferreira, Denise Alves Horta, Lucilde d'Ájuda Lyra de Almeida, Paulo Roberto de Castro, Anemar Pereira Amaral, Jorge Berg de Mendonça, Márcio Flávio Salem Vidigal, Emerson José Alves Lage, Jales Valadão Cardoso, Marcelo Lamego Pertence, Rogério Valle Ferreira, Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto, José Eduardo de Resende Chaves Júnior, Camilla Guimarães Pereira Zeidler, Paulo Chaves Corrêa Filho, Maria Stela Álvares da Silva Campos, Luiz Antônio de Paula Iennaco, Sérgio da Silva Peçanha, Cristiana Maria Valadares Fenelon, Luís Felipe Lopes Boson, Milton Vasques Thibau de Almeida, Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes, Rosemary de Oliveira Pires (Relatora), Ana Maria Amorim Rebouças, José Marlon de Freitas, Paulo Maurício Ribeiro Pires, Lucas Vanucci Lins, Paula Oliveira Cantelli, Adriana Goulart de Sena Orsini, Juliana Vignoli Cordeiro e Marco Antônio Paulinelli de Carvalho; registrando o impedimento do Ex.^{mo} Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira, e com a presença da Procuradora-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da Terceira Região, Adriana Augusta de Moura Souza,

RESOLVEU, por maioria de votos, vencidos os Ex.^{mos} Desembargadores Júlio Bernardo do Carmo, Maria Laura Franco Lima de Faria, Denise Alves Horta, Emerson José Alves Lage, Marcelo Lamego Pertence, Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto, José Eduardo de Resende Chaves Júnior, Camilla Guimarães Pereira Zeidler, Sérgio da Silva Peçanha, Milton Vasques Thibau de Almeida, José Marlon de Freitas, Paulo Maurício Ribeiro Pires, Lucas Vanucci Lins, Paula Oliveira Cantelli, Adriana Goulart de Sena Orsini e Juliana Vignoli Cordeiro, inadmitir a presente reclamação, julgando extinto o feito sem resolução do mérito e determinando o prosseguimento da reclamação trabalhista n. 0011498-05.2016.5.03.0041. Os Ex.^{mos} Desembargadores Ricardo Antônio Mohallem, Maria Lúcia Cardoso de Magalhães, Jales Valadão Cardoso, Maria Stela Álvares da Silva Campos, Luiz Antônio de Paula Iennaco, Cristiana Maria Valadares Fenelon, Luís Felipe Lopes Boson, Rosemary de Oliveira Pires, Ana Maria Amorim Rebouças e José Marlon de Freitas também ficaram vencidos porque condenavam a autora ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência. Deferidos à reclamante os benefícios da justiça gratuita. Custas pela requerente, no importe de R\$ 704,00, calculadas sobre R\$ 35.200,00, valor atribuído à causa, isenta ante a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Deferida a juntada de voto vencido ao Ex.^{mo} Desembargador Marcelo Lamego Pertence.

Belo Horizonte, 7 de dezembro de 2017.

ROSEMARY DE OLIVEIRA PIRES
Desembargadora - Relatora

VOTO VENCIDO PROFERIDO PELO EX.^{MO} DESEMBARGADOR MARCELO LAMEGO PERTENCE (§ 3º DO ART. 941 DO CPC)

Juízo de admissibilidade

Diante das alterações promovidas pela Lei n. 13.015/2014 na CLT, o Processo do Trabalho emprestou obrigatória observância dos Tribunais Regionais do Trabalho às Súmulas e Teses Jurídicas Prevalentes por eles aprovadas após tal diploma legal:

§ 3º do art. 896 da CLT - Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicação, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

§ 4º do art. 896 da CLT - Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência. (sublinhei)

Destaco o escólio do Ministro Cláudio Brandão do Tribunal Superior do Trabalho:

[...] Observe-se que, nesse aspecto, a Turma não poderá decidir em desconformidade com a tese fixada como prevalente pelo Tribunal Pleno que, como órgão maior da jurisdição no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho, atribui à sua decisão força vinculante, sob pena de, em prosseguindo, o Ministro Relator do TST poder cassar ou reformar, liminarmente, a decisão, autorizado que se encontra, ainda que supletivamente, pelo art. 1.040, caput, do CPC.

Embora não haja previsão expressa na CLT, não há razão, menos ainda justificativa lógica, para que o recurso de revista obstado siga para exame do TST, sem que se conceda a oportunidade de a Turma se retratar, uma vez fixada a tese pelo Pleno, que, como visto, passará a ter caráter vinculante.

[...]

Essa, aliás, é a grande diferença e principal mudança da sistemática atual de uniformização da jurisprudência: o caráter impositivo da decisão que fixe a tese jurídica. [...]. (Reclamação Constitucional no Processo do Trabalho, São Paulo: LTr, 2017. p. 200.) (sublinhei)

Colaciono a jurisprudência do TST:

EMENTA: RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO.

[...]

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. ARTIGOS 389, 395 E 404 DO CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO. JURISPRUDÊNCIA UNIFORMIZADA NA CORTE DE ORIGEM. SÚMULA N. 26 DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO. Constatado que o acórdão recorrido contraria súmula do próprio Tribunal Regional, editada após incidente de uniformização de jurisprudência, necessária a remessa dos autos à Corte de origem, para adequação do julgamento. Trata-se de providência indispensável para que seja preservada a exigência contida no artigo 896, § 3º, da CLT, a fim de que caiba exclusivamente a este Tribunal Superior a função de preservar a unidade do sistema jurídico, ao passo que aos Tribunais Regionais do Trabalho é atribuído o dever de fixar uma única tese sobre questão jurídica no âmbito de sua circunscrição territorial. Por isso, a necessidade de novo julgamento pela Turma, para que, como órgão indicado como juiz natural do recurso ordinário, tenha a oportunidade de se retratar e decidir em conformidade com a tese fixada como prevalecente pelo Tribunal Pleno que, como órgão maior da jurisdição no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho, atribui à sua decisão força de cumprimento obrigatório. Prejudicado o exame do recurso de revista, no particular. (TST, 7ª Turma, Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, RR 49-67.2015.5.08.0131, DEJT publicado em 29/9/2017.) (sublinhei)

EMENTA: RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. DIFERENÇAS SALARIAIS. LEI MUNICIPAL. DESRESPEITO À ISONOMIA DE ÍNDICES DE REAJUSTES GERAIS ANUAIS. JURISPRUDÊNCIA UNIFORMIZADA NA CORTE DE ORIGEM. SÚMULA N. 68 DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Constatado que o acórdão recorrido contraria súmula do próprio Tribunal Regional, editada após incidente de uniformização de jurisprudência, necessária a remessa dos autos à Corte de origem, para adequação do julgamento. Trata-se de providência indispensável para que seja preservada a exigência contida no artigo 896, § 3º, da CLT, a fim de que caiba exclusivamente a este Tribunal

Superior a função de preservar a unidade do sistema jurídico, ao passo que aos Tribunais Regionais do Trabalho é atribuído o dever de fixar uma única tese sobre questão jurídica no âmbito de sua circunscrição territorial. Por isso, a necessidade de novo julgamento pela Turma, para que, como órgão indicado como juiz natural do recurso ordinário, tenha a oportunidade de se retratar e decidir em conformidade com a tese fixada como prevalecte pelo Tribunal Pleno que, como órgão maior da jurisdição no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho, atribui à sua decisão força de cumprimento obrigatório. Prejudicado o exame do recurso de revista. (TST, 7ª Turma, RR 10134-87.2015.5.15.0141, Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT publicado em 8/9/2017.) (sublinhei)

Este Eg. Tribunal Pleno já se manifestou acerca da adstrição dos órgãos jurisdicionais desta 3ª Região às suas Súmulas ou Teses Jurídicas Prevalectes:

[...] Embora essa repetição seja aparente no caso em exame, não se configura a hipótese de litispendência, pois, na presente reclamação, o que se objetiva é preservar a autoridade da decisão proferida em Incidente de Uniformização de Jurisprudência pelo Eg. Tribunal Pleno, que resultou na edição da Súmula 42, tendo, por pressuposto, a integral submissão do magistrado prolator da decisão contra a qual se interpõe a presente Reclamação à *ratio decidendi* da decisão que deu origem ao julgamento do incidente.

No recurso ordinário aviado pelo reclamante na ação originária, o pedido recursal não possui a mesma força e profundidade de se fazer observar o precedente de julgamento, pois não se coloca em exame o respeito à autoridade das decisões Plenárias do Eg. TRT.

Na presente reclamação, reconhecida a desobediência à autoridade das decisões do Tribunal Pleno, ao Juiz ou órgão fracionário será imposto comando no sentido de que decida a questão *sub judice*, em conformidade com o que definido através da uniformização jurisprudencial, preservando a autoridade da decisão e definição plenária. [...]. (TRT da 3ª Região, Tribunal Pleno, Rcl 0011045-36.2016.5.03.0000, Redator: Emerson José Alves Lage, DEJT disponibilizado em 5/6/2017.) (sublinhei)

As súmulas e teses jurídicas prevalectes editadas por este Eg. Regional durante a vigência da Lei n. 13.015/2014 são de observância obrigatória para todos os órgãos jurisdicionais compreendidos em sua circunscrição territorial.

Conheço.

Juízo de mérito

O v. acórdão reclamado externou entendimento oposto ao da Súmula n. 49 deste Eg. Regional:

TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇO DE *TELEMARKETING*. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. ILICITUDE. RESPONSABILIDADE.

I - O serviço de *telemarketing* prestado por empresa interposta configura terceirização ilícita, pois se insere na atividade-fim de instituição bancária (art. 17 da Lei n. 4.595/64).

II - Reconhecida a nulidade do contrato de trabalho firmado com a prestadora de serviços (arts. 9º da CLT e 942 do CC), forma-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador, pessoa jurídica de direito privado, que responde pela quitação das verbas legais e normativas asseguradas aos seus empregados, com responsabilidade solidária da empresa prestadora.

III - A terceirização dos serviços de *telemarketing* não gera vínculo empregatício com instituição bancária pertencente à Administração Pública Indireta, por força do disposto no art. 37, inciso II e § 2º, da Constituição Federal, remanescendo, contudo, sua responsabilidade subsidiária pela quitação das verbas legais e normativas asseguradas aos empregados da tomadora, integrantes da categoria dos bancários, em respeito ao princípio da isonomia. (RA 283/2015, disponibilização: DEJT: 22, 23, 28 e 29/12/2015, 7, 8 e 11/1/2016; republicação em razão de erro material: disponibilização: DEJT/TRT3/Cad. Jud. 27, 28 e 29/1/2016.)

CONCLUSÃO

Julgo procedente a reclamação proposta para cassar o v. acórdão reclamado, na parte em que afastou a aplicação da Súmula n. 49 deste Eg. Tribunal, determinando que outra v. decisão colegiada seja proferida, como o Órgão Jurisdicional reclamado entender de direito.

MARCELO LAMEGO PERTENCE

Desembargador integrante do Tribunal Pleno do TRT da 3ª Região

TRT-MS 0011726-69.2017.5.03.0000

Publ. no “DE” de 28/2/2018

RELATOR: DESEMBARGADOR MARCELO LAMEGO PERTENCE

IMPETRANTE: JAIME RODRIGUES VIEIRA NETO

IMPETRADO: JUIZ DA 1ª VARA DO TRABALHO DE CONTAGEM

LITISCONSORTE: DELP ENGENHARIA MECÂNICA S/A

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA TERATOLÓGICA. CABIMENTO. ATO JURÍDICO (PROCESSUAL) PERFEITO. SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS.

1. Constatada teratologia na decisão interlocutória proferida na fase de conhecimento de demanda originária, esta desafia impugnação via mandado de segurança, mantendo-se intacta a nobre natureza jurídica desta ação constitucional.

2. Trata-se de mandado de segurança que impugna decisão interlocutória prolatada na fase de conhecimento da ação subjacente, que determinou a adequação da exordial às disposições da Lei n. 13.467/2017, malgrado a ação trabalhista tenha sido ajuizada antes da vigência de tal diploma legal.

3. A Constituição da República resguarda o direito adquirido, o ato jurídico (processual) perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI).

4. Trata-se, pois, de garantia fundamental que obriga o juiz e o legislador, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal em emblemático e vigoroso precedente consubstanciado no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 493.

5. A teoria do isolamento dos atos processuais está expressa no art. 14 do Código de Processo Civil: “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.”

6. A aplicação dos novos requisitos atinentes à petição inicial trazidos pela Lei n. 13.467/2017 à exordial elaborada conforme as exigências do art. 840 da CLT vigentes à época do ajuizamento da ação originária constitui óbvia teratologia, pois viola a garantia fundamental exposta no inciso XXXVI do art. 5º da CR, desconsidera o ato jurídico processual perfeito e afronta o princípio da segurança jurídica (*caput do art. 5º da CR*).

7. Segurança concedida.

Vistos os autos do processo eletrônico.

RELATÓRIO

Além do fornecimento do id, também adoto como critério de referência aos escritos destes autos eletrônicos o número das respectivas folhas, considerado o *download* de todos os documentos em ordem crescente.

Jaime Rodrigues Vieira Neto impetra mandado de segurança contra decisão interlocutória proferida na fase de conhecimento da ação trabalhista n. 0012120-86.2017.5.03.0029, que determinou a adequação da exordial às disposições da Lei n. 13.467/2017, malgrado a ação trabalhista tenha sido ajuizada antes da vigência de tal diploma legal.

O impetrante não se conforma com o ato apontado como coator. Denuncia violação ao disposto no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição da República.

Postula o deferimento de tutela de urgência, sem a oitiva da parte contrária, para suspender “[...]a eficácia da r. Decisão acima mencionada, que vulnerou direito líquido e certo do impetrante ao determinar a emenda da petição inicial para liquidação dos pedidos nela deduzidos.” (id bcd42ae, p. 14, f. 15). Requer a concessão da segurança. Pugna pela gratuidade judiciária.

Atribui à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Colaciona a procuração id aeec67e (f. 58), a declaração de hipossuficiência id 047f7b8 (p. 2, f. 41) e demais documentos.

Por meio da decisão id a8af7b7 (f. 97/103), deferi a tutela provisória de urgência pretendida, para suspender o ato judicial impugnado (id 5978ba4, p. 2, f. 17), respeitando o ato jurídico (processual) perfeito consubstanciado na exordial id 138ce97 (p. 2/14, f. 43/55), observando, na ocasião da prolação de sentença, a aferição de sua higidez conforme o disposto no art. 840 da CLT, com a redação anterior à conferida pela Lei n. 13.467/2017.

Expedida a citação por via postal da litisconsorte (id dfb9538, f. 116).

A d. Autoridade inquinada coatora prestou suas informações (id 6b293b6, f. 119/120).

O Ministério Público do Trabalho manifestou-se por meio do parecer id 23c853e (f. 126/127), da lavra do Ex.^{mo} Procurador Regional do Trabalho Eduardo Maia Botelho, opinando pela admissibilidade e concessão da segurança.

É o relatório.

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Decisão interlocutória - Teratologia - Cabimento da ação de mandado de segurança

A Constituição da República (art. 5º, LXIX) e a Lei n. 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança - LMS) não elencaram hipóteses específicas de cabimento do *mandamus*, mas condicionaram sua impetração à existência de violação a direito líquido e certo.

Não se admite a impetração do mandado de segurança como simples substituto de meio impugnativo endoprocessual:

Art. 5º da LMS - Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

[...]

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

MANDADO DE SEGURANÇA. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO.

Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de

reforma mediante recurso próprio, ainda que com efeito diferido. (Orientação Jurisprudencial n. 92 da Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho)

Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção. (Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal)

Tratando-se de mandado de segurança impetrado contra decisão judicial, exige-se que o ato seja teratológico para sua admissão, circunstância verificada neste caso, conforme será demonstrado no mérito.

A presente hipótese é excepcional.

O ato coator apresenta grave vício, consubstanciado na desconsideração das garantias fundamentais inscritas no art. 5º, *caput* e XXXVI, da Constituição da República, justificando o cabimento deste *writ*.

A posterior interposição de recurso ordinário pelo impetrante não remediará a situação ocorrida na ação subjacente, assistindo à parte o direito de imediata correção do intenso dano jurídico que lhe foi imposto.

Constatada teratologia na decisão interlocutória proferida na fase de conhecimento de demanda originária, esta desafia impugnação via mandado de segurança, mantendo-se intacta a nobre natureza jurídica desta ação constitucional.

A doutrina não discrepa:

Comumente, porém, tem-se admitido o emprego de mandado de segurança contra ato judicial que se mostre teratológico ou absurdo. Nesses casos, é possível que a interposição de recurso para atacar o ato não seja idônea, por expor o sujeito a um período em que deveria sujeitar-se ao ato abusivo, seja porque não há previsão de recurso específico para o caso, seja porque o recurso previsto não se reveste das necessárias características para pôr a salvo os interesses do impetrante. Assim, para contornar essa situação, admite-se o manejo do mandado de segurança para combater o ato. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3, p. 375) (negritei e sublinhei)

Nesse sentido, rememoro precedentes desta col. 1ª Seção Especializada de Dissídios Individuais (1ª SDI) deste Eg. Regional:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA ANTECIPADA. TERATOLOGIA. DIREITO SINDICAL. DESMEMBRAMENTO *VERSUS* USURPAÇÃO DE BASE TERRITORIAL. AFRONTA DIRETA E LITERAL AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA UNICIDADE SINDICAL.

[...]

19. Teratológica, pois, a decisão interlocutória que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional nos autos originários, merecendo pronta reforma.

20. O princípio que resguarda o livre convencimento motivado não torna as decisões interlocutórias infensas a eventual reexame por órgão judicial revisor.

21. Segurança parcialmente concedida. (TRT da 3ª Região, 1ª SDI, MS 522-04.2012.5.03.0000, Relator: Desembargador Marcelo Lamego Pertence, DEJT publicado em 6/7/2012.) (negritei e sublinhei)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA.

1. Decisão que simplesmente indefere a tutela de urgência de natureza antecipada requerida, sem mencionar qualquer elemento da ação originária, utilizando expressões genéricas, configura autêntica afronta direta e literal ao relevante instituto da tutela antecipada (teratologia), violando o disposto no art. 298 do CPC.

2. Ratificada a liminar anteriormente deferida e parcialmente concedida a segurança requerida. (TRT da 3ª Região, 1ª SDI, MSCoI 0010214-51.2017.5.03.0000, Relatora: Juíza Convocada Sabrina de Faria Fróes Leão, DEJT publicado em 3/5/2017.) (negritei e sublinhei)

Colaciono a jurisprudência da Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SbDI-2) do TST:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA SOB A ÉGIDE DA LEI N. 5.869/73. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA. RECUSA. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Esta Subseção vem admitindo o mandado de segurança em situações excepcionais, contra ato judicial que se revela abusivo ou teratológico, nas quais, a despeito de haver no ordenamento jurídico previsão de medida processual específica para combatê-las, esta não teria a força de

desconstituir ou fazer cessar, de imediato, o ato coator, podendo ensejar prejuízo de difícil reparação. [...]. (TST, SbDI-2, RO 22239-06.2016.5.04.0000, Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT publicado em 8/9/2017.) (negritei e sublinhei)

Registro que o Ministério Público do Trabalho opina pela admissibilidade desta ação de mandado de segurança (parecer id 23c853e, f. 126/127).

Admito o processamento do mandado de segurança.

JUÍZO DE MÉRITO

Trata-se de mandado de segurança que impugna decisão interlocutória prolatada na fase de conhecimento da ação subjacente, que determinou a adequação da exordial às disposições da Lei n. 13.467/2017, malgrado a ação trabalhista tenha sido ajuizada antes da vigência de tal diploma legal.

A controvérsia que empolga a impetração relaciona-se ao direito intertemporal.

Este é o teor do ato judicial inquinado coator:

Vistos etc...

Considerando que a Lei 13.467/17 entrou em vigor;

Considerando que as regras processuais têm aplicabilidade imediata;

Considerando que o § 1º do art. 840 da CLT, modificado pela Lei 13.467/17, determina expressamente que os pedidos devem ser certos, determinados e com a indicação de seu valor, ou seja, devidamente liquidados;

Considerando que, a partir da vigência da Lei 13.467/17, passaram a ser devidos no processo trabalhista honorários de sucumbência recíprocos calculados sobre o proveito econômico, e que este só é passível de mensuração a partir da liquidação exata e precisa dos valores de cada pedido individualmente considerado;

Concedo à parte reclamante o prazo de 15 dias para emendar sua petição inicial, SOB PENA DE INDEFERIMENTO, discriminando os valores EXATOS de cada pedido, e não uma mera estimativa ou cálculo aproximativo, tal como determina o § 1º do art. 840 da CLT.

A emenda à inicial deve ser acompanhada de planilha demonstrativa de apuração dos valores de cada um dos pedidos, para conferência da correção do quantitativo atribuído.

Ressalto que, em caso de deferimento do pedido, este será limitado ao valor indicado, com exceção da atualização monetária e juros de mora, nos termos dos arts. 141 e 492 do CPC.

Intime-se a parte reclamante. [...]. (id 5978ba4, p. 2, f. 17.) (negritei e sublinhei)

A Constituição da República resguarda o direito adquirido, o ato jurídico (processual) perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI).

Trata-se, pois, de garantia fundamental que obriga o juiz e o legislador, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal em emblemático e vigoroso precedente consubstanciado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 493:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade.

[...]

- O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF.

[...]

V O T O

[...]

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR):

- 1. Cumpre, inicialmente, fixar algumas noções fundamentais sobre o problema da irretroatividade da lei em nosso sistema jurídico.

[...]

Por outro lado, no direito brasileiro, a eficácia de lei no tempo é disciplinada por norma constitucional. Com efeito, figura entre as garantias constitucionais fundamentais a prevista no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal:

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Esse preceito constitucional se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.

[...]

E, ao apreciar o pedido de liminar nesta ação direta, entendi que, no caso, havia relevância jurídica, porque “[...] no direito brasileiro, o princípio do respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido é de natureza

constitucional, e não excepciona de sua observância por parte do legislador lei infraconstitucional de qualquer espécie, inclusive de ordem pública, ao contrário do que sucede em países como a França em que esse princípio é estabelecido em lei ordinária, e, conseqüentemente, não obriga o legislador (que pode afastá-lo em lei ordinária posterior), mas apenas o juiz, que, no entanto, em se tratando de lei ordinária de ordem pública, pode aplicá-la, no entender de muitos, retroativamente ainda que ela silencie a esse respeito.” Aliás, ainda nos países - como na França - em que o princípio da irretroatividade é meramente legal e se impõe ao juiz e não ao legislador, não é pacífica a tese de que as leis de ordem pública são retroativas. ROUBIER (ob. cit. n. 83, p. 417 e segs.) - um dos clássicos da teoria do direito intertemporal - a critica veementemente. Depois de afirmar que “[...] essa teoria da retroatividade das leis de ordem pública, sob a forma porque se queira apresentar, deve ser pura e simplesmente rejeitada” [...], dá para isso três razões, das quais a primeira, que é a principal, é esta:

“A ideia de ordem pública não pode ser posta em oposição ao princípio da não-retroatividade da lei, pelo motivo decisivo de que, numa ordem jurídica fundada na lei, a não-retroatividade das leis é ela mesma umas das colunas de ordem pública. [...] A lei retroativa é, em princípio, contrária à ordem pública; e, se excepcionalmente o legislador pode comunicar a uma lei a retroatividade, não conviria imaginar que, com isso, ele fortalece a ordem pública; ao contrário, é um fermento de anarquia que ele introduz na sociedade, razão por que não deve ser usada a retroatividade senão com a mais extrema reserva.”[...]. (STF, Pleno, ADI 493, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ 4/9/1992) (sublinhei e negritei)

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942) estabelece que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art. 6º, *caput*).

Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (§ 1º do art. 6º do Decreto-Lei n. 4.657/1942).

Acerca do direito intertemporal da lei adjetiva, dispõe o art. 14 do Código de Processo Civil:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Pertinente o escólio de Fredie Didier Jr.:

O dispositivo é muito bem escrito. Ele esclarece que não há nada de especial na aplicação de uma norma processual. A peculiaridade (se de fato existe alguma) é que o processo é uma realidade fática e jurídica bem complexa. O processo é um complexo de fatos jurídicos e de situações jurídicas, conforme demonstramos no item anterior.

[...]

Cada ato que compõe o processo é um ato jurídico que merece proteção. Lei nova não pode atingir ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/1988), mesmo se ele for um ato jurídico processual. Por isso o art. 14 do CPC determina que se respeitem “os atos processuais praticados”.

[...]

Há direitos processuais; direitos subjetivos processuais e direitos potestativos processuais - direito ao recurso, direito de produzir uma prova, direito de contestar etc. O direito processual é uma situação jurídica ativa. Uma vez adquirido pelo sujeito, o direito processual ganha proteção constitucional e não poderá ser prejudicado por lei. Lei nova não pode atingir direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/1988), mesmo se for um direito adquirido processual.

Por isso o art. 14 do CPC determina que se respeitem “as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.”

[...]

A aplicação imediata da norma processual não escapa à determinação constitucional que impede a retroatividade da lei para atingir ato jurídico perfeito e direito adquirido.

Nada há de especial, no particular. (*Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Processo Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento.* 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1, p. 65/67.) (negritei e sublinhei)

Interpretando o art. 14 do CPC, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a aplicação da Teoria do Isolamento dos Atos Processuais:

EMENTA: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL.

1. APLICAÇÃO DAS NORMAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO ABRANGÊNCIA. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. [...] 1. Em atenção à Teoria do Isolamento dos Atos Processuais, não tem aplicação ao caso examinado a dinâmica processual estabelecida pelo novo Código de Processo Civil, na medida em que, sobrevindo lei processual nova, os atos ainda pendentes dos processos em curso sujeitar-se-ão aos

seus comandos, respeitada, porém, a eficácia daqueles já praticados de acordo com a legislação revogada.

[...]

4. Agravo interno improvido.

[...]

VOTO

[...]

Sendo assim, há que se prestigiar a aplicação da Teoria do Isolamento dos Atos Processuais no sentido de que a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, deve respeitar a eficácia dos atos processuais já efetivados ou iniciados, só disciplinando o processo a partir de sua vigência, para se evitar a aplicação retroativa da nova lei processual. É o que estabelece o art. 14 do Novo Código de Processo Civil, a saber: [...]. (STJ, 3ª Turma, Ag-AREsp 1.055.547, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 2/8/2017.) (negritei e sublinhei)

A recente e tranquila transição entre os Códigos de Processo Civil de 1973 para o de 2015 assentou, nesta Justiça Especializada, a certeza do resguardo do direito adquirido, do ato jurídico (processual) perfeito e da coisa julgada.

Nos termos do § 1º do art. 8º da Lei Complementar n. 95/1998, a Lei n. 13.467/2017 entrou em vigor em 11/11/2017.

A prova pré-constituída atesta que a ação trabalhista originária foi ajuizada em 3/11/2017 (id 138ce97, p. 1, f. 42).

A aplicação dos novos requisitos atinentes à petição inicial trazidos pela Lei n. 13.467/2017 à exordial elaborada conforme as exigências do art. 840 da CLT vigentes à época do ajuizamento da ação originária constitui óbvia teratologia, pois viola a garantia fundamental exposta no inciso XXXVI do art. 5º da CR, desconsidera o ato jurídico-processual perfeito e afronta o princípio da segurança jurídica (*caput* do art. 5º da CR).

Transcrevo excerto do judicioso parecer da lavra do Ex.^{mo} Procurador Regional do Trabalho Eduardo Maia Botelho:

O direito líquido e certo alegado pelo Impetrante restou configurado, visto que ocorreu a indevida antecipação das consequências jurídicas da nova lei, que não estava em vigor no momento da propositura da ação, opinando o Ministério Público do Trabalho pela confirmação da liminar deferida e a concessão definitiva da segurança pleiteada. (id 23c853e, p. 2, f. 127.) (negritei e sublinhei)

Ratifico a decisão liminar id a8af7b7 (f. 97/103) e julgo procedente a ação de mandado de segurança, cassando o ato judicial impugnado (id 5978ba4, p. 2, f. 17), respeitando o ato jurídico (processual) perfeito consubstanciado na exordial id 138ce97 (p. 2/14, f. 43/55), observando, na ocasião da prolação de sentença nos autos originários, a aferição de sua higidez conforme o disposto no art. 840 da CLT, com a redação anterior à conferida pela Lei n. 13.467/2017.

Defiro o requerimento de concessão dos benefícios da justiça gratuita ao impetrante.

CONCLUSÃO

Admito o processamento do mandado de segurança.

Ratifico a decisão liminar id a8af7b7 (f. 97/103) e julgo procedente a ação de mandado de segurança, cassando o ato judicial impugnado (id 5978ba4, p. 2, f. 17), respeitando o ato jurídico (processual) perfeito consubstanciado na exordial id 138ce97 (p. 2/14, f. 43/55), observando, na ocasião da prolação de sentença nos autos originários, a aferição de sua higidez conforme o disposto no art. 840 da CLT, com a redação anterior à conferida pela Lei n. 13.467/2017.

Defiro o requerimento de concessão dos benefícios da justiça gratuita ao impetrante.

Custas, no valor de R\$ 20,00 (vinte reais), pela União, calculadas sobre o valor atribuído à exordial, isenta (inciso I do art. 790-A da CLT).

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em Sessão Ordinária da 1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (1ª SDI), hoje realizada, julgou o presente feito e, por maioria de votos, vencidos os Ex.^{mos} Desembargador Jales Valadão Cardoso e Juízes Mauro César Silva e Carlos Roberto Barbosa, admitiu o processamento do

mandado de segurança e, no mérito, ratificou a decisão liminar id a8af7b7 (f. 97/103) e julgou procedente a ação, cassando o ato judicial impugnado (id 5978ba4, p. 2, f. 17), respeitando o ato jurídico (processual) perfeito consubstanciado na exordial id 138ce97 (p. 2/14, f. 43/55), observando, na ocasião da prolação de sentença nos autos originários, a aferição de sua higidez conforme o disposto no art. 840 da CLT, com a redação anterior à conferida pela Lei n. 13.467/2017; deferiu a concessão dos benefícios da justiça gratuita ao impetrante e condenou a União ao pagamento de custas processuais, no valor de R\$ 20,00 (vinte reais), calculadas sobre o valor atribuído à exordial, isenta (inciso I do art. 790-A da CLT). Ressalva de fundamento da Ex.^{ma} Desembargadora Ana Maria Amorim Rebouças “[...] de que o ato não é teratológico.”

Tomaram parte da sessão: Ex.^{mos} Desembargadores Marcelo Lamego Pertence (Relator e Presidente), Jales Valadão Cardoso, José Eduardo de Resende Chaves Júnior, Sérgio da Silva Peçanha, Ana Maria Amorim Rebouças, José Marlon de Freitas, Maria Cecília Alves Pinto, Paulo Maurício Ribeiro Pires, Manoel Barbosa da Silva, Maristela Íris da Silva Malheiros, Lucas Vanucci Lins, Paula Oliveira Cantelli, Adriana Goulart de Sena Orsini, Marco Antônio Paulinelli de Carvalho, Juízes Mauro César Silva e Carlos Roberto Barbosa

Observações: Composição em conformidade com o § 2º do artigo 40 do Regimento Interno deste Egrégio Regional.

Férias: Ex.^{mos} Desembargadores Paulo Roberto de Castro e Fernando Antônio Viégas Peixoto (substituindo-os os Ex.^{mos} Juízes Mauro César Silva e Carlos Roberto Barbosa, respectivamente).

Ausências justificadas: Ex.^{mas} Desembargadoras Maria Stela Álvares da Silva Campos e Juliana Vignoli Cordeiro.

Participação do d. Ministério Público do Trabalho: Procurador Sebastião Vieira Caixeta.

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2018.

MARCELO LAMEGO PERTENCE
Desembargador Relator

TRT-0010158-17.2016.5.03.0044 (RO)

Publ. no “DE” de 12/3/2018

RECORRENTE: BÁRBARA ELOA SILVA GOMES

RECORRIDOS: BANCO BRADESCO S.A. E OUTROS

RELATOR: JÚLIO BERNARDO DO CARMO

EMENTA: REFORMA TRABALHISTA E RELAÇÕES DE TRABALHO EM EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A TERCEIROS - INAPLICABILIDADE DAS LEIS N. 13.429/17 E 13.467 ÀS DEMANDAS AJUIZADAS ANTERIORMENTE À CORRELATA VIGÊNCIA E AOS CONTRATOS PREEXISTENTES - *TEMPUS REGIT ACTUM* E *PACTA SUNT SERVANDA*. As alterações desfavoráveis advindas com as (im)popularmente chamadas “reforma trabalhista” e “lei da terceirização” não se aplicam às ações anteriormente propostas e aos contratos preexistentes. Do contrário, incorreríamos em ofensa flagrante à segurança jurídica e ao princípio que veda a decisão “surpresa”, prejudicial aos litigantes que iniciaram a relação processual sob a égide da lei anterior. Como reza o brocardo, *tempus regit actum*, a novel legislação não poderá retroagir para atingir atos já consumados, *ex vi* da disciplina inscrita no inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna, não permitindo a ordem jurídica a retroatividade lesiva. Em matéria de direito intertemporal, preservam-se o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, ao que se aliam, ainda, o trato sucessivo e de caráter sinalagmático do contrato de trabalho e as normas protetivas do trabalhador (artigos 7º, *caput*, da Constituição Federal, 444 e 468 da CLT), obstando o princípio do *pacta sunt servanda* a alteração das cláusulas contratuais - ou condições de trabalho - em prejuízo do empregado. Trata-se de preservação do ato jurídico perfeito, balizado pelo inciso XXXVI do art. 5º da Constituição e § 1º do art. 6º do Decreto-Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), com a redação conferida pela Lei n. 12.376, de 2010.

RELATÓRIO

O d. Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Uberlândia, em sentença da lavra da Ex.^{ma} Juíza Alessandra Duarte Antunes dos Santos Freitas, proferida sob Id. 47aae9a e complementada pela decisão prolatada em embargos declaratórios (Id. 45feb92), cujos relatórios adoto e a este incorporo, rejeitou as preliminares arguidas e julgou improcedentes os pedidos formulados, concedendo à autora os benefícios da justiça gratuita.

A despeito do resultado, interpôs a quarta reclamada recurso ordinário (Id. 2286b4f), insistindo preliminarmente na suspensão do processo e na carência da ação, por ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, e em caso de entendimento contrário, defende a licitude da terceirização de serviços, com fundamento nas Leis n. 13.429/17 e 13.467/17 e na regular intermediação de mão de obra, bem como a impossibilidade de responsabilização solidária ao pagamento de diferenças salariais, auxílio-refeição, cesta-alimentação e décima terceira cesta-alimentação, PLR, PLR adicional, horas extras e reflexos, dias de descanso laborados em dobro e retificação da CTPS.

Recolhimento de custas e depósito recursal comprovados sob Ids 185d0ed, 185d0ed e 56ea4c2.

Recorre também a reclamante, ordinariamente sob Id. 957a94e, na busca pela declaração de nulidade da contratação efetivada pela quarta reclamada e formação do vínculo empregatício com os três primeiros réus, diante da ilicitude da terceirização. Postula a reforma *in totum* do julgado e o deferimento dos pedidos consectários ao reconhecimento da condição de bancária, além de horas extras excedentes à 6ª diária e/ou 30ª semanal, com aplicação do divisor 150 e sábados laborados em dobro.

Contrarrrazões pelos reclamados sob Ids d792bc6 e 83f4f74.

Dispensada a manifestação da d. Procuradoria, tendo em vista o disposto no art. 82 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal. É o relatório.

VOTO

Juízo de admissibilidade

Questão de ordem

De plano, observo que o recurso empresarial foi em equívoco protocolado e sequer diz respeito aos presentes autos, mas sim ao processo n. 0012170-25-2016-503-0134, movido por Tatiane Dias Ferreira (Id. 2286B4f).

Aliás, não fosse assim, diante do resultado conferido à ação, julgada improcedente, o único interesse recursal da primeira reclamada remeteria, no máximo, às questões incidentais nas quais vencida.

Verifico também que, após a intimação para conhecimento do apelo obreiro, o erro foi percebido pela parte consoante manifestação de Id. E5f0d8c.

Entrementes, não é possível a exclusão dos documentos, seja das razões recursais, seja das guias de preparo acostadas, ao revés do postulado pela demandada. Também inexistente qualquer ferramenta, em sede de processo eletrônico, que permita a remessa das peças ao outro feito.

De toda sorte, o erro fica desde logo solucionado, impondo a desconsideração da prática do ato.

A retificação da autuação, aqui, há de ser procedida, o que também fica determinado, para fazer constar, como recorrente, apenas a reclamante e, como recorridos, os réus.

No mais, cientificada a autora da r. decisão proferida em embargos declaratórios mediante publicação em 17/11/2017, sexta-feira (Id. 885fbcd), revela-se próprio e tempestivo o recurso interposto no dia 30/11/2017 (Id. 957a94e), digitalmente assinado, regular a representação (Id. e918550), isenta do recolhimento das custas processuais.

Escorreitas também as contrarrazões, protocoladas nos dias 15 e 19/12/2016 (Ids d792bc6 e 83f4f74), considerando a intimação

para conhecimento do apelo obreiro na data de 6/12/2017 (vide “expedientes de primeiro grau”), peças digitalmente assinadas, regular a representação dos réus (Ids 2f0e874, 579b5d4, cb6e06 e 6f00ecb).

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto pela reclamante, bem como das contrarrazões.

Juízo de mérito

Da relação havida entre as partes - Ilicitude da terceirização - Inaplicabilidade das Leis n. 13.429/17 e 13.467/17

Ab initio, imperioso, desde logo, registrar que é incontroversa a contratação da reclamante pela quarta reclamada (Callink), em 27/10/2014 (CTPS, Id. bc832f9), bem como a prestação laboral em prol do grupo formado pelos demais réus, como inclusive desde as defesas se extrai (Ids f31d3b8 e f41e14a).

Outrossim, ajuizou a presente ação na data de 3/2/2016 (Id. 059366c), noticiando que ainda vigente o pacto laboral.

A despeito da circunstância, contudo, não se cogita em incidência, ao caso, das disposições inscritas na Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, que alterou dispositivos da Lei n. 6.019/74, relativamente à prestação de serviço temporário e relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

Para supor possível a aplicação da norma em tela, consoante em razões de contrariedade argumentada - considerando o fato de que ainda vigente a relação entre as partes ao tempo da respectiva entrada em vigor - salutar teria sido, aos fins pretendidos pelos reclamados, a atenção aos preceitos do correspondente artigo 19-C, cuja literalidade, indubitosa, determina a adequação do contrato em vigor aos termos da Lei.

Fosse essa a intenção das partes convenientes, obviamente: “Os contratos em vigência, se as partes assim acordarem, poderão ser adequados aos termos desta Lei.”

E o mesmo se diga quanto à Lei n. 13.467/17, vigente desde 11/11/2017.

Proposta a presente ação em fevereiro de 2016, não se cogita em aplicação das alterações advindas, *venia concessa* da r. sentença hostilizada que foi, inclusive, proferida em 9/10/2017, anteriormente à denominada “reforma trabalhista” (Id. 47Aae9a).

Prematura, lamentavelmente, revela-se a revisão do posicionamento, ao que se infere, outrora adotado pelo juízo *a quo*, como a própria sentenciante noticia quando afirma a reformulação, à luz das Leis n. 13.429/17 e 13.467/17, “[...] não havendo mais como perfilhar do entendimento de ilicitude da terceirização dos serviços prestados pelo reclamante ligados à operação de *telemarketing* no seguimento bancário.”

Muita celeuma ainda advirá e não são poucas as indagações entre as novidades introduzidas com o advento da Lei n. 13.467/2017: caberá a aplicação imediata da novel legislação, alcançando os processos ainda em curso a partir da vigência? Incidirá retroativamente? Será de observância obrigatória somente para as ações ajuizadas após a vigência? O marco temporal para aplicação das regras fixadas será a data da prolação da sentença?

Isso sem perder de vista que há novidades tanto na seara do direito material quanto do direito processual, a exemplo da contagem dos prazos processuais em dias úteis.

Note-se que, em uma das primeiras decisões da Corte Superior Trabalhista, ao menos para fins de definição de controvérsia alusiva a honorários sucumbenciais, o caminho adotado tomou como marco temporal a data da prolação da sentença em instância ordinária. No recentíssimo julgamento do processo TST-RR-20192-83.2013.5.04.0026, 6ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, DEJT 15/12/2017, explanou-se, no bojo da fundamentação, que, *in verbis*:

Não se trata de negar vigência à nova lei, mas de aferir qual a lei aplicável no momento em que a decisão recorrida foi proferida, para então verificar se houve ou não violação literal do dispositivo indicado pela parte recorrente. Com efeito, a Lei 13.467/2017 instituiu o regime de sucumbência no âmbito do Processo do Trabalho (art. 791-A da CLT), que deve ser aplicada aos processos novos, contudo, não pode ser aplicada

aos processos que já foram decididos nas instâncias ordinárias sob a vigência da lei anterior. [...] Ressalta-se que a Lei 13.467/2017 não retroage para atingir os eventos ocorridos antes de sua vigência, nem os processos cujas decisões foram publicadas antes de 11/11/2017.

No mínimo seria o caso, analogicamente, e, por si só, já autorizaria a reforma da sentença objurgada que, lembre-se, foi proferida no mês de outubro de 2017.

Mas vou além.

Não visualizo possível a incidência das alterações desfavoráveis advindas com as (im)popularmente chamadas “reforma trabalhista” e “lei da terceirização”, nem às ações anteriormente propostas, tampouco aos contratos preexistentes. Do contrário incorreríamos em ofensa flagrante à segurança jurídica e ao princípio que veda a decisão “surpresa”, prejudicial aos litigantes que iniciaram a relação processual sob a égide da lei anterior:

Novas leis atingem processos em curso. Mas, dentro do processo, também há um passado, um presente, um futuro. O passado há de ser preservado, sob pena de inaceitável irretroatividade. O presente é que será disciplinado. Assim, vê-se que incide, também, no processo o princípio do *tempus regit actum*: a lei que incide é a que está (ou estava) em vigor à época em que o ato processual é (ou foi) praticado. Esta é a lei que rege o ato em si e seus efeitos, ainda que estes se prolonguem no tempo. (MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Segurança jurídica e irretroatividade da norma processual. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, p. 336. Fonte: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/80>>.)

Como reza o brocardo, *tempus regit actum*.

Certo é que a novel legislação não poderá retroagir para atingir atos já consumados, *ex vi* da disciplina inscrita no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, não permitindo a ordem jurídica a retroatividade lesiva.

Em matéria de direito intertemporal, preservam-se o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, em conformidade, ainda, com a teoria do isolamento dos atos

processuais, posicionamento que não se altera mesmo frente aos termos da Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017.

Nessa toada o artigo 14 do CPC, subsidiariamente aplicável (CLT, art. 769), notadamente considerando que não há, na Consolidação das Leis do Trabalho, previsão específica sobre a questão intertemporal:

A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Como ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (O direito intertemporal e o novo código de processo civil. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo: RT, jan.-mar. 2016, vol. 1, n. 0, p. 174.):

A regra de direito intertemporal a prevalecer, na espécie, é no sentido de que a lei processual nova deve respeitar os atos processuais já realizados, bem como os seus efeitos, aplicando-se somente aos atos subsequentes que não tenham nexos imediato e inafastável com o ato praticado sob o regime da lei antiga ou com os seus efeitos. É exatamente dessa maneira que se deve interpretar e aplicar a teoria do sistema de isolamento dos atos processuais, no plano do Direito Intertemporal.

Trata-se, portanto, de ato jurídico perfeito, balizado pelo inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna e § 1º do art. 6º do Decreto-Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), com a redação conferida pela Lei n. 12.376, de 2010.

Exatamente na linha da argumentação recursal, *data venia* da compreensão originária.

Ou seja, no contexto a legislação enfocada em nada socorre aos réus.

Pelo princípio da irretroatividade das leis, as Leis n. 13.467/17 e 13.429/17 não podem atingir fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor, ao que se alia, ainda, o trato sucessivo e de caráter sinalagmático do contrato de trabalho, bem como as normas protetivas do trabalhador, *ex vi* dos artigos 7º, *caput*, da Constituição Federal, 444 e 468 da CLT.

Nessa linha de raciocínio alcança especial relevância o princípio do *pacta sunt servanda*, vedando ao empregador a alteração das cláusulas contratuais - ou condições de trabalho - em prejuízo do empregado.

E observe-se que não há, nos autos, notícia alguma de eventual manifestação de vontade das partes, por meio de aditivo contratual após a vigência da novel regulamentação, importando, assim, na convicção de que as alterações prejudiciais não são admitidas.

Oportuno lembrar também, por pertinente, que controvérsias desse mesmo jaez se verificaram quando da entrada em vigor da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil, notadamente em matéria de direito intertemporal.

E profícuas teses foram expostas, sobejaram discussões à luz da importância e campo de vastidão para aplicação do teor do artigo 2.035. Lembre-se:

A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Feliz, aliás, o parágrafo único, quando ressalvou que:

Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Porque mesmo tendo admitido a previsão legislativa a retroatividade mínima - ao subjugar à Lei nova a eficácia dos atos anteriormente praticados - não deixou de assegurar a prevalência dos preceitos de ordem pública e a função social do contrato.

Veja-se que uma leitura açodada e isolada do teor do *caput* do artigo 2.035 do CCb pode levar (e levou) a conclusões que reputo equivocadas, de subordinação do ato jurídico, quanto aos efeitos

futuros e não obstante praticado precedentemente, aos ditames da Lei nova. Indistintamente.

E aí seria, teoricamente, sob o prisma da vertente hipótese em exame, o caso de prevalência das inovações sobre os contratos ainda vigentes, alcançados pelas reformas.

Mas dessa compreensão não comungo e, na leitura e aplicação das normas, há de ser conferida interpretação efetiva ao teor do inciso XXXVI do artigo 5º da Lei Maior, em desfavor da retroação da lei nova e favoravelmente à proteção do ato jurídico perfeito. A propósito, sob o pálio não só dos momentos da existência e da validade, mas também da eficácia do ato jurídico. Lembre-se da “Escada Ponteana”, do saudoso jurista Pontes de Miranda. Porque subtrair da vigência da Lei anterior o momento da eficácia do ato jurídico perfeito se revelaria incompatível com a garantia constitucional em foco, em rota de colisão com os preceitos do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal.

Como, a propósito, em diversos julgados pronunciou-se o E. STF, em favor da proteção ao ato jurídico perfeito:

Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As consequências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação. Os contratos - que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) - acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Doutrina e precedentes. A incidência imediata de lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas. Precedentes. (STF, 2ª Turma, AI 292979ED/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19/12/2002.)

E é certo, na esfera de direitos fundamentais, insisto na importância de se conferir efetividade à interpretação e à aplicação

dos regramentos inscritos na Lei Maior. Como não menos incisivamente e também há muito se extrai das lições abalizadas de J.J. GOMES CANOTILHO:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e, embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). (*In Direito constitucional*, Coimbra, p. 233.)

Frente a essas considerações e sem mais adentrar em celeuma talvez insolúvel - ou solucionável será, posso prever, com regras de transição que provavelmente advirão, a exemplo do ocorrido ao tempo do Código Civil - e sem maiores digressões, ainda, na controvérsia entre os postulados da justiça e da segurança jurídica, mas balizando estes cânones que apenas na aparência se conflitam, conluo que as alterações desfavoráveis advindas com as Leis n. 13.429/17 e 13.467/17 não têm aplicação às demandas propostas em data anterior à correlata vigência.

A novel legislação não poderá retroagir para atingir atos já consumados, *ex vi* da disciplina inscrita no inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna, preservando-se, assim, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Definida a *vexata quaestio* e retomando o caso concreto em exame, consoante elucidado em linhas pretéritas, é incontroversa a contratação da reclamante pela quarta reclamada, bem como a prestação laboral em prol do grupo formado pelos demais réus.

É o que se extrai dos pontos declarados incontroversos pelas partes em audiência (Id. aa8780d, p. 2/3) e acervo documental coligido:

- a) Os cartões de ponto refletem a real jornada de trabalho;
- b) o superior hierárquico do(a) reclamante era funcionário(a) da Algar;

- c) o(a) reclamante realizava atendimento receptivo aos clientes do portfólio Bradescard das lojas parceiras, como C&A, Centauro etc.;
- d) a empresa Bradesco Cartões S/A é a empresa responsável pela criação de cartões de crédito, estipulação de taxa de juros e outros produtos e serviços inerentes aos cartões de crédito;
- e) o(a) reclamante não tem acesso a conta-corrente;
- f) a CCT aplicada aos empregados da empresa Bradesco Cartões S/A é aquela decorrente do segmento bancário;
- g) o(a) reclamante não tinha acesso à câmara de compensação de cheque;
- h) o sistema é da Callink;
- i) a empresa Callink possui outras empresas clientes;
- j) o(a) reclamante não exercia atividades como operação de CDC, *leasing*, o que também não era exercido por funcionários da Bradesco Cartões S/A; [...]
- m) o(a) reclamante não trabalhava nas dependências de agência bancária;
- n) o(a) preposto(a) da Bradesco Cartões também não trabalha nas dependências de agência bancária;
- o) apenas funcionários do departamento comercial da Bradesco Cartões trabalham em agência bancária; todos os demais funcionários de todos os outros departamentos da Bradesco Cartões não trabalham em agência bancária;
- p) não existe sede da Bradesco Cartões em Uberlândia; [...]
- u) as atividades realizadas pelo(a) atendente ficam predeterminadas no sistema.

Notório, nesse diapasão, que as funções exercidas, totalmente voltadas para atividades relacionadas ao atendimento receptivo de clientes do primeiro reclamado e parceiros, inseriam-se na atividade principal, habitual, necessária, ou seja, atividade laboral permanente do processo produtivo do grupo econômico da instituição bancária.

Talvez, ousar dizer que o receptivo de clientes seja ainda mais fundamental para o sucesso da atividade econômica empresária do que as tarefas relacionadas à cobrança de inadimplentes que ordinariamente se verificam em casos símiles.

E isso porque, diante do mercado financeiro sabidamente competitivo, e em termos de gestão de qualidade - tema amplamente abordado na atualidade, tanto no setor público quanto, principalmente, no privado -, a fidelização dos clientes é fundamental, assim como a angariação de novos.

A incumbência, fato notório, é dos que justamente exercem função da mesma natureza daquela desempenhada pela ora recorrente: o receptivo a clientes.

Inclusive, em notícia antiga da FEBRABAN (<https://portal.febraban.org.br/>), já se instruíra no sentido de que:

O contato com o cliente é fundamental para as instituições bancárias avaliarem sua atuação e percepção do público sobre elas, assim como identificarem as principais demandas e oportunidades de melhoria ou inovação.

Portanto e nessa linha de raciocínio, em nada altera o desfecho da lide, *data venia* do entendimento originário, a atuação obreira relacionada com operações de receptivo, ou *telemarketing*.

A controvérsia, de resto, já se encontra pacificada no âmbito deste Regional desde o julgamento do processo TRT n. 2555-2014-183-03-00-9 IUJ, ocorrido em 15/12/2015 e que resultou na edição da Súmula 49 deste Eg. Tribunal Regional:

TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇO DE *TELEMARKETING*. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. ILICITUDE. RESPONSABILIDADE.

I - O serviço de *telemarketing* prestado por empresa interposta configura terceirização ilícita, pois se insere na atividade-fim de instituição bancária (art. 17 da Lei n. 4.595/64).

II - Reconhecida a nulidade do contrato de trabalho firmado com a prestadora de serviços (arts. 9º da CLT e 942 do CC), forma-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador, pessoa jurídica de direito privado, que responde pela quitação das verbas legais e normativas asseguradas aos seus empregados, com responsabilidade solidária da empresa prestadora.

Note-se que o item I expressamente relaciona os serviços da mesma natureza daqueles prestados pela recorrente, e a hipótese é atrativa, ainda, da incidência da Súmula 331 do C. TST.

A análise fática dos autos, como visto, demonstra que a reclamante, no desempenho do mister, esteve jungida à subordinação estrutural, integrativa ou reticular, ainda que não recebesse ordens diretas do real empregador. Inserida no contexto

essencial da atividade produtiva do empreendimento bancário, exsurge claro dos fatos declarados incontroversos que a autora seguia diretrizes e cumpria ordens de serviço, ainda que de forma indireta, oriundas dos reclamados, muito embora não se utilizasse do seu espaço físico.

No mais e atentando para as indagações tecidas no processado, quanto ao tema debatido, acrescento que em nada favorece aos recorridos o teor do v. acórdão proferido no RE 760.931 (Tema 246), invocado em defesa e reiterado em contrarrazões.

Na oportunidade pronunciou-se o E. STF a respeito da responsabilidade do Poder Público pela inadimplência de encargos trabalhistas contraídos em terceirização, enquanto a controvérsia, *in casu*, funda-se na confirmada ilicitude da terceirização perpetrada, e não em eventual culpa por falta de fiscalização do contrato de prestação de serviços.

Igualmente não se cogita em incidência das decisões novamente exaradas pelo guardião maior da Constituição, à luz da repercussão geral reconhecida nos julgamentos dos Recursos Extraordinários n. 791.932 e 713.211, ao revés do sugerido em defesa.

À guisa de esclarecimentos, saliente-se que, nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário n. 791.932, discute-se, com fulcro na Súmula Vinculante n. 10 e nos arts. 5º, incisos II e LIV, 97, 170, inciso III e 175, todos da Carta Magna, a possibilidade de aplicação do teor da Súmula 331 do C. TST, para fins de reconhecimento do vínculo empregatício entre trabalhador terceirizado e empresa concessionária de serviços de telecomunicação, afastando a aplicação do inciso II do art. 94 da Lei n. 9.472/1997.

A toda evidência, não é esse o caso.

Embora aqui se discuta a licitude ou a ilicitude da terceirização de serviços, não integra o feito qualquer empresa concessionária de telecomunicação e, por óbvio, em assim sendo, não se cogita em suspensão ou sobrestamento, determinado apenas em relação à validade da terceirização da atividade de *call center* pelas concessionárias de telecomunicações, nos moldes da Lei n. 9.472/1997.

Registre-se, noutro giro, que, no tocante ao ARE 713.211, a repercussão geral reconhecida enseja o sobrestamento apenas dos recursos extraordinários, conforme art. 1.036 do CPC, inexistindo determinação expressa de suspensão dos processos em trâmite nas instâncias ordinárias, como exige o § 5º do art. 1.035 do mesmo diploma legal.

É certo, ademais, que o reconhecimento da repercussão geral, por si só, não acarreta necessariamente a suspensão automática de todos os processos que versem sobre a mesma matéria e tramitem nas instâncias ordinárias. A suspensão, em regra, só é obrigatória para os recursos dirigidos ao Excelso STF - a não ser que haja determinação expressa em sentido contrário, o que, na vertente hipótese, não se infere.

Esclareço, ademais, que a Lei n. 9.472/1997, em especial seus artigos 60, *caput* e § 1º, 94, II e 154, não obsta o reconhecimento da ilicitude da contratação terceirizada, tendo em vista a presença de todos os requisitos essenciais para tanto, entendimento que não configura violação à referida Lei, bem como ao artigo 170 da Constituição da República, até porque aplicados, ao caso, os entendimentos dispostos nas Súmulas 49 deste E. Tribunal e 331 do C. TST.

Registro, noutro viés, que as Súmulas 117, 119, 239 e 257, todas do C. TST, tratam de situações distintas, sendo certo que a função da autora, que se reconhece como bancária, estava diretamente ligada ao objeto social do grupo econômico formado pelos réus, que inclusive respeitam, todos os integrantes, as disposições das convenções bancárias para os empregados que diretamente contratam.

Quanto à alusão empresária à Súmula 374 do C. TST e à decisão do E. STF, proferida no julgamento do Recurso Extraordinário n. 590.415, igualmente nada modifica, considerando que há de ser considerada a reclamante como empregada da instituição bancária.

Irrelevante, por derradeiro, a invocação das Resoluções n. 3.110 e 3.954 do Banco Central, que dispõem sobre a contratação

por parte dos bancos e assemelhados de empresas para o desempenho de funções nelas discriminadas. Como visto e no contexto fático em exame, o que se extrai é a ilicitude da intermediação de mão de obra em atividade finalista e essencial, subordinando a reclamante ao empreendimento bancário.

Superados todos os questionamentos vertidos acerca da controvérsia, conclui-se, finalmente e frente a tudo quanto expandido, pelo acolhimento da súplica recursal, ainda que por ora parcial, diante da ilicitude da terceirização de serviços perpetrada.

Impõe-se, em sendo assim, o reconhecimento da vinculação empregatícia direta da reclamante com o real empregador, o primeiro reclamado, Banco Bradesco S/A, desde a admissão meramente formal pela quarta reclamada.

E, a fim de evitar eventual arguição futura de nulidade, desnecessária, o retorno dos autos à origem é a medida apropriada, tanto para apreciação da matéria fática subjacente e decorrente da relação que se declara havida quanto para apreciação da responsabilidade dos reclamados, na forma postulada na atrial.

Inimaginável também supor possível a apreciação, originariamente em sede recursal, de questões de natureza fática - a exemplo das horas extras oriundas da almejada incidência do artigo 224 da CLT - sob pena de supressão de instância, obstando os réus, na hipótese de provimento imediato das pretensões, do acesso ao duplo grau de jurisdição constitucionalmente garantido.

Prejudicada, no momento, a análise do restante do recurso interposto pela reclamante, cujas razões deverão ser renovadas, se for o caso, oportunamente.

Provimento parcial concedido, ao enfoque.

CONCLUSÃO

Desconsidero o apelo ordinário protocolado pela quarta reclamada em equívoco, assim como os documentos alusivos às guias comprobatórias do recolhimento de custas e depósito

recursal, pertinentes a outro feito, e determino a retificação da autuação para fazer constar, como recorrente, a reclamante e, como recorridos, os réus.

Conheço do recurso interposto pela autora, bem como das contrarrazões e, no mérito, provejo em parte o apelo para reconhecer a vinculação empregatícia direta da reclamante com o primeiro reclamado, Banco Bradesco S/A, desde a admissão formal pela quarta reclamada, determinando o retorno dos autos à origem para apreciação, como se entender direito, da matéria subjacente e decorrente da relação declarada, inclusive quanto à responsabilidade dos réus.

Prejudicada, no momento, a análise do restante do recurso interposto, cujas razões deverão ser renovadas, se for o caso, oportunamente.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da sua Quinta Turma, hoje realizada, sob a presidência do Ex.^{mo} Desembargador Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes, presente a Ex.^{ma} Procuradora Maria Helena da Silva Guthier, representando o Ministério Público do Trabalho, computados os votos dos Ex.^{mos} Desembargadores Luiz Ronan Neves Koury e Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes, JULGOU o presente processo e, à unanimidade, desconsiderou o apelo ordinário protocolado pela quarta reclamada em equívoco, assim como os documentos alusivos às guias comprobatórias do recolhimento de custas e depósito recursal, pertinentes a outro feito, e determinou a retificação da autuação para fazer constar, como recorrente, a reclamante e, como recorridos, os réus. Conheceu do recurso interposto pela autora, bem como das contrarrazões e, no mérito, deu provimento em parte ao apelo para reconhecer a vinculação empregatícia direta da reclamante com o primeiro reclamado, Banco Bradesco S.A., desde a admissão formal pela quarta reclamada, determinando o retorno dos autos à origem para apreciação, como se entender

direito, da matéria subjacente e decorrente da relação declarada, inclusive quanto à responsabilidade dos réus. Prejudicada, no momento, a análise do restante do recurso interposto, cujas razões deverão ser renovadas, se for o caso, oportunamente. Determinou o envio de cópia do acórdão para a Escola Judicial, para ser publicado na Revista, em face da relevância da matéria atual.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2018.

JÚLIO BERNARDO DO CARMO
Desembargador Relator

SENTENÇAS

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 0012153-97.2016.5.03.0098

Data: 7/11/2017

DECISÃO DA 2ª VARA DO TRABALHO DE DIVINÓPOLIS - MG

Juiz Substituto: LUIZ EVARISTO OSÓRIO BARBOSA

RECLAMANTE: VILSLEY SOARES FREITAS

RECLAMADA: NET AVIATION ESCOLA DE AVIAÇÃO CIVIL EIRELI - ME
E CLARO COMÉRCIO, REPRESENTAÇÕES E MANUTENÇÃO
AERONÁUTICA LTDA.

SENTENÇA

RELATÓRIO

Trata-se de reclamação trabalhista movida por Vilsley Soares Freitas em face de Net Aviation Escola de Aviação Civil Eireli - ME e Claro Comércio, Representações e Manutenção Aeronáutica Ltda. (reclamadas).

O reclamante formulou sua petição inicial, narrando diversos fatos que levaram aos seguintes pedidos: retificação da CTPS quanto à função; equiparação ou isonomia salarial; *plus* salarial decorrente do exercício da função de instrutor; adicional de periculosidade; indenização por danos materiais, sob diversos títulos; compensação do dano moral; expedição de ofícios aos órgãos apontados na inicial; condenação solidária ou subsidiária das rés e justiça gratuita. Juntou procuração, declaração de pobreza e documentos, dando à causa o valor de R\$ 50.000,00.

Na audiência inicial, após rejeitada a conciliação, as reclamadas apresentaram defesas escritas, em peças apartadas, atacando os pedidos.

A parte autora ofereceu impugnação às peças de resistência (Id. ab850bc e seguintes).

Deferida a realização de provas periciais para apuração da suposta periculosidade e do pretense acidente laboral.

Determinada a expedição de ofício ao CENIPA-SIPAER.

Na assentada final, colhidos os depoimentos pessoais recíprocos e ouvida uma testemunha, sem outras provas, encerrou-se a instrução processual, com razões finais remissivas pelas partes.

Conciliação final rejeitada.

É o relatório.

FUNDAMENTOS

Ilegitimidade passiva *ad causam* da 2ª ré

A 2ª ré argui a preliminar, em destaque, sustentando a sua ilegitimidade para compor o polo passivo da demanda.

Com efeito, conforme se deduz da inicial, a 2ª ré presta serviços de manutenção das aeronaves da 1ª reclamada, sendo esta a ex-empregadora do autor.

Nesse sentido, cite-se o seguinte trecho do depoimento obreiro “[...] que nunca foi funcionário da 2ª reclamada [...]” (Id. f815ed7).

Assim, o que se verifica é a incompetência desta Especializada para processar e julgar o feito no que tangencia à 2ª ré, pois o que define a competência material típica da Justiça do Trabalho, nos termos do artigo 114 da CF/88, é a natureza do conflito que lhe tenha sido submetido; se este decorrer da relação de trabalho, a competência será desta Justiça Especializada; entretanto, o liame entre as 1ª e 2ª rés apresenta natureza civil, ou seja, é estranho à relação trabalhista mantida entre o autor e a 2ª demandada.

Nessa ordem de ideias e considerando-se que, a partir da premissa do *mihi factum dabo tibi ius* - dê-me os fatos e eu lhe darei o direito -, o Juízo não está vinculado à normatização apontada pelas partes, pois a ele compete proceder ao enquadramento jurídico do fato apresentado, sem que isso consubstancie violação aos limites da lide; conforme comando que advém do § 5º do art. 337 do CPC/2015, pronuncio de ofício a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar a lide quanto aos pedidos relacionados à 2ª ré e, com fulcro no inciso IV do art. 485 do CPC/2015, subsidiariamente aplicável à seara trabalhista por força do art. 769 da CLT, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, no tocante às pretensões afetas à responsabilização da 2ª ré por quaisquer dos pedidos arrolados no rol petitorio.

Equiparação salarial / Acúmulo de função

Segundo a inicial, o autor foi admitido em 1º/7/2013 na função de “auxiliar de operação”, tendo, a partir de setembro/2014, passado a exercer as funções de “instrutor” e, conquanto os instrutores auferissem salário superior ao que lhe era pago, não houve qualquer alteração em sua CTPS ou na remuneração. Assim, pugna pela equiparação salarial ou isonomia com os empregados Gabriel Adolfo e Vinícios Roscinski. Sucessivamente, pugna por um *plus* salarial, em virtude do desequilíbrio contratual advindo do exercício de atribuições de instrutor.

A 1ª ré, por sua vez, nega que o reclamante tenha se ativado como instrutor, de modo que não se fazem presentes os pressupostos estabelecidos no art. 461 da CLT. Nos mesmos moldes, descabe falar em acúmulo de função, porque o autor jamais desempenhou atividades estranhas ao cargo registrado na CTPS.

Como é cediço, em se tratando de equiparação salarial, incumbe ao empregado a prova do fato constitutivo de seu direito, qual seja, a identidade de função com o(s) paradigma(s) apontado(s), sendo do empregador o ônus de provar a existência

de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da igualdade salarial pretendida, em conformidade com o disposto no item VIII da Súmula n. 06 do TST e art. 818 da CLT e inciso II do art. 373 do CPC/2015.

Assim, passa-se à análise da prova oral (Id. f815ed7).

[...] que começou a prestar serviços no setor operacional e depois passou a ser instrutor no meio de 2014; que recebia o valor do salário mínimo na CTPS e o valor do voo por fora; que existiam cinco instrutores na reclamada; que o paradigma Gabriel entrou junto com o reclamante e o Vinícius depois; que não chegou a fazer voo sozinho como instrutor; que acompanhava os instrutores mais experientes para fazer o treinamento; [...] que os que acompanhava não eram os paradigmas; que o dia do acidente foi seu primeiro voo sozinho [...]. (depoimento pessoal do autor - grifos acrescentados)

[...] que o reclamante estava em fase de treinamento para ser instrutor; que o reclamante foi chamado para acompanhar o instrutor na hora da aula do aluno Heitor; que, na aula prática, só pode voar o aluno e os instrutores; que não foi feita investigação pela empresa sobre o acidente; que não sabe se o reclamante prestou serviços depois do acidente; que o depoente é instrutor e ganha em média R\$ 2.000,00 por mês; que o depoente trabalha na reclamada há dois anos. Nada mais. (depoimento do preposto da ré - grifos acrescentados)

[...] que o depoente era instrutor; que, se não se engana, o reclamante entrou na reclamada em 2013 ou 2014; que, no começo, o reclamante preparava o avião para o voo, levando o avião até o abastecimento; que, até o acidente, o reclamante já tinha condições de instrução mas, como prática de voo, acompanhava o outro instrutor mais experiente; que os paradigmas eram instrutores de voo; que os paradigmas não eram mais experientes; que o reclamante e os paradigmas exerciam as mesmas funções; que o Gabriel foi chefe dos instrutores, fazendo algumas poucas coisas a mais; que o depoente ganhava de R\$ 4.000,00 a R\$ 5.000,00; que esse valor variava para cada instrutor porque dependia do número de aulas que ministrava; que os valores das aulas eram os mesmos para os instrutores; que normalmente a aula prática é um aluno e um instrutor; que, a partir do momento em que o funcionário passa a ser instrutor, as aulas práticas são com ele e mais um instrutor; que o instrutor que está acompanhando não recebe nenhum valor pelo voo prático; que ele recebe apenas pela aula teórica quando acompanha [...]. (depoimento da testemunha Bruno de Sousa - ouvida a rogo do autor, grifos acrescentados)

Assim, pelos depoimentos, acima transcritos, observa-se que realmente não havia identidade funcional, pois, embora a testemunha Bruno tenha dito que somente o paradigma Gabriel desempenhava algumas atribuições a mais que o reclamante, o que, em um primeiro momento, conduziria à ilação de que as funções do autor e do modelo Vinícius eram idênticas, noticiou, ainda, que o reclamante acompanhava outro instrutor, ou seja, tudo de forma a corroborar que o autor estava em fase de treinamento. Aliás, tal como corroborado pelo depoimento do próprio autor, o qual esclareceu expressamente que estava em treinamento.

No que tangencia à alegação do autor no sentido de que, no dia do acidente, fez o primeiro voo sozinho, a mesma não se sustenta, pois, ao final de seu depoimento, o autor aduziu que,

[...] na hora do acidente, era o aluno que estava pilotando; que o instrutor Bruno assumiu para fazer o pouso forçado; que, no voo do acidente, estava acompanhando o instrutor Bruno e um aluno [...]. (grifos acrescidos)

Logo, não há provas de que o autor tenha efetivamente prestado serviços como instrutor fora do período de treinamento e, nesse interregno, não há como reconhecer a identidade funcional, pois a testemunha informou que normalmente a aula prática é realizada com um aluno e um instrutor, e que o funcionário que passa a instrutor realiza as aulas práticas com mais um instrutor.

Destarte, rejeito o pedido de equiparação salarial.

Em prosseguimento, no tocante ao pedido de reconhecimento de acúmulo de função, destaco que tal instituto somente se verifica quando incompatíveis as funções desempenhadas, ou por expressa previsão normativa (legal ou convencional); isto é, a contratação do trabalhador para exercer certa função não obsta que ele venha a desempenhar, licitamente, tarefas compatíveis e/ou correlatas com essa função.

In casu, verificou-se que a 1ª ré, por meio dos treinamentos, visou a implementar a melhoria da condição social do autor,

possibilitando a este galgar um cargo melhor; logo, entendimento diverso implicaria transformar uma benesse concedida ao empregado em uma penalidade contra o empregador que a forneceu, ocorrendo verdadeiro desestímulo a tais condutas patronais.

Indefiro.

Adicional de periculosidade

Como é cediço, o art. 195 da CLT determina que a periculosidade seja apurada por meio de perícia técnica, prova esta que foi devidamente determinada (Id. db0d228).

O laudo foi juntado aos autos, por meio do documento Id. 96f2f90, tendo sido assegurado o contraditório, face à possibilidade de efetiva participação das partes.

Assim, após minuciosa análise, concluiu a perita pela caracterização da periculosidade face ao acompanhamento pelo autor do abastecimento, uma vez por dia, durante cerca de 30 minutos, nos termos estabelecido no Anexo 2, item 3, letras “q” e “m” da NR 16 da Portaria n. 3.214/78.

Todavia, vale registrar que, tal como apurado pela *expert*, o autor apenas acompanhava o abastecimento (Id. 96f2f90 - f. 15), conforme relato do frentista que trabalhou na ré de forma contemporânea ao autor.

Logo, a permanência do autor próximo à bomba de combustível para acompanhar o abastecimento da aeronave, embora fosse parte das atribuições de seu cotidiano laboral, ocorria de forma eventual, pois a sua atribuição principal consistia nas atividades ínsitas ao cargo de “auxiliar de operação” e treinamentos para instrutor, tal como apurado acima. Assim sendo, como o autor não exercia a função de operador de bomba de combustível (que trabalha efetivamente na área de risco), tanto que havia um frentista na ré, tal como expressamente indicado no laudo, a atividade obreira não pode ser inserida nas alíneas dos quadros constantes dos anexos da NR 16 da Portaria n. 3.214/78 do MTE.

Entendimento em sentido contrário ensejaria o direito à percepção do adicional de periculosidade a qualquer empregado que utilize o carro da empresa para o desempenho de suas atividades e, por tal razão, necessita abastecer sistematicamente o veículo em postos de combustíveis.

Corroborando esse entendimento, o aresto proferido pela SDI-I do TST, que foi publicado no Informativo 19 do TST:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. MOTORISTA QUE ACOMPANHA ABASTECIMENTO DE CAMINHÃO DENTRO DA ÁREA DE RISCO. INDEVIDO. ATIVIDADE NÃO CONSIDERADA PERIGOSA PELA NR 16 DO MTE. É indevido o adicional de periculosidade ao motorista que ingressa na área de risco ao simplesmente acompanhar o abastecimento do caminhão por ele dirigido, não se admitindo interpretação extensiva da NR 16 do MTE para considerar tal atividade perigosa. Com esse entendimento, a SBDI-I, por maioria, vencidos os Ministros Augusto César Leite de Carvalho, relator, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, José Roberto Freire Pimenta e Delaíde Miranda Arantes, conheceu dos embargos, por divergência jurisprudencial e, no mérito, deu-lhes provimento, para restabelecer o acórdão do Regional, que julgou improcedente o pedido de adicional de periculosidade. (TST-E-ED-RR-5100-49.2005.5.15.0120, SBDI-I, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, red. p/ acórdão Min. Maria Cristina Irogoyen Peduzzi, 23/8/2012.)

Também nesse sentido é o entendimento preconizado na Súmula n. 59 do TRT doméstico, *in verbis*:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. MOTORISTA. ACOMPANHAMENTO DE ABASTECIMENTO DE VEÍCULO.

O motorista que apenas acompanha o abastecimento de veículo que conduz não tem direito ao pagamento de adicional de periculosidade. (RA 75/2017, disponibilização: DEJT/TRT3/Cad. Jud. 17, 20 e 21/3/2017.)

Por fim, mas não menos importante, cito a Súmula n. 447 do TST:

SÚMULA N. 447 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PERMANÊNCIA A BORDO DURANTE O ABASTECIMENTO DA AERONAVE. INDEVIDO. Res. 193/2013, DEJT divulgado EM 13, 16 E 17/12/2013.

Os tripulantes e demais empregados em serviços auxiliares de transporte aéreo que, no momento do abastecimento da aeronave, permanecem a bordo não têm direito ao adicional de periculosidade a que aludem o art. 193 da CLT e o Anexo 2, item 1, “c”, da NR 16 do MTE.

Presentes tais questões, conforme comando contido no art. 479 do CPC/2015, rejeito as conclusões técnicas para reconhecer que o autor não esteve exposto a condições perigosas, em razão do que rejeito o pedido, *sub oculis*, bem como as incidências reflexas (Princípio da Gravitação Jurídica).

Responsabilidade civil

Diz o autor que, no dia 10/10/2014, a 1ª ré lhe determinou que se dirigisse a Divinópolis e ministrasse 3 horas-aula de prática de voo normal ao aluno Heitor Passos Benfica, juntamente com o instrutor Bruno de Souza Fonseca. Após a aula, no retorno para Belo Horizonte, por volta de 16h50, a aeronave, que estava sendo pilotada por Bruno, em razão de problemas no motor, realizou um pouso forçado nas margens da barragem de Juatuba. Em virtude da queda, o autor sofreu fratura na coluna vertebral, o que caracteriza acidente do trabalho. Por tais razões pugna por indenização pelos danos materiais e compensação dos danos morais, bem como pelo reconhecimento da responsabilidade objetiva da 1ª ré.

A 1ª ré afirma que não pode ser responsabilizada pelo sinistro, pois a aeronave encontrava-se com Certificado de Aeronavegabilidade válido, e as escriturações das cadernetas de célula, motor e hélice estavam atualizadas. Sustenta, ainda, que descabe falar em responsabilidade objetiva porque sua atividade não implica risco acentuado.

Passo à análise.

Inicialmente, quanto às condições afetas ao sinistro, registro que se trata de acidente típico, conforme se deduz dos termos da própria defesa, a qual confirma a queda do avião durante as atividades laborais.

Determinada a realização de perícia médica, cujo laudo foi juntado aos autos por meio do documento Id. d2d310e, constatou o perito do Juízo que:

[...] O reclamante foi vítima de um acidente de trabalho em 10/10/2014, culminando em dano em sua coluna vertebral. Firma-se, pois, o nexo causal.

[...]

Analisando exame físico-forense do reclamante, nota-se a existência de dano permanente valorizado em 18,5% pela tabela da SUSEP. A cicatriz resultante do procedimento cirúrgico realizado forma um dano estético leve.

[...]

Em relação à análise de seu potencial laborativo, o reclamante é classificado como incapaz parcial e permanente (Anexo III do Decreto 3.048/99, quadro 06). Tratando-se de jovem (24 anos), com curso superior completo, com amplas possibilidades de reinserção no mercado de trabalho, após cumprir programa de reabilitação profissional no INSS e ser certificado. (f. 18 do laudo pericial)

Logo, acolho *in totum* o laudo pericial, isso em decorrência do notório conhecimento técnico do perito e, também, porque nada veio aos autos de forma a desautorizar o desfecho aqui alcançado, pois a 1ª ré limitou-se a aduzir que a culpa pelo sinistro é da 2ª demandada.

De modo a esclarecer bem a matéria, frise-se que, conforme já mencionado, o liame causal torna-se inequívoco, no momento em que se constata a relação direta entre o acidente e as atividades laborais prestadas pelo autor em prol da 1ª ré.

Quanto aos elementos ensejadores da responsabilidade civil, no pertinente aos atos ilícitos, prevê o artigo 186 do atual Código Civil brasileiro, fonte subsidiária do Direito do Trabalho, por força do art. 8º da CLT, *in verbis*:

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

Já no título que trata sobre a responsabilidade civil, o art. 927 define que:

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

Parágrafo Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A responsabilidade civil subjetiva assenta-se na tríade: ato ilícito (e o dolo ou culpa inerente a ele), nexos causal e dano e, configurado o quadro, cabe ao ofensor o dever de reparar o dano sofrido pelo ofendido.

Já a responsabilidade civil objetiva, conforme destaca o parágrafo único do artigo 927, não depende de culpa nos casos especificados em lei ou “[...] quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Vale verificar que o texto de lei não faz menção a risco físico, mental etc., mas a risco para “os direitos”, o que parece bem mais amplo, na medida em que atinge, igualmente, um direito patrimonial, por exemplo.

Sobre a responsabilidade do empregador em face de acidente de trabalho ocorrido com seu empregado, a doutrina e jurisprudência têm transitado entre duas vertentes: a primeira, composta por aqueles que entendem que a responsabilidade do empregador é subjetiva, e a segunda, composta por aqueles que entendem que tal responsabilidade é objetiva.

Para a primeira vertente, para toda e qualquer reparação há que se perquirir se o empregador agiu com dolo ou culpa. Salientam a literalidade do inciso XXVIII do art. 7º da CF/88 - que faz expressa menção a dolo ou culpa do empregador - e que o parágrafo único do art. 927 - que estabelece a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outros - não revogou e nem poderia revogar a previsão constitucional.

Para a segunda vertente, é desnecessária a prova de culpa do empregador, sendo suficiente que se demonstre o dano e o nexo causal entre este e o trabalho realizado pelo empregado. Dentro dessa vertente, os mais ponderados salientam que tal responsabilidade será configurada apenas quando se tratar de atividade de risco, salientando que o *caput* do art. 7º abre a possibilidade para o surgimento de outros direitos que visem à melhoria da condição social do trabalhador.

Ressaltados, em grossas linhas, os posicionamentos acima, entendo que, de fato, a previsão do parágrafo único do art. 927 do CCb se enquadra dentro da possibilidade de que outros benefícios podem ser estendidos ao trabalhador, seja de forma direta (criação de direitos), seja de forma indireta (aplicação de normas mais benéficas), de modo que, nos casos em que o empregador desenvolve atividade que gera um risco superior à média de risco intrínseca a toda e qualquer atividade, deve, de fato, responder objetivamente.

Ademais, no plano dos princípios, que não pode ser esquecido, importa lembrar que o Direito do Trabalho, onde se insere o inciso XXVIII do art. 7º da CF/88, rege-se pelo princípio da norma mais favorável ao trabalhador e, sendo assim, as normas de hierarquia inferior que ampliem as garantias constitucionais na verdade não colidem com a Constituição, ao contrário, complementam-na, sendo, portanto, plenamente, compatíveis com a Carta Magna.

Também não se pode perder de vista que, no Direito do Trabalho, mesmo antes do advento da CF de 1988, a teoria do risco da atividade empresarial já estava inserida no artigo 2º da CLT, que atribui os riscos da atividade econômica ao empregador, tendo o parágrafo único do art. 927 do CCb apenas reconhecido, expressamente, a responsabilidade objetiva para a reparação do dano causado a terceiros.

Pois bem. O caso dos autos versa sobre atividades inerentes à aviação e esta é uma atividade que implica risco maior que aquele normalmente presente em outras atividades; tanto é assim que a

responsabilidade civil das empresas aéreas, enquanto fornecedoras de serviços, é objetiva, fundada no risco da atividade por elas desenvolvida, não se fazendo necessário perquirir acerca da existência de culpa; “sua ocorrência é irrelevante e sua aferição desnecessária, pois não há interferência na responsabilização.” (art. 14 do CDC).

Assim, a negação da responsabilidade objetiva nos casos de acidente do trabalho não pode ser absurda ao ponto de que, em um acidente de avião, à empresa de avião se atribua responsabilidade objetiva de reparar os danos das vítimas (passageiros), mas, com relação aos empregados (tripulantes), vítimas do mesmo acidente, a reparação somente se daria apenas mediante prova de dolo ou culpa. Isso porque é ilógico admitir a situação de um sujeito que, por força de lei, assume os riscos da atividade econômica e, por exercer uma determinada atividade (que implica, por sua própria natureza, risco para os direitos de outrem), responde objetivamente pelos danos causados. Ainda assim, em relação aos seus empregados, tenha o direito subjetivo de somente responder, pelos seus atos, se os hipossuficientes provarem culpa.

Assim sendo, a responsabilidade civil a ser imputada à 1ª reclamada é de natureza objetiva e está cabalmente constatada, pois foram devidamente comprovados o nexo de causalidade e o dano.

Entretanto, ainda que assim não fosse, a análise do acidente pelo Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (órgão vinculado ao Ministério da Aeronáutica, por meio do Decreto n. 69.565, de 19/11/1971, como órgão central do Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos - SIPAER) é precisa quanto às circunstâncias em que se desenhou o infeliz sinistro (Id. 20a3ed0).

Nesse contexto, mesmo considerando a ressalva constante do próprio relatório quanto à sua impossibilidade de uso como meio de prova para responsabilização civil (f. 89), entendo que os apontamentos nele consignados devem ser considerados,

sobretudo porque submetidos ao contraditório na presente ação, tendo a 1ª reclamada, inclusive, fundamentado suas argumentações em tal documento.

Da análise do relatório (Id. 20a3ed0), verifica-se quanto às informações acerca da causa do acidente, *in verbis*:

[...] Durante a Ação Inicial, a equipe do SERIPA III verificou que havia rastros de óleo na lateral direita da aeronave, com indícios de vazamento durante o voo, pois as linhas do óleo encontravam-se na horizontal.

[...]

Quando o capô do motor foi retirado, foi constatado que uma das mangueiras de óleo estava solta. O vazamento de óleo na lateral da aeronave foi o responsável pela indicação de baixa pressão de óleo e fumaça branca, proveniente do contato do óleo com as partes quentes do motor.

[...]

O vazamento do óleo teve como consequência o aumento da temperatura interna dos componentes do motor, o que ocasionou a dilatação desses e, portanto, o travamento do motor.

Após a falha do motor, o piloto decidiu realizar o pouso em uma área seca de represa, em Juatuba, MG.

A mangueira e o cotovelo do sistema de acoplamento foram enviados ao Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial (DCTA) para análise das causas do desacoplamento da mangueira.

A análise concluiu que as extremidades rosqueadas da mangueira e do cotovelo do sistema de acoplamento da mangueira ao radiador de óleo do motor não apresentaram danos que justificassem a soltura durante o voo. Provavelmente, o desacoplamento ocorreu por falta de torque na instalação e vibração durante funcionamento do motor.

Verificou-se que a aeronave havia passado por manutenção preventiva dois dias antes da ocorrência, na Oficina Claro Aviação, sediada no Aeroporto de Carlos Prates (SBPR).

No dia 17 de outubro de 2014, uma aeronave Robinson 22, que havia saído de uma Inspeção Anual de Manutenção (IAM) na mesma empresa que realizou a manutenção do PR-NAR, teve vibração excessiva, 15 minutos após a decolagem de SBPR, vindo a entrar em autorrotação sobre mata fechada em área próxima da ocorrência anterior.

Dessa forma, uma comissão do SERIPA III foi designada para realizar uma Vistoria de Segurança de Voo na Empresa que realizou a manutenção das aeronaves, com participação de psicólogo com formação em fatores humanos da investigação.

Durante a vistoria, foi constatado que a empresa iniciou os serviços de manutenção de helicópteros em 2009. Contudo, havia pouco tempo (aproximadamente um ano e meio) que estavam realizando manutenção em aviões.

Além disso, a equipe de manutenção na empresa era segregada entre aeronaves de asa rotativa e de asa fixa. Com isso, por haver maior demanda de trabalho para aeronaves de asa rotativa, a equipe de aeronaves de asa fixa limitava-se a um auxiliar de mecânico, um mecânico e o inspetor, que era o próprio dono da empresa.

Verificou-se que havia acúmulo de tarefas do inspetor por ser o dono e gestor da empresa, o qual se manteve afastado das tarefas de manutenção. A reduzida equipe de profissionais para realizar a manutenção em aviões também pode ter aumentado a carga de trabalho dos funcionários e contribuído para a ocorrência de falhas durante os serviços realizados. Portanto, é possível conjecturar que a cultura organizacional e a organização do trabalho da empresa contribuíram para que a instalação da mangueira não fosse adequada e, por sua vez, a inspeção fosse deficiente.
[...].

Assim, a queda da aeronave ocorreu pela falha mecânica, tendo sido apurado que a empresa que prestou a manutenção apresenta uma série de falhas, seja em razão de possuir poucos profissionais, seja pelo exíguo tempo em que a mesma realizava manutenção em aviões, qual seja, cerca de um ano e meio. Tudo de modo a conduzir o SIPAER a concluir que a instalação da mangueira na aeronave não foi feita de forma satisfatória.

No que tange ao elemento subjetivo (dolo/culpa), registre-se que, a par das disposições legais contidas no capítulo V do título II da CLT, o empregador está obrigado a propiciar aos seus empregados condições plenas de trabalho, no que diz respeito à segurança, salubridade e condições mínimas de higiene e conforto. Tal previsão coaduna-se perfeitamente com as normas constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso III do artigo 1º da CF/88) e proíbem o tratamento desumano ou degradante (inciso III do art. 5º da CF/88).

A obrigação patronal abarca ainda o dever geral de cautela, o qual exige que se leve em conta todas as hipóteses que, dentro

da lógica do razoável, mostrem-se previsíveis, ou seja, que revelem uma certa probabilidade de efetivamente ocorrer, como no caso em apreço em que se vislumbra a culpa *in eligendo* e *in vigilando* da 1ª ré no tocante à má escolha da prestadora de serviços contratada, evidenciada pela negligência no tocante à aferição da capacidade técnica e econômica da contratada (2ª ré).

Logo remanesce para a 1ª ré eventual ação de regresso contra a 2ª reclamada na instância própria.

Destarte, por qualquer ângulo que se mire a hipótese vertente, restam configurados todos os elementos que fazem parte da responsabilidade civil, ainda que na modalidade subjetiva, valendo esclarecer que o dano moral prescinde de prova, uma vez que é interno e subjetivo, pelo que se considera que decorre *in re ipsa*.

Assim, passo à análise dos pedidos decorrentes da responsabilidade civil.

Dano moral

Não existindo parâmetro objetivo insculpido na lei, para fixação do dano moral, o valor da reparação há de ser arbitrado por um juízo de equidade, levando-se em consideração alguns critérios, tais como: o desgaste provocado no ofendido e a posição socioeconômica do ofensor.

Portanto, fixo a indenização por dano moral no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a qual, baseada nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e demais fatores ativados na fundamentação, apresenta-se como uma quantia justa.

Do dano material

Prosseguindo, têm-se os pedidos afetos à reparação por danos materiais.

Os danos materiais decorrentes de acidente do trabalho ou doença profissional abrangem, segundo a dicção do art. 950

do Código Civil, subsidiariamente aplicável à seara trabalhista por força do disposto no parágrafo único do art. 8º da CLT, as despesas com o tratamento (danos emergentes) e os lucros cessantes, até o fim da convalescença - a qual deve ser entendida como a cura da enfermidade ou a consolidação das lesões - e pensão correspondente à importância do trabalho para o qual houve a inabilitação, total ou parcial, a partir do fim da convalescença.

No caso dos autos, nada é devido a título de danos emergentes, pois, embora juntamente com a inicial tenham sido adunados aos autos vários exames do autor (Id. c256216), somente o de f. 03 menciona o valor de R\$ 614,00 relacionado a um exame e, ainda assim, o valor referiu-se a depósito caução, ou seja, na eventualidade de o plano de saúde do autor não autorizar o exame, este seria quitado particular, comprovação que não veio aos autos.

Nos mesmos moldes, não há qualquer prova nos autos acerca de acréscimos no plano de saúde, em virtude do acidente, ônus que competia à parte reclamante (art. 818 da CLT e inciso I do art. 373 do CPC/2015).

No que se refere aos lucros cessantes, estes devem ser entendidos como as parcelas, cujo recebimento seria razoável esperar. Assim, a possibilidade de percepção não precisa ser certa e absoluta, mas também não é permitido que se situe na esfera do pouco provável, devendo o critério de apuração pautar-se pelo bom senso e pela ótica daquilo que ordinariamente acontece.

O art. 950 do CCb, subsidiariamente aplicável à esfera trabalhista em razão do parágrafo único do art. 8º da CLT, expressamente prevê o pagamento dos lucros cessantes até o fim da convalescença e do pensionamento a partir de então. Logo, cumpre esclarecer que a indenização por lucros cessantes e a pensão mensal vitalícia não se confundem, embora visem à finalidade semelhante, distinguindo-se, tecnicamente, apenas quanto ao momento a que se refere o pagamento. Constatada a incapacidade para o trabalho, após a convalescença, exsurge a obrigação de pagar

ensão mensal correspondente à importância do trabalho para o qual se inabilitou a vítima, ou da depreciação que sofreu, não havendo falar em necessidade de aferição de lucros cessantes nesse momento.

Também é necessário esclarecer que é extrema de dúvida a possibilidade de cumulação de benefícios previdenciários com a condenação em danos materiais, haja vista que, na cobertura securitária e na responsabilidade civil, as causas e os sujeitos passivos da obrigação de reparar são distintos (inciso XXVIII do art. 7º da CF/88).

Considerando-se a possibilidade de cumulação de danos materiais com benefícios previdenciários, descabe falar em compensação da parcela paga à vítima pelo INSS, seja a qual título for, pois o benefício previdenciário decorre da condição de segurado do autor, enquanto a indenização por danos materiais funda-se na reparação do dano causado pelo trabalho prestado às rés.

Assim, atendo-se ao grau de incapacidade do reclamante, bem como se considerando que, mesmo sendo readaptado para outra função, o reclamante apresentará menor rendimento e desprenderá maior esforço, pois do sinistro redundou uma redução em grau máximo dos movimentos do segmento lombo-sacro da coluna vertebral, gerando incapacidade parcial permanente estimada em 18,75%, arbitro os lucros cessantes, devidos no interregno de 27/10/2014 a 30/4/2015 (interregno da licença previdenciária - Id. 73ade7f), em 50% do salário pago ao autor em setembro/2014 (R\$ 764,00 - Id. e1ccf9c, f. 3), perfazendo o importe de R\$ 382,00 mensais, em um total de R\$ 2.342,93 em todo o interregno, pagos de uma só vez.

Nos mesmos moldes e se considerando que após a alta concedida pelo órgão previdenciário, houve consolidação das lesões, sem perder de vista que o reclamante permaneceu no posto laboral até 16/5/2016 (TRCT - Id. 9ee960b), é devido o pensionamento a partir de 17/5/2016 (data imediatamente posterior à dispensa), o qual será devido até a idade de 71,9 anos, conforme a nova tabela de expectativa de sobrevivência do cidadão brasileiro, publicada pelo

IBGE em 2017 (limites do pedido), em 10% da remuneração-base paga ao autor em abril/2016 (R\$ 920,00 - Id. e1ccf9c, f. 07), perfazendo o importe de R\$ 92,00, até 2064, pois, em 17/5/2016, o autor contava com 23 anos, sete meses e 26 dias de vida (Id. 6064e07), de modo que a pensão é devida por um período de 48 anos, um mês e quatro dias. Assim o valor total é de R\$ 53.096,27, quitado de uma só vez, nos exatos termos do parágrafo único do art. 950 do CCb.

Justiça gratuita

Nos termos do § 3º do artigo 790 da CLT, e considerando a declaração de hipossuficiência trazida com a inicial (Id. 5858bc2), concedo ao reclamante os benefícios da justiça gratuita.

Honorários periciais

Sucumbente o reclamante no objeto da perícia de engenharia (Drª Leandra), mas sendo beneficiário da justiça gratuita, os honorários periciais, ora arbitrados em R\$ 1.000,00, serão pagos nos termos da Resolução n. 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Requisite-se oportunamente.

Lado outro, os honorários do perito médico, Leandro Duarte de Carvalho, serão custeados pela parte ré, sucumbente no objeto da perícia, arbitrados em R\$ 1.500,00, diante de sua diferenciada complexidade, ficando, porém, isenta, em função de que tal importância já foi adiantada pela ré ao vistor (Id. 300f202).

Compensação / Dedução

Nada há a compensar, porque a 1ª reclamada não mostrou ser credora do reclamante (artigo 368 do CCb/02). Também descabe falar em dedução, pois as parcelas que integram a condenação não foram quitadas na contratualidade.

Correção monetária e juros

O valor da condenação deverá ser corrigido monetariamente desde o inadimplemento das verbas até a data do efetivo pagamento do débito. Sendo assim, para efeito da correção monetária, fixa-se o termo *a quo* no dia do vencimento da obrigação, uma vez que só incorre em mora o devedor ao não efetuar o pagamento no tempo devido (artigo 397 do Código Civil e Súmula n. 381 do C. TST).

Nesse aspecto, para a correção dos valores, deverá ser observada a correção monetária pela TR mensal, *pro rata die*, em consonância com a Lei n. 8.660/93. No procedimento da atualização monetária, deverá ser utilizada a tabela única de atualização de débitos trabalhistas a que alude a Resolução n. 8/2005 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Responderá a parte reclamada pelo pagamento dos juros de mora devidos a partir da data em que foi ajuizada a ação (artigo 883 da Consolidação das Leis do Trabalho). Para tanto, os juros referidos incidirão sobre a importância da condenação já corrigida monetariamente nos termos da Súmula n. 200 do C. TST, calculados na base de 1% a.m. (um por cento ao mês), de forma simples (não capitalizados), e aplicados *pro rata die*, nos termos do § 1º do artigo 39 da Lei n. 8.177/91. Na eventualidade de haver adimplementos parciais do crédito exequendo, o valor parcialmente adimplido deve ser abatido, proporcionalmente, tanto do valor já corrigido monetariamente, como do respectivo valor dos juros.

Quanto ao FGTS, aplicar-se-á o sentido da OJ 302 da SDI-1 do TST.

A indenização por danos morais já está atualizada até a data deste julgamento, de acordo com as Súmulas n. 439 do TST e 362 do STJ, de forma que a correção monetária começará a contar da presente publicação, com juros de mora incidentes a partir do ajuizamento da ação.

Contribuições previdenciárias e imposto de renda

Não haverá incidência de contribuições previdenciárias, diante da natureza nitidamente indenizatória das parcelas objeto da condenação, tratando-se apenas de indenização por danos morais e danos materiais.

O mesmo se diga em relação à incidência de imposto de renda, diante da natureza puramente indenizatória das parcelas deferidas, inclusive a compensação por danos morais, porquanto se trata de recomposição do patrimônio imaterial do reclamante. Essa é inclusive a linha da Súmula n. 498 do STJ.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, nos autos da reclamação trabalhista movida por Vilsley Soares Freitas em face de Net Aviation Escola de Aviação Civil Eireli - ME e Claro Comércio, Representações e Manutenção Aeronáutica Ltda. (reclamadas), decido:

1 - pronunciar de ofício a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar a lide, quanto aos pedidos relacionados à 2ª ré e, com fulcro no inciso IV do art. 485 do CPC/2015, subsidiariamente aplicável à seara trabalhista por força do art. 769 da CLT, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, no tocante às pretensões afetas à responsabilização da 2ª ré por quaisquer dos pedidos arrolados no rol petitário;

2 - julgar PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados para condenar a 1ª reclamada a pagar ao reclamante, nos termos da fundamentação retro, que passa a ser parte integrante deste dispositivo, os seguintes créditos:

- 1 - indenização por danos morais no importe de R\$ 15.000,00;
- 2 - R\$ 2.342,93 devidos a título de lucros cessantes, no interregno incidente entre 27/10/2014 a 30/4/2015;
- 3 - pensionamento, devido a partir de 17/5/2016 (data

imediatamente posterior à dispensa), o qual será devido até a idade de 71,9 anos, conforme a nova tabela de expectativa de sobrevida do cidadão brasileiro, publicada pelo IBGE em 2017 (limites do pedido), em 10% da remuneração-base paga ao autor em abril/2016 (R\$ 920,00 - Id. e1ccf9c, f. 07), perfazendo o importe de R\$ 92,00, até 2064, pois, em 17/5/2016, o autor contava com 23 anos, sete meses e 26 dias de vida (Id. 6064e07), de modo que a pensão é devida por um período de 48 anos, um mês e quatro dias. Assim o valor total é de R\$ 53.096,27, quitado de uma só vez, nos exatos termos do parágrafo único do art. 950 do CCb.

Concedo os benefícios da justiça gratuita ao reclamante.

Sucumbente o reclamante no objeto da perícia de engenharia (Dr^a Leandra), mas sendo beneficiário da justiça gratuita, os honorários periciais, ora arbitrados em R\$ 1.000,00, serão pagos nos termos da Resolução n. 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Requisite-se oportunamente.

Lado outro, os honorários do perito médico, Leandro Duarte de Carvalho, serão custeados pela parte ré, sucumbente no objeto da perícia, arbitrados em R\$ 1.500,00, diante de sua diferenciada complexidade, ficando, porém, isenta, em função de que tal importância já foi adiantada pela ré ao vistor (Id. 300f202).

A correção monetária e os juros obedecerão aos parâmetros definidos na fundamentação desta sentença.

Os valores serão apurados em liquidação de sentença, por cálculos, observados os limites do pedido e todos os termos da fundamentação desta sentença.

Custas processuais, pela 1^a reclamada, no importe de R\$ 1.200,00, calculadas sobre R\$ 60.000,00, valor arbitrado à condenação.

Cientes as partes (Súmula n. 197 do TST).

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. RTOOrd 0010163-61.2017.5.03.0090

Data: 13/12/2017

DECISÃO DA VARA DO TRABALHO DE GUANHÃES - MG

Juíza Substituta: VERENA SAPUCAIA SILVEIRA GONZALEZ

AUTOR: EVA SALVADOR DIAS

RÉU: MILPLAN ENGENHARIA S.A., ANGLO AMERICAN MINÉRIO DE FERRO BRASIL S/A

I - RELATÓRIO

EVA SALVADOR DIAS ajuizou reclamação trabalhista em face de MILPLAN ENGENHARIA S.A. e ANGLO AMERICAN MINÉRIO DE FERRO BRASIL S/A, formulando os pleitos constantes da exordial, pelas razões de fato e direito que expôs. Juntou documentos e deu à causa o valor de R\$ 56.466,92.

Em audiência, recusada a conciliação, as reclamadas apresentaram defesas escritas.

Em defesa, a primeira ré, preliminarmente, alegou a inépcia da inicial. No mérito, arguiu a prescrição parcial e contestou todos os pedidos, requerendo, ao final, a improcedência da ação ou a compensação de parcelas já pagas e postuladas nesta ação. Juntou documentos e instrumento de procuração.

A segunda ré defendeu-se, suscitando, em preliminar, ilegitimidade passiva. No mérito, contestou todos os pedidos formulados em face da defendente e requereu, ao final, a improcedência da ação e, eventualmente, a compensação. Juntou documentos e instrumento de procuração.

Impugnação da autora às f. 443/450.

Laudos periciais e esclarecimentos às f. 476/517 e 533/539.

Na audiência em prosseguimento, foram colhidos os depoimentos das partes.

Sem mais provas a produzir, foi encerrada a instrução processual.

Impossível a derradeira tentativa de conciliação.

Razões finais orais remissivas.

É o relatório.

II - FUNDAMENTOS

Direito intertemporal

A fim de prevenir eventuais dúvidas passíveis de interposição de embargos de declaração, esclarece-se que, como a relação contratual havida entre as partes se deu antes da vigência da Lei n. 13.467/17, a presente decisão observará as normas vigentes antes da denominada “Reforma Trabalhista” no aspecto material.

Inépcia da inicial

Argui a primeira reclamada a preliminar em epígrafe, sustentando que, embora a reclamante alegue a prestação de horas extras, inclusive aos sábados, domingos e feriados, não apontou em quais dias ou meses teria se dado o labor, tratando-se de pedido genérico.

Sem-razão a reclamada.

No particular, cumpre registrar que o § 1º do art. 840 da CLT exige uma breve exposição fática de que resulte o dissídio e o pedido de forma clara, o que, *in casu*, foi observado.

Assim, não há falar em inépcia da petição inicial.

Rejeita-se.

Ilegitimidade passiva

A legitimidade *ad causam* passou a ser pressuposto processual no novo CPC. Dessa forma, superada a teoria da asserção, é de se concluir que, tratando-se de legitimação ordinária, na qual se discute se o autor é titular do direito vindicado e se o réu é o devedor, a questão está afeta ao mérito da demanda.

Rejeita-se.

Prescrição parcial

Arguida a tempo e modo, considerando o ajuizamento da demanda em 10/2/2017, pronuncia-se a prescrição das pretensões com exigibilidade anterior a 10/2/2012, extinguindo-as com resolução do mérito, a teor do inciso XXIX do art. 7º da CF e inciso II do art. 487 do CPC/2015.

Juntada de documentos

A título de esclarecimento, registra-se que a presunção de veracidade prevista no art. 400 do CPC só terá sua incidência se descumprida a ordem judicial de juntada de documentos e, jamais, por requerimento da parte.

Desse modo, eventual ausência de documento importante ao feito será matéria apreciada em cada tópico respectivo neste *decisum*, não gerando, por si só, os efeitos pretendidos pela reclamante na peça de ingresso.

Adicional de insalubridade e guias PPP

Da análise do laudo pericial de f. 488/517 e ratificado pelos esclarecimentos de f. 533/539, observa-se que a perita concluiu que a autora laborou em condições consideradas insalubres, em grau médio, pois laborou “[...] exposta ao ruído acima do limite de tolerância [...]”, assim como “[...] fazia parte das atividades da reclamante empregar produtos contendo hidrocarbonetos aromáticos como solventes ou em limpeza de peças [...]”, e a reclamada não comprovou o fornecimento dos EPIs, o que impossibilita a análise das limitações da proteção do EPI e da reposição em períodos compatíveis ao risco/atividade/ambiente (f. 492/495), tendo a perita assim concluído (vide f. 433):

Com base nas informações recebidas, nas documentações apresentadas e nas disposições da NR 15, legislação pertinente da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho e fundamentos contidos no item VII do presente

Laudo, conclui-se que se caracteriza a insalubridade em grau médio (20%) pela exposição ao Ruído acima do limite de tolerância e a produtos químicos compostos primariamente de hidrocarbonetos, sem a proteção adequada no período de 1º/11/2013 a 27/5/2014.

Embora o laudo pericial tenha sido impugnado, a reclamada não produziu provas nos autos de modo a infirmar as conclusões periciais.

Com efeito, nada obstante a própria autora confessar em Juízo que recebeu máscara, protetor auricular, luvas de borracha, botas, perneiras, óculos, capacete (f. 554), isso, por si só, não tem o condão de afastar o direito à percepção do adicional, ante a impossibilidade de análise das limitações da proteção do EPIs ofertados, assim como da regular reposição em períodos compatíveis ao risco/atividade/ambiente, consoante bem explicitado pela perita em seu laudo.

Via de consequência, faz jus a reclamante ao pagamento do adicional de insalubridade pelo período de 1º/11/2013 a 27/5/2014, observados os períodos de afastamento previdenciário, à razão de 20% sobre o salário-mínimo (nos termos do art. 194 da CLT c/c Súmula Vinculante n. 04).

Ante a habitualidade do pagamento do adicional de insalubridade, devidos reflexos nas férias acrescidas de 1/3, 13º salários, FGTS e indenização de 40% e horas extras eventualmente quitadas no período.

Indevidos, contudo, os reflexos em aviso prévio indenizado, pois ausente a percepção do aludido adicional nos 12 meses anteriores à rescisão contratual.

Assinale-se que o fato de a autora ter ficado grande parte do tempo afastada pelo Órgão Previdenciário, em razão da concessão de auxílio-doença, não lhe retira o caráter de habitualidade.

Indevidos os reflexos no RSR, pois o adicional de insalubridade, por ter base de cálculo mensal, já remunera os dias de repouso semanal e feriados (inteligência da OJ 103 da SDI-1 do TST).

Por fim, constatado labor em condições insalubres, julga-se procedente o pedido de emissão de novas guias PPP (Perfil

Profissiográfico Previdenciário), devendo a reclamada, após o trânsito da presente decisão, no prazo de 10 dias contados da intimação específica para tal fim, proceder à entrega ao reclamante da guia PPP, contemplando a condição de trabalho ora verificada, sob pena de aplicação de multa de R\$ 50,00 por dia de atraso, limitada a R\$ 1.500,00, em favor do autor.

Determina-se, ainda, o envio de cópia desta sentença para os endereços eletrônicos sentencas.dsst@mte.gov.br e insalubridade@tst.jus.br, na forma da Recomendação Conjunta GP. CGJT n. 3/2013.

Horas de trajeto

De início, impende registrar que se mostra incontroverso nos autos que a reclamada fornecia transporte aos empregados para o local de trabalho, mesmo porque sequer nega o fornecimento, limitando sua defesa à facilidade de acesso e à existência de transporte público regular e compatível e o pagamento das horas de trajeto, quando do labor na obra.

Resta, pois, como objeto de prova a facilidade de acesso ou a existência de transporte público regular compatível com a jornada da autora, a teor do § 2º do artigo 58 da CLT, assim como o tempo despendido no trajeto.

No particular, tendo em vista que a concessão de transporte a empregados, na hipótese de local de fácil acesso e servido por transporte público regular, como alegado pela reclamada, foge do que ordinariamente acontece, cabia à reclamada a prova do alegado, a teor do disposto no art. 818 da CLT e inciso II do art. 373 do NCPC, pois o ordinário se presume e o extraordinário se comprova. E desse ônus a reclamada não se desincumbiu.

Com efeito, de início, impende registrar que a perita constatou que a reclamante laborou nos alojamentos da Milplan Engenharia Construções Ltda., em Conceição do Mato Dentro/MG, no período de 01/2012 a 10/2013 e que, nesse período, ela morava em Conceição do Mato Dentro, próximo aos locais de trabalho.

Apurou, ainda, que, no restante do período, a autora laborou no platô denominado EB1 (Estação de Bombas), localizado no pátio interno da Anglo American no Distrito de São Sebastião do Bom Sucesso, Conceição do Mato Dentro/MG, e que embarcava no local denominado “Pirulito”, no centro de Conceição do Mato Dentro (vide f. 478).

Da análise desse mesmo laudo (f. 476/487), com esclarecimentos de f. 533/539, não infirmado por provas em sentido contrário nos autos e cujos fundamentos ora são adotados como razões de decidir, verifica-se que a perita apurou que, ao longo do pacto laboral, a autora gastava, diariamente, no trajeto de ida e volta, o montante de 01 hora e 52 minutos, totalizando, ao longo do período apurado, o montante de 151 horas, 46 minutos e 51 segundos, já descontadas as pagas (f. 481).

Apurou a perita, ainda, que, apesar da existência de transporte público em parte do trajeto, o horário do transporte é incompatível (f. 482).

Apesar da impugnação erigida, a reclamada não logrou desconstituir a conclusão pericial, de modo que as informações prestadas pela *expert* nomeada pelo Juízo são suficientes para dirimir a questão.

Assim, porque satisfeitos os requisitos constantes do § 2º do art. 58 da CLT e da Súmula n. 90 do C. TST, faz jus a reclamante ao pagamento, como extra, das diferenças de horas de trajeto, à razão de 01 hora e 52 minutos por dia efetivamente laborado, autorizada a dedução das horas de trajeto já devidamente quitadas com comprovação nos autos, acrescidas do adicional convencional, na falta deste o legal ou praticado pela reclamada, se mais benéfico.

Ante a habitualidade e a natureza salarial da parcela, devidos os reflexos nas férias com 1/3, gratificação natalina, RSR e FGTS e indenização de 40%, do período.

Indevidos, contudo, os reflexos em aviso prévio indenizado, pois ausente a prestação das aludidas horas nos 12 meses anteriores à rescisão contratual.

Para o cálculo das verbas ora deferidas, observar-se-ão: o divisor 220, os dias efetivamente laborados, prevalecendo a frequência integral na falta de controles de ponto ou provas em sentido contrário nos autos, a remuneração e a evolução salarial do obreiro, o disposto nas Súmulas de n. 172, 264 e 347 do TST, assim como o disposto na OJ n. 394 da SDI-1 do TST, sem o prejuízo das demais súmulas aplicáveis.

Horas extras

Postula a autora o pagamento de diferenças de horas extras, sustentando que laborava das 07h15 às 18h, inclusive sábados, domingos e feriados, e não recebeu as horas na sua integralidade. Alegou, ainda, que não lhe era concedido o intervalo previsto no art. 384 da CLT.

A reclamada defende-se, sustentando que as horas extras efetivamente prestadas foram devidamente quitadas ou compensadas.

Pois bem. Tendo em vista os controles de ponto de f. 358/387, trazidos aos autos pela primeira reclamada, os quais se apresentam regularmente constituídos, cabia à reclamante a comprovação de labor além da jornada lá consignada, a teor do art. 818 da CLT e inciso I do art. 373 do CPC, ônus do qual não se desvencilhou a contento.

Com efeito, da análise dos autos não se verifica qualquer outra prova em sentido contrário capaz de infirmá-los e bastante a elidir a presunção de veracidade que deles decorre.

Isso porque, conquanto alguns cartões se apresentem com o registro de término da jornada consignado de forma britânica, a própria autora, em depoimento, reconheceu a validade de tais documentos (vide f. 554), pois declarou em Juízo que

[...] o registro da jornada na mina era biométrico, ao passo que, na cidade, era anotado em folha de ponto; que os registros eram feitos pela reclamante e correspondem à realidade, inclusive quanto à frequência.

A seu turno, da análise dos aludidos cartões, verifica-se o registro de jornadas variadas, com término às 18h30 (f. 373), inclusive aos sábados (f. 367), ao passo que os recibos salariais de f. 390/406 demonstram o pagamento de horas extras, acrescidas do adicional convencional, inclusive com o adicional de 100% (f. 392).

Nesse contexto, cabia à autora apontar especificamente diferenças a seu favor, ônus do qual não se desvencilhou.

Assim, não tendo a autora demonstrado a existência de labor além daqueles lá registrados (inclusive aos sábados, domingos e feriados) ou mesmo a quitação a menor de horas extras, em desacordo com o registrado, julga-se improcedente o pedido de pagamento de horas extras, assim como dos respectivos reflexos.

Quanto ao intervalo do art. 384 da CLT, sua recepção pela CF/88 visa, em atendimento à isonomia substancial, a igualar os desiguais, diante da dupla jornada laboral, profissional e doméstica, a que estão submetidas as mulheres.

E, conforme se verifica dos cartões de ponto, tal intervalo não era concedido à reclamante, sendo procedente, portanto, o pedido de pagamento de 15 minutos extraordinários, quando houve extrapolação diária da jornada de 8 horas por todo o contrato.

Face à habitualidade e à natureza salarial das verbas aqui deferidas, são devidos os reflexos sobre RSRs (observada a OJ n. 394 da SDI-1 do C. TST), férias com 1/3, 13º salários, FGTS e indenização de 40%.

Improcedentes, contudo, os reflexos em aviso prévio indenizado pelas mesmas razões já explicitadas no item anterior.

Para o cálculo das verbas ora deferidas, observar-se-ão: o divisor 220, os dias efetivamente laborados, prevalecendo a frequência integral na falta de controles de ponto ou provas em sentido contrário nos autos, a remuneração e a evolução salarial do obreiro, o disposto nas Súmulas de n. 172, 264 e 347 do TST, assim como o disposto na OJ n. 394 da SDI-1 do TST, sem o prejuízo das demais súmulas aplicáveis.

Descontos indevidos

A autora postula a devolução dos valores descontados em seu salário a título de “Contribuição Assistencial” e “Desc. Insuf. Saldo Sa”, sustentando que tais descontos foram feitos ilegalmente, pois efetivados sem sua autorização ou por lei.

Rechaçando o pleito, relativamente ao desconto a título de contribuição assistencial, sustenta a primeira reclamada que procedeu aos descontos e que, em momento algum, a reclamante se opôs. E, relativamente ao desconto efetivado a título de “Desc. Insuf. Saldo Sa”, este se referiria à coparticipação da autora no plano de saúde. Assinala que, durante o período em que a autora ficou afastada, utilizou o plano de saúde. Contudo, como estava recebendo benefício previdenciário, os valores ficaram em aberto, razão pela qual ocorreu o desconto por ocasião do acerto rescisório.

Pois bem.

Relativamente aos descontos efetivados a título de contribuições assistenciais, nada obstante esse desconto encontrar-se previsto nas convenções coletivas juntadas aos autos (vide f. 77/156), preconiza a Súmula n. 666 do STF que:

A contribuição confederativa de que trata o artigo 8º, IV, da Constituição só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.

Nesse mesmo norte preceituam o Precedente n. 119 e a OJ n. 17 da SDC, ambos do TST, respectivamente:

A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoreamento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.

As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados.

Logo, porque não foi comprovado que a autora fosse filiada ao sindicato conveniente dos referidos instrumentos normativos e ante a nulidade da cláusula normativa ajustada, os descontos efetivados a título de contribuição assistencial foram indevidos.

Cabível, pois, o reembolso pleiteado, o que, desde já, fica deferido.

No que se refere ao desconto efetivado a título “Desc. Insuf. Saldo Sa”, em se tratando de cota-parte de empregado quando da utilização de plano de saúde (o que não foi impugnado pela autora, presumindo-se verídica) e que o mesmo foi devidamente autorizado, consoante demonstra o documento de f. 416, o valor é devido, não havendo que se falar, portanto, em devolução.

Julga-se improcedente o pedido de restituição, no particular.

Multa do art. 477 da CLT

O TRCT de f. 429/430 e o comprovante de depósito demonstram o pagamento tempestivo do acerto resilitório à reclamante.

Lado outro, conforme jurisprudência pacífica do C. TST, a mera existência de diferenças de verbas resilitórias pagas após o prazo do § 6º do art. 477 da CLT não conforma motivo determinante da cominação da multa prevista no aludido artigo, razão pela qual se julga improcedente o pleito.

Multa convencional

Demonstrado o descumprimento de cláusulas normativas, a exemplo das cláusulas 14 e 18 da CCT 2013/2014 (horas e adicional

de insalubridade - f. 104 e 106) e observado o limite da exordial, faz jus a autora ao pagamento das multas nos moldes ajustados nos instrumentos normativos (ex: cláusula 44ª da CCT 2013/2014 - f. 114).

Indenização por danos morais

Postula a autora o pagamento de indenização por danos morais em razão da dispensa discriminatória, pois, por ocasião da dispensa, encontrava-se doente e em tratamento médico.

A primeira reclamada contesta o pedido e pugna pela legalidade da dispensa.

Consabidamente, é discriminatória a dispensa que se funda em concepções preconceituosas, geralmente incutidas no subjetivo do empregador, relacionadas à condição pessoal do trabalhador, que não poderiam, de qualquer modo, autorizar a pretensão patronal de alijar o obreiro do exercício de sua atividade profissional.

Em decorrência da positivação, como direito social, do princípio da isonomia nas relações de trabalho (incisos XXX a XXXII do artigo 7º da CRFB), são nulas as dispensas que, de qualquer forma, resultem na segregação do empregado em decorrência de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (Lei n. 9.029/1995).

A discriminação pode ser direta, quando há ânimo do agente - consciente dos efeitos e do alcance da sua conduta - no sentido de afetar um indivíduo ou um determinado grupo profissional, dificultando ou impedindo o exercício de suas atividades laborais.

Pode, ainda, ser indireta, quando a prática decorre de políticas adotadas pela empresa, cujos contornos acabam se convolvendo em obstáculo para o acesso (ou a permanência) de determinadas pessoas ou segmentos profissionais no emprego.

Nesses casos, não há, necessariamente, intenção daquele que institucionaliza a prática discriminatória. O que ocorre é que a forma como se desdobram as ações da empresa acaba, indiretamente,

fixando um determinado padrão para o modo de ser/existir do trabalhador - paradigma que a empresa não tem legítima justificativa para fixar ou manter.

A respeito da matéria, o Brasil ratificou a Convenção n. 111 da OIT (Decreto n. 62.150/1968), que, em seu artigo 1º, define como discriminação:

Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Ademais, a Lei n. 9.029/1995 proíbe a adoção de medidas que visem a constranger o trabalhador, limitando o seu acesso ao emprego, a partir da consideração de fatores exógenos relacionados à expressão da sua personalidade.

A legislação brasileira não exige a intenção no agir, o que significa que mesmo as condutas de discriminação indireta são vedadas pelo ordenamento jurídico.

Lado outro, a jurisprudência do C. TST firmou entendimento de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito. Nesse sentido, a Súmula n. 443, *in verbis*:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

E, em se tratando de presunção, a despedida discriminatória pode ser afastada por prova em sentido contrário, cabendo ao empregador demonstrar que o ato da dispensa se deu em desconhecimento do estado do empregado ou que decorreu de outra motivação lícita que não a sua condição de saúde.

Entretanto, da análise dos presentes autos, observa-se que a reclamada, desse ônus, não se desvencilhou.

Ao revés, a farta documentação colacionada aos autos, notadamente os documentos de f. 55/71, demonstram que a autora foi acometida por doença grave (câncer de mama), diagnosticada em 29/5/2014 (f. 56), tendo se submetido a cirurgia conservadora de mama (f. 59) e a tratamentos de radioterapia, ficando afastada de suas atividades laborais, recebendo auxílio-doença, por cerca de 02 anos (f. 69), pois afastada das atividades laborais até 30/6/2016.

Embora o simples acometimento de câncer pelo empregado não se mostre suficiente, por si só, para presumir a dispensa discriminatória e, a despeito de o documento de f. 70 demonstrar que, após o término do benefício, o Órgão Previdenciário indeferiu o pedido de prorrogação do auxílio-doença, fato é que o documento de f. 71 demonstra que o médico da empresa, quando do exame de retorno, encaminhou-a novamente ao Órgão Previdenciário, pois entendeu que ela não se encontrava apta ao labor, inclusive com suspeita de neoplasia endometrial secundária, cuja biópsia estava prevista para 12/7/2016 e com grande possibilidade de submeter-se a histerectomia total (retirada do útero e seus anexos).

A seu turno, o documento de f. 72 (*e-mail*), datado de 18/7/2016, demonstra que, a despeito de a autora se encontrar com perícia marcada no Órgão Previdenciário para o dia 1º/8/2016, a empresa, após receber laudo da biópsia, resolveu encaminhá-la novamente ao médico da empresa para nova avaliação. Contudo, não trouxe aos autos o relatório da biópsia efetivada em 12/7/2016 ou mesmo o resultado da nova avaliação pelo médico da empresa.

Tem-se, portanto, que ficou demonstrado nos autos que a reclamada tinha conhecimento do longo período de afastamento da empregada para tratamento de saúde, bem como que a autora ainda se encontrava em tratamento, inclusive diante de possível novo afastamento em razão dos novos problemas de saúde (possibilidade de neoplasia endometrial secundária ou mesmo submissão a nova cirurgia para retirada do útero - vide f. 71).

A prova dos autos demonstra que a autora encontrava-se em situação que, a toda evidência, suscitava discriminação, pois

foi acometida por doença, notoriamente grave e que proporciona debilidade física do adoentado, o que acarretou a necessidade de afastamento por cerca de dois anos e, quando do retorno ao labor, ainda se encontrava em tratamento, inclusive na iminência de se submeter a nova cirurgia, o que, por certo, demandaria novo afastamento.

A seu turno, a empresa não apresentou nenhuma razão plausível apta a justificar a dispensa da autora, limitando-se a alegar, em sua peça de defesa, que a dispensa é legítima, regular e decorreu do regular exercício do direito potestativo do empregador.

E, a despeito de o preposto da empresa alegar que a dispensa da autora se deu em razão do término da obra (f. 554), além de tal alegação consubstanciar-se em inovação processual, isso não ficou demonstrado nos autos.

Nesse contexto, tendo em vista que a reclamada não comprovou que a dispensa da autora não foi discriminatória, ao contrário, sobretudo porque os elementos de prova nos autos indicam que houve discriminação decorrente da debilidade ocasionada pela doença, declara-se que a rescisão contratual da autora foi discriminatória, em violação à Lei n. 9.029/1995.

Nesse quadro, inegável que a rescisão perpetrada foi capaz de provocar o dano moral alegado, pois a autora sofreu prejuízo ao ser dispensada, na medida em que ainda se encontrava inapta ao trabalho e em tratamento médico, inclusive na possibilidade de submeter-se a nova cirurgia. Trata-se de dano presumível, sendo desnecessárias maiores provas.

A conduta da primeira ré foi causa direta e imediata do dano narrado. E, uma vez constatada a existência dos elementos da responsabilidade civil, ensejadores da obrigação de reparação, devida a indenização por danos morais decorrentes da dispensa ilícita.

De outro tanto, tendo em vista que a autora não fez prova da repercussão do dano, além daquele inerente à conduta ilícita; a inexistência nos autos de informação acerca da manutenção do auxílio-doença; a gravidade do dano, bem como as condições

econômicas da primeira ré e o caráter pedagógico da medida, condena-se a primeira reclamada a pagar indenização por dano moral à autora no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) nesta data, atualizados desde então, com juros desde o ajuizamento da ação (artigo 883 da CLT).

Condenação da segunda ré

Postula a autora a condenação da segunda reclamada de forma subsidiária/solidária, na condição de tomadora dos serviços.

A seu turno, defende-se a segunda reclamada, sustentando que tem como objeto social a lavra, prospecção e beneficiamento de minério de ferro e que, quando necessita realizar obras de engenharia civil, contrata empresas especializadas. Trata-se de contrato de empreitada típico, atraindo a aplicação do contido na Orientação Jurisprudencial n. 191 da SDI-1 do TST.

De início, impende registrar que é incontroverso nos autos que, no período em que a autora foi empregada da primeira ré, prestou serviços em benefício da segunda, fato não impugnado.

No que respeita à modalidade do contrato havido entre as rés, prevalecia, na jurisprudência trabalhista, o entendimento de que, em linha de princípio, não se poderia falar em responsabilidade subsidiária/solidária do dono da obra em relação às dívidas contraídas pelo empreiteiro, por inexistência de regramento legal específico, conforme OJ n. 191 da SDI-1 do TST.

A exceção ficava para os casos em que o próprio dono da obra era construtor ou incorporador, conforme ressalva contida na mencionada Orientação Jurisprudencial. Nessas situações, considerando que o dono da obra exercia a mesma atividade econômica do empreiteiro, a ele se equiparando, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho entendia que a situação fática se assemelhava à da subempreitada, em que o empreiteiro principal responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas daquele para o qual delegou a execução de parte ou da totalidade da obra (artigo 455 da CLT).

Todavia, por meio do Incidente de Recurso de Revista Repetitivo n. 190-53.2015.5.03.0090, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais acabou revisando seu posicionamento e, após reconhecer a existência de vácuo legislativo quanto à efetiva responsabilidade do dono da obra pelos débitos do empreiteiro, valeu-se novamente do recurso da analogia e estabeleceu que, exceto quando se tratar de ente público da Administração direta ou indireta, o dono da obra que contrata empreiteiro sem idoneidade econômico-financeira deve sim responder pelas obrigações contraídas por este, de forma subsidiária, em razão da existência de culpa *in eligendo* presumida.

Por oportuno, transcreve-se parte significativamente elucidativa do voto proferido pelo Ministro João Oreste Dalazen, Relator do Recurso:

A meu juízo, as mesmas razões que levaram o legislador ordinário a salvaguardar os direitos trabalhistas dos empregados do subempreiteiro, mediante responsabilização do empreiteiro, ditam a extensão de raciocínio equivalente às situações envolvendo outra relação triangular, entre o empreiteiro, seus empregados e o dono da obra.

Não se trata de criar obrigação sem amparo na lei, mas de aplicação, por analogia, de dispositivo da CLT direcionado para regular situação muito similar. Robustece tal convicção a circunstância de que o artigo 455 da CLT integra a Consolidação das Leis do Trabalho desde o seu texto original, de 1943. Compreensível, portanto, que o legislador ordinário, àquele tempo, inserido em outra realidade socioeconômica, não previsse todas as situações envolvendo a moderna dinâmica dos contratos de empreitada e suas repercussões de ordem trabalhista em relação ao dono da obra. Sobreleva, ainda, afirmar que a aplicação analógica do artigo 455 da CLT, a fim de atribuir responsabilidade ao dono da obra em caso de inidoneidade econômico-financeira do empreiteiro que contratar, importa em prestigiar copiosa jurisprudência e pensamento doutrinário já relativamente assentados outrora no próprio TST e nos Tribunais Regionais do Trabalho. [...].

Dessa forma, por aplicação analógica do artigo 455 da CLT, em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas do empreiteiro sem idoneidade econômico-financeira que contratar, o dono da obra responde por culpa *in eligendo* presumida.

A decisão ficou assim ementada:

INCIDENTE DE RECURSO DE REVISTA REPETITIVO. TEMA N. 0006. CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA. RESPONSABILIDADE. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 191 DA SbDI-1 DO TST *VERSUS* SÚMULA N. 42 DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA TERCEIRA REGIÃO. 1. A exclusão de responsabilidade solidária ou subsidiária por obrigação trabalhista, a que se refere a Orientação Jurisprudencial n. 191 da SbDI-1 do TST, não se restringe a pessoa física ou micro e pequenas empresas. Compreende igualmente empresas de médio e grande porte e entes públicos. 2. A excepcional responsabilidade por obrigações trabalhistas, prevista na parte final da Orientação Jurisprudencial n. 191 da SbDI-1 do TST, por aplicação analógica do artigo 455 da CLT, alcança os casos em que o dono da obra de construção civil é construtor ou incorporador e, portanto, desenvolve a mesma atividade econômica do empreiteiro. 3. Não é compatível com a diretriz sufragada na Orientação Jurisprudencial n. 191 da SbDI-1 do TST jurisprudência de Tribunal Regional do Trabalho que amplia a responsabilidade trabalhista do dono da obra, excepcionando apenas “a pessoa física ou micro e pequenas empresas, na forma da lei, que não exerçam atividade econômica vinculada ao objeto contratado.” 4. Exceto ente público da Administração direta e indireta, se houver inadimplemento das obrigações trabalhistas contraídas por empreiteiro que contratar, sem idoneidade econômico-financeira, o dono da obra responderá subsidiariamente por tais obrigações, em face de aplicação analógica do art. 455 da CLT e de culpa *in eligendo*. (IRR-190-53.2015.5.03.0090, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 11/5/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 30/6/2017.)

Nesse contexto, considerando que a decisão da SDI-1 vincula todos os órgãos da Justiça do Trabalho (inciso III do artigo 927 do CPC); que a 1ª ré foi efetivamente contratada para execução de obras em benefício da 2ª reclamada e que a autora era empregada da 1ª ré à época da vigência do contrato havido entre as rés, mostram-se irrelevantes eventuais disposições acordadas pelas empresas a respeito da atribuição de responsabilidade pelo pagamento de verbas trabalhistas devidas pela empregadora.

Não merece prosperar o argumento da segunda ré de que a autora não exercia atividades ligadas à atividade-fim da tomadora, uma vez que a responsabilidade subsidiária do dono da obra decorre da culpa consubstanciada na celebração do contrato com a empreiteira. A segunda reclamada escolheu a primeira para gerir

e executar a obra.

Por fim, não há falar em delimitação da responsabilidade, pois todo o pacto laboral se deu na vigência do contrato e exclusivamente a serviço da obra contratada.

Ante o exposto, condena-se a 2ª reclamada, subsidiariamente, ao pagamento das parcelas reconhecidas como devidas nesta sentença.

Justiça gratuita

Tendo em vista a declaração de hipossuficiência econômica constante dos autos, sem prova em sentido contrário, concede-se o benefício da justiça gratuita à reclamante, na forma do § 3º do art. 790 da CLT.

Honorários periciais

Considerando a qualidade técnica e a complexidade dos trabalhos realizados, arbitram-se os honorários periciais das perícias para apuração de horas de trajeto e insalubridade em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) cada, a serem suportados pela parte reclamada, sucumbente na pretensão objeto das perícias (art. 790-B da CLT), devendo o pagamento ser comprovado nos autos, sob pena de execução.

Os honorários deverão ser atualizados nos moldes da OJ n. 198 da SBDI-1 do C. TST.

Honorários advocatícios - Indenização por danos materiais

Postula o autor o pagamento de honorários advocatícios, em razão do gasto ao qual se vê obrigado a suportar, ante a inadimplência da reclamada para a quitação de seus créditos trabalhistas.

Porque distribuída a presente ação antes da vigência da Lei n. 13.467/17, aplicável o entendimento vigente à época no sentido de que, no âmbito da Justiça Trabalhista, não é devido o pagamento de honorários advocatícios pela mera sucumbência, ainda que de

forma indenizada, mas tão somente honorários assistenciais, conforme prevê a Lei n. 5.584, o art. 5º da Instrução Normativa n. 27 do TST e as Súmulas n. 219 e 329 do C. TST.

Como consequência, julga-se improcedente o pedido.

Outrossim, a fim de evitar eventual alegação de omissão, registra-se que, no caso em apreço, não há falar em aplicação de honorários advocatícios decorrentes da Lei n. 13.467/17, uma vez que a ação trabalhista foi proposta antes da vigência da referida legislação, sob pena de ignorar o princípio da segurança jurídica, em verdadeira “decisão surpresa” às partes.

Prevalece a mesma razão de decidir que motivou a edição da OJ n. 421, SDI-1 do C. TST, bem como a OJ n. 260, I, SDI-1 do C. TST, a primeira quando tratou das demandas recebidas da Justiça Comum por força da EC 45/2004, e a última quando se fixou o rito processual vigente à época do ajuizamento da ação, na situação de superveniência da Lei n. 9.957/2000.

Embora o instituto esteja inserido ao lado de regras processuais, é inegável a natureza híbrida dos honorários, ressaltando o viés de direito material (*v.g.* art. 22 da Lei n. 8.906/1994). Considerando o caráter bifronte do instituto, afasta-se a aplicação de honorários advocatícios no caso em tela.

Compensação e dedução

Não provada a existência de qualquer crédito da reclamada em face do reclamante, indefere-se o requerimento de compensação. A dedução cabível já foi deferida no momento oportuno.

Parâmetros de liquidação

Para fins do disposto no § 3º do art. 832 da CLT, declara-se que todas as parcelas reconhecidas como devidas nesta sentença têm natureza salarial, exceto os reflexos destas verbas nas férias indenizadas e no FGTS acrescido da indenização compensatória de 40%, assim como a indenização por dano moral.

Sobre tais parcelas salariais devem incidir contribuições previdenciárias - cota do empregado - e fiscais pelo regime de competência, mês a mês, segundo a tabela progressiva da Receita Federal (art. 12-A da Lei n. 7.713/1988), conforme explicitado na Súmula n. 368 do C. TST.

Incidem também recolhimentos fiscais, a teor do art. 28 da Lei n. 8.212/1991, arts. 46 e 81 da Lei n. 8.541/1992 e § 1º do art. 12-A da Lei n. 7.713/1988.

Correção monetária e juros de mora

Sobre as parcelas deferidas incide correção monetária desde o vencimento, nos termos do art. 459 da CLT, Súmula n. 381 do C. TST e art. 39 da Lei n. 8.177/1991, e, em seguida, juros de mora de 1% ao mês, simples e *pro rata die*, a partir do ajuizamento da ação, na forma do art. 883 da CLT e § 1º do art. 39 da Lei n. 8.177/1991, observado seu propósito meramente indenizatório (OJ n. 400 da SDI-I do C. TST e art. 404 do CC/2002).

Expedição de ofícios

Despicienda a expedição dos ofícios requeridos, já que as irregularidades constatadas foram sanadas com esta decisão.

III - DISPOSITIVO

Pelo exposto, o Juízo da Vara do Trabalho de Guanhães, nos autos da reclamação trabalhista ajuizada por EVA SALVADOR DIAS em face de MILPLAN ENGENHARIA S.A. e ANGLO AMERICAN MINÉRIO DE FERRO BRASIL S/A, decide rejeitar as preliminares de inépcia da inicial e ilegitimidade passiva; pronunciar prescritas as pretensões com exigibilidade anterior a 10/2/2012, extinguindo-as com resolução do mérito, a teor do inciso XXIX do art. 7º da CF e inciso II do art. 487 do CPC/2015, e, no mérito, julgar PROCEDENTES, EM PARTE, os pedidos formulados para condenar as reclamadas, a

segunda de forma subsidiária, a pagar à autora, no prazo legal, após regular liquidação, nos termos da fundamentação supra, observados os limites do pedido, as seguintes parcelas:

- adicional de insalubridade pelo período de 1º/11/2013 a 27/5/2014, à razão de 20% sobre o salário-mínimo, com reflexos nas férias acrescidas de 1/3, 13º salários, FGTS e indenização de 40% e horas extras eventualmente quitadas no período;

- diferenças de horas de trajeto, à razão de 01 hora e 52 minutos por dia efetivamente laborado, acrescidas do adicional convencional, na falta deste o legal ou praticado pela reclamada, se mais benéfico, com reflexos nas férias com 1/3, gratificação natalina, RSR e FGTS e indenização de 40%, do período;

- 15 minutos extraordinários por dia efetivamente laborado, quando houve extrapolação da jornada diária de 8 horas, ao longo do pacto laboral, com reflexos sobre RSRs, férias com 1/3, 13º salários, FGTS e indenização de 40%;

- restituição dos valores descontados a título de Contribuição Assistencial, ao longo do pacto laboral;

- multas normativas e

- indenização por dano moral no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Deferem-se à autora os benefícios da justiça gratuita.

Honorários periciais arbitrados em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), cada, a serem suportados pela parte reclamada, sucumbente na pretensão objeto das perícias (art. 790-B da CLT), devendo o pagamento ser comprovado nos autos, sob pena de execução.

Sobre as parcelas salariais especificadas em tópico próprio devem incidir contribuições previdenciárias - cota do empregado - e fiscais pelo regime de competência, mês a mês, segundo a tabela progressiva da Receita Federal (art. 12-A da Lei n. 7.713/1988), conforme explicitado na Súmula n. 368 do C. TST.

Incidem também recolhimentos fiscais, a teor do art. 28 da

Lei n. 8.212/1991, arts. 46 e 81 da Lei n. 8.541/1992 e § 1º do art.12-A da Lei n. 7.713/1988.

Sobre as parcelas deferidas incide correção monetária desde o vencimento, nos termos do art. 459 da CLT, Súmula n. 381 do C. TST e art. 39 da Lei n. 8.177/1991, e, em seguida, juros de mora de 1% ao mês, simples e *pro rata die*, a partir do ajuizamento da ação, na forma do art. 883 da CLT e § 1º do art. 39 da Lei n. 8.177/1991, observado seu propósito meramente indenizatório (OJ n. 400 da SDI-I do C. TST e art. 404 do CC/2002).

Os honorários deverão ser atualizados nos moldes da OJ n. 198 da SBDI-1 do C. TST.

Liquidação por cálculos

Deverá a primeira reclamada, após o trânsito da presente decisão, no prazo de 10 dias contados da intimação específica para tal fim, proceder à entrega ao reclamante de nova guia PPP, contemplando a condição de trabalho ora verificada, sob pena de aplicação de multa de R\$ 50,00 por dia de atraso, limitada a R\$ 1.500,00, em favor do autor.

Determina-se à Secretaria que proceda ao envio de cópia desta sentença para os endereços eletrônicos sentencas.dsst@mte.gov.br e insalubridade@tst.jus.br, na forma da Recomendação Conjunta GP. CGJT n. 3/2013.

Improcedem os demais pedidos.

Custas, pelas reclamadas, no importe de R\$ 500,00, calculadas sobre o valor da condenação, ora arbitrada em R\$ 25.000,00.

Ficam as partes advertidas das disposições contidas nos artigos 80, 81 e 1.026 e parágrafos do CPC/2015, ficando cientes de que os embargos de declaração não se prestam à manifestação de inconformismo com a sentença, cabendo a sua interposição apenas e tão somente nos estreitos limites previstos nos artigos 1.022 do CPC/2015 e 897-A da CLT.

Intimem-se as partes.

Nada mais.

Encerrou-se.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. RTOrd 0011645-72.2015.5.03.0168

Data: 6/4/2017

DECISÃO DA 4ª VARA DO TRABALHO DE UBERABA - MG

Juiz Substituto: OSMAR RODRIGUES BRANDÃO

AUTOR: CARLOS HENRIQUE RODRIGUES DA SILVA

RÉU: REAL EXPRESSO LIMITADA

SENTENÇA

Trata-se de AÇÃO TRABALHISTA proposta por CARLOS HENRIQUE RODRIGUES DA SILVA em face de REAL EXPRESSO LIMITADA.

Petição inicial com documentos, valor da causa R\$ 40.000,00.

Conciliação inicial rejeitada.

Resposta na forma de contestação, com documentos.

Impugnação à defesa e/ou documentos.

Ouvidas duas testemunhas por Carta Precatória e, neste juízo, as partes; encerrou-se a instrução processual; oportunizaram-se razões finais e última proposta de conciliação, sem êxito.

Passo a decidir.

Desistência - Adicional de insalubridade / periculosidade

Registra-se a desistência já homologada (ID. 9762c88 - P. 1).

Inépcia da inicial

A petição inicial no processo do trabalho requer uma “breve exposição dos fatos” e o pedido (CLT, art. 840, § 1º), e isso a Inicial contém.

Ademais, a parte reclamada apresentou defesa ampla e substancial quanto a todos os pedidos que reputa ineptos.

Logo, não houve prejuízo para a defesa, tampouco haverá para a prestação jurisdicional.

Rejeito.

Contrato de trabalho

Dados básicos incontroversos:

Data de admissão: 17/12/2014

Data de saída: 22/9/2015

Duração e jornada de trabalho

Horas extras

Intervalo intrajornada

Intervalos interjornadas (CLT, art. 66)

Intervalo semanal (CLT, art. 67)

Domingos e feriados

Adicional noturno - Diferenças - Prorrogação da hora noturna

Inicialmente, fixo a jornada praticada e a jornada aplicável para fins de julgamento de todos os itens relativos à duração e jornada de trabalho, acima relacionados.

Jornada praticada

Dias trabalhados: Conforme Inicial, prevalecem os cartões de ponto (Inicial ID. dc4e99f - P. 6); para períodos cujo cartão não consta dos autos, a jornada alegada na Inicial (Súmula n. 338 do TST): “em média 25 (vinte e cinco) viagens em cada mês, com duração (média) de 12 (doze) horas cada.” (ID. dc4e99f - P. 6).

Horário de início: Conforme Inicial, prevalecem os cartões de ponto (Inicial ID. dc4e99f - P. 6); para períodos cujo cartão não consta dos autos, a jornada alegada na Inicial (Súmula n. 338 do TST): “em média 25 (vinte e cinco) viagens em cada mês, com duração (média) de 12 (doze) horas cada.” (ID. dc4e99f - P. 6).

Horário de término: Conforme Inicial, prevalecem os cartões de ponto (Inicial ID. dc4e99f - P. 6); para períodos cujo cartão não consta dos autos, a jornada alegada na Inicial (Súmula n. 338 do TST): “em média 25 (vinte e cinco) viagens em cada mês, com duração (média) de 12 (doze) horas cada.” (ID. dc4e99f - P. 6).

Intervalo intrajornada: Conforme impugnação à defesa e documentos, que os invoca, prevalecem os cartões de ponto (ID. 78dfde0 - P. 20); para dias em que não consta marcação do intervalo ou o cartão não consta dos autos, prevalece a inobservância do intervalo, conforme alegado na Inicial (Súmula n. 338 do TST).

Jornada aplicável

Aprecio a caracterização de cada jornada aplicável alegada pelo autor em ordem sucessiva:

i) 6 horas/dia e 36 horas/semana em razão de turnos ininterruptos de revezamento:

Nos termos da OJ 360 da SBDI-I do TST:

TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. DOIS TURNOS. HORÁRIO DIURNO E NOTURNO. CARACTERIZAÇÃO (DJ 14/3/2008) Faz jus à jornada especial prevista no art. 7º, XIV, da CF/1988 o trabalhador que exerce suas atividades em sistema de alternância de turnos, ainda que em dois turnos de trabalho, que compreendam, no todo ou em parte, o horário diurno e o noturno, pois submetido à alternância de horário prejudicial à saúde, sendo irrelevante que a atividade da empresa se desenvolva de forma ininterrupta.

Nos termos da CLT, art. 73, § 2º: “Considera-se noturno, para os efeitos deste artigo, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte.”

O que importa a caracterizar o regime de turnos ininterruptos de revezamento é o fato de o empregado estar “sujeito” ao rodízio de turnos, uma vez que sua efetivação, na prática, naturalmente fica a cargo do empregador (CLT, art. 2º).

O simples fato de estar sujeito ao rodízio de turnos atinge o ciclo biológico, sobretudo o ciclo vigília-sono, assim como o planejamento de vida familiar e social, sabendo o empregado que, a qualquer momento, poderá, a critério do empregador, trabalhar em qualquer hora do dia e da noite, e é exatamente essa situação

de insegurança e desconforto a razão de ser da norma que fixa jornada máxima para trabalho em tal condição (CF, art. 7º, XIV).

Nesse sentido é a “[...] iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho” (CLT, art. 896, § 7º):

[...]

Esta Corte superior tem se atentado ao fato de que o que levou o constituinte a estabelecer, como direito do trabalhador, a jornada reduzida de seis horas foi a necessidade de minimizar os desgastes causados à sua saúde e ao convívio social, pelo sistema de trabalho em horários alternados, uma vez que os prejuízos biológicos causados ao trabalhador pelo labor em turnos ininterruptos de revezamento estão cientificamente comprovados, ou seja, uma pessoa que varia seu horário de trabalho, trabalhando à noite e, posteriormente, dormindo durante o dia, e vice-versa, durante períodos alternados, não consegue ajustar seu metabolismo, seu relógio biológico, o que provoca males enormes no funcionamento normal do ser humano. Por outro lado, não se pode olvidar da existência também de claro prejuízo de caráter social para o trabalhador que labora em regime de revezamento. Uma pessoa que alterna os seus horários de trabalho periodicamente, seja semanalmente, mensalmente, bimestralmente ou até em prazo superior, não terá um convívio familiar e social normal que, de um modo geral, existe na sociedade. Ademais, a família do trabalhador também terá que se ajustar à variação do trabalho noturno e diurno do empregado. Assim, a alternância de turnos trimestralmente não se mostra tão menos lesiva e tão menos desfavorável aos trabalhadores de modo a afastar a incidência da norma protetora e compensatória inserta no inciso XIV do artigo 7º da Constituição Federal (precedentes da SbDI-1 do TST e de Turmas). Agravo de instrumento desprovido.

[...].

(AIRR-24553-86.2015.5.24.0101 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 15/3/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/3/2017.)

No presente, conforme se extrai do “Registro de Empregado” (ID. 3b62a38 - P. 2), e precisamente do contrato de trabalho (ID. 3b62a38 - P. 3), o empregado estava sujeito a “[...] prestar serviços em qualquer dos turnos de trabalho, isto é, tanto durante o dia como a noite, desde que sem simultaneidade, observadas as prescrições legais reguladoras do assunto, quanto a remuneração”

(cláusula 4 do contrato de trabalho), e, na prática, conforme cartões de ponto (vide demonstração feita por amostragem pelo autor, ID. 78dfde0 - P. 11), o autor estava sujeito a rodízio de turnos.

Nos termos da CF, art. 7º, XIV, prevalece a jornada de 6 horas diárias e 36 horas semanais, sendo devidas como extras as excedentes desse limite, considerando o divisor correspondente: 180.

ii) 7 horas 20 minutos/dia “no limite de 44 semanais” por força do contrato de trabalho:

Prejudicado.

iii) 8 horas/dia:

Prejudicado.

iv) 44 horas/semana:

Prejudicado.

Horas extras decorrentes da jornada praticada *versus* jornada aplicável

Julgo procedente o pedido de diferenças de horas extras considerando a jornada praticada e a jornada aplicável acima fixadas, deduzindo-se os valores já pagos por igual título e igual competência.

Intervalo intrajornada

Nos termos do § 4º do art. 71 da CLT e da Súmula n. 437, é devido, nos mesmos moldes de horas extras, o tempo total do intervalo devido a cada dia em que não cumprido na integralidade, sendo: para jornada acima de 4 horas até 6 horas no dia, 15 minutos; para jornada acima de 6 horas no dia, 1 hora.

Registra-se que não se aplica ao intervalo a tolerância prevista no § 1º do art. 58, que trata de variações de horário de início e de término da jornada, porque o art. 71 contém norma especial, do

intervalo, que já prevê tempo “mínimo” e “máximo”, já dispondo, portanto, de margem para atuação das partes.

Intervalos interjornadas (CLT, art. 66)

Intervalo semanal (CLT, art. 67)

Acolho a demonstração, por amostragem, na impugnação à defesa, que comprova a não observância regular dos intervalos em referência.

Devido o pagamento, como extras, das horas faltantes para completar referidos intervalos, nos termos da OJ 355 da SDI-1 do TST.

Domingos e feriados

Acolho a demonstração, por amostragem, na impugnação à defesa, para determinar o pagamento em dobro dos domingos trabalhados sem folga compensatória na semana, na forma da Súmula n. 146 do TST, deduzindo-se valores comprovadamente já pagos pelo mesmo dia.

Acolho a demonstração, por amostragem, na impugnação à defesa, para determinar o pagamento em dobro dos feriados trabalhados, nos termos da Lei n. 605/49, art. 9º, deduzindo-se valores comprovadamente já pagos pelo mesmo dia.

Adicional noturno - Diferenças - Prorrogação da hora noturna

Aprecio os pedidos de diferenças por causa de pedir:

Diferenças em razão do divisor 180:

Devidas como corolário da jornada aplicável fixada acima e respectivo divisor.

Prorrogação da jornada noturna:

O autor postula o adicional para as horas decorrentes de prorrogação da jornada noturna.

A ré invoca a CCT.

A cláusula 5ª, § 5º, citada em contestação, ao prever adicional de 20% para jornada de 22h as 05h simplesmente repete texto de lei (art. 73 da CLT), cuja interpretação prevalente é a seguinte.

Diz a Súmula n. 60, II: “Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT.”

Diz o § 5º do art. 73 da CLT: “Às prorrogações do trabalho noturno aplica-se o disposto neste capítulo.”

Em verdade, como se vê da letra do § 5º do art. 73, basta que o trabalho iniciado na jornada noturna se estenda para a jornada diurna, para que às horas de prorrogação seja dado o mesmo tratamento da jornada noturna, e assim deve ser pela finalidade da norma (LINDB, art. 5º) e pela lógica do razoável, uma vez que o trabalho iniciado dentro do período noturno gera prejuízo de ordem biológica, fisiológica e sociológica. Em verdade, em que pese a expressão “Cumprida integralmente [...]” contida na Súmula n. 60, acima citada, o próprio TST, em sua jurisprudência iterativa e notória (CLT, art. 896, § 7º), reconhece que o mesmo tratamento é devido à jornada que se inicia no período noturno:

[...] A jurisprudência dominante nesta Corte Superior segue no sentido de que, havendo a prorrogação da jornada de trabalho noturna do empregado no período diurno, é devido o adicional noturno correspondente, nos termos da Súmula 60, II, do TST, não afastando a sua incidência o fato de a jornada ser mista (com início no período diurno, estendendo-se ao período noturno e continuando no período diurno subsequente), pois o adicional noturno é devido como forma de compensar o desgaste sofrido pelo trabalhador, que é bem maior nas hipóteses de jornada mista. (RR-46100-50.2009.5.03.0014, Relatora Juíza Convocada: Maria Doralice Novaes, Data de Julgamento: 29/9/2010, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 8/10/2010.)

Devido, portanto, o adicional noturno sobre as horas de prorrogação para além das 5 horas.

Conclusão geral do capítulo duração e jornada de trabalho:

Com as bases acima fixadas, julgo parcialmente procedentes os pedidos, conforme conclusão de cada item acima.

Para o cálculo, considerar:

- i) dias efetivamente trabalhados;
- ii) adicional de 50% ou maior previsto em CCT/ACT;
- iii) na base de cálculo, observar todas as parcelas que compõem a remuneração do autor, inclusive objeto desta sentença (Súmula n. 264 do TST);
- iv) essas parcelas geram repercussões nos títulos especificados na Inicial, pagos ao empregado durante e no término do contrato de trabalho, que tiveram por base de cálculo seu salário; bem como integram seu salário para efeito de liquidação desta sentença;
- v) autorizada a dedução dos valores pagos pelo mesmo título deferido.

Multas convencionais

Conforme decidido nos capítulos correspondentes, houve a violação das cláusulas apontadas pelo autor, na Inicial, relativas a horas extras e adicional noturno.

Como corolário, julgo procedente o pedido de uma multa por norma coletiva violada.

Vales-transporte

O documento ID. 3b62a38 - P. 7, assinado e não impugnado pelo autor, corrobora a versão da ré de que o autor se deslocava para o trabalho em condução própria.

Julgo improcedente.

Devolução de descontos

Inicial:

[...]

Nos demonstrativos de pagamento de salários do Reclamante verificam-se descontos identificados sob as rubricas SEGURO DE VIDA (ex.: TRCT), REFEIÇÃO (ex.: TRCT), VALE-REFEIÇÃO NÃO UTILIZADO (ex.: TRCT), SUSPENSÃO (ex.: TRCT) indevidos, não autorizados e em desacordo com o preceituado no artigo 462 da CLT.

[...]

Defesa:

[...]

Não se perca de vista que o reclamante autorizou, por escrito, os descontos realizados, conforme comprovam o documento anexo.

[...]

Os descontos alegados pelo autor foram autorizados conforme ID. 3b62a38 - P. 4.

Julgo improcedente.

Justa causa - Reversão e pedidos decorrentes

Verbas rescisórias

Multa do art. 477 da CLT

Multa do art. 467 da CLT

Indenização por danos morais

Inicial:

[...]

O reclamante foi demitido por JUSTA CAUSA, sem, contudo, ser informado pela empresa reclamada quais os motivos para tanto, presumindo-se a rescisão contratual como dispensa sem justa causa.

[...]

Contestação:

[...]

Com efeito, o reclamante, na data de 17/9/2015, por volta das 04h15, quando dirigia o veículo da reclamada, próximo da cidade de Sumaré-SP,

colidiu o veículo da reclamada contra a defesa da rodovia SP-330 (Anhanguera), veículo esse que se encontrava lotado de passageiros. O fato aconteceu porque o autor dormiu ao volante do veículo. As imagens gravadas pela câmara existente na cabine do motorista gravaram os momentos que antecederam ao fato (veja que o autor dormiu várias vezes antes de colidir com a defesa de concreto (referidas imagens são mais do que suficientes para ratificar a negligência e a imprudência do autor durante o exercício da atividade de motorista). Ratifica, ainda, o fato o Boletim de Ocorrência produzido pelo próprio reclamante junto a Polícia Militar do Estado de São Paulo. No referido documento o autor confessa que perdeu o controle da direção vindo chocar-se contra a mureta de concreto.

Por muito pouco o reclamante não provocou grave acidente, que poderia ceifar a vida de mais de 40 passageiros.

Questionado sobre o que teria provocado tamanho deslize, o reclamante alegou que teria cochilado ao volante, e o veículo inclinou para fora da pista chocando contra a defesa, ocasião em que nada poderia ser feito. Insta salientar que, além de provocar graves danos materiais no veículo, conforme demonstram as imagens que instruem a presente defesa, vários passageiros tiveram que ser socorridos em decorrência do grave estado de choque que se abateu sobre eles logo após o sinistro.

Vale ressaltar que o reclamante já tinha históricos de antecedente semelhante.

Antes, porém, a reclamada aplicou ao reclamante as advertências por exceder velocidade, fazer uso de aparelho sonoro e fumar durante a jornada de trabalho, dormir ao volante.

Derradeiramente o reclamante, na madrugada do dia 17/9/2015, dormiu ao volante, durante a viagem, vindo a colidir o veículo contra a mureta de concreto da rodovia SP-330.

[...].

Aprecio.

Requisitos da justa causa

Dentre os requisitos para aplicação da justa causa destacam-se: i) tipicidade ou legalidade (CLT, art. 482 ou normas especiais); ii) informação clara dos motivos e apuração com garantia do contraditório (CF, art. 5º, LV; CLT, art. 818; NCPD, art. 373, II); iii) vinculação aos motivos alegados (CC, art. 422); iv) imediatidade

(não perdão tácito - CC, art. 422); v) gravidade e proporcionalidade/adequação (Lei n. 9.784/99 art. 2º, por analogia); vi) unicidade da pena (princípio do *non bis in idem*; vii) isonomia (CF, art. 5º, *caput*; art. 7º, XXX, XXXI).

A se considerar que o empregador, ao aplicar dispensa por justa causa, exerce suposto “poder” empregatício, nos termos do art. 2º da CLT, diante da força normativa da Constituição e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, § 2º), a aplicação de justa causa ao empregado implica um procedimento administrativo, sujeito às garantias constitucionais, dentre elas o contraditório.

Nos termos da CF, art. 5º, LV: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Portanto, é dever do empregador, no procedimento para aplicação da justa causa, garantir o contraditório - administrativo, frise-se - ao empregado (CLT, art. 2º; CF, art. 5º, § 2º, LV).

Considerando fato que, em tese, por sua gravidade, enseja justa causa de imediato, o mínimo que se concebe, como forma de início da concretização dessa garantia constitucional, é a informação clara ao empregado sobre os motivos que constituem a “justa causa”, para que ele possa se defender, e o empregador apurar e tomar decisão responsável, ciente do ônus dessa decisão.

O enquadramento (tipicidade - CLT, art. 482) e a fundamentação não podem ser feitos *a posteriori*, deixando ao alvedrio do empregador, após a aplicação da penalidade, invocar todo e qualquer fato para justificá-la, o que violaria o princípio da boa-fé objetiva (CC, art. 422).

Finalmente, porque se constitui em fato impeditivo de direitos, cabe ao empregador o ônus da prova do fato invocado para aplicação da justa causa (CLT, art. 818; NCP, art. 373, II).

Passo a analisar os requisitos da justa causa conforme a prova dos autos.

i) tipicidade ou legalidade (CLT, art. 482 ou normas especiais):

Motivo alegado para a dispensa: “Cochilar ao volante e colidir em mureta na rodovia SP-330 - município de Sumaré-SP. Reincidente.” (ID. 53e8797 - P. 1).

Esses são os fatos alegados, os quais, pelo princípio da boa-fé objetiva (CC, art. 422), vinculam a ré para fins de apreciação da justa causa.

Enquadramento feito pelo empregador: “art. 482 da CLT” (ID. 53e8797 - P. 2).

O enquadramento feito foi genérico; assim, em última análise, não houve enquadramento.

De todo modo, prossigo analisando o fato alegado à luz das hipóteses do art. 482 da CLT.

Considerando-se que, em geral, pune-se não o resultado (no presente caso, o acidente alegado e suas consequências), mas a conduta humana (este o objeto de que cuida o Direito), em última análise, o autor foi dispensado por “cochilar ao volante”.

Mesmo porque, fosse pelo acidente, suas causas deveriam ter sido apuradas, e não foram. Em verdade, associou-se o acidente ao fato de o autor “cochilar” ao volante, o que redundava na afirmação já feita - que ele foi dispensado por “cochilar ao volante” - esta, em síntese, a conduta atribuída ao autor como determinante para a justa causa aplicada.

Ocorre que cochilar ou dormir é um estado e não uma conduta (Estado fisiológico caracterizado pela insensibilidade dos sentidos e pelo repouso que proporciona. Sentimento da necessidade de dormir (“Sono”, in *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa* [em linha], 2008-2013. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/sono>>. Consultado em: 05 abr. 2017).

Isso por si já se mostra suficiente para afastar a justa causa aplicada pelo simples fato cochilar ou dormir, já que assim não se apurou qualquer conduta.

Ora, dormir ou cochilar é uma reação fisiológica necessária do organismo em determinado estado.

Se se pretende punir alguém por ter dormido ou cochilado, é

preciso ir além e investigar as circunstâncias que determinaram tal fato.

Vale ressaltar que o fato em si pelo qual o autor foi dispensado - dormir ou cochilar ao volante - é muito grave se consideradas as consequências potenciais para a segurança dele mesmo e de terceiros, conforme invocado pela própria defesa, já que estudos mostram que o sono pode ser até mais nocivo ao volante que a própria embriaguez.

Por isso não se concebe que o tratamento, diante desse fato, seja tão simplório quanto simplesmente dispensar o empregado por ter sono ou pela reação fisiológica necessária/inevitável.

Sem demonstrar qualquer preocupação com as circunstâncias e causas por que se deu o sono, não se sabe e é provável que outros motoristas da ré estejam “cochilando” ao volante, e não se deve esperar o próximo acidente pela mesma causa para simplesmente dispensar o próximo motorista que dormir - e tiver acidente, cujas consequências já não estão no domínio humano. As causas, sim.

Ocorre que, no presente caso, conforme já analisado em tópico próprio, o autor estava submetido, pela ré, a trabalhar em rodízio de turnos, a qualquer hora do dia e da noite, quando é sabido que o trabalho nessa condição altera todo o ciclo biológico, sobretudo o ciclo vigília-sono.

Conforme amostragem feita pelo autor em impugnação à defesa e/ou documentos. (ID. 78dfde0 - P. 11):

[...]

A título de amostragem do labor em turnos ininterruptos de revezamento, destaca-se o documento ID N. cd772b9 - P. 4 a 6, onde se verifica que, no mês 01/2015, o reclamante iniciou jornadas às 04h50, 06h30, 10h, 10h50, 11h, 11h17, 13h30, 15h30, 16h30, 16h40, 17h, 17h20, 21h20, 21h30, 22h, 23h15 e 23h20, dentre outros. Outro exemplo: no documento ID N. cd772b9 - P. 7 a 9 vê-se que, no mês 02/2015, o reclamante iniciou jornadas às 01h, 02h30, 03h30, 04h50, 11h, 11h20, 12h35, 17h30, 20h30, 22h, 22h05, 22h50, 23h, 22h35, 23h, dentre outros, em revezamentos diários.

[...].

De outro lado, chega a ser mesmo emblemático que a ré, ao juntar os cartões de ponto, omitiu exatamente o do mês de setembro/2015 englobando o dia do acidente e os dias que o antecederam, quando, conforme fixado na jornada praticada, prevalece a jornada alegada na Inicial (Súmula n. 338 do TST): “em média 25 (vinte e cinco) viagens em cada mês, com duração (média) de 12 (doze) horas cada.” (ID. dc4e99f - P. 6).

Ou seja, quando a jornada máxima aplicável, em razão da submissão ao trabalho em turnos ininterruptos, era de 6 horas/dia, o autor estava trabalhando o dobro.

De modo que o sono, no caso, está notoriamente (NCPC, art. 374, I) associado à fadiga.

Diante dessas circunstâncias, a partir de todos esses elementos levantados nos autos, não é possível atribuir o estado de sono do autor (frise-se: tudo o mais está no âmbito das consequências) senão à própria ré, que, sabendo do risco que já é natural à sua atividade - tanto que por isso a Lei Civil lhe impõe responsabilidade objetiva (CC, arts. 734 e ss.), abusando (CC, art. 187) de um suposto “poder” diretivo (CLT, art. 2º), submete seus empregados a trabalharem 12 horas/dia em turnos ininterruptos de revezamento, cuja jornada máxima é de 6 horas/dia, sabendo - ou devendo saber, já que informação inerente à sua atividade - que “Motoristas com distúrbios do sono correm duas a três vezes mais riscos de se envolver em acidentes. Quando tratados, a redução é de 70%.” (Disponível em: <http://quatorrodas.abril.com.br/auto-servico/o-sono-ao-volante/>>.)

No mesmo artigo citado, colhe-se que:

“O próprio ato de dirigir pode ser monótono: pistas unidirecionais e o conforto do carro ajudam a embalar o motorista”, diz. Quem está sem dormir sente isso ao parar. “A falta de sono é cumulativa e, dependendo do caso, é preciso até um mês para colocá-lo em dia. Toda vez que o sono é inibido, ao lavar o rosto ou tomar um café, ele volta”, afirma Silva. “A única solução é parar de dirigir.”

Seria preciso saber, porém, se a ré, a par de submeter seu

motorista à jornada dobrada e em turnos ininterruptos de revezamento, quando já é possível a ela saber e até mesmo presumir que ele naturalmente, em tais circunstâncias, já poderia estar a iniciar a jornada com sono, aceitaria, sem qualquer punição, que o autor se recusasse a dirigir alegando sono, o que soa óbvio que não - já que, embora não provada, a ré alegou “reincidência” do autor.

De outro lado, sobretudo considerando os riscos de sua atividade para terceiros, é dever da ré prevenir esses riscos com eficiência.

Sabe-se que a “Má adaptação à organização do horário de trabalho (Trabalho em Turnos ou Trabalho Noturno) (Z56.6)” está relacionada com “Distúrbios do Ciclo Vigília-Sono (G47.2)” (Decreto n. 6.957, de 9 de setembro de 2009).

Existem ferramentas para aferir o sono da pessoa, como por exemplo a CALCULADORA DA ESCALA DE SONOLÊNCIA EPWORTH (Disponível em: <<http://www.bibliomed.com.br/calculadoras/epworth/>>), quando a ré poderia (deveria - do ponto de vista da prevenção e da segurança no trânsito), ao “[...] administrar a prestação pessoal de serviço [...]” (CLT, art. 2º), aferir sistematicamente o sono de seus motoristas, abstendo-se de lhes exigir jornadas estendidas, sobretudo em turnos ininterruptos de revezamento (CF, art. 7º, XIV; XXII; OIT, Convenções n. 155, 161).

Ademais, há estudos com diversas orientações quanto à prevenção do sono e da fadiga como fatores de risco de acidentes de trânsito (Ex.: http://www.fibria.com.br/shared/midia/publicacoes/manual_fibria_estrada_segura_jan2012.pdf; <https://www.medicosporlaseguridadvial.com/pt-pt/questoes-clinicas/doencas-neurologicas/doencas-neurologicas-sono-e-fadiga-e-sua-influencia-ao-volante/>), e a ré não apresenta qualquer atitude de prevenção desses fatores de risco, cuidando, superficialmente, apenas das consequências, ao dispensar sumariamente por justa causa o motorista que cochila ao volante, sabendo estar ele, por ela mesma, submetido a referidos fatores.

Portanto, a justa causa pelo motivo alegado não se sustenta.

Desnecessária análise dos demais requisitos.

Julgo procedente o pedido para declarar nula a justa causa aplicada.

Verbas rescisórias

Em decorrência da nulidade da justa causa aplicada, julgo procedente o pedido das seguintes obrigações rescisórias, nos limites do pedido e da não impugnação precisa (NCPC, art. 341) e/ou prova de pagamento: Pagar: aviso prévio indenizado; férias proporcionais; 13º proporcional; multa de 40% do FGTS do contrato.

Fazer: retificar a CTPS da parte autora considerando a projeção do aviso prévio indenizado (CLT, art. 489; OJ 82 da SDI-1 do TST), entregar guias TRCT, SD, CD, chave de conectividade FGTS, pena de multa diária de 1/30 da remuneração do autor, limitada a 30 dias multa, sem prejuízo da obrigação principal e sua conversão em perdas e danos (CC, art. 247).

Multa do art. 477 da CLT

A multa do § 8º do art. 477 da CLT é devida pelo atraso no pagamento das verbas rescisórias “[...] salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora”, o que não foi o caso dos autos.

Julgo procedente.

Multa do art. 467 da CLT

A multa do art. 467 da CLT, à razão de 50% (cinquenta por cento), é devida para as verbas rescisórias incontroversas.

Inicialmente, destaco que, conforme TRCT, a ré não pagou nem mesmo títulos que independem do motivo da dispensa: férias proporcionais; 13º proporcional.

Passo à análise quanto às verbas devidas em decorrência da dispensa sem justa causa e, por consequência, da nulidade da justa causa.

Nos termos do art. 9º da CLT: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

Uma vez “nulos de pleno direito” os atos tendentes a impedir a aplicação dos preceitos contidos na CLT, é devida a aplicação do disposto no art. 467 da CLT.

E, no presente caso, a justa causa aplicada foi declarada nula. Nos termos do art. 129 do CC:

Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.

Considera-se implementada a condição para aplicação da multa do art. 467 da CLT, uma vez que, maliciosamente obstada por ato do próprio empregador, inquinado de nulidade por manifestamente improcedentes os motivos.

Ainda em outras palavras: considerar a controvérsia formal - induzida por ato do próprio empregador - que, nulo, não gera efeitos (CLT, art. 9º) - seria premiar a própria torpeza, já que, no caso em exame, bastaria ao empregador aplicar justa causa, mesmo sabendo da improcedência dos motivos alegados, impondo ao empregado ajuizar ação, ganhando com isso tempo muito além daquele que a lei estabelece para a quitação das verbas rescisórias.

Por essas razões, o TST cancelou a OJ 351 da SDI-1, que dispunha sobre a exclusão da multa do art. 477 da CLT “quando houver fundada controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa.”

Conforme bem observa Mauricio Godinho Delgado, o entendimento superado “[...] lançava dúvida contraditória aos milhares de bons empregadores da sociedade brasileira, que buscam cumprir com exatidão suas obrigações.” (obra citada, p. 1.062)

Defere-se a multa do art. 467 da CLT.

Indenização por danos morais decorrentes de aplicação de justa causa sem motivo justo

Inicialmente, considero que a especificação “DANOS MORAIS decorrentes da reversão da justa causa, em valor a ser arbitrado pelo Juízo” é mera comodidade de linguagem. Até mesmo porque não se concebe que se esteja pedindo “danos morais”. De igual modo, conforme se lê na Inicial (NCPC, art. 322, § 2º), a causa de pedir são a aplicação de justa causa que não se sustenta e as consequências que isso gera:

[...]

O reclamante jamais deixou de cumprir suas obrigações pessoais ou profissionais, passou (e passa) pelo constrangimento de não honrar seus compromissos financeiros, de ser cobrado, de ver a possibilidade de interrupção dos serviços públicos (fornecimento de água e luz), de ter sua linha de telefone desativada, de ter cheques de sua emissão devolvidos por falta de fundos e até de ver prejudicada a manutenção de sua família.

[...].

O dever de indenizar pressupõe, via de regra, ato ilícito, dano e nexó entre um e outro (CC, arts. 186, 187, 927 e 932).

Nessa sistemática, em casos de aplicação de justa causa sem maiores cuidados, é possível que ocorra o ilícito e o dever de indenizar, por exemplo, com a imputação de fato não praticado pelo empregado e repercussões advindas (a exemplo do que decidi no processo n. 0011416-42.2014.5.03.0041).

No presente caso, conforme analisado em capítulo próprio, a justa causa aplicada foi sumária, sem qualquer apuração, e - o que é pior - a conclusão adotada foi de que o motivo alegado - cochilo ao volante - tem como causa conduta imputada à própria ré, ao submeter o autor à jornada exagerada em turnos ininterruptos de revezamento - “[...] quando a jornada máxima aplicável, em razão da submissão ao trabalho em turnos ininterruptos, era de 6 horas/dia, o autor estava trabalhando o dobro.”

Considerando o conceito de ato ilícito em sentido amplo -

como a violação à ordem jurídica -, é manifesto que a conduta da ré caracteriza-se por ilícita, consistente no abuso do direito (CC, art. 187).

Uma vez que se trata de verbas trabalhistas de natureza eminentemente alimentar (CF, art. 100), é notório o dano (CC, art. 212, IV; NCPC, art. 374, I), que, por isso, considera-se *in re ipsa*: “Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que o gerou.” (REsp 323.964/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 6/9/2001, DJ 22/10/2001, p. 320.)

Deve a ré responder pelos danos morais advindos, nos termos da CF, art. 5º, X e CC, arts. 187, 927, 932, III.

Nesse sentido:

JUSTA CAUSA - REVERSÃO - DANOS MORAIS. A aplicação de justa causa sem maiores critérios, que posteriormente venha a ser afastada por ordem judicial, por ausência de efetiva comprovação da suposta falha do trabalhador, enseja a condenação do empregador ao pagamento de indenização por danos morais. É que a imputação das causas previstas no art. 482 da CLT coloca em dúvida a conduta moral do empregado e, assim, acarreta efeitos capazes de repercutir na sua vida familiar e social. Recurso ordinário do autor a que se dá provimento, no particular, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais. (TRT-PR-99532-2006-069-09-00-1-ACO-38050-2008 - 2ª TURMA. Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU. Publicado no DJPR em 4/11/2008.)

Para a quantificação, nos termos do art. 944 do CCb:

Art. 944 A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Considerando a extensão do dano, que também se relaciona ao tempo de contrato (aproximadamente 10 meses); o grau de culpa; a condição econômica das partes, donde serve de parâmetro o salário da parte autora, à luz da razoabilidade e proporcionalidade, arbitro indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Nesses termos, julgo procedente.

Justiça gratuita

Nos termos da CF, art. 5º, LXXIV; CLT, art. 790-A, § 3º; Lei n. 1.060/50 e diante do pedido, defiro à parte autora os benefícios da justiça gratuita.

Atualização monetária e juros

Sobre o valor da obrigação incidirá atualização monetária desde o vencimento até o pagamento.

Sobre o valor atualizado, juros de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da ação, aplicados *pro rata die* (Lei n. 8.177/91, art. 39 e § 1º; Súmula n. 200 do TST).

Salários consideram-se vencidos no dia 1º do mês subsequente ao da prestação dos serviços (CLT, art. 459, Súmula n. 381 do TST).

O valor a título de indenização por danos morais considera-se vencido na data de publicação desta sentença (Súmula n. 439 do TST).

Recolhimentos fiscais e previdenciários

Recolhimentos previdenciários e fiscais pelos réus, observando-se o disposto na Súmula n. 368 e nas OJs 363 e 400 da SDI-1 do TST, bem como a natureza legal de cada título (Lei n. 8.212/91, art. 28) ou conforme a jurisprudência dominante desta Justiça do Trabalho.

Quanto aos recolhimentos sobre os salários do período de vínculo reconhecido, deverá a ré comprovar o recolhimento, pena de ofício à PGFN.

Compensação / Dedução

Autoriza-se dedução, mês a mês, entre parcelas pagas sob o mesmo título deferido.

Sentença - Ofício MPT - MPE - MPF

Considerando a gravidade dos fatos constatados nesta sentença - submissão de motoristas à jornada exagerada em turnos ininterruptos de revezamento - quando a jornada máxima aplicável, em razão da submissão ao trabalho em turnos ininterruptos, era de 6 horas/dia, o autor estava trabalhando o dobro - ensejando/agravando o risco de acidentes e assim colocando em risco a segurança e a vida tanto de empregados quanto de terceiros, consumidores e equiparados (Lei n. 8.078/90, art. 29).

Nos termos da Lei n. 7.347/85, art. 7º; LC n. 75/93, art. 82, III, oficiem-se: MPT (Ministério Público do Trabalho); MPE (Ministério Público Estadual).

Por questões de economia e sustentabilidade, cópia desta sentença serve de ofício.

Conciliação

Faculta-se às partes a celebração de acordo e sua apresentação em petição conjunta, antes do trânsito em julgado desta decisão, para homologação a critério do juiz (CLT, art. 764, § 3º; Súmula n. 418 do TST).

CONCLUSÃO

Na ação trabalhista proposta por CARLOS HENRIQUE RODRIGUES DA SILVA em face de REAL EXPRESSO LIMITADA:

Rejeito preliminares.

Julgo parcialmente procedentes os pedidos.

Tudo nos termos da fundamentação.

Liquidação por cálculos, salvo disposição especial em capítulo da sentença.

Atualização, juros, recolhimentos fiscais e previdenciários, justiça gratuita, tudo nos termos da fundamentação.

Custas, pela ré, no valor de R\$ 500,00, calculadas sobre R\$ 25.000,00, valor arbitrado à condenação exclusivamente para tal fim.

Intimem-se as partes.

Intime-se a União para os termos do § 5º do art. 832 da CLT.

Oficie-se conforme determinado.

Nada mais.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. RTSum 0011113-21.2017.5.03.0074

Data: 16/2/2018

DECISÃO DA VARA DO TRABALHO DE PONTE NOVA - MG

Juíza Substituta: MARIA JOSÉ RIGOTTI BORGES

RECLAMANTE: MARIA APARECIDA DOS REIS

RECLAMADA: NEUZA MARIA SALES

No dia e horário de registro da assinatura digital, a Juíza do Trabalho Maria José Rigotti Borges publicou nos autos do presente processo a seguinte SENTENÇA.

I - RELATÓRIO

Dispensado (inciso I do art. 852 da CLT).

II - FUNDAMENTOS

Direito intertemporal - Direito material e processual do trabalho - Lei n. 13.467/2017

A Lei n. 13.467/2017, que passou a vigor em 11/11/2017, modificou mais de uma centena de dispositivos legais, especialmente os da CLT, e não estabeleceu qualquer regra de transição, em que pese a complexa alteração legislativa de grave impacto social.

A Medida Provisória n. 808, de 14/11/2017, não estabeleceu regra de transição e dispôs, no art. 2º, que “[...] aplicam-se aos contratos vigentes, na integralidade, os dispositivos da Lei n. 13.467/2017”, pelo que cumpre tecer algumas considerações a respeito.

Inicialmente, em relação ao Direito do Trabalho, não se há falar na aplicação da Lei n. 13.467/2017 aos contratos encerrados até 10/11/2017, considerando que o art. 2º da MP explicita que a lei somente será aplicada aos contratos vigentes.

E nem poderia ser diferente, sob pena de ferimento ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, em confronto com o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal e *caput* do art. 6º da LINDB, pois não se pode dar efeito retroativo à lei no tempo, com adoção de efeito imediato aos contratos de trabalho extintos antes da sua vigência.

Sob tais premissas, conclui-se que os contratos de trabalho já encerrados, hipótese dos autos, no momento da entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, não terão incidência das referidas normas de direito material.

Incompetência absoluta - Contribuições previdenciárias

A competência da Justiça do Trabalho quanto à execução das contribuições previdenciárias limita-se às parcelas objeto de condenação, conforme se extrai da Súmula n. 368 do TST:

I. [...] A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição.

Nesse mesmo sentido a Súmula Vinculante n. 53 do STF.

Assim, extingo o processo em relação ao pedido da inicial referente às contribuições previdenciárias de todo o período laborado, sem resolução do mérito, nos termos do inciso IV do art. 485 do NCPC.

Inépcia - Pronunciamento de ofício

Conheço, de ofício, conforme § 5º do art. 337 do Novo CPC, a inépcia quanto ao pleito de horas extras e seus reflexos.

A autora não descreveu no rol de pedidos o pedido atinente a tal pretensão. A causa de pedir veio destituída do pedido correlato.

De par com isso, extingue-se o feito, quanto ao pleito de horas extras e reflexos, sem resolução de mérito, com fulcro nos artigos 330, I, c/c 337, IV, e § 1º, c/c 485, I, do Novo CPC.

Vínculo de emprego - Anotação CTPS - Verbas rescisória

A autora narrou, na peça de ingresso, que:

Na data de 02 de fevereiro de 2015, a reclamante foi admitida como empregada (auxiliar de cozinha) pela reclamada, tendo o vínculo empregatício perdurado até a data de fevereiro de 2016, quando a obreira foi demitida sem justa causa.

Durante o vínculo, a reclamante recebia piso salarial de auxiliar de cozinha que hoje é de R\$ 1.032,10 reais.

A obreira foi contratada para trabalhar como auxiliar de cozinha, fazendo a jornada de trabalho de terça a domingo de 14h as 00h sem intervalo.

Requer a anotação da baixa na CTPS, bem como 13º salário, FGTS, férias mais 1/3, aviso prévio.

Em contestação, defende-se a ré:

A reclamante a todo tempo tinha o conhecimento inequívoco que a reclamada nunca foi sua empregadora pois as mesmas eram colegas de trabalho, sendo ao certo que a real proprietária do estabelecimento comercial era LUCIANA LIMA FERREIRA, brasileira, casada, empresária, portadora da identidade civil 3061494944 expedida pela SSPMG, CPF 842.393.796-87, residente e domiciliada nesta cidade de Ponte Nova-MG, sito na Rua Professor Raimundo Martiniano Ferreira, 59, Bairro Guarapiranga - CEP 35.430-218.

Com efeito, a reclamada postulou a ação trabalhista em 16 de março de

2015 processo n. 0000279-27.2015.503.0074 em desfavor de LUCIANA LIMA FERREIRA, processo que tramitou perante esta Eg. Vara do Trabalho, onde a reclamante foi arrolada como testemunha e, devidamente compromissada, prestou o seguinte depoimento:

1) Que trabalhou no bar Santo Graal desde a inauguração até fevereiro do ano seguinte, como auxiliar de cozinha; 2) que a depoente foi contratada pela ré; 3) que a depoente teve a carteira de trabalho assinada; 4) que era a ré quem dava ordens na empresa; 5) que a autora era cozinheira; 6) que a depoente cumpria ordens da ré e não da autora; 7) que quem pagava os salários da depoente era a ré; 8) que a autora assinava os cheques em branco para a ré, havendo comentários entre os funcionários de que a autora estava sendo utilizada como laranja pela ré; 9) que não sabe dizer se a ré fez ou não dívidas em nome da autora; 10) que a autora recebia ordens da ré; 11) que a autora era cozinheira, funcionária igual à gente; 12) que ficou conhecendo a ré quando foi admitida por ela para trabalhar no bar; 13) que já presenciou a autora passar cheques em branco; 14) que não presenciou a autora levando clientes do bar até a cozinha; 15) que a autora não dava ordens aos garçons e nem gerenciava o bar; 16) que era a ré quem fazia as compras do bar.

Portanto a reclamante tinha conhecimento inequívoco que a sua empregadora era LUCIANA LIMA FERREIRA, brasileira, casada, empresária, portadora da identidade civil 3.061.494.944 expedida pela SSPMG, CPF 842.393.796-87, residente e domiciliada nesta cidade de Ponte Nova-MG, sito na Rua Professor Raimundo Martiniano Ferreira, 59, Bairro Guarapiranga - CEP 35.430-218, única pessoa que detém a legitimidade para figurar no polo passivo da relação entabulada.

Nestas circunstâncias, patenteada se encontra nos autos a má-fé processual da reclamante que, atuando em desconformidade com os preceitos éticos que norteiam o processo, omitiu questão que necessariamente iria clarear o julgamento, e assim sendo encontra-se patenteada a sua intenção dolosa da clara intenção de induzir o d. Juízo a erro, ofendendo a dignidade da Justiça.

Registre-se, mais, que a má-fé processual da reclamante encontra-se materialmente comprovada através de depoimento nos autos do processo n. 0010649-94-2017.5.03.0074, colhido sob o crivo do contraditório, e por isto mesmo comprovado o seu comportamento incivil de prejudicar a reclamada [...].

A ré anotou a CTPS da autora, como sua empregadora, v. Id b158d96 - P. 1.

Tendo a parte ré declarado que a parte autora prestou serviços a empregador diverso do registrado na CTPS, é seu o ônus de demonstrar tal alegação (inciso II do artigo 373 do CPC/2015), visto que foi a ré quem assinou a CTPS da autora (Súmula n. 12 do C. TST).

Passo à análise da prova oral produzida:

Recorda-se de ter prestado depoimento em ação trabalhista da senhora Neuza em face da senhora Luciana; após, quem contratou a reclamante foi a senhora Neusa e era a quem era subordinada; o nome do estabelecimento é Santo Graal; trabalhou para a reclamada como auxiliar de cozinha; trabalhava de segunda a segunda de 14:00h as 02h ou 2h30; afirma que prestou depoimento verídico no processo referido acima. (Depoimento pessoal da reclamante).

Afirma que foi quem assinou a carteira de trabalho da reclamante mas que não é a real empregadora; afirma que emprestou seu nome para senhora Luciana já que ela não conseguia abrir uma firma no nome dela e, com isso, a senhora Luciana utilizou cartões, cheques em branco e outros documentos da depoente, ficando esta com uma dívida muito grande; a depoente iria baixar a carteira da reclamante no processo anterior mas, como ela não compareceu, não deu baixa; se for para dar baixa, não há problema de dar baixa na carteira de trabalho da reclamante; a reclamante trabalhava de 16h/17h até fechar, podendo ser meia-noite ou uma hora; não se recorda ao certo, mas acredita que o bar não abre aos domingos; não sabe se a reclamante recebeu verba rescisória já que não estava mais no bar quando da saída da reclamante; a depoente exhibe sua CTPS neste momento em que consta no contrato de trabalho com a senhora Luciana Lima Ferreira admissão 2 de setembro de 2014, saída 28 de março de 2015; a carteira foi assinada em decorrência da ação trabalhista que a depoente moveu em face da senhora Luciana. (Depoimento pessoal da reclamada)

Nunca trabalhou com a reclamante e nem com a senhora Neusa, apenas via a reclamante passando na casa da irmã dela que mora perto da casa da depoente e a via saindo para trabalhar; nunca viu a reclamante trabalhando na senhora Neusa; conhece a senhora Neusa porque ela já teve outro estabelecimento comercial, sendo que a depoente inclusive já foi sua cozinheira nesse estabelecimento; a depoente nunca frequentou o estabelecimento Santo Grau; conclui que o estabelecimento era da Neusa pelo fato de a reclamante falar que estava indo trabalhar com a Neusa. (Primeira testemunha da autora: Maria Cristina Moreira)

Nos autos de n. 0000279-27.2015.503.0074, v. Id 8f7cbbc - P. 1, a ré (NEUZA) ajuizou ação trabalhista em que pleiteou vínculo de emprego com LUCIANA LIMA FERREIRA, alegando ter sido cozinheira no Bar Santo Graal (mesmo estabelecimento no qual a autora destes autos laborou) e que a Sr^a Luciana se aproveitou da sua confiança e utilizou o seu nome, através de constituição de pessoa jurídica, documentos e conta bancária para explorar a atividade do restaurante, sendo ela a real proprietária.

Na referida ação, a ora ré, Neuza, pleiteou vínculo empregatício no período de 2/9/2014 até 26/2/2015 (Id 8f7cbbc - P. 2) com a Sr^a Luciana, tendo sido a CTPS da ré anotada com data de término do contrato em 28/3/2015 (pelo cômputo da projeção do aviso prévio indenizado). A Sr^a Neuza, ora ré, naquele processo, afirmou ter sido utilizada como “laranja” na condução do empreendimento, quando, na realidade, era apenas empregada.

Na decisão de Id d783107, houve o reconhecimento de que a ora ré (Neuza) foi persuadida a constituir empresa individual para atender aos exclusivos interesses da Sr^a Luciana, quem efetivamente era proprietária do estabelecimento.

Naquele processo, a conclusão se deu tanto em face do depoimento pessoal da Sr^a Luciana (ré naquele processo) quanto em decorrência do depoimento da ora reclamante, que explicitou que foi contratada pela Sr^a Luciana “que trabalhou no bar Santo Graal desde a inauguração até fevereiro do ano seguinte”, como auxiliar de cozinha, tendo sido contratada pela Sr^a Luciana, a quem era subordinada, sendo que a ré (Neuza) era apenas empregada do estabelecimento.

A reclamante, neste processo, em depoimento pessoal, reiterou que foi verdadeiro o depoimento prestado naquele processo.

Nos presentes autos, a autora alegou que foi empregada da reclamada Neuza de 2/2/2015 até fevereiro de 2016.

Apesar de, no processo de n. 0000279-27.2015.503.0074, a reclamante ter-se referido ao contrato iniciado em 2014, quando da abertura do estabelecimento, do conjunto probatório

colacionado naqueles autos, resulta a conclusão de que a ora reclamada (Neuza) assinou a CTPS da autora, mas não era sua real empregadora, tanto que, na decisão de Id d783107, a Sr^a Luciana foi condenada a arcar com todas as despesas decorrentes da baixa da empresa individual constituída pela ré (Neuza), utilizada como “laranja” para o desenvolvimento do empreendimento.

Assim, por não ser a reclamada a real empregadora da autora, adotando-se o princípio processual trabalhista da primazia da realidade, julgo IMPROCEDENTE o pedido de reconhecimento de vínculo empregatício e, por consequência, IMPROCEDENTES todos os demais pedidos daí decorrentes.

Justiça gratuita

Defiro os benefícios da justiça gratuita à parte reclamante e à parte ré (pessoa física, Id df283bc - P. 1), ainda que eventualmente recebam proventos superiores a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Isenta a reclamante do pagamento das custas processuais, nos termos do § 3º do art. 790 da CLT.

Registre-se ser o bastante a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, munido de procuração com poderes específicos para esse fim, conforme preceitua o art. 99, *caput* e § 3º, do CPC c/c o art. 1º da Lei n. 7.115/1983, ambos aplicados a todos os litigantes que buscam tutela jurisdicional do Estado (arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do C. TST), cuja aplicação, portanto, não pode ser afastada também dos litigantes da Justiça do Trabalho, sob pena de inconstitucional restrição de acesso à justiça (inciso LXXIV do art. 5º da CF).

Honorários advocatícios de sucumbência

Tendo a presente ação sido ajuizada em 28/11/2017, ou seja, após o início da vigência da Lei n. 13.467/2017 (11/11/2017), passo a analisar o pedido sob a égide do artigo 791-A da CLT, o qual passou

a prever honorários de sucumbência para todas as ações trabalhistas.

A parte autora foi totalmente sucumbente no objeto dos pedidos e, sendo beneficiária da justiça gratuita, quanto à exigibilidade dos honorários advocatícios sucumbenciais do advogado da parte ré (§ 2º do art. 98 do CPC), no caso concreto, de forma incidental, faz-se o controle difuso de constitucionalidade do § 4º do art. 791-A da CLT, para dar interpretação conforme a expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”, pelas razões abaixo expostas.

A interpretação literal do dispositivo levaria à ofensa ao princípio da isonomia processual (*caput* do art. 5º da CF), por estabelecer, no tocante à exigibilidade dos honorários advocatícios, ao litigante beneficiário da justiça gratuita tratamento discriminatório para o processo do trabalho, *locus* processual que procura efetivar direitos sociais trabalhistas em relação marcada pela estrutural assimetria de partes, com tutela diferenciada processual e em patamar inferior ao previsto no processo civil comum.

Em que pese o novo dispositivo da CLT e o CPC se equipararem quanto à responsabilidade da parte sucumbente pelos honorários sucumbenciais, ainda que beneficiária da justiça gratuita (art.791-A, § 4º, primeira parte, CLT e § 2º do art. 98 do CPC), diferem quanto à exigibilidade, e é nesse ponto que se verifica o tratamento processual discriminatório, caso seja dada interpretação literal ao dispositivo.

Diversamente do CPC, o legislador reformista (§ 4º do art. 791-A da CLT) introduziu exigibilidade dos honorários de sucumbência, os quais ficarão em condição suspensiva, “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”, impondo, assim, condicionante processual mais danosa e de injustificável discriminação, com claro efeito mitigador do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa via Poder Judiciário Trabalhista.

Acentua a desproporção do inconstitucional tratamento processual aos litigantes na Justiça do Trabalho a se considerar que, sem que se afaste a condição de pobreza que justificou o benefício, preveja-se o empenho de créditos trabalhistas, cuja natureza é alimentar, sendo superprivilegiado em relação a todos os demais créditos (inciso I do art. 83 da Lei n. 11.101/2005 e art. 186 da Lei n. 5.172/1966), com a marca de intangibilidade garantida por todo o ordenamento jurídico (inciso I do art. 7º da CF e inciso IV do art. 833 do CPC/2015).

Por ter o crédito trabalhista natureza alimentar, é verba da qual o trabalhador se vale para sua sobrevivência e de sua família, não podendo ser objeto de “compensação” para pagamento de honorários advocatícios.

Ademais, não é possível concluir que os créditos trabalhistas decorrentes de decisões judiciais sejam “capazes de suportar” o pagamento de honorários advocatícios, considerando não apenas a natureza alimentar que lhes é intrínseca, mas também a condição da parte reclamante como beneficiária da justiça gratuita.

A interpretação literal do dispositivo também resultaria em ofensa ao princípio da isonomia em face do tratamento proeminente dado ao crédito do advogado da parte ré, decorrente de honorários advocatícios sucumbenciais, em detrimento do crédito do trabalhador oriundo de verbas trabalhistas.

O § 14 do art. 85 do CPC é expresso ao estabelecer que:

Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

Assim, a mesma premissa normativa, que estabelece o direito dos advogados a que o crédito oriundo de honorários advocatícios não seja reduzido para pagamento de débitos respectivos das partes, deve ser utilizada aos créditos trabalhistas, de natureza alimentar superprivilegiada. Assim, por coesão interpretativa de todo o ordenamento jurídico, há que se concluir pela

impossibilidade de compensação de créditos alimentares trabalhistas do reclamante para pagamento de honorários advocatícios.

A interpretação literal do dispositivo também levaria à ofensa à garantia fundamental de gratuidade judiciária à parte que não pode arcar com despesas processuais sem comprometer seu sustento e de sua família e ao direito ao amplo acesso à jurisdição (incisos XXXV e LXXIV do art. 5º da CF e item 1 do art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica).

A norma desconsidera que o mero fato de o trabalhador ter percebido crédito trabalhista em ação judicial não elide, de forma genérica e por si só, a situação de miserabilidade jurídica.

Não se pode concluir que o trabalhador, ao perceber verbas trabalhistas devidas pela parte ré por inadimplemento decorrente do contrato de trabalho, tenha passado a ter condições financeiras de suportar o encargo relativo aos honorários sem prejuízo de seu sustento e de sua família.

Vale dizer, ainda que haja responsabilidade pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (§ 2º do art. 98 do CPC), a exigibilidade não pode estar atrelada à percepção de créditos trabalhistas decorrentes de comando judicial na Justiça do Trabalho, já que se trata de verba alimentar de que o trabalhador se vale para sua sobrevivência e de sua família - repita-se.

Por oportuno, colaciona-se entendimento do STF quanto à impossibilidade de compensação de créditos com encargos sucumbenciais de responsabilidade de beneficiário da justiça gratuita:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. FGTS. ATUALIZAÇÃO: CORREÇÃO MONETÁRIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO. ALEGAÇÕES DE PERDA DE EFICÁCIA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS E DE SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DOS AGRAVANTES. PREQUESTIONAMENTO. 1. A questão agora suscitada, relacionada à alegada perda de eficácia das medidas provisórias, não foi objeto de consideração no acórdão recorrido, sem embargos declaratórios para que a omissão restasse sanada, faltando-lhes, assim, o requisito do prequestionamento

(Súmulas n. 282 e 356). 2. No mais, como ressaltado pela decisão agravada: “em face da sucumbência recíproca, será proporcionalizada a responsabilidade por custas e honorários advocatícios, fazendo-se as devidas compensações, ressalvado o benefício da assistência judiciária gratuita.” 3. Sendo assim, na liquidação se verificará o *quantum* da sucumbência de cada uma das partes e, nessa proporção, se repartirá a responsabilidade por custas e honorários, ficando, é claro, sempre ressalvada, quando for o caso, a situação dos beneficiários da assistência judiciária gratuita, que só responderão por tais verbas, quando tiverem condições para isso, nos termos do art. 12 da Lei n 1.060, de 5/2/1950. 4. Agravo improvido (AI 304693 AgR, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 9/10/2001, DJ 1º/2/2002 PP-00089 EMENT VOL-02055-05 PP-00973), g.n.

Cite-se, nesse sentido, a lição da mais abalizada doutrina do eminente jurista, professor e Ministro do C. TST, Mauricio Godinho Delgado, e da eminente jurista, professora e advogada Gabriela Neves Delgado, em comentário à regra em análise:

A análise desse preceito, segundo já explicitado, evidencia o seu manifesto despreço ao direito e garantia constitucionais da justiça gratuita (art. 5º, LXXIV, CF) e, por decorrência, ao princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF). Se não bastasse, desconsidera as proteções e prioridades que o ordenamento jurídico confere às verbas de natureza trabalhista, por sua natureza alimentar, submetendo-as a outros créditos emergentes do processo [...]. Agregue-se a esses novos desafios a regra jurídica já analisada (§ 4º do art. 791-A da CLT) concernente à esterilização dos efeitos da justiça gratuita no tarmário dos honorários advocatícios. (*A reforma trabalhista no Brasil: comentários à Lei n. 13.467/2017*, São Paulo: LTr, 2017. p. 327 e 329.)

Nessa linha, merece também atenção o entendimento exarado do Enunciado 100 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA -, pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT -, pela Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas - ABRAT - e pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho - SINAIT:

É inconstitucional a previsão de utilização dos créditos trabalhistas reconhecidos em juízo para o pagamento de despesas do beneficiário da justiça gratuita com honorários advocatícios ou periciais (artigos 791-A, § 4º, e 790-B, § 4º, da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017), por ferir os direitos fundamentais à assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo Estado e à proteção do salário (arts. 5º, LXXIV, e 7º, X, da Constituição Federal).

Ante todo o exposto, deve-se dar interpretação sistemática conforme a Constituição no sentido de que, no caso concreto, eventuais créditos percebidos pela trabalhadora neste ou em outro processo trabalhista são de natureza alimentar e, portanto, não são “créditos capazes de suportar a despesa” de honorários advocatícios, de que trata o § 4º do art. 791-A da CLT.

Isenta, portanto, a parte reclamante beneficiária da justiça gratuita quanto aos honorários advocatícios sucumbenciais do advogado da parte ré, arbitrados em 5% sobre o valor dos pedidos.

Litigância de má-fé

A ré requer a condenação da autora nas penas destinadas ao litigante de má-fé.

Não litiga de má-fé a parte que comparece em Juízo, no exercício regular de direito constitucional de ação, postulando parcela que entenda cabível ou resistindo à pretensão deduzida, sem incidir nas figuras capituladas no artigo 80 do Novo Código de Processo Civil e 793-B CLT (Lei n. 13.467/2017).

REJEITO.

III - CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, decido:

- EXTINGUIR o processo em relação ao pedido da inicial referente às contribuições previdenciárias de todo o período laborado, sem resolução do mérito, nos termos do inciso IV do art. 485 do NCPC;

- EXTINGUIR o feito, quanto ao pleito de horas extras e reflexos, sem resolução de mérito, com fulcro nos artigos 330, I, c/c 337, IV, e § 1º, c/c 485, I, do Novo CPC;

- JULGAR IMPROCEDENTES os pedidos vindicados por MARIA APARECIDA DOS REIS em face de NEUZA MARIA SALES.

Concedo os benefícios da gratuidade processual à parte autora e à parte ré, nos termos do § 3º do art. 790 da CLT, da Lei n. 5.584/70 e da Lei n. 1.060/50.

Isenta a parte reclamante beneficiária da justiça gratuita quanto aos honorários advocatícios sucumbenciais do advogado da parte ré, arbitrados em 5% sobre o valor dos pedidos.

Custas, pela reclamante, no valor de R\$ 613,15, calculadas sobre o valor da causa, R\$ 30.657,54, isenta.

Dispensada a intimação da União nos termos da Portaria do Ministério da Fazenda n. 582, de 11 de dezembro de 2013.

Por julgamento antecipado, intimem-se as partes.

Nada mais.

NORMAS PARA ENVIO DE ARTIGOS

À REVISTA DO TRT 3ª REGIÃO

A *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região* tem periodicidade semestral, sendo formada por: Composição do TRT; Apresentação; Doutrinas; Decisão Precursora com o respectivo Comentário e Jurisprudência (acórdãos e sentenças).

1 NORMAS EDITORIAIS PARA ENCAMINHAMENTO DE MATÉRIA

- 1.1 A Revista publicará trabalhos inéditos e originais.
- 1.2 Os autores mantêm os direitos autorais e concedem à *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região* o direito de primeira publicação dos seus artigos, com isenção de quaisquer ônus.
- 1.3 Os trabalhos serão avaliados quanto a seu mérito (conteúdo científico-jurídico), relevância, interesse e atualidade do tema, sua adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e às normas adotadas para respectiva publicação, sendo de responsabilidade do autor a autoria e a originalidade do texto, bem como as afirmações, as opiniões e os conceitos emitidos.
- 1.4 A análise inicial dos artigos será feita pelos servidores da Seção da Revista para verificação do atendimento às diretrizes e condições estabelecidas para publicação, quanto à pertinência temática, ineditismo e possível problema de autoria. A segunda análise será feita por pareceristas de elevado saber jurídico-científico e ou professores, com atuação em âmbito nacional e internacional, pelo critério “dupla avaliação cega por pares” ou princípio da imparcialidade, quando não haverá nenhuma identificação do autor e nem de sua titulação.

- 1.5 Os trabalhos que exponham, em tese, as pessoas a situações vexatórias, violando o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, terão os nomes das pessoas envolvidas abreviados, utilizando-se as iniciais.
- 1.6 Os trabalhos deverão ser enviados por *e-mail* para o endereço eletrônico: revista@trt3.jus.br com nome completo do(s) autor(es), endereço, telefone, *e-mail*, situação acadêmica, títulos e instituições às quais pertença(m).
- 1.7 A autorização para publicação do trabalho é automática quando do envio da matéria e da aceitação das normas para publicação.
- 1.8 O termo de responsabilidade pela autoria do conteúdo do trabalho encontra-se explícito nas páginas iniciais da Revista e no item 1.3 desta norma.
- 1.9 Os originais dos trabalhos publicados, bem como materiais gráficos que os acompanhem não serão devolvidos a(os) seu(s) autor(es).
- 1.10 O(s) autor(es) receberá(ão), quando do lançamento da Revista, 1 (um) exemplar do periódico, se impresso, em cuja edição o trabalho tenha sido publicado.
- 1.11 Os trabalhos recebidos em língua estrangeira serão publicados na Revista impressa e ou digital em sua versão original, ou poderão ser traduzidos para a língua portuguesa, caso seja necessário.
- 1.12 O conteúdo da Revista poderá ser citado, reproduzido, armazenado ou transmitido por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original.

2 FORMATO DE APRESENTAÇÃO

- 2.1 Os trabalhos encaminhados à Revista deverão ser digitados na versão do aplicativo Word (97/2003 ou 97/2004), ambiente Windows. Eles deverão ser salvos em extensão doc e encaminhados via *e-mail para* revista@trt3.jus.br.

- 2.2 Os parágrafos deverão ser justificados; a fonte será arial 11 para o texto, 10 para citações longas, notas e resumos; o espaço interlinear será simples; as margens superior, inferior e laterais terão 1,5 cm; o tamanho papel formato será A-4 (210 x 297 mm).
- 2.3 À Seção da Revista será reservado o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como de adequar os trabalhos a serem publicados às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.
- 2.4 A primeira lauda/página deverá conter o título do artigo (em português e inglês), o nome completo do autor, o nome da(s) instituição(ões) a que está vinculado, o cargo que ocupa (tais identificações serão omitidas quando do envio aos pareceristas), bem como o resumo informativo em português de 100 a 200 palavras, que apresentará concisamente os pontos relevantes do texto (NBR 6028-ABNT - Resumos), com suas finalidades, metodologias, resultados e conclusões. Após o resumo informativo, deverão ser relacionadas as palavras-chave, de 3 a 8, em português. O *abstract* (resumo informativo) e as *keywords* (palavras-chave) deverão constar do final do artigo em inglês, para atender à ampla divulgação do periódico. Ao final deverá ser relacionada lista de referências utilizadas no corpo do texto. Os autores citados no decorrer do artigo serão subordinados ao seguinte esquema: (SOBRENOME DE AUTOR, data-ano) ou (SOBRENOME DE AUTOR, data, página). Diferentes títulos do mesmo autor publicados no mesmo ano serão identificados por uma letra após a data. Ex.: (EVANS, 1989a), (EVANS, 1989b).
- 2.5 Citações com até 3 linhas deverão ser inseridas no corpo do texto entre aspas. Caso tenham mais de 3 linhas, deverá ser utilizado parágrafo independente com recuo de 2 cm, sendo a fonte arial 10 com espaço interlinear simples, sem aspas.
- 2.6 As notas de rodapé constituirão “notas explicativas”. Serão anotações concernentes ao texto, mas que não interferirão no desenvolvimento lógico do trabalho. Referências (bibliográficas, eletrônicas etc.) deverão ser colocadas ao final do artigo em

ordem alfabética de autor sempre atualizadas. Regras gerais de apresentação de referências (vide NBR 6023/2002).

A pontuação utilizada na presente norma segue os padrões internacionais.

- 2.7 Para mais esclarecimentos, poderão ser consultadas as seguintes normas da ABNT: NBR 6022; NBR 6023; NBR 6024; NBR 6028; e NBR 10520.

3 A BIBLIOGRAFIA UTILIZADA SERÁ APRESENTADA NO FINAL DO ARTIGO, LISTADA EM ORDEM ALFABÉTICA, OBEDECENDO ÀS SEGUINTE NORMAS:

Livro

SOBRENOME, Nome. (ano). *Título em itálico*: subtítulo. Número da edição, caso não seja a primeira. Local da publicação: nome da editora, data.

Formato eletrônico:

AUTOR. *Título*: subtítulo. Edição. Local (cidade de publicação). Descrição física do meio eletrônico (disquete, CD-ROM etc.) ou Disponível em: <endereço eletrônico>. Acesso em: dia mês. ano (para documentos *on-line*).

Autor único: FONSECA, Vicente José Malheiros da.

Até 3 autores: Devem ser separados por ponto e vírgula.

LAGE, Emerson José Alves; LOPES, Mônica Sette.

Mais de 3 autores: Indica-se o primeiro autor, seguido da expressão *et al.*

PIMENTA, José Roberto Freire *et al.*

Responsabilidade intelectual (Organizadores, Coordenadores, Editores)

BARROS, Alice Monteiro de (Coord.).

VIANA, Márcio Túlio (Org.).

Instituições (não utilizar siglas)

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa.

Autoria desconhecida ou sem indicação de responsabilidade

A entrada é pelo título, sendo que, apenas, a primeira palavra deve ser grafada em maiúsculo.

TRATADO de ecologia.

NATUREZA da vida.

Outros tipos de responsabilidade (Tradutor, Ilustrador, Revisor etc.)

Tradutor, ilustrador, revisor etc. podem ser digitados após o título da obra.

MOORE, Thomas. *A emoção de viver a cada dia: a magia do encantamento*. Tradução Raquel Zampil. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

Artigo de periódicos

AUTOR. Título do artigo. *Título do periódico*. Local de publicação (cidade), número do volume, número do fascículo, páginas inicial-final, mês e ano.

Formato eletrônico

AUTOR DO ARTIGO. Título do artigo. *Título do periódico*. Local, volume, fascículo, páginas, data. Disponível em: <endereço eletrônico>. Acesso em: dia mês. ano (para documentos *on-line*).

Dissertações e teses

SOBRENOME, Nome (abreviado). (ano). *Título em itálico*. Local. Número total de páginas. Grau acadêmico e área de estudos [Dissertação (mestrado) ou Tese (doutorado)]. Instituição em que foi apresentada.

Documento jurídico: inclui legislação, jurisprudência (decisões judiciais) e doutrina (interpretação dos textos legais).

Legislação:

JURISDIÇÃO (nome do país, estado ou município) ou NOME DA ENTIDADE (caso se trate de normas). Título. Numeração e data (dia, mês e ano). Elementos complementares para melhor identificação do documento. No caso de Constituições e suas emendas, entre o nome da jurisdição e o título, acrescenta-se a palavra Constituição, seguida do ano de promulgação, entre parênteses.

Ex: BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995. *Lex*: legislação federal e marginália, São Paulo, v. 59, p. 196, out./dez. 1995.

Jurisprudência:

JURISDIÇÃO (nome do país, estado ou município) e órgão judiciário competente. Título (natureza da decisão ou ementa) e número. Partes envolvidas (se houver). Relator. Local, data (dia, mês e ano). Dados da publicação que transcreveu o documento.

Ex: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 181.636-1, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236-240, mar. 1998.

Endereço para correspondência:

Escola Judicial / Seção da Revista
Av. do Contorno, 4.631 - 10º andar
Bairro Funcionários
CEP 30.110-027
Belo Horizonte - MG
Fone: (31) 3228-7169
E-mail: revista@trt3.jus.br



TRTMG
ESCOLA JUDICIAL