

Valdete Souto Severo
Jorge Luiz Souto Maior

MANUAL DA

REFORMA TRABALHISTA

PONTOS E CONTRAPONTO



E-BOOK
GRATUITO



AATSP

Associação dos Advogados
Trabalhistas de São Paulo

PREFÁCIO
LÍVIO ENESCU

ORGANIZAÇÃO E REVISÃO
AFONSO PACILÉO
SARAH HAKIM

Valdete Souto Severo
Jorge Luiz Souto Maior

MANUAL DA REFORMA TRABALHISTA

PONTOS E CONTRAPONOTOS

Prefácio
Lívio Enescu

Organização e revisão
Afonso Paciléo
Sarah Hakim



AATSP

**Associação dos Advogados
Trabalhistas de São Paulo**

Valdete Souto Severo
Jorge Luiz Souto Maior

MANUAL DA REFORMA TRABALHISTA

PONTOS E CONTRAPONTO

Prefácio

Lívio Enescu

Organização e revisão

Afonso Paciléo

Sarah Hakim

1ª edição

Porto Alegre - São Paulo

AATSP

Editora Sensus

2017

Publicado pela AATSP – Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo, 2017 em coedição com a Editora Sensus. Todos os direitos reservados. Esta obra não pode ser reproduzida; armazenada em sistema de dados, transmitida por quaisquer meios – eletrônicos, mecânicos, fotocopiativos, de gravação ou quaisquer outros, total ou parcialmente – sem a autorização por escrito do Editor.

Primeira edição, 2017

Lívio Enescu	Presidente
Sarah Hakim	Vice-Presidente
Eliana Saad Castello Branco	1ª Secretária
Daniel Gonçalves Ortega	2º Secretário
Afonso Paciléo Neto	Tesoureiro

Editor:	Christian Mori Sperli
Organização e revisão:	Afonso Paciléo Neto Sarah Hakim
Edição de texto e revisão:	Célia Regina R. de Lima
Ilustração da capa:	Sabbir Sayem

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
(eDOC BRASIL, BELO HORIZONTE/MG)

S498m

Severo, Valdete Souto, 1975-

Manual da reforma trabalhista: pontos e contrapontos / Valdete Souto Severo, Jorge Luiz Souto Maior; organizadores Afonso Paciléo Neto, Sarah Hakim; prefácio Lívio Enescu. – São Paulo (SP): Sensus, 2017.

192 p.: 14 x 21 cm

ISBN 978-85-67087-05-4

1. Direito do trabalho – Legislação – Brasil. I. Souto Maior, Jorge Luiz. II. Paciléo Neto, Afonso. III. Hakim, Sarah. IV. Enescu, Lívio. V. Título.

CDD-341.76

Copyright © 2017 AATSP – Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo

Av. Marquês de São Vicente, 446

011393-000 – São Paulo – SP

www.aatsp.com.br

Sumário

Prefácio

2017 – O ano que não terminou. Vai ter luta, e muita! 7

I – Onde você estava? 13

II – O que aconteceu?

1. O artificial e o real 17

1.1 Objetivo declarado..... 17

1.2 Objetivo real..... 17

2. Os ataques da Lei 13.467/17 17

2.1 Na parte geral..... 17

2.2 Nos direitos individuais..... 18

2.3 Nos direitos coletivos..... 19

2.4 No processo do trabalho..... 19

III – Os obstáculos jurídicos ao retrocesso

1. O Estado Democrático de Direito..... 21

2. Os Pactos Internacionais..... 22

3. A Constituição 23

4. O Direito do Trabalho 23

4.1 O princípio da proteção..... 25

4.2 O primado da relação de emprego 28

a) A relevância social, econômica e cultural da
relação de emprego..... 28

b) A natureza jurídica da relação de emprego 30

5. Questão formal relevante: a aplicação da lei no tempo..... 33

IV – As pedaladas em falso da Lei 13.467/17

1. Partes da relação de emprego. Terceirização. Responsabilidade 36

2. Tempo de trabalho 46

3. Trabalho intermitente..... 66

4. Acesso à justiça..... 74

5. Saúde e trabalho da mulher 97

6. Trabalhador “hipersuficiente” 98

7. Remuneração. Equiparação 99

8. Alteração do contrato de trabalho 105

9. Extinção do vínculo 106

10. Representação sindical. Negociado X legislado. Negociação coletiva ... 114

11. Alterações nas regras processuais 125

V – Alguns enunciados jurídicos a propósito da Lei 13.467/17..... 149

VI – O que você vai fazer agora?..... 191

Prefácio

2017 – O ano que não terminou. Vai ter luta, e muita!

Após o impeachment da Presidente Dilma por pedaladas fiscais não comprovadas, teve início a radicalização entre os que apoiaram e os que se opuseram ao fim do mandato presidencial.

No fim desse mesmo ano, soubemos que o governo de Michel Temer havia enviado ao Congresso Nacional uma proposta de reforma trabalhista, que passou por análise na Câmara dos Deputados como o Projeto de Lei 6.787/2016. A proposta alterava timidamente alguns pontos na lei trabalhista, principalmente no tocante à jornada de trabalho. Logo no mês de abril de 2017, foi apresentado um novo texto da reforma na Comissão Especial da Câmara. Esse projeto, de autoria do relator deputado Rogério Marinho, alterava muitos pontos do projeto original de Temer, ainda contando com mais de 800 emendas. Ao todo, o novo texto do deputado relator trazia **mais de 100 alterações para a CLT**.

Até esse momento a sociedade assistia a tudo sem que houvesse nenhuma participação organizada, a não ser as das entidades representativas dos advogados trabalhistas, como a Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo (AATSP), a Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (ABRAT) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e de outras organizações da comunidade jurídica, como a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), a Associação dos Magistrados do Trabalho (Amatras), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Em 26 de abril, a reforma trabalhista foi aprovada no plenário da Câmara por 296 votos a favor e 177 contra. Em 20 de junho, a Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do Senado rejeitou a proposta, dando aos defensores da CLT, da Constituição Federal e do pensamento progressista a esperança de que haveria uma desaceleração da inusitada velocidade com a qual tramitava o projeto em tela, ampliando o debate público e possibilitando uma consulta popular mais abrangente. Mesmo assim, o projeto continuou a avançar, passou para a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e depois foi votado em ple-

nário como o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 38/2017. No fatídico dia 11 de julho, o texto da reforma foi aprovado no Senado por 50 votos favoráveis e 26 contrários.

O texto aprovado pelo Senado era incrivelmente idêntico ao que havia sido aprovado pela Câmara em abril. A alta corte legislativa brasileira funcionou como um simples órgão homologatório da Câmara Baixa. Alguns senadores sugeriram mudanças, mas todas foram rejeitadas. Ato contínuo, em 13 de julho, a reforma foi sancionada pelo presidente Temer sem vetos.

Em 11 de novembro, a Reforma Trabalhista, Lei 13.467, começará a vigorar, após cumprida a *vacatio legis* de 120 dias.

Para nós, era evidente que os fatos acima narrados eram parte integrante de um plano maior.

Desde o corte orçamentário proposto pelo outrora deputado federal Ricardo Barros, relator do PLN 7/15 e atual ministro da Saúde, que em 2015 reduziu em 30 por cento o custeio e em 90 por cento o investimento na Justiça do Trabalho, percebia-se essa mobilização. O outrora parlamentar justificou o corte vociferando contra a Justiça Especializada, denominando-a “a maior empresa do país”, com mais de 50 mil servidores. Ele afirmava que, nessa justiça, o trabalhador “ganha ou não perde” e que o problema era a falta de “controle da demanda”. Isso muito nos preocupou.

A AATSP sempre reconheceu a importância histórica da Justiça do Trabalho e seu relevante papel social, não só como instrumento de pacificação entre capital e trabalho, mas também como mecanismo de distribuição de renda, garantindo o funcionamento do ciclo virtuoso da economia. Notando que esse estrangulamento orçamentário visava à destruição ou mitigação da Justiça Especializada e colocava em risco a aplicação jurisdicional dos direitos dos trabalhadores, nós, da Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo, fomos à luta.

Organizamos, juntamente com outras entidades e as direções dos tribunais regionais, massivos atos públicos no Fórum Trabalhista Ruy Barbosa, em São Paulo, e em frente ao TRT 15, em Campinas, que induziram outras associações a promover novos atos com a mesma finalidade em todo o país, dando assim um basta a essa situação de descalabro e de quebra da harmonia e independência que deveriam existir entre os poderes.

Os tribunais regionais só não foram fechados por total falta de recursos naquele ano, devido a uma suplementação urgente de verbas do governo federal.

Esses fatos, vindos de um novo governo de legitimidade no mínimo discutível, levaram-nos a crer que poderíamos enfrentar um ataque direto aos direitos trabalhistas, outrora unguídos a valor social pela nossa Carta Política.

Tal situação dava indícios de conflitos e desordem e se tratava de um verdadeiro “ovo da serpente”, que lembrava o roteiro do filme de mesmo título do cineasta Ingmar Bergman, sobre a ascensão do nazismo.

Desde seu início, como proposta de poucos artigos, até se tornar a hoje presente revogação da Septuagenária, a Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo preocupou-se com o aqodamento desse projeto com o intuito de proteger nossa sempre atual e necessária CLT.

A AATSP foi a única entidade representativa dos advogados brasileiros a ser convidada oficialmente pelo presidente da Câmara, deputado Rodrigo Maia, e pelo relator da reforma trabalhista, deputado Rogério Marinho, a participar das audiências públicas da reforma.

O advogado, conselheiro e presidente da Comissão Sindical da AATSP, Dr. Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros, participou de várias audiências públicas em Brasília (às suas próprias expensas, diga-se de passagem) e foi ouvido pela Comissão da Reforma Trabalhista em audiência pública, onde proferiu uma excelente palestra defendendo o sistema obreiro e social nacional perante o conjunto dos deputados da referida comissão e em transmissão direta feita pela TV Câmara para todo o país.

Simultaneamente, promovemos em São Paulo vários debates sobre o tema que lotaram nossa casa, mostrando a preocupação da Advocacia Trabalhista Paulista com o que estava acontecendo e com o que ainda estava por vir.

Era inquietante ver um sistema protetivo social que é paradigma internacional sofrer um violento ataque revogador em curto espaço de tempo sem que a sociedade fosse ouvida e pudesse participar do debate. Assim, no mínimo, poderíamos fazer um enfrentamento com base na Carta Política Brasileira e nos diplomas pátrios pós-constitucionais, convenções e tratados internacionais aos quais nosso país subscreveu, dado o patamar civilizatório alcançado pelo status democrático brasileiro.

Os autores desta obra ora prefaciada participaram ativamente de nossas mobilizações e encontros políticos, sempre muito preocupados com o futuro sombrio que se aproximava.

Como não poderíamos, depois de tanta luta, nos limitar a um discurso meramente político e à pregação da desobediência civil diante desse novel diploma eivado de inúmeras inconstitucionalidades e de técnica legislativa tacanha, fomos para a contenda.

Desde a sanção pelo presidente desse projeto inconstitucional, construído por uma Câmara dos Deputados e um Senado sem legitimidade ou mandato específico para tal mudança, vínhamos organizando uma ação de resistência.

Ato contínuo, nós da AATSP decidimos que tínhamos a obrigação de capacitar os advogados trabalhistas paulistas com cursos, oficinas e encontros temáticos que os preparassem para o momento de uma nova interpretação do sistema trabalhista diante desse quadro de rápida e grande mudança.

Até o dia de hoje, quando escrevo o presente prefácio, já oferecemos aos nossos colegas mais de uma dezena de cursos e palestras ministrados por um corpo docente de alto nível.

No entanto, queríamos mais, e assim produzimos também esta grande obra com dois dos melhores autores da doutrina jurídica brasileira atual, os doutores e professores Valdete Souto Severo e Jorge Souto Maior. Essa ação deixa claro que a nossa luta se dará em todas as frentes.

O livro que o leitor agora terá o prazer de ler é maiúsculo em sua apresentação e no enfrentamento do tema com a coragem que marca a vida, as obras jurídicas e o exercício profissional de grande dignidade e relevância social dos autores.

Por fim, a você que nos acompanha na leitura desta criação literária, queremos esclarecer nossa opção pela luta e nossa contribuição na construção de uma sociedade livre, mais justa, fraterna e solidária no ritmo da Carta Política Brasileira, quase trintenária, e na defesa intransigente dos diplomas sociais do nosso país.

Portanto, o ano de 2017, que não terminou ainda, verá muitos enfrentamentos, e nós estaremos presentes em todos, organizando e representando os anseios do povo brasileiro, estejam certos disso.

No ano que vem, tudo pode mudar por causa das eleições, e esperamos que para o bem do sofrido povo brasileiro.

Em 2018, a AATSP completará quarenta anos de vida e de muita luta, e a Constituição Federal, trinta anos pacificando o Brasil.

Que isso sirva de inspiração a todos nós.

Deixo, finalmente, um pensamento para reflexão:

“*Es mejor morir de pie que vivir de rodillas!*” (É melhor morrer de pé do que viver de joelhos). Essa frase é atribuída a Emiliano Zapata (1879-1919), revolucionário mexicano.

Todos na luta pela defesa dos direitos sociais conquistados e por nenhum direito a menos!

Lívio Enescu

Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo

I – Onde você estava?

A Lei 13.467/17 tramitou em tempo recorde, ainda mais considerando sua amplitude, e isso só foi possível porque os diretamente interessados em sua aprovação não pouparam esforços e meios, sabendo que não teriam muito tempo para completar essa obra, já que, quanto mais demorassem para aprovar a lei, mais a população poderia ter conhecimento da sua perversidade.

O anteprojeto de lei apresentado pelo governo ao Congresso Nacional, em **23/12/16** (onde recebeu o número PL 6.787/16), com o apelido de uma minirreforma, feito às pressas para abafar mais uma crise política, tinha míseras nove páginas, incluindo a justificativa, e alterava apenas sete artigos da CLT, além de propor uma reformulação na Lei 6.019/16 (trabalho temporário).

No relatório final do PL 6.787/16, apresentado em **12/04/17** (deven-do-se considerar que, de fato, a tramitação do PL teve início em **09/02/17**, quando foi instalada a Comissão Especial da Reforma e eleito como relator o deputado Rogério Marinho, o que resulta em parques **dois meses de tramitação**), já se tinham 132 páginas, incluindo o Parecer, propondo a alteração de mais de 200 dispositivos na CLT, dentre artigos e parágrafos, todas no mesmo sentido, qual seja, o do acatamento de teses jurídicas ligadas aos interesses empresariais.

Inicialmente, em dezembro de 2016, o PL 6.787 tinha onze artigos. Quando retornou das comissões na Câmara, como efeito de mais de 850 emendas, todas elas enviadas por representantes de empregadores, estava com mais de 100. O projeto de lei teve enorme apoio da grande mídia, foi votado em regime de urgência e em abril de 2017 já estava aprovado pela Câmara.

No Senado, o relatório do projeto de lei, que nem sequer foi lido, apontou várias inconstitucionalidades em relação às quais não foram apresentadas emendas. Tudo para que não houvesse atrasos na aprovação, já que isso geraria a necessidade de retomada da tramitação na Câmara dos Deputados. Para conseguir superar o impasse, os senadores da base aliada do governo, grande interessado político nas reformas trabalhista e previdenciária, prometidas ao setor econômico como forma de preservação do poder, fizeram um “acordo” com Michel Temer para que ele vetas-

se alguns dispositivos e promovesse acertos posteriores na lei, por meio de medidas provisórias.

O projeto de lei, no entanto, foi rapidamente sancionado sem veto algum e as medidas provisórias até hoje não foram feitas.

O contexto político é de Estado de exceção. Em 2016, a presidenta eleita foi afastada do cargo sob acusação de irregularidade contábil, que nem sequer foi o que realmente motivou os votos pelo seu afastamento, pelos parlamentares, que se manifestaram em uma votação aberta realizada com ampla cobertura midiática.

A partir de então, não obstante denúncias e provas de corrupção, o ocupante do cargo da Presidência, cumprindo a promessa feita no programa de governo do PMDB (“Uma Ponte para o Futuro”, apresentado em 29/10/15, em meio ao turbilhão do processo de impedimento contra a presidenta, com previsão de “reformas estruturais” necessárias para alavancar a economia, falando, inclusive, de alterações nas leis e na Constituição, cujas “disfuncionalidades” deveriam ser corrigidas, sob o beneplácito do poder econômico), tem conseguido levar a efeito várias iniciativas de desmantelamento do Estado Social (corte de orçamento da Justiça do Trabalho; congelamento de gastos com questões de ordem pública – EC 95; reforma do ensino médio; “reforma” trabalhista) e ainda pretende efetivar várias outras (reforma da Previdência; redução da maioria penal etc). No mesmo contexto de exceção, é editada a MP 793, que perdoa os juros das dívidas do agronegócio para com a Previdência Social, parcela o valor histórico devido e ainda reduz a alíquota da contribuição para o ano seguinte; há o anúncio de redução do valor do salário mínimo para 2018, além dos cortes e do sucateamento de hospitais, universidades e outros setores do serviço público.

Ainda assim, mesmo tendo ocorrido algumas manifestações significativas como o “Ocupa Brasília” em 30 de abril, houve pouca ou nenhuma mobilização efetiva dos trabalhadores e até das entidades de classe. Sindicatos, centrais, associações manifestaram-se de modo tímido.

No mesmo período, no entanto, foi intenso o trabalho da grande mídia, buscando convencer a população sobre os benefícios do desmanche que estava sendo proposto, negando legitimidade às reações e obscurecendo pontos de extrema relevância para a discussão política que deveria ter sido travada em torno do projeto que culminou na Lei 13.467/17.

Não obstante, assimilado o golpe, é tempo de refletir a respeito do papel que cada um de nós desempenhou nesse processo.

Do ponto de vista estritamente jurídico, ou seja, falando para os profissionais do Direito do Trabalho, talvez parte da apatia se deva ao fato de que muitas das alterações integradas à Lei decorreram precisamente de entendimentos formados na própria Justiça do Trabalho, que, em certos aspectos, já vinha sendo agente da erosão dos direitos dos trabalhadores havia algum tempo.

Pensando de forma mais ampla, considerando-se o movimento da classe trabalhadora, talvez a anestesia se deva ao fato de que os trabalhadores já se viam, na realidade, atingidos pelas condições precárias de trabalho, como a jornada de doze horas ou mais, sem intervalo, a terceirização, os baixos salários, as remunerações “por fora”, o trabalho sem carteira assinada, a necessidade de acumular empregos para poder pagar as dívidas, sempre distanciados dos sindicatos e temerosos com a possibilidade de perder a fonte de renda.

Isso nos obriga a pensar quanto já estávamos falhando em termos de cumprimento dos preceitos constitucionais ligados aos direitos sociais.

Enfim, durante esse processo acelerado de desmonte do pouco que se havia construído de Estado Social em nossa realidade e no período anterior, em que as instituições políticas e democráticas eram fragilizadas, fazendo-se pouco do projeto constitucional, onde você estava?

II – O que aconteceu?

O que aconteceu foi que houve a aprovação de uma lei que é, no conjunto, uma afronta ao Direito do Trabalho, à Constituição Federal e aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, trazendo verdadeiros ataques aos trabalhadores e aos seus direitos.

1. O artificial e o real

1.1 Objetivo declarado

Difundiou-se a notícia de que a “reforma” trabalhista adviria para: a) eliminar a insegurança jurídica; b) gerar empregos (ou reduzir o desemprego); c) não eliminar ou reduzir direitos; d) respeitar a Constituição; e) autorizar a flexibilização, como forma de melhorar a vida dos trabalhadores; f) modernizar a legislação, acompanhando a evolução tecnológica; e g) fortalecer a atuação sindical.

1.2 Objetivo real

Como nenhum dos objetivos apontados acima pode ser alcançado pela Lei 13.467/17, seu objetivo não é outro senão fragilizar a classe trabalhadora, retirar direitos trabalhistas e impedir o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho.

2. Os ataques da Lei 13.467/17

Concretamente, a lei em questão tenta:

2.1 Na parte geral

- Atrair a lógica do Direito Civil como fonte subsidiária, sem restrições do Direito do Trabalho, valendo-se das normas cíveis, inclusive, apenas parcialmente.
- Dificultar a configuração do grupo econômico (exige prova do controle efetivo).

- Impor a prescrição com compreensão restritiva (intercorrente – e pronunciamento de ofício).

2.2 Nos direitos individuais

- Ampliar o banco de horas (válido também mediante acordo individual – para o lapso de seis meses).
- Ampliar o trabalho temporário (aumento do prazo para 180 dias, consecutivos ou não, podendo-se ampliar por mais 90 dias – nos termos da Lei 13.429/17).
- Ampliar o trabalho a tempo parcial (aumento para 36 horas semanais – com possibilidade de trabalho em horas extras).
- Manter sem questionamento a recuperação judicial (Lei 11.101/05).
- Autorizar a terceirização da atividade-fim, com responsabilidade apenas subsidiária do tomador, prevendo “quarteirização”.
- Criar o trabalho intermitente para qualquer atividade e sem garantia sequer do recebimento do salário mínimo.
- Autorizar a jornada 12 x 36 por acordo individual – com a possibilidade, ainda, de realização de horas extras, suprimindo descanso semanal remunerado (DSR) e feriados.
- Incentivar o teletrabalho sem limitação da jornada.
- Dificultar a responsabilização do empregador por acidentes e permitir a transferência dos custos ao empregado.
- Limitar as condenações por dano moral (com exclusão de responsabilidade da empresa tomadora dos serviços).
- Ameaçar o empregado com condenação por dano extrapatrimonial.
- Parametrizar a indenização por dano moral (ofensa de natureza leve, até três vezes o valor do último salário contratual do ofendido; ofensa de natureza média, até cinco vezes o valor do último salário contratual do ofendido; ofensa de natureza grave, até vinte vezes o valor do último salário contratual do ofendido; ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o valor do último salário contratual do ofendido).
- Criar a figura do “autônomo”, que trabalha com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não.
- Estabelecer a prevalência do disposto em contrato individual sobre

o legislado para os empregados com nível superior e que recebam salário de R\$ 11.062,62 ou mais.

- Criar o termo de quitação anual ampla por ajuste extrajudicial, firmado também durante a vigência do contrato.
- Permitir e incentivar as dispensas coletivas e o Programa de Demissão Voluntária (PDV).

2.3 Nos direitos coletivos

- Estabelecer mecanismos processuais que, em concreto, impossibilitam a anulação das cláusulas de negociação coletiva por ação individual, dificultando a ação coletiva.
- Eliminar a ultratividade nas normas coletivas.
- Fixar que o acordo coletivo prevaleça sempre sobre a convenção.
- Enfraquecer os sindicatos, tornando facultativa a contribuição obrigatória e não criando outra fonte de sustentação.
- Estabelecer o negociado sobre o legislado, sem garantia efetiva para um questionamento na Justiça.

2.4 No processo do trabalho

- Impedir o acesso à Justiça do Trabalho.
- Impor aos juízes uma forma de julgar: conforme Código Civil.
- Dificultar a criação de súmulas pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST).
- Estimular a arbitragem para quem ganha R\$ 11.062,62 ou mais.
- Instituir a homologação de acordo extrajudicial – estimulando a mediação.
- Limitar a assistência judiciária gratuita apenas para quem ganha até R\$ 2.258,32.
- Exigir que os pedidos sejam certos e com valores especificados.
- Impor o pagamento de honorários periciais, mesmo na assistência judiciária gratuita.
- Impedir que o juiz exija honorários prévios, dificultando a realização da perícia.
- Estabelecer a condenação de honorários advocatícios em sucumbência recíproca.

- Prever procedimento prévio para a exceção de incompetência.
- Aplicar o ônus da prova no padrão do Código de Processo Civil (CPC).
- Legitimar a figura do “preposto profissional”.
- Acolher o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.
- Regular um procedimento de liquidação na forma mais onerosa para o trabalhador.
- Impedir a aplicação do IPCA para atualização do crédito do trabalhador, acarretando perda real de valores.
- Eliminar a execução *ex officio*.

III – Os obstáculos jurídicos ao retrocesso

1. O Estado Democrático de Direito

Enquanto a CLT de 1943 foi elaborada no contexto de um projeto de industrialização para o país, que requeria a construção de um mercado de trabalho, assim como de um mercado de consumo, tendo a legislação do trabalho grande papel na organização desse modelo, a Lei 13.467 não é nada além do que o resultado da ação de um setor específico da sociedade, representando os interesses do grande capital, que se aproveita de uma oportunidade, originada da instabilidade política, para aumentar suas margens de lucro e fragilizar a classe trabalhadora.

A CLT de 1943, como o próprio nome diz, foi a consolidação das leis do trabalho que já vinham em construção no país desde 1919 e, de forma mais intensa e programada, a partir de 1930, valendo lembrar que esse impulso dado na década de 30 foi resultado dos estudos encomendados pelo governo a especialistas em relações de trabalho e direito social, quais sejam: Joaquim Pimenta, Evaristo de Moraes, Agripino Nazaré e Carlos Cavaco, além do industrial Jorge Street. A elaboração da CLT, em 1943, novamente coube a uma comissão de estudiosos: Luiz Augusto do Rego Monteiro, Arnaldo Lopes Süsskind, Dorval de Lacerda, José de Segadas Vianna (procuradores da Justiça do Trabalho) e Oscar Saraiva (consultor jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio).

Enquanto isso, a Lei 13.467/17 foi construída à sorrelfa, sem nenhum estudo prévio, inclusive quanto a objetivos estruturantes. Não se baseia em projeto de industrialização; aliás, muito pelo contrário, pois parte do reconhecimento de que se vive na sociedade da “prestação de serviços” e, adotando a lógica do Barão de Münchhausen, pretende fazer acreditar que basta reduzir o custo da exploração do trabalho (em um contexto que é meramente o da circulação de mercadorias) para melhorar a economia e, com isso, ampliar o nível de emprego.

Essa lei, portanto, é completamente ilegítima. Se a CLT de 1943 era acusada de ser obra de um ditador com inspiração fascista, a Lei 13.467/17 vai

ficar para a história como uma normatividade fruto de um governo ilegítimo, que, aproveitando-se do argumento da crise econômica, da fragilização da classe trabalhadora por causa do desemprego e da perda de identidade das instituições, habilitou-se para assumir o poder, no contexto do golpe, por meio do oferecimento do compromisso de destruir as bases dos direitos sociais e permitir, com isso, a ampliação das possibilidades de extração de lucros pelo grande capital, que patrocinou o golpe.

Essa é, portanto, a obra de um presidente com a menor aprovação popular da história, que atuou com apoio do poder econômico, de parte considerável da grande mídia e de um Parlamento assolado em denúncias de corrupção e que, ao mesmo tempo, é composto, na maioria, por empresários. Uma obra que se oferece ao poder econômico em contrapartida da impunidade dos agentes da “reforma”.

Além desses aspectos, acresça-se a completa falência democrática do processo legislativo instaurado, que culminou com um acordo totalmente impróprio, para dizer o mínimo, entre alguns senadores e a Presidência da República, para correção posterior de pontos do PL declaradamente considerados inadequados, para que a expressão “inconstitucionais” não constasse do parecer da “reforma” nem das falas dos senadores que votaram pela aprovação do PLC 38/2017.

Cumprir verificar, entretanto, que, nos termos do Artigo 62 da Constituição, as medidas provisórias são reservadas a situações de relevância e urgência, o que impede sua utilização de forma generalizada, e obviamente não há previsão de proibição de sua adoção no caso em questão porque o legislador pressupõe a vigência da ordem constitucional. Ou seja, o legislador não poderia mesmo sequer prever que se chegaria ao ponto de o Poder Legislativo abdicar do seu dever de legislar e requerer, ele próprio, que o Executivo o sub-rogasse em tal tarefa. Esse “acordo”, portanto, só serve para revelar o estágio de ruptura democrática que se instaurou no país para atender à vontade do poder econômico, que tem recebido o beneplácito de algumas instituições.

2. Os Pactos Internacionais

Outro aspecto que reforça a ilegitimidade da Lei 13.467/17 é o do desrespeito ao fundamento básico do processo legislativo específico da legis-

lação do trabalho, estabelecido internacionalmente desde a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho, criada no Tratado de Versalhes, em 1919), que é o do diálogo social (atuação tripartite, com participação de representantes dos Estados, dos empresários e dos trabalhadores).

Destaque-se que a própria OIT já se manifestou expressamente a respeito, reafirmando, nesse aspecto, a ilegitimidade da “reforma”¹.

Por fim, a lei em questão também não possui legitimidade porque fere os princípios constitucionais da prevalência dos Direitos Humanos, da progressividade (melhoria da condição social dos trabalhadores) e da função social da livre iniciativa, da propriedade e da economia, com vistas à construção da justiça social.

3. A Constituição

Toda lei se sujeita à Constituição de um país. Em nosso caso, a Constituição de 1988 estabelece como “direitos dos trabalhadores”, dentro do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), todo o rol do artigo 7º, além dos artigos 8º a 11º. O *caput* do artigo 7º refere que o conjunto de direitos ali estabelecidos não exclui “outros que impliquem melhoria da condição social” de quem trabalha.

A ordem constitucional, portanto, estabelece o mínimo de garantia aos trabalhadores, abaixo do qual nenhuma lei ordinária ou norma criada de forma autônoma pode atuar. Mesmo as normas coletivas (convenções ou acordos) estão previstas na Constituição como **direito** dos trabalhadores e, portanto, precisam observar a ordem expressa do *caput* do artigo 7º.

Constitucionalmente, pois, estão consagrados dois princípios jurídicos trabalhistas: o do não retrocesso e o da progressividade.

4. O Direito do Trabalho

Os críticos históricos do Direito do Trabalho sempre quiseram, de fato, acabar com o Direito do Trabalho. A emergência dada pela oportunidade política e a forte resistência verificada, no entanto, impeliram para uma aliança, um tanto quanto contraditória, em torno de uma re-

1 Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Economia/Documento-da-OIT-reforca-argumentos-contra-a-reforma-trabalhista/7/38439>.

forma que buscasse eliminar direitos pela via da flexibilização, mas sem expressar um ataque direto aos princípios do Direito do Trabalho. Assim, os argumentos, que chegaram a ser utilizados na década de 90, contra os princípios do Direito do Trabalho, notadamente, contra o princípio da proteção, assim como contra a função compensatória da desigualdade econômica reconhecida à legislação do trabalho, não foram expressos como fundamento da “reforma”.

Muito pelo contrário, o que se viu foi, em certa medida, um reconhecimento explícito da importância do Direito do Trabalho, com o reforço dos seus princípios: proteção; condição mais benéfica; *in dubio pro operario*; norma mais favorável; irrenunciabilidade; primazia da realidade; continuidade da relação de emprego e boa-fé.

E não foi só isso. Os principais propagandistas da reforma, muitos deles mais preocupados com os dividendos pessoais da aprovação de uma reforma, qualquer que fosse ela, portanto, para impedir o insucesso da empreitada, dada a repercussão pública que o debate sobre a questão, contrariamente ao que se pretendia, acabou atingindo, viram-se obrigados a destacar e a defender a finalidade social do Direito do Trabalho, apoiada em ideais humanísticos e na solidariedade como forma de proteção da parte mais fraca e para corrigir situações de privilégios.

É claro que esses valores foram expressos apenas retoricamente, pois, de forma concreta, o que a “reforma” propõe é uma pervertida política distributiva entre explorados e excluídos. Isto é, para supostamente conferir emprego aos desempregados ou atrair para a formalidade os informais, preconizou a necessidade de que os empregados abrissem mão de parte de seus direitos.

Se a preocupação fosse, de fato, fazer justiça social, no sentido de tirar de quem tem mais para dar a quem tem menos, necessário seria tirar de quem detém os meios de produção, sobretudo dos grandes conglomerados econômicos, bancos, capital especulativo e demais parasitas, chegando às verdadeiras fortunas, ao latifúndio, às terras improdutivas e às propriedades que não atendem a sua função social.

De todo modo, a preocupação com a consagração da justiça social, mesmo no bojo da “reforma”, acabou sendo reconhecida como essência do Direito do Trabalho, mantendo-se intacta a base principiológica desse ramo do Direito.

A persistência do Direito do Trabalho constitui, tecnicamente falando, um óbice aos objetivos destruidores da Lei 13.467/17. Lembre-se que a

lei em questão foi inserida no corpo da CLT, como uma espécie de vírus, mas seu potencial destrutivo é bem inferior à força dos anticorpos do conjunto normativo trabalhista.

4.1 O princípio da proteção

Se retornarmos aos clássicos, como Evaristo de Moraes ou Martins Catharino, veremos que a existência do Direito do Trabalho é explicada a partir de um princípio norteador: a necessidade histórica (econômica, social, fisiológica e inclusive filosófica) de proteger o ser humano, que, para sobreviver na sociedade do capital, precisa “vender” sua força de trabalho. Portanto, a proteção a quem trabalha é o que está no início, no princípio da existência de normas que protejam o trabalhador, em sua relação com o capital.

O princípio é o que está no início e que justifica, à luz da Constituição, a aplicação ou o afastamento de uma regra. Regra e princípio, consequentemente, não são espécies de normas jurídicas, mas partes de um mesmo conceito. A regra só se tornará norma quando sua aplicação puder ser fundamentada no princípio que a instituiu. O princípio, assim, qualifica-se como o que está “no princípio mesmo” da criação de um determinado conjunto de regras. É possível afirmar que a proteção ao trabalho humano é o princípio, o verdadeiro princípio em razão do qual o Direito material e processual do Trabalho existe. Princípio que não se confunde com a busca da igualdade material, porque reconhece e sustenta posições desiguais. A proteção é a razão de existência de regras próprias e a função do Direito do Trabalho no contexto capitalista.

Toda interpretação/aplicação de um conjunto de regras deve observar o princípio que o institui, sob pena de perda de sua própria razão de ser. Pois bem, no caso do Direito do Trabalho, o princípio que institui o conjunto de regras trabalhistas é a proteção, que se justifica historicamente como uma forma de tentar manter a promessa da modernidade, de que todos são destinatários da norma jurídica. Ou seja, todos, inclusive os trabalhadores, têm direito a uma vida minimamente boa, a exercer sua liberdade, a ter sua dignidade respeitada etc.

O problema é que em uma sociedade fundada na troca entre capital e trabalho, na qual o trabalho não é apenas um meio de realização do ser humano, mas principalmente uma forma (no mais das vezes, a única

forma) de subsistência física, o trabalhador – sem uma proteção minimamente adequada – será transformado em coisa (mercadoria) durante o tempo de trabalho. Não é difícil perceber que essa é uma característica objetiva da relação social que se estabelece entre trabalho e capital. Para o capital, o melhor empregado será sempre aquele que mais conseguir anular sua condição humana enquanto trabalha: que não for tantas vezes ao banheiro, não adoecer, não conversar com os colegas, não manifestar queixas, não faltar ao trabalho, não comentar problemas pessoais. Aquele que render mais, que trabalhar de forma incessante, que evitar intervalos. E isso, é bom que se sublinhe, independe da bondade ou da maldade de qualquer dos sujeitos dessa relação, uma vez que se trata de efeito da lei tendencial da competição econômica pautada pela exploração do trabalho, que praticamente anula a retórica da modernidade em torno do respeito à dignidade e do ideal de uma vida minimamente boa para todos.

O Direito opera no nível do discurso, da linguagem. Como instrumento de conservação da ordem (das coisas exatamente como elas estão), precisa reproduzir a promessa fundamental da modernidade, de que a dominação servil seria substituída pela igualdade e pela liberdade. Toda a retórica do discurso moderno fundamenta-se nessa promessa, e, por mais que ela seja mentirosa para a realidade da vida de muita gente, a sustentação do conjunto normativo, moral e burocrático em que se assenta o Estado pressupõe sua reprodução.

Ocorre que defender liberdade e igualdade impede que se sustente, em uma tal sociedade, um tipo de relação social em que a condição humana seja tendencialmente anulada.

Os limites (de duração de trabalho, remuneração mínima, vedação de alterações lesivas, ambiente saudável etc.) servem para seguir convencendo o trabalhador de que ele também é destinatário da ordem jurídica e de que tem, por isso, sua humanidade preservada. O princípio da proteção a quem trabalha, que determina a existência de regras trabalhistas, dá, portanto, a medida da exploração possível. Pois bem, se reconhecemos isso, precisamos também reconhecer que regras de conduta social emanadas pelo Estado só serão realmente normas jurídicas trabalhistas se estiverem fundamentadas na noção de proteção a quem trabalha e se concretizarem esse princípio.

A Lei 13.467/17, do início ao fim, nega a proteção. Mesmo seus autores admitem que essa legislação foi editada com a finalidade de promover

proteção ao tomador do trabalho. Logo, suas regras não são trabalhistas e, como tal, não podem ser aplicadas, sob pena de subverterem a ordem do sistema de proteção a quem trabalha, sempre que negarem a Constituição e, portanto, romperem com a historicidade que justifica a existência de um Direito do Trabalho e de uma Justiça do Trabalho.

As regras acerca da gratuidade, piores que aquelas inscritas no CPC, negam completamente a razão pela qual temos um processo do trabalho. A autorização para trabalhar por doze horas é contrária à norma constitucional que fixa o máximo da jornada em oito horas e que está diretamente relacionada à manutenção da saúde física e mental de quem trabalha e de quem convive com esse ser humano. A tarifação do dano moral; a previsão de multas; a possibilidade de punir o trabalhador que comparecer como testemunha sem lhe dar nenhuma garantia de que se disser a verdade não perderá seu emprego; o trabalho intermitente; a tentativa de negar pagamento de horas extras a quem labora em regime de teletrabalho; a referência de que comissão não é salário; a autorização para contratar empregado como autônomo; a autorização para pagar menos do que o salário mínimo; a redução ou supressão dos tempos de descanso; a tentativa de eliminar os adicionais de salário por condições insalubres de trabalho; a fragilização da garantia que se constitui pelo depósito recursal; a tentativa de impedir a execução de ofício, e todas as demais alterações promovidas pela Lei 13.467/17, negam claramente a noção de proteção e as diretivas que justificaram a existência do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. Por consequência, atraem a incidência da regra do artigo 9º da CLT, que as torna nulas. Sob a perspectiva constitucional, negam a *caput* e todo o conteúdo do artigo 7º da Constituição, sendo então inconstitucionais. Do ponto de vista da hermenêutica jurídica, negam a razão histórica pela qual o Direito do Trabalho reconhece fontes formais produzidas de modo autônomo, pelas partes.

A conclusão só pode ser que a Lei 13.467/17 não é uma lei trabalhista. Suas regras, porque ferem a proteção que justifica e legitima a existência do Direito do Trabalho, são qualquer coisa, menos normas jurídicas trabalhistas. São, meramente, um amontoado de disposições que assustam, seja pela atecnia, seja pela completa falta de compromisso com a área do Direito para a qual pretendem se destinar. Expressam um desejo de destruição que certamente será rechaçado por quem lida

diariamente com essa relação social, por quem convive com o relato de trabalhadores sobre situações de doença, assédio, desrespeito e descumprimento contumaz de direitos elementares, por todos aqueles que, enfim, assumem a responsabilidade profissional e institucional de seguir aplicando o Direito do Trabalho à luz de uma ordem de valores claramente estabelecida desde a gênese desse ramo do Direito, e fortalecida pela Constituição de 1988, os quais se mantêm vigentes enquanto se preservam as bases do modelo de produção capitalista e se reforçam quanto mais os avanços tecnológicos buscam mascarar as relações humanas e a exploração do trabalho pelo capital.

4.2 O primado da relação de emprego

Foram preservados, inalterados, os conceitos de empregado e de empregador, fixados nos artigos 2º e 3º da CLT, de onde também se extraem os elementos caracterizadores da relação de emprego, tida como mola mestra do Direito do Trabalho, e a própria natureza de ordem pública dos preceitos que regulam essa relação, em consonância, inclusive, com o inciso I, do artigo 7º da Constituição Federal, que fixou como direito primeiro dos trabalhadores a “relação de emprego”, que é, ademais, uma relação de emprego “protegida contra a dispensa arbitrária.

É bom lembrar que todos os argumentos em defesa da “reforma” foram no sentido da relevância do emprego, e, é claro, isso tem consequências jurídicas das quais não se pode fugir.

a) A relevância social, econômica e cultural da relação de emprego

Do ponto de sua origem histórica, é certo que a legislação trabalhista significou, inicialmente, uma estratégia para impulsionar e manter a exploração capitalista sobre o trabalho alheio. Com o tempo, no entanto, essa legislação, que também foi fruto de muita luta dos profissionais por melhores condições de trabalho, compôs um ramo específico do Direito, cujos propósitos foram muito além daqueles que, no começo, se propugnavam, como deverá ocorrer, igualmente, com a Lei 13.467/17.

Pelo Direito do Trabalho, cujo advento marca a passagem do modelo jurídico do Estado Liberal para o Estado Social, almeja-se, sobretudo, a elevação da condição social e econômica daquele que vende sua força de

trabalho para o implemento da produção capitalista. Nesse sentido, a aquisição de um emprego, sobre o qual incide o Direito do Trabalho, passa a ser um “status” relevante na sociedade², sendo a aplicação da normatividade do Direito do Trabalho determinante para dar vida concreta a esse valor.

E, como a base de incidência do Direito do Trabalho é a relação de emprego, o reconhecimento jurídico da existência de uma relação de emprego independe da vontade das partes, chegando-se a ela também por intervenção das instituições públicas, criadas exatamente para preservar a finalidade pública da regulação da relação entre o trabalho e o capital (conforme previsto no Capítulo XIII do Tratado de Versalhes).

O Direito do Trabalho tenta evitar o aviltamento da condição social e econômica do empregado, fornecendo-lhe um patrimônio jurídico sólido, como forma até mesmo de estabelecer uma base moral e econômica para o desenvolvimento da sociedade capitalista. Nesse sentido, a concretização dos objetivos empresariais não pode estar sujeita à vontade exclusiva do empreendedor, impulsionada, em geral, por uma concorrência destrutiva de tudo e de todos, ou mesmo aos interesses individuais e imediatos, determinados pela necessidade e disputa pelos postos de trabalho em oferta, de quem vende força de trabalho para sobreviver.

Do ponto de vista da produção econômica, ademais, não se pode ficar na sujeição de saber se o trabalhador prestará serviços, ou não, no dia seguinte, pois a atividade capitalista deve ser precisamente organizada e planejada.

A previsibilidade de condutas é relevante, igualmente, para o profissional, a fim de que possa projetar e programar o seu tempo fora do trabalho e a sua própria vida, afinal. Para ele, a relação de emprego é fonte de subsistência, mas também uma oportunidade de inserção social.

Assim, é muito fácil verificar a falácia da proposição de que a precarização se impõe como uma consequência natural dos tempos modernos. Ora, até mesmo muitos daqueles que sustentam esse ponto de vista têm vínculos permanentes e duradouros e, quando necessitam contratar trabalho alheio, logicamente, procuram profissionais que atendam ao requisito da competência, que só se adquire com o tempo; ou seja, podendo

2 Prova disso são as constantes pesquisas que procuram demonstrar o nível do emprego até como forma de medir o nível do desenvolvimento socioeconômico do país. Lembre-se, também, que a principal plataforma política dos candidatos, em épocas de eleição, é a elevação no número de empregos.

optar, não buscam profissionais precarizados, que atuam na perspectiva de “bicos”, nem contratam empresas que estão no ramo há uma semana e que na semana seguinte vão se dedicar a outra atividade.

Não é possível, portanto, se colocar na base do Direito do Trabalho o primado de que as relações de emprego “modernas” são efêmeras, que há uma disseminação do trabalho autônomo sem que tenha havido qualquer tipo de distribuição concreta dos meios de produção e tudo não passe de disfarces para superar os limites jurídicos da exploração do trabalho.

Juridicamente, mantém-se a fórmula essencial de organização e desenvolvimento da sociedade capitalista de que a prestação de serviços realizada de forma não eventual, no contexto de atividade empreendedora alheia, gera a relação de emprego.

Destaque-se, por oportuno, que, se a promessa do “pleno emprego” não puder ser cumprida pelo Estado Social, não se poderá tentar disfarçar as limitações que são próprias do modelo econômico por meio da imposição de restrição de direitos aos trabalhadores, sobretudo porque isso só piora a condição de vida de todos.

Se os problemas econômicos existem, é nesse plano que devem ser resolvidos, e essa constatação foi admitida, expressamente, nos próprios argumentos de defesa da “reforma”.

Do ponto de vista teórico, portanto, não se pode querer adaptar os princípios e objetivos do Direito do Trabalho aos desajustes econômicos, de modo a corroborar a vontade do setor empresarial de reduzir seus custos por meio da diminuição de direitos dos empregados, ou validar juridicamente, de forma generalizada, o subemprego, na ilusão de que se esteja, com isso, ampliando o acesso de mais trabalhadores ao mercado de trabalho, até porque com essa estratégia mantêm-se fora dos necessários questionamentos os desajustes da ordem econômica, nos planos da produção, da circulação, da distribuição e das políticas públicas.

b) A natureza jurídica da relação de emprego

A compreensão da natureza do vínculo fornece elementos essenciais, do ponto de vista da dogmática jurídica, para visualização da estrutura das normas que incidem sobre o aludido vínculo. Permite saber não só quais os tipos de normas a aplicar, mas como encontrar seu sentido (interpretá-las) e fazê-las atuar (aplicá-las). Em outras palavras, fornece o

arcabouço de ordem dogmática que vai, enfim, delimitar a eficácia das normas que se destinam a regular o vínculo. Ou seja, determina o alcance da função do Direito que se constrói, de modo específico, para regular a relação de emprego. Assim, dito de forma ainda mais clara, enfrentar a discussão da natureza jurídica da relação de emprego é mexer na definição da própria função do Direito do Trabalho.

Malgrado a importância das advertências feitas pelos denominados anticontratalistas, acabou prevalecendo na doutrina a teoria contratualista. Entretanto, o que fora a essência da pregação dos anticontratalistas, a imperatividade das normas trabalhistas, não se perdeu. Essa essência do Direito do Trabalho acabou sendo assumida, como não poderia deixar de ser, pelos contratualistas. O que se verificou foi uma verdadeira revolução na própria concepção do contrato, que deixou de ser um negócio jurídico restrito à vontade das partes, passando a admitir a inserção de normas de ordem pública, mesmo sob o sacrifício da vontade.

Essa visão, aliás, irradiou do Direito do Trabalho para outros ramos, a ponto de, atualmente, o Direito Civil brasileiro tratar, expressamente, da “função social do contrato”.

O Direito do Trabalho se insere no contexto do Direito Social. O Direito Social, conforme afirma Cesarino Júnior, “é o complexo dos princípios e leis imperativas, cujo objetivo imediato é, tendo em vista o bem comum, auxiliar a satisfazer convenientemente às necessidades vitais próprias e de suas famílias, às pessoas físicas para tanto dependentes do produto de seu trabalho”³.

Assim, não é a mera vontade que determina a realização do negócio jurídico ao qual o Direito do Trabalho se destina. O que determina essa incidência é a efetiva prestação de serviços, ou, em via inversa, a utilização da mão de obra alheia, sendo que não é qualquer prestação de serviços que delimita o campo de atuação do Direito do Trabalho, e sim aquela que se execute de modo específico, qual seja: de forma não eventual, subordinada e mediante remuneração.

Esse tipo de serviço, ou melhor, essa forma de utilização da mão de obra alheia atrai a aplicação do Direito do Trabalho independentemente da vontade das partes, mesmo quando estas, expressamente, queiram, por razões particulares, evitá-lo.

3 CESARINO JR., Antônio Ferreira. *Direito Social brasileiro*. Vol. I. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 13.

É relevante ressaltar, aliás, que é exatamente no ato da formação da relação jurídica que a vontade do trabalhador se presume viciada, pois, para não perder a oportunidade de adquirir o emprego (na sua visão, um meio de vida, e não mero negócio jurídico, ao qual se vincula por uma vontade livre e desembaraçada), o trabalhador acaba aceitando todas as condições que lhe são apresentadas pelo empregador, o que, aliás, independe da própria condição cultural e econômica do empregado.

Além disso, a regulação jurídica específica dessa relação se dá, como dito, com propósitos que vão muito além da mera satisfação dos interesses particulares dos sujeitos que a integram, individualmente considerados.

A normatização trabalhista vislumbra, inclusive, o interesse daqueles que estão, momentânea e aparentemente, fora do mercado de trabalho, visando possibilitar sua inserção concreta. Lembre-se que é exatamente o excesso de mão de obra que impele o preço da força de trabalho para baixo e com ele a própria noção de direitos pela execução do trabalho.

Por isso, a proteção do ser humano que trabalha, e não o trabalho em si, é que constitui o objeto central da investigação jurídica. Como explica Mario de la Cueva, “... *la parte medular de la doctrina que niega a la relación de trabajo origen y naturaleza contractuales es la afirmación de que el trabajo humano no puede ni debe quedar sujeto al derecho de las obligaciones y de los contratos, que es un derecho para las cosas, a diferencia del derecho del trabajo, que es un derecho para los hombres*”⁴.

Para efeito da identificação da relação de emprego, vale recobrar que o conceito de subordinação, elemento essencial desse instituto jurídico, foi forjado por atuação jurisprudencial, na França, quando se percebeu que os ajustes contratuais – que são determinados por quem detém o poder econômico – procuravam impedir a responsabilização dos detentores dos meios de produção quanto aos acidentes de trabalho e que a impunidade resultante dessa contratualização alimentava os conflitos sociais.

Como destaca François Ewald, alguns empregadores, para evitar qualquer responsabilidade perante os acidentes, forjavam um contrato para “colocar o operário na posição de ser ele mesmo juridicamente encarregado de sua própria segurança”⁵. Mas, conforme relata o mesmo autor, “os

4 CUEVA, Mario de la. *Derecho mexicano del trabajo*. Tomo I. México: Porrúa, 1960, p. 478.

5 EWALD, François. *Histoire de l'État Providence: les origines de la solidarité*. Paris: Grasset, 1996, p. 214.

tribunais desvendam o artifício e declaram na ocasião, como verdadeiro critério da relação salarial, o poder de direção do empregador e a situação de subordinação do assalariado”⁶.

A subordinação, portanto, não é uma submissão do trabalhador ao controle disciplinar de um contratante específico, como, de forma equivocada, se costumou entender, e sim um conceito jurídico próprio do Direito Social para suplantar os artifícios do contratualismo do Direito Civil clássico que serviam para evitar a responsabilidade do capital pela exploração do trabalho.

5. Questão formal relevante: a aplicação da lei no tempo

Essa questão perde importância diante do que dissemos acima. A Lei 13.467/17, antes mesmo de ser examinada, já padece de um problema de origem que a compromete integralmente, pois é avessa à noção de proteção que justifica e permite que determinada regra seja considerada trabalhista. Ainda assim, caso suas disposições venham a ser aplicadas, não há dúvida de que isso deverá valer apenas para os novos contratos de trabalho.

O mesmo se dá em relação às normas processuais. Quando um cidadão vai até o Poder Judiciário deduzir sua pretensão, ele o faz reconhecendo quais são as regras do jogo. Em uma realidade como a da Justiça do Trabalho, em que os demandantes são, geralmente, desempregados que enfrentam necessidade financeira (razão pela qual a gratuidade é considerada princípio do processo do trabalho), essa premissa é ainda mais importante. De qualquer modo, é preciso pontuar que, em relação às regras materiais, a compreensão é de que sua validade atinge apenas novos contratos, em face do direito fundamental que o artigo 5º da Constituição denomina “direito adquirido”, bem como do que estabelece o artigo 468 da CLT, que não foi alterado.

Quanto às regras processuais, para quem pretender aplicá-las, defendemos a compreensão de que só servirão aos processos ajuizados após sua entrada em vigor. Isso porque a “reforma” tenta desfigurar completamente o processo do trabalho. Não se trata de alterações pontuais em determinada fase do processo. Trata-se de uma lógica de vedação do acesso à justiça que, se aplicada imediatamente, surpreenderá os trabalhadores demandantes, impingindo-lhes ônus para

6 EWALD, François, *op. cit.*

os quais nem sequer foram alertados. Contemporaneamente, a doutrina tem chamado essa garantia processual de princípio da colaboração, que inclusive tem assento na redação do CPC de 2015. Esse “princípio” (em realidade, esse postulado hermenêutico e axiológico para a aplicação das regras jurídicas) nada mais é do que o reconhecimento de que numa lógica democrática, de monopólio da jurisdição, todos devem agir de boa-fé, sendo previamente alertados acerca das normas com as quais contarão, em caso de ajuizamento de demanda. A alteração dessas regras, após o ajuizamento da demanda, com fixação de honorários de sucumbência, por exemplo, afeta diretamente os deveres de conduta que tanto o Estado quanto as partes possuem e que decorrem diretamente da boa-fé: lealdade e transparência.

IV – As pedaladas em falso da Lei 13.467/17

Caso não se queira admitir a ilegitimidade da lei, o momento seguinte será, necessariamente, de interpretação e aplicação da lei, e exigirá, na explicitação dos diversos caminhos possíveis, um posicionamento claro do jurista, no sentido de preservar ou destruir os direitos trabalhistas.

Essa disputa é possível porque a Lei 13.467/17, embora a pretensão dos seus elaboradores fosse verdadeiramente outra, foi “vendida” com os argumentos de que teria vindo para “modernizar as relações de trabalho” “sem retirar direitos” e “para aumentar empregos”.

Esses “fundamentos”, inclusive, permitem que se aproveite a abertura trazida pela própria lei para propor uma releitura de diversos institutos jurídicos trabalhistas que estavam bem aquém das suas potencialidades constitucionais, até porque a lei não eliminou, nem poderia, os princípios e normas gerais de direito, os Direitos Humanos e o próprio Direito do Trabalho.

Fundamentalmente, o Direito do Trabalho continua em vigor, não tendo sofrido abalo em seus princípios, mesmo porque a “reforma”, para não despertar uma contrariedade incontrolável da opinião pública, não se apresentou como uma contraposição ao Direito do Trabalho.

Desse modo, estabeleceu-se uma contradição entre os fundamentos retóricos da “reforma” e suas próprias regras, donde se podem extrair argumentos que obstruam a consecução do objetivo não declarado da “reforma”, que é a destruição dos direitos dos trabalhadores.

Como se sustentou, a “reforma” veio para:

- a) eliminar a insegurança jurídica;
- b) gerar empregos (ou reduzir o desemprego);
- c) não eliminar ou reduzir direitos;
- d) respeitar a Constituição;
- e) autorizar a flexibilização, como forma de melhorar a vida dos trabalhadores;
- f) modernizar a legislação, acompanhando a evolução tecnológica;
- g) fortalecer a atuação sindical.

Então, aplicando a Lei 13.467/17, é possível e necessário extrair do

novo conjunto normativo sentidos que preservem os direitos trabalhistas e que até avancem, no aspecto da melhoria da condição dos trabalhadores, em diversos aspectos. Vejamos.

1. Partes da relação de emprego. Terceirização. Responsabilidade

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

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

A mera identidade de sócios, por si só, nunca caracterizou grupo econômico. O que caracteriza é a exploração comum da força de trabalho ou o desvio do patrimônio, que leva o capital para outra pessoa jurídica, diversa daquela que assina a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do trabalhador.

Baseado no conceito de relação de emprego como uma relação social e jurídica entre o capital e o trabalho, o empregador é aquele que se utiliza da força de trabalho de alguém para o incremento de seu empreendimento capitalista, o que não se apaga quando se vale de outras empresas coligadas para atingir esse objetivo. Esse princípio de proteção do trabalho diante da criatividade do capital para explorar o trabalho é que deve determinar nosso olhar para as regras acerca da responsabilidade que o capital deve assumir diante de um vínculo de emprego. A realidade das lides trabalhistas revela que duas empresas, com os mesmos sócios, que exploram uma mesma atividade geralmente possuem comunhão de interesses, exatamente porque formam, juntas, o capital. Trata-se de algo, aliás, que pode ser inclusive presumido pelo juiz, na medida em que não houve alteração do conteúdo do artigo 765 da CLT, que a ele dá ampla liberdade para a condução do processo.

Por isso, a alteração proposta para o artigo 2^o § 3^o, da CLT, no sentido de que “não caracteriza grupo econômico a *mera identidade de* sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes”, não é eficiente para atingir o objetivo de eliminar a responsabilidade social do capital. Lembre-se que, segundo o artigo 2^o da CLT, o empregador é a empresa, o empreendimento, portanto. Assim, tem-se como regra trabalhista, para efeito de responsabilidade, a despersonalização do empregador. O empregador, repita-se, é o capital. A manutenção da redação do *caput* do artigo 2^o, e mesmo de seu parágrafo 2^o, torna certa a necessidade de seguir a mesma linha de raciocínio, reconhecendo responsabilidade ao capital que se beneficiou do trabalho humano, em razão da troca.

Aliás, a total ausência de cuidados mínimos gramaticais dos autores da Lei 13.467/17, ao contrário do que pretendiam, acabou ampliando as potencialidades protetivas no aspecto da responsabilidade, uma vez que a estabeleceu mesmo fora dos parâmetros da formação de um grupo econômico. Repare-se que o texto legal exige, para a responsabilização, os requisitos da “direção, controle ou administração” de uma empresa por outra fora do tema específico do grupo econômico, cuja formação, portanto, nos termos da lei, não depende disso, podendo constituir-se por mera coordenação, configurada pela comunhão de interesses, que pode ser identificada, por exemplo, pela exploração promiscua da mesma força de trabalho ou pela transferência do capital extraído dessa exploração para outra empresa satisfazer suas necessidades empreendedoras, sejam lá quais forem.

Art. 10-A: O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência:

- I - a empresa devedora;
- II - os sócios atuais; e
- III - os sócios retirantes.

Parágrafo único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato.

O artigo 10 da CLT está intacto e dispõe que “qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados”.

O artigo 10-A terá necessariamente de ser aplicado considerando o artigo que o precede. Para que o “sócio retirante” efetivamente se exima de responsabilidade, terá de produzir prova de que: não permanece como sócio oculto; não atua como gestor do negócio nem se beneficiou diretamente da exploração da força do trabalho (auferindo com ela aumento do seu patrimônio). E mais: será preciso que a empresa e os sócios remanescentes tenham patrimônio suficiente para suportar o débito, pois do contrário “liberá-lo” de responsabilidade afrontaria diretamente o que estabelecem os artigos 10 e 448 da CLT, também este último preservado da destruição operada pela Lei 13.467-17. Em razão da alteração aqui promovida temos, ainda, a oportunidade de avançar, reconhecendo o que é realmente a tal responsabilidade subsidiária, buscando seu conceito jurídico na norma do artigo 4º da Lei dos Executivos Fiscais, nossa fonte na fase de execução, quando ausente norma específica na CLT. Pois bem, de acordo com a literalidade desse dispositivo, a responsabilidade subsidiária nada mais é do que responsabilidade solidária com a possibilidade de o garante indicar bens livres e desembaraçados, de propriedade do devedor principal, para que respondam à execução antes dos seus. Se não o fizer, responderá em condições de igualdade com o devedor principal.

O prazo de dois anos fixado no texto legal é completamente inaplicável, pois cria uma perda do direito de ação contrária àquela que foi garantida aos trabalhadores constitucionalmente. Além disso, a prescrição só nasce do conhecimento do fato, e não se há de presumir que um trabalhador saiba que houve alteração societária. O conhecimento desse fato, em geral, só se dá na fase de execução processual e só se torna relevante quando se percebe que os novos sócios não possuem patrimônio suficiente para arcar com o adimplemento dos créditos trabalhistas declarados como ainda devidos.

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

A regra do artigo 442-B usa a mesma técnica utilizada para a redação do parágrafo único do artigo 442, introduzido pela Lei 8.949/94, segundo o qual “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”. Em ambos os casos, por pretender negar a realidade, a regra está fadada a não resistir ao exame da realidade concreta, cujo respeito se impõe por aplicação do princípio da primazia da realidade.

A ausência de técnica aqui também se explicita. Ora, não é possível que o ordenamento jurídico diga que uma situação fática gera efeitos jurídicos distintos. Se o empregado, nos termos da lei, é aquele que presta serviços de forma não eventual (contínua), subordinada e remunerada, não se pode considerar um profissional, trabalhando nas mesmas condições, como autônomo. A exclusividade nunca foi elemento caracterizador (ou descaracterizador) da relação de emprego, mas a continuidade gera a não eventualidade, da qual se presume a subordinação, que nada mais é do que a inserção na atividade empreendedora alheia. Assim, quando a lei tenta dizer que um empregado, cujas características continuam estabelecidas nos artigos 2º e 3º da CLT, não é um emprego, suas possibilidades de aplicação são nulas, nos termos do que prevê, inclusive, o artigo 9º da CLT.

Assim, não há “formalidades legais” que transformem um empregado em autônomo.

Foi assim com todas as hipóteses de contratação em que, por apoio em uma lei, se tentou evitar a configuração da relação de emprego e fraudar a aplicação dos direitos trabalhistas – como se verificou, por exemplo, com as cooperativas de trabalho – e, certamente, será assim com todas as hipóteses de contratação fraudulenta de um empregado como se fosse “autônomo”.

A regra em questão é ainda mais frágil, porém, do que aquela editada na onda flexibilizadora da década de 1990. Isso porque a qualidade de autônomo ou subordinado não é algo que possa ser imposto por um texto legal. A realidade das relações sociais entre capital e trabalho, já disciplinada pelo Direito Civil, permitia jornadas de dezesseis horas, trabalho infantil, locação de pessoas e remuneração por produção (tudo o que agora a Lei 13.467/17 pretende novamente legitimar). Contra essa realidade de adoecimento social, o Direito do Trabalho foi construído. Houve, portanto, o

reconhecimento, tanto pela sociedade quanto pelo Estado, de que os efeitos nocivos da exploração do trabalho pelo capital precisavam ser minimizados, inclusive para que a sociedade capitalista continuasse existindo. Nesse ambiente, o conceito de relação de emprego e, por consequência, de subordinação, foi construído. Então, na relação de trabalho (seja ela subordinada ou não) o objeto é o trabalho humano, indissociável de quem o presta. Quando o trabalho humano é colocado à disposição de outrem, cujo objetivo (como regra geral em nosso sistema) é a obtenção de lucro (apropriação da mais-valia), tem-se um trabalho subordinado. A subordinação como conceito jurídico decorre, portanto, do fato de que o ser humano não se separa do trabalho que realiza, ou seja, vai com ele – expende horas de vida, gasta neurônios, envelhece, vive, enquanto trabalha. Se, enquanto trabalha, o ser humano está submetido a uma estrutura de organização empresarial destinada a um objetivo, do qual o trabalho por ele prestado faz parte, junto com todos os outros elementos da empresa, estabelece-se, automaticamente, a figura jurídica do trabalho subordinado.

O direcionamento da atividade não se caracteriza, como equivocadamente tem se preconizado, por meio de ordens diretas ou de controle de horário, mas sim pela inserção da força de trabalho em uma atividade empresarial alheia. Ou seja, há subordinação sempre que os frutos do trabalho pertençam ao tomador dos serviços. O fato de entregar dinheiro e receber a humanidade do trabalhador no ambiente de sua empresa coloca o empregador em situação de vantagem objetiva. O poder privado, portanto, em certa medida, constitui a relação de trabalho, de sorte a não ser viável imaginar uma relação de trabalho subordinado sem sua presença. Daí a necessidade de superação do conceito de subordinação como algo ligado à pessoa do trabalhador e de reconhecimento de uma concepção jurídica de subordinação, que considere a inserção do trabalho na estrutura da empresa, desprezando a maior ou menor submissão do trabalhador ao empregador como critério para definição ou não de existência de vínculo.

Art. 2º A Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive

sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

I – relativas a:

a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;

b) direito de utilizar os serviços de transporte;

c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;

d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

II – sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

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

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

Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestado-

ra de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado.

A terceirização é uma máscara. O vínculo de trabalho segue sendo exatamente o mesmo. As fórmulas (tomador dos serviços; empresa cliente; prestadora; terceirizados) não conseguem alterar essa realidade. A relação de emprego é composta por uma dualidade que se implica mutuamente: capital X trabalho. O Direito, enquanto linguagem jurídica do capital, avançou em sentido oposto àquele pretendido pelo discurso da terceirização. Qualquer tentativa de regulamentação da interposição de sujeitos na relação de emprego, seja sob que denominação for, implica verdadeiro retrocesso social. É nesse contexto que a Lei 13.429/17 deve ser interpretada/aplicada. A divisão entre atividade-fim e atividade-meio, que norteia tanto a jurisprudência quanto o debate diante dessa nova lei, e que a Lei 13.467/17 tenta sepultar com a nova redação que empresta ao artigo 5-A, passa pela compreensão da cooperação, do trabalho coletivo. O resultado da soma das forças de trabalho individuais é maior do que sua mera soma. O trabalho coletivo é o que permite, ao mesmo tempo, aos trabalhadores identificarem-se uns com os outros, como classe, e ao capital potencializar o volume de acumulação, obtendo, portanto, lucros maiores. É importante para potencializar a acumulação de capital justamente porque se trata de um conjunto de “forças de trabalho” exploradas pelo mesmo capital, que lucra mais com a conjunção das forças individuais dos trabalhadores do que se explorasse cada trabalhador, individualmente. Daí surge a concepção de local de trabalho: fábrica. Dentro do processo de trabalho, portanto, não se sustenta a divisão em atividade-fim ou atividade-meio, na medida em que é justamente a congregação de todas as atividades necessárias à consecução do empreendimento que o torna não apenas viável, mas lucrativo. Tanto a limpeza e a conservação quanto a vigilância, a montagem, a sistematização tecnológica: todas as tarefas que se fazem necessárias à realização de um produto ou serviço formam o “trabalho coletivo”.

Por isso mesmo, a redação do artigo 5-A da Lei 13.429/17, introduzido pela Lei 13.467/17, ao dispor que “contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a *quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal*”, além de finalmente superar a falsa dicotomia entre atividade-meio e atividade-fim, permite, mesmo sem ter pretendido isso, aos intérpretes e aplicadores do Direito

do Trabalho a oportunidade histórica de rejeitar amplamente essa prática de atravessamento da força de trabalho.

Ora, a contratante nada mais é do que parte do conceito de empregador, nos termos do artigo 2º da CLT. Contratante e contratada deverão ser consideradas, para os efeitos da relação de emprego, “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Portanto, temos aqui a figura do empregador.

A Recomendação 198 da OIT citada como Recomendação do Relacionamento Empregatício, de 2006, estabelece que normas trabalhistas devem “garantir proteção efetiva aos trabalhadores que executam seus trabalhos no contexto de uma relação de trabalho” e precisam ser ajustadas e implementadas “em concordância com as leis e as práticas nacionais em consulta com as organizações mais representativas dos empregadores e dos trabalhadores”, o que – bem sabemos – não ocorreu com as Leis 13.429/17 e 13.467/17.

Essa Recomendação 198 da OIT também prevê que as políticas nacionais devem “estabelecer efetivamente a existência de uma relação de trabalho e a distinção entre empregador e trabalhador autônomo”, “combater as relações de trabalho disfarçadas”, evitando “acordos contratuais que possuam o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção”. Essa perspectiva deve contaminar o olhar do intérprete aplicador da regra ordinária, seja quando diante de uma hipótese de “terceirização”, seja quando tiver de examinar a regra inserida no artigo 442-B da CLT.

A autorização para a terceirização da atividade-fim, se assim puder ser extraído das leis em questão, representa em si uma superação da terceirização como um todo, inclusive da denominada terceirização da atividade-meio (tratada como um modelo mitigado de intermediação de mão de obra, com o eufemismo de especialização de serviços).

Do ponto de vista estritamente positivista, uma regulação jurídica não pode **ser** e, ao mesmo tempo, **não ser**. Não pode ser o imperativo de um **dever-ser** e também do seu inverso. Não é possível que um ato se insira na órbita da licitude e ao mesmo tempo seja considerado um ilícito. Dito de outro modo, mirando a situação posta pelo advento dessas leis, o ordenamento não pode estabelecer um padrão jurídico e, em paralelo, criar outro padrão contraposto ao primeiro. A ordem jurídica, em razão da lógica, na qual precisa

estar baseada para existir enquanto tal, se estabelece a partir do parâmetro de regras e exceções, sendo que as exceções, direcionadas a fatos específicos, não regulados pela regra, necessitam, além disso, ser claramente justificadas e delimitadas. Falando de modo ainda mais direto, não é possível que a ordem jurídica estabeleça a relação de emprego como regra geral da vinculação entre o capital e o trabalho e permita, ao mesmo tempo, que a relação de emprego não seja esse mecanismo de vinculação do capital ao trabalho, vendo-a tão somente como o efeito de um ajuste de vontades, que possibilita ao capital se distanciar, quando queira, do trabalho pela contratação de entes interpostos.

Quando uma lei diz que todo serviço de uma empresa pode ser terceirizado, cria uma regra generalizante, que, inclusive, preconiza que o capital não se vincula diretamente ao trabalho, institucionalizando, pois, a mera intermediação de mão de obra. Aliás, se uma empresa transfere para outra aquilo que justifica a sua existência como unidade empreendedora, é lógico que perece. E, ainda que se queira entender como juridicamente válida a terceirização, esta não pode ser confundida com intermediação de mão de obra – até a impossibilidade do comércio de gente está na base da existência de toda a ordem projetada para o capitalismo nos Pactos firmados nos períodos imediatamente posteriores às duas guerras mundiais. Consequentemente, a terceirização autorizada pelas Leis 13.429/17 e 13.467/17, até para não se contraporem à regra da relação de emprego, que continua em vigor, com sede, inclusive, constitucional, conforme explicitado no inciso I, do artigo 7º, só pode ser tomada no sentido de subcontratação para a realização de uma atividade específica, e não, como dito, para a locação de força de trabalho.

São esses, ademais, precisamente, os termos do artigo 4º-A da Lei 13.429/77, conforme a redação que lhe foi dada pela Lei 13.467/17: “Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas **atividades**, inclusive sua **atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua **capacidade econômica compatível** com a sua execução”. Desse modo, ainda que, certamente, não tenha sido o propósito do legislador, estaria interdita pelas referidas leis a situação em que uma empresa contrata outra para lhe oferecer força de trabalho. Ora, o que se autorizou foi, unicamente, a “transferência” de atividades, e não, meramente, uma locação de força de trabalho, o que é bastante distinto.

Não se concebe, pois, dentro do modelo jurídico atual, como, ademais,

nunca se concebeu, que uma empresa se constitua apenas para a finalidade de locar força de trabalho. O que se permitiria seria somente a transferência de **atividade**, que deve ser empreendida e gerida integralmente pela prestadora, que, por consequência, teria de possuir a **expertise** e os **meios de produção necessários** à sua execução, o que pressupõe, igualmente, “**capacidade econômica compatível** com a sua execução”, como dito na própria lei.

Art. 448-A: Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor.

Parágrafo único. A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência.

O artigo 448-A estabelece a responsabilidade do sucessor em caso de caracterização da sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos artigos 10 e 448, o que, afinal, já estava consagrado na doutrina.

Não se pode esquecer, no entanto, primeiro, que o artigo 448 trata da preservação dos direitos dos contratos de trabalho em curso e o artigo 10 refere-se à preservação das garantias para efetivação dos direitos independentemente de o contrato estar em curso ou não. Segundo, os dois dispositivos são voltados à proteção dos trabalhadores, para que os negócios jurídicos firmados pelo empregador com outras entidades empresariais não gerem ineficácia aos direitos trabalhistas.

Assim, a transferência ao sucessor é uma forma de preservar os direitos trabalhistas, não podendo ser vislumbrada como mecanismo em favor de práticas negociais voltadas à frustração do Direito do Trabalho, como, ademais, coíbe o artigo 9º da CLT.

Portanto, a hipótese do parágrafo único não deve ser considerada como única. Nada impede que o juiz do trabalho reconheça a mesma responsabilidade em outras hipóteses, desde que devidamente fundamentadas, nas quais evidencie que o patrimônio auferido com a força de trabalho passou às mãos da sucedida. Quem adquire um empreendimento torna-se solidariamente responsável, com o sucedido, pelas dívidas trabalhistas, exatamente porque está adquirindo o capital, que se beneficiou diretamente do trabalho huma-

no. O sucedido, que contraiu a dívida trabalhista, segue sendo responsável. A relação de trabalho se estabelece entre trabalho e capital, e é exatamente isso que a CLT reconhece ao fixar tanto o conceito quanto a extensão da responsabilidade de quem toma trabalho. A mudança na estrutura jurídica da empresa, que identifica o fenômeno da sucessão, ocorre toda vez que houver modificação na titularidade da empresa, poder que comanda, dirige e assalaria o trabalhador. A sucessão de empregadores promove uma espécie de quebra da garantia e da confiança que se presumem existentes no momento da contratação. Daí por que ambos, sucedido e sucessor, são responsáveis pelos créditos alimentares trabalhistas, como aliás seguem afirmando os artigos 10 e 448 da CLT, não alterados. A noção de continuidade da empresa, que decorre diretamente da proteção, e que está prevista nesses dois dispositivos, consagra a ideia de solidariedade, de resto reafirmada no artigo 2º, § 2º, ou no artigo 455, da CLT, cujas redações também são mantidas.

2. Tempo de trabalho

Art. 4º, § 2º: Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:

- I - práticas religiosas;
- II - descanso;
- III - lazer;
- IV - estudo;
- V - alimentação;
- VI - atividades de relacionamento social;
- VII - higiene pessoal;
- VIII - troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.

O artigo 4º da CLT mantém sua redação atual, dispondo que “considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja

à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

O § 2º introduzido nesse dispositivo afronta o *caput* do mesmo artigo 4º. Logo, para que seja aplicável, precisa se harmonizar com a regra geral de que tempo à disposição não se confunde com tempo trabalhado. E, como afirma o artigo 4º, considera-se como de serviço efetivo. Incumbirá ao juízo, diante do caso concreto, evidenciar se o trabalhador, por exemplo, estava no ambiente de trabalho “por escolha própria”. Se lá chegou, antes do horário de início da jornada, porque o transporte coletivo assim o impôs, porque dependeu de transporte fornecido pelo empregador; porque a combinação era de que estivesse pronto no exato minuto em que iniciava sua jornada ou por qualquer outro fator alheio à sua vontade. Se for assim, tem-se por certo que o tempo correspondente, em qualquer das atividades elencadas nesse dispositivo, será tempo à disposição e, portanto, deverá integrar a jornada.

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.

§ 3º (Revogado).

O *caput* do artigo 58 da CLT se manteve inalterado. Outro limite, dentro da lógica expressa do *caput* do artigo 7º da Constituição, deve necessariamente implicar a “melhoria das condições sociais” do trabalhador, pois do contrário estaria negando eficácia à própria norma.

É claro que essa não foi a intenção dos idealizadores da “reforma”, quando alteraram o § 2º do artigo 58. Uma interpretação que respeite a história, a coerência e o princípio instituidor do Direito do Trabalho deverá considerar a perversa troca da locução “local de trabalho” por “posto de trabalho”, clara tentativa de legitimar inclusive o não pagamento do tempo gasto dentro do ambiente de trabalho, até a chegada ao efetivo posto, ou desde a sede da empresa até aquela da tomadora dos serviços, a partir do que estabelece a regra (hígida mesmo após a “reforma”) do artigo 4º, antes examinado. O período em que o trabalhador se desloca até seu posto de trabalho é tempo à disposi-

ção e, como tal, deve ser remunerado. Admitir o contrário implicaria aceitar a lógica do trabalho não remunerado e, por consequência, em situação análoga à de escravo.

Há, ainda, outro ponto fundamental. A regra desse § 2º não se refere a situações excepcionais, como quando não há transporte público regular até o local de trabalho ou a empresa está localizada em lugar de difícil acesso. O § 2º, com essa nova redação, está apenas disciplinando a regra geral que, diga-se de passagem, já era essa. Ou seja, como regra geral, efetivamente o tempo que o empregado despense entre a casa e o trabalho não é remunerado. A remuneração é reconhecida apenas para situações excepcionais, em que – na linha da redação do § 2º do artigo 4º, o empregado não tem escolha própria. Ao contrário, precisa se sujeitar ao tempo imposto pelo empregador, para esse deslocamento.

Existem inúmeras circunstâncias em que a empresa opta por instalar-se em local não servido por transporte público ou tomar trabalho em jornadas que se encerram na madrugada, por questões que obviamente se referem à economia e à organização do ambiente empresarial. Ao optar por essa redução de custos ou facilitação da produção, o empregador, que dirige a prestação de trabalho (artigo 2º), assume o risco do resultado lesivo que impinge ao trabalhador (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil). Logo, deve responder pelo dano causado. Esse dano revela-se como o uso do tempo de vida do trabalhador, em proveito do empregador, durante esse deslocamento e, portanto, deve ter como consequência não apenas o ressarcimento das horas à disposição como também o pagamento de indenização pelo prejuízo à própria existência, ao lazer, ao descanso, ao convívio familiar.

Em suma, o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca das horas *in itinere*, tal como regulado na Súmula 90 do TST, se mantém inalterado, ainda mais no meio rural, ao qual, nem mesmo nos fundamentos da alteração da lei, se fez referência.

Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais.

§ 3º As horas suplementares à duração do trabalho semanal normal serão pagas com o acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o salário-hora normal.

§ 4º Na hipótese de o Contrato de Trabalho em regime de tempo parcial ser estabelecido em número inferior a vinte e seis horas semanais, as horas suplementares a este quantitativo serão consideradas horas extras para fins do pagamento estipulado no § 3º, estando também limitadas a seis horas suplementares semanais.

§ 5º As horas suplementares da jornada de trabalho normal poderão ser compensadas diretamente até a semana imediatamente posterior à da sua execução, devendo ser feita a sua quitação na folha de pagamento do mês subsequente, caso não sejam compensadas.

§ 6º É facultado ao empregado contratado sob regime de tempo parcial converter um terço do período de Férias a que tiver direito em abono pecuniário.

§ 7º As Férias do regime de tempo parcial são regidas pelo disposto no art. 130 desta Consolidação.

O artigo 58-A permite uma contratação em regime de tempo parcial para trabalho por trinta horas semanais, mas segue impedindo, nesses casos, a realização de horas extras. Aqui, a compatibilização com a ordem jurídica de proteção vigente determina que ao empregado assim contratado seja garantida remuneração equivalente ao salário mínimo nacional. Isso porque o artigo 7º da Constituição o garante a todos os trabalhadores e trabalhadoras brasileiros, sem nenhuma exceção.

Quanto à possibilidade de contratação para trabalhar no máximo 26 horas semanais, com probabilidade “de acréscimo de até seis horas suplementares semanais” (e a consequente revogação do § 4º do artigo 58-A, que vedava a realização de horas extras em contrato a tempo parcial), é de se observar a mesma lógica de proteção à remuneração, que impede a contratação, no Brasil, por valor inferior ao salário mínimo. Nesses casos, a própria Lei 13.467/17 limita a possibilidade de compensação por folgas à “semana imediatamente posterior à da sua execução, devendo ser feita a sua quitação na folha de pagamento do mês subsequente, caso não sejam compensadas” (§ 5º do artigo 58-A).

Vale acrescentar que deve prevalecer aqui a regra geral de que as horas extras não são um instituto jurídico, já que o direito efetivamente garantido

aos trabalhadores, como fundamental, é a limitação da jornada de trabalho, e, assim, não se pode conceber que se estabeleça uma pré-contratação de horas extras, ainda mais porque a Constituição só permite a extrapolação da jornada normal, de forma esporádica, como “serviço extraordinário”.

Quanto à tentativa de supressão de parte do direito às férias, comprometendo a integralidade do descanso, que se evidencia na redação do § 6º do artigo 58-A, a má técnica de redação que identifica a “reforma” facilita o afastamento da regra. É que o artigo 143 da CLT não foi alterado, e este prevê expressamente que a conversão das férias em abono pecuniário “não se aplica aos empregados sob o regime de tempo parcial” (§ 3º).

O § 7º do artigo 58-A dispõe que “as férias do regime de tempo parcial são regidas pelo disposto no art. 130 desta Consolidação”. Esse artigo, não alterado, garante o direito a trinta dias de férias por ano, na linha da proteção estabelecida em âmbito constitucional. O artigo 130-A, que instituiu férias em períodos inferiores, para trabalhadores contratados em regime de tempo parcial, inclusive foi revogado.

Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§ 1º A remuneração da hora extra será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal.

§ 3º Na hipótese de rescisão do Contrato de Trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma dos §§ 2º e 5º deste artigo, o trabalhador terá direito ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão.

§ 4º (Revogado).

§ 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

§ 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.

(...)

Art. 61, § 1º O excesso, nos casos deste artigo, pode ser exigido independentemente de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

A nova redação dada ao *caput* do artigo 59 da CLT contraria uma norma fundamental.

O artigo 7º da Constituição fixa como direitos fundamentais:

“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”;

“XV – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos”;

“XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”.

Por sua vez, o artigo 61 I-A, introduzido pela “reforma”, estabelece textualmente que a “convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais”.

Diante dessa ordem jurídica, a compreensão desse dispositivo, aliado ao texto do *caput* do artigo 7º da Constituição, determina a conclusão de que a compensação só pode ter o condão de reduzir o máximo previsto no texto constitucional, sob pena de estarmos negando vigência ao dispositivo.

Do mesmo modo, não há como aceitar a realização de acordo individual, ainda mais tácito, para a realização de horas extraordinárias, porque não existe base constitucional para tanto. E, lembre-se, se a retórica da aprovação da lei foi o fortalecimento do sindicato, não há por que afastar a negociação coletiva desse momento crucial da vida do trabalhador.

Aliás, a regra do artigo 8º da CLT continua em vigor e deixa bem claro que nenhum interesse particular deve prevalecer sobre o interesse público e que a limitação da jornada de trabalho faz parte tanto da política de emprego quanto da preservação da saúde pública. Nesse sentido, um trabalhador, individualmente, não pode, aceitando piores condições de trabalho, impor uma concorrência fratricida entre os trabalhadores, com prejuízo das políticas públicas, inclusive.

Então, a regra introduzida no § 6º do artigo 59, quando afirma que é “lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês”, viola

diretamente não apenas a Constituição, mas também a literalidade do artigo 611-A introduzido na CLT.

A disposição do § 1º do artigo 61, alterado para admitir excesso de trabalho mesmo sem previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho, segue linha semelhante.

O mesmo ocorre com a nova redação do § 5º do artigo 59, quando estabelece que o “banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses”.

Aliás, é de se observar que o § 2º aqui referido não foi alterado pela Lei 13.467/17 e que o dispositivo em questão, de fato, não faz referência alguma a “banco de horas”. Esse é apenas o apelido dado ao regime de compensação introduzido na legislação trabalhista na década de 1990, pela Lei 9.601/98, que dá a exata dimensão da ideologia econômica do Direito que inspira a regra. Nesse contexto, o mínimo a ser exigido, para que a nova redação do artigo 59 da CLT fosse compatível com os princípios que inspiram o texto constitucional e que justificam a existência do Direito do Trabalho, é que fossem primeiro concedidas as folgas, para depois haver exigência de trabalho extraordinário, mantendo-se a disparidade remuneratória entre horas normais e horas extras.

Esse regime de compensação, o tal banco de horas, além disso, contraria a norma do artigo 459 da CLT, quando estabelece o tempo máximo para a efetivação da troca de tempo de vida por remuneração. Ou seja, efetuado o trabalho, seu pagamento ou, no máximo, sua compensação não pode se dar em tempo superior a um mês.

Na prática, a forma como se interpretou extensiva e indevidamente o banco de horas conduziu à supressão do direito ao adicional de horas extras, que a Constituição reconhece como compensação mínima e com relação ao qual não admite exceção alguma. Ora, a concessão das folgas, pelo trabalho em sobrejornada já exercido, tem sido realizada na proporção de uma hora extra por uma hora de folga, quando, para que houvesse efetivo respeito à norma constitucional, seria necessário equivaler uma hora extra a uma hora e trinta minutos de folga, ainda mais quando essa folga é concedida mais de um mês após a realização da hora extra e atendendo aos interesses exclusivos do empregador.

De fato, só se poderia conceber como minimamente razoável um banco de horas, com aprovação coletiva sindical, no qual primeiro houvesse as horas de folga e depois elas fossem “pagas” com horas extras, preservadas as diferenças quantitativas entre uma e outra, e realizadas com aviso prévio mínimo de 30 (trinta) dias. Fora disso, o banco de horas é apenas uma fórmula para obstar a eficácia do direito fundamental à limitação da jornada de trabalho, para impedir o pagamento do serviço extraordinário no percentual e forma previstos constitucionalmente e, assim, massacrar os trabalhadores com elevadas jornadas não remuneradas, imprevisibilidade e insegurança.

Por fim, essa disposição demonstra-se incompatível com a noção de proibição de retrocesso, segundo a qual há de ser rejeitada qualquer alteração constitucional ou legal que atente contra os direitos sociais, extingua-os ou mitigue-os, sob pena de ofensa ao núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, sobretudo quando implicar afronta à dignidade da pessoa humana.

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 7º e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.

(...)

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

Na medida em que a Constituição fixa a jornada máxima de oito horas e admite a excepcionalidade da realização de serviço extraordinário, qualquer referência legal que ordinarize a extensão da jornada para além desse limite afronta, diretamente, a Constituição e a própria razão de ser

histórica do Direito do Trabalho. Essa é a razão pela qual o artigo 59-A não poderá ser reconhecido como norma jurídica trabalhista.

A perversidade da permissão para a exploração do trabalho humano por doze horas consecutivas, quando a ordem internacional e constitucional vigente claramente fixa, já há mais de um século, o limite máximo de oito horas diárias, é também fruto de desconstrução gestada dentro das entranhas da Justiça do Trabalho. Isso, porém, não elimina nem diminui o caráter igualmente perverso da “reforma”, que traz para o texto da CLT essa aberração.

Note-se que o § 2º do artigo 59 da CLT segue com igual redação, fixando como máximo de extensão extraordinária da jornada o limite de duas horas por dia. Mesmo essa extensão, para que seja legalmente válida, deve ser extraordinária, sob pena de não estarmos mais tratando de horas extras, mas sim de jornada regular, em contraposição à literalidade do texto constitucional.

A Constituição estabelece como direito fundamental “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”. Então, como já referido no item anterior, não se pode falar em acordo individual excepcionando a norma constitucional. O exame dessa regra à luz do princípio da proteção impõe necessariamente seu afastamento, seja por extrapolar o limite geral de dez horas, boicotando toda a ordem de valores já referida no tópico anterior, seja por estabelecer uma jornada regular, e não extraordinária, fora dos parâmetros legais e constitucionais. A regra fere, inclusive, a Convenção 01 da OIT, que data de 1919, a qual fixa a jornada de oito horas como o máximo da exploração possível.

Ainda que estivéssemos diante de um contrato de natureza comum e aplicássemos as regras do direito comum, como a alteração introduzida no artigo 8º da CLT maldosamente estimula, não teríamos como sustentar a possibilidade de uma convenção entre as partes derrogar, ignorar, contrariar dispositivo constitucional, norma convencional e dispositivo de lei para o efeito de suprimir direito fundamental. Bastaria invocar o já mencionado artigo 166 ou mesmo o artigo 1.707, ambos do Código Civil. Isso porque a assimilação de uma jornada ordinária de doze horas implica renúncia ao pagamento de pelo menos quatro horas de trabalho por dia, impondo ao trabalhador a prestação de serviço sem contrapartida

remuneratória, como condição para o acesso ao emprego. Para que essa consequência ilegal não se verificasse, seria preciso que o empregador demonstrasse, no caso concreto, que a jornada de doze horas implicaria remuneração proporcionalmente maior (pelo menos um terço a mais) do que aquela praticada para os trabalhadores contratados por oito horas.

O suposto descanso no dia seguinte não afasta o empecilho jurídico à extrapolação da jornada, valendo lembrar que, mesmo no julgamento em que o STF reconheceu a constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.901/09, que fixa uma jornada de doze horas para bombeiros civis, seguidas por 36 horas de descanso, ADI 4.842, estabeleceram-se requisitos mínimos para sua aplicação, tal qual a limitação de 36 horas semanais de trabalho, além de outras garantias, segundo preconizado no RE 590.415, não servindo a simples manutenção do emprego.

Além disso, a regra do artigo 611-A, quando estabelece textualmente que a “convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais”, é baliza de contenção e afastamento das regras inseridas na CLT, cujo objetivo é o de claramente afrontar a ordem jurídica de proteção a quem trabalha. Para além do fundamento jurídico, que autoriza com certa facilidade a não aplicação dessa regra, é necessário pontuar que a jornada de doze horas autorizada indiscriminadamente por esse dispositivo ilegal verifica-se, na prática, com mais frequência nas atividades ligadas à área de saúde e de vigilância. Portanto, trabalhadores portando arma de fogo ou dedicados ao cuidado da vida humana são os mais afetados pela possibilidade de utilização da força de trabalho em limites inconstitucionais e inconvenientes, algo que – é preciso que se reforce – já ocorre na realidade da vida, em razão de jurisprudência flexibilizadora gestada no âmbito da própria Justiça do Trabalho.

A situação é ainda mais ofensiva se atentamos para o texto do parágrafo único desse artigo 59-A. Essa regra, completamente dissociada do princípio da proteção, tenta suprimir direito constitucional contido no inciso XV do artigo 7º, da Constituição, que nem sequer contempla exceções. Como tal, é nulo, porque suprime direito, desafiando a norma do artigo 9º da CLT e do artigo 1.707 do Código Civil. O artigo 59-A ainda refere que devem ser “observados ou indenizados os intervalos”. E o parágrafo único do artigo 60

excetua “da exigência de licença prévia” justamente a mais extenuante e nociva de todas: a ilegal jornada de doze horas.

Ora, o pagamento do intervalo evidentemente não compensa o desgaste físico e mental impingido ao trabalhador. Aliás, nem sequer é lícito o pagamento antecipado de descumprimento de direito, ainda mais de direito alimentar de caráter fundamental. Seria como admitir, por exemplo, que alguém pagasse uma multa de trânsito e com isso se sentisse à vontade para dirigir em alta velocidade, sem nenhuma responsabilidade jurídica. Ou levasse cestas básicas para uma escola e, com isso, estivesse autorizado a praticar um furto.

Aliás, nem ao menos a determinação do pagamento do intervalo suprimido é suficiente para ressarcir o prejuízo causado ao trabalhador de quem se exigirem doze horas consecutivas de trabalho sem intervalo para descanso e alimentação, pois também isso equivaleria a compreender que um furto estaria resolvido pela mera devolução da mercadoria subtraída.

No caso das relações de trabalho, em que o dano é pessoal e irreparável, nem seria possível cogitar a mesma forma de punição/ressarcimento prevista no Direito civil ou no âmbito penal no que tange aos crimes contra o patrimônio. O que se verifica é que a “reforma” busca inutilmente legitimar o reconhecimento da possibilidade de prática contumaz de atos ilícitos mediante prévio pagamento ao trabalhador.

As normas não são aprovadas para ser descumpridas, sobretudo quando se referem a direitos de personalidade, como é o caso do direito à desconexão, mesmo que estejamos sob o raciocínio da lógica do capital. Parar pelo menos uma hora durante o dia de trabalho é essencial para reduzir a fadiga física e mental. Se isso é verdade em uma jornada constitucional de oito horas, mais ainda em uma jornada estendida como a de doze horas.

A afirmação que Rogério Marinho faz em seu relatório, de que a jornada 12 x 36 é mais benéfica ao trabalhador, que labora doze horas e descansa 36, ignora tanto os efeitos da fadiga que a extensão da jornada provoca sobre as forças física e psíquica do trabalhador quanto a circunstância, de fácil comprovação na realidade da vida, de que esses trabalhadores dificilmente, sobretudo em razão das baixas remunerações, possuem apenas um emprego. Ao contrário, é muito comum verificar funcionários das

áreas de saúde e vigilância que acumulam dois ou mais empregos, para complementar a renda, e que se sujeitam à “dobra” da jornada quando o colega do turno seguinte não se apresenta para o trabalho. Permanecer por doze horas ou mais no ambiente de trabalho, sem nenhum intervalo, em atividades que no mais das vezes se realizam sob intempérie (vigilantes e vigias) ou em ambientes hospitalares, sem dúvida torna o trabalho penoso, angustiante e adoecedor. Atrai, portanto, inclusive, a regra do artigo 611-B, quando diz constituir objeto ilícito qualquer pactuação que atinja “normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho” (XVII).

O mais importante é perceber, portanto, que o regime inconstitucional de doze horas ganha nova dimensão quando reconhecemos todos os malefícios, no âmbito da saúde física e mental e da possibilidade de convívio social do trabalhador, que ele acarreta ou potencializa, identificando essa prática como verdadeiro boicote ao pacto social instituído em 1988.

De todo modo, por mais paradoxal que pareça, o mero enunciado feito nesse dispositivo traz como consequência a eliminação completa de regimes de trabalho ainda piores que habitam o cotidiano de muitos trabalhadores e estão refletidos em reclamações trabalhistas pelo Brasil afora, que são as horas extras além de duas ao dia e em regimes esdrúxulos como os de 2 x 2, 4 x 2 e 5 x 1, nos quais se realiza o trabalho durante doze dias seguidos, com concessão de folgas compensatórias em dias posteriores.

Por outro lado, nem como favor conferido pela lógica do mal menor se pode conferir eficácia ao parágrafo único do artigo 59-A, quando simplesmente nega vigência a outros direitos trabalhistas, como o descanso semanal remunerado e os feriados, que possuem regras e regimes de compensação próprios. Ora, se a compensação das 36 horas é fundamento para o trabalho em jornada de doze horas, isso em nada altera os demais direitos trabalhistas, como o trabalho em DSR e feriados, cujo valor, por incidência de outras normas, que não foram revogadas, é dobrado.

Art. 59-B. O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

Parágrafo único. A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.

O artigo 59-B introduzido pela Lei 13.467/17 também não resiste ao exame de compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente. Trata-se da introdução, no texto da CLT, de jurisprudência do TST, que sem dúvida afronta o direito constitucional ao pagamento das horas extras.

É um texto com profunda abstenção de técnica jurídica ou mesmo com desrespeito à lógica. Os autores da “reforma”, para atender aos interesses do poder econômico, quiseram criar uma espécie de ato juridicamente nulo, mas válido, seja lá o que venha a ser isso.

Ora, o não atendimento das exigências para a compensação equivale à inexistência de compensação. Logo, se não há compensação, o direito aplicável ao fato é que subsiste sem a compensação. Ou seja, retorna-se à regra geral, que garante o pagamento, como extras, das horas que extrapolam a jornada máxima de oito horas.

O artigo 9º da CLT, somado ao artigo 166, VI, do Código Civil (“é nulo o negócio jurídico quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa”), não apenas autoriza como impõe ao intérprete aplicador o afastamento de qualquer regra que, negando a proteção que inspira e justifica o Direito do Trabalho, promova essa “fraude legal”, como é o caso do referido artigo 59-B.

Essa é também a conclusão que decorre da compreensão do princípio da proteção como justificador da aplicação ou do afastamento de uma regra jurídica.

A concepção de que o princípio é elemento constituinte da norma, que vai fundamentar a aplicação da regra (transformando-a, então, em norma jurídica) ou subsidiar seu afastamento no caso concreto, permite reconhecer que regras que neguem proteção ao trabalhador devem ter sua aplicação afastada. É, aliás, o que se pode extrair dos termos do artigo 8º da CLT.

As horas extraordinárias constituem fator de impedimento da criação de novos postos de trabalho, aumento do estresse e, por consequência, dos casos de acidentes de trabalho e doenças profissionais, além de comprometer a própria ordem social por impedir, concretamente, o empregado de fruir convívio familiar, horas de lazer, reflexão, estudo, esporte ou mesmo ócio criativo.

Portanto, qualquer regra que facilite a exploração do trabalho fora dos limites máximos fixados na ordem internacional e constitucional vigente

apresenta-se na realidade concreta das relações sociais como verdadeiro boicote ao projeto de sociedade que instituímos em 1988, que traz a medida mínima necessária para se tentar evitar a miséria econômica, política, social e humana, na sociedade do capital.

O parágrafo único do artigo 59-B, por sua vez, é uma agressão à inteligência humana. Além de desconsiderar a norma constitucional que fixa o serviço extraordinário como prática excepcional, o dispositivo em questão simplesmente sugere que a compensação e o banco de horas podem alterar o limite máximo da jornada. Ora, o que se permite, de forma totalmente excepcional e, portanto, de maneira bastante restrita, é a compensação de horas, e não a alteração do limite constitucional. Assim, se descumprida a finalidade da exceção, não se pode atribuir efeito jurídico a partir dela própria, pois, desse modo, a exceção teria servido não para permitir uma situação excepcional, e sim para negar vigência à regra geral.

Os autores da “reforma” pensam – se é que alguém ali pensou alguma coisa – que podem entregar ao poder econômico uma fórmula para o descumprimento da Constituição, mas não podem.

Art. 71, § 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

A redação do § 4º do artigo 71 precisa ser examinada juntamente com aquela do inciso III, do artigo 611, da CLT, segundo o qual a “convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (...) III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas”.

Conforme já referido, o artigo 611 não estabelece a prevalência do negociado sobre o legislado, porque por lei pretende dizer exatamente o que pode e o que não pode ser negociado. A autorização para concessão de intervalo de, no mínimo, 30 (trinta) minutos não altera a regra geral do *caput* do artigo 71, que se mantém hígida e que fixa o mínimo de uma hora de intervalo para quem prestar serviços por mais de seis horas consecutivas, sendo que a eventual redução para trinta minutos depende do

atendimento de requisitos que garantem a efetividade da “promessa” dos idealizadores da “reforma”, no sentido de que os trabalhadores e trabalhadoras não seriam prejudicados, ou seja, saírem trinta minutos mais cedo e terem efetivos trinta minutos de descanso em local apropriado para tanto, sem perda de tempo excessivo de deslocamento entre o posto de trabalho e o refeitório.

O fundamento apresentado para a aprovação da lei foi que essa redução seria para beneficiar o empregado. Por consequência, para que tal negociação seja válida, é necessário que haja uma demonstração científica de que tal redução não acarreta riscos à saúde, como determinam o artigo 7º da Constituição e o próprio artigo 611-B da “reforma”. Deve, ainda, haver prova de que existem condições efetivas para que o intervalo seja cumprido e se destine, integralmente, a beneficiar concretamente o trabalhador. Se, por exemplo, ele tiver de ficar esperando dez minutos em fila para poder se alimentar, ou gastar boa parte do tempo do intervalo se deslocando do posto de trabalho até o local de alimentação, a norma não estará sendo atingida, pois o ato de se alimentar será mais um transtorno do que uma satisfação. Note-se que tal intervalo tem dupla finalidade: permitir a desconexão e a alimentação do profissional. Então, se ambas não forem atingidas, não haverá como reconhecer benefício na negociação que o reduz. Além disso, deve haver comprovação da redução do tempo total de permanência do empregado no ambiente de trabalho.

É incompatível com o objetivo da norma o ato de submeter o trabalhador, com intervalo reduzido para trinta minutos, à execução de tarefas em sobrejornada, por exemplo.

Há que observar também que a supressão do intervalo reduzido equivale à invalidação do acordo de redução, uma vez que desatende à finalidade do ajuste. Assim, diante da invalidação, prevalece a regra geral do intervalo de uma hora e a necessidade de indenização por sua supressão. Tal circunstância determina ainda a possibilidade de indenização por dano moral, em razão do sofrimento imposto a quem se submete a tais condições de trabalho, sem dúvida nocivas à higidez física e psíquica do ser humano.

É uma ilusão do legislador tentar criar a figura do ilícito parcial. Ora, ou se cumpre a norma ou não se cumpre. E se a norma em questão, que

não regula o preço de uma mercadoria, e sim fixa um parâmetro mínimo de preservação da condição humana, for descumprida, o efeito só poderá ser o que diz respeito ao ilícito praticado, até porque não se pode criar um submínimo ao mínimo existencial fixado.

A questão é que faltam ao “legislador” da Lei 13.467/17 noções básicas de direitos fundamentais.

Art. 62. III – os empregados em regime de teletrabalho.

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

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

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

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

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

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

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

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

O regime de teletrabalho é definido como a prestação de serviços “preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (artigo 75-B), prevendo inclusive o comparecimento do empregado às dependências do empregador “para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento” (parágrafo único desse mesmo dispositivo). Trata de uma realidade que já existe e que, justamente em face da tecnologia desenvolvida, em nada impede a fixação e o controle da jornada.

Nesse sentido, o artigo 6º da CLT, cuja redação foi alterada em 2011, estabelece que “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”. E ainda acrescenta, em seu parágrafo único, que os “meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”. A regra ora prevista no artigo 62, III da CLT não subsiste, portanto, no necessário confronto com a disposição do artigo 6º.

Além de pretender fixar mais uma hipótese de trabalho sem controle e pagamento das horas extraordinárias, o que implica quebra completa da possibilidade de controle de medida da troca na relação de emprego, a Lei 13.467/17 ainda dispõe que “disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito” e que “não integram a remuneração do empregado” (artigo 75-D).

A pretensão é clara: transferir ao empregado os custos da produção. A aplicação desse dispositivo, de forma comprometida com o princípio da proteção, a fim de torná-lo norma jurídica trabalhista, e com atenção a todo o sistema jurídico, determina necessariamente que essa responsa-

bilidade seja do empregador. É o que se extrai dos termos do artigo 2º da CLT, quando define empregador como sendo quem assume o risco do negócio.

Essa responsabilidade também está presente no dever, previsto no artigo 7º da Constituição e reproduzido em vários dispositivos da CLT, de que o empregador previna riscos à saúde do profissional no ambiente de trabalho. Logo, a disposição do artigo 75-E, no sentido de que “o empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador”, não pode ser interpretada/aplicada de modo a transferir ao empregado dever que grava a figura de quem toma o trabalho, sob pena de subversão de toda a ordem jurídica.

O dever do empregador, de instruir os empregados, de maneira expressa e *ostensiva*, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho, como refere o *caput* desse dispositivo, não afeta o dever de, igualmente, fiscalizar o ambiente, fornecer os elementos necessários para torná-lo saudável e, sobretudo, impedir o trabalho em sobrejornada, na forma determinada nos artigos que compõem o Capítulo V da CLT: “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”. Se as condições de trabalho forem hostis, se não houver fiscalização e efetivo cumprimento do dever de prevenir riscos, ou mesmo se houver exigência de trabalho em sobrejornada, deverá ser reconhecido ao trabalhador o direito à indenização pela prática de dano existencial, pois todo o potencial positivo que a possibilidade de trabalhar em casa traz consigo é anulado nos casos em que o tempo de descanso é invadido pelo tempo de trabalho, potencializando a ocorrência de doenças e acidentes.

É preciso atentar, ainda, para a regra do artigo 611-A, quando permite negociação coletiva acerca de plano de cargos e salários. Esse inciso tem, em realidade, como principal objetivo estabelecer a possibilidade de definir, por norma coletiva, quais são as funções de confiança. Aqui se verifica a imperiosa necessidade de enfrentarmos a incompatibilidade do artigo 62 da CLT com a ordem constitucional vigente. Pois é justamente para evitar o pagamento de horas extras que se prevê a possibilidade de negociar quais seriam as funções de confiança. Nesse sentido, o princípio da proteção, especialmente quando estabelece a primazia da realidade, deverá ser o vetor para a aplicação ou o afastamento de regra autônoma que sobre isso se pronuncie.

Aliás, precisamos urgentemente reconhecer que já passou da hora de afastarmos a aplicação dessa regra legal, que não tem suporte constitucional, já que a Constituição fixou a limitação da jornada de trabalho como direito fundamental de todos os trabalhadores, sem exceção, e não está ancorada nos princípios jurídicos trabalhistas.

Não se cogita de simples exoneração do dever de pagamento de horas extras a determinado grupo de trabalhadores, na medida em que a atual Constituição da República garante a todos, sem exceção, a limitação da jornada e o pagamento da remuneração adicional pelos excessos, sem diferenciar entre trabalho executado dentro ou fora da sede da empregadora, com ou sem fidejussão especial. É flagrante a incompatibilidade do artigo 62 da CLT com o atual texto constitucional. Note-se que o dispositivo exclui de todo o capítulo sobre a duração do trabalho os trabalhadores inseridos naquelas hipóteses. Então, aplicar o artigo 62, atentando para a sua literalidade, implicaria negar a esses trabalhadores, inclusive, direito a descanso, repouso semanal, adicional de horas extras e noturno etc. Nada torna mais evidente a incompatibilidade dessa regra com a ordem constitucional vigente.

Será necessário, a despeito do reconhecimento ou não da exigência de controle de horário, verificar, em cada caso concreto, a observância dos “limites constitucionais da jornada”, tal como refere o artigo 611-A da CLT. Por consequência, em lugar da segurança jurídica, expressão tantas vezes repetida, também, nos dois relatórios que precedem e fundamentam o texto da Lei 13.467/17, o que teremos é a total insegurança, a ser superada, em cada caso concreto, pela observação do cumprimento dos deveres de higiene, segurança, direcionamento da atividade e pagamento das horas extras, por parte do empregador, também nas hipóteses de teletrabalho.

Destaque-se que o teletrabalho, que se vende como efeito da modernidade, com meios distintos, já existia desde os primórdios do Direito do Trabalho, na qualificação de trabalho em domicílio, regulado, no direito pátrio, pelo artigo 6º da CLT, não se tendo, durante todo esse período, abandonado a tarefa de buscar meios efetivos para garantir juridicamente a esses trabalhadores a completude dos direitos trabalhistas, dentre os quais a limitação da jornada de trabalho. Agora que o avanço tecnológico não deixa margem a dúvida quanto a essa possibilidade, de controle a distância, *on-line*, do tempo de trabalho, vem a lei, supostamente imbuída de modernização das relações de trabalho, e exclui, expressamente, esse

direito do trabalho em domicílio (ou teletrabalho). O problema é que, ao fazê-lo, assume claramente que o controle é possível, e, sendo assim, a tentativa de afastar a limitação da jornada de trabalho é inócua, pois, de acordo com o princípio da primazia da realidade, os direitos trabalhistas se aplicam aos fatos concretos, e não às abstrações, ainda que legalmente construídas, notadamente quando estas tentam evitar a efetividade de direitos fundamentais.

Art. 134 § 1º Desde que haja concordância do empregado, as Férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um.

§ 2º (Revogado).

§ 3º É vedado o início das Férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado.

A fruição de trinta dias de férias, direito que poucos trabalhadores conseguem exercer mesmo hoje em dia, é medida de prevenção de acidentes, doenças, envelhecimento precoce, estafa física e mental etc. As férias permitem a desconexão, o convívio familiar, o turismo, a leitura e a realização de outras atividades que certamente contribuem para tornar melhor a convivência em sociedade. A não concessão integral das férias, a exemplo do que ocorre em relação aos intervalos ou a qualquer outra espécie de descanso legalmente assegurado, implica a total supressão ou séria limitação do exercício desse direito ao ócio, ao lazer, à desconexão.

Se o direito mínimo previsto na Constituição com o título de férias (artigo 7º, XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal) é trinta dias por ano (Art. 130, I, da CLT) de descanso com a percepção de salário acrescido de adicional de um terço, a fruição de quinze, vinte ou 25 dias de férias por ano implica o desrespeito absoluto a esse descanso mínimo assegurado como direito fundamental. É o que ocorre também quando há fracionamento, pois o próprio objetivo da norma se esvai, facilitando, na prática, a supressão desse direito à desconexão.

De qualquer modo, de acordo com a literalidade do artigo 134, esse fracionamento dependerá sempre de que haja expressa concordância do

empregado. Essa concordância, em uma realidade em que há subordinação, está sempre sujeita ao crivo jurisdicional, pois, se evidenciado vício de consentimento, pela necessidade de manter o vínculo, por exemplo, há de ser considerada nula, na forma do artigo 9º da CLT e do artigo 166, VI, do Código Civil. Aliás, a noção de irrenunciabilidade, que decorre diretamente da proteção, autoriza inclusive presunção nesse sentido.

Dá-se aqui, ademais, a mesma situação de afronta aos postulados de ordem pública, abrindo-se a possibilidade de uma concorrência entre os profissionais pelos postos de trabalho, por meio da aceitação de piores condições de trabalho. Essa possibilidade aberta, ainda que pensada no limite estrito do interesse de um trabalhador, ao qual, individualmente, a redução possa parecer benéfica, é o ponto de destruição de todo o aparato de proteção jurídica trabalhista.

E, se uma norma confronta com a própria razão de ser do Direito do Trabalho, é evidente que quem sucumbe é a norma.

Convém também perceber que não impressiona o argumento da maior liberdade negocial do empregado, se pertinente fosse esse parâmetro liberal de análise no Direito do Trabalho, pois a lei, ainda assim, fixou a quantidade de vezes de parcelamento das férias e limites, de catorze dias e cinco dias úteis, o que, dentro da própria lógica de defesa da norma, não poderia prevalecer, pois implica ingerência legislativa no pressuposto (falso) da liberdade de escolha do trabalhador.

3. Trabalho intermitente

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.

(...)

Art. 452-A. O Contrato de Trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I - remuneração;

II - Férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III - décimo terceiro salário proporcional;

IV - repouso semanal remunerado; e

V - adicionais legais.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do tempo de serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

Talvez essa esteja entre uma das piores alterações promovidas na CLT pela Lei 13.467/17. Embora exista em outros países instituto com o mesmo nome, em nenhum deles o chamado trabalho intermitente é precarizante como aqui previsto. A introdução dessa expressão “trabalho intermitente”, como uma terceira modalidade, ao lado do contrato de trabalho por prazo determinado ou indeterminado (artigo 443), já revela atecnia. Isso porque o trabalho intermitente será necessariamente indeterminado, regra geral para as relações de trabalho, não dispondo a lei de modo contrário. Mas, assim sendo, o contrato poderá ser mantido para sempre, sem que haja baixa na CTPS do trabalhador, nem pagamento das verbas resilitórias, pois não há nenhuma referência à obrigação de exigir trabalho por um determinado número mínimo de horas por mês. Não se teria, pois, um vínculo jurídico, mas um estado perpétuo de submissão. Uma esdrúxula contratação de servidão.

Diante disso, para evitar o prejuízo concreto que advirá ao empregado, será preciso compreender que a não exigência de trabalho, por um período superior a um mês, sem nenhuma previsão de nova chamada, implicará direito à rescisão indireta do vínculo.

Sua definição está no § 3º desse dispositivo, segundo o qual “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”. A definição eleita é próxima à disposição do ordenamento jurídico inglês, quando regula o que lá denominam *zero-hour contract*, no artigo 27-A do *Employment Rights Act* de 1996.

É importante observar que com essa regra sepultamos de vez a confusão que parte da doutrina faz entre a continuidade/intermitência/eventualidade e a caracterização de um vínculo de emprego. A relação de trabalho subordinado à estrutura da empresa, contínuo ou não, é de emprego. Então, não eventual é o trabalho necessário à consecução dos objetivos da empresa, tal como o define Ribeiro de Vilhena, sendo irrelevante a quantidade de dias ou horas em que o trabalho é prestado.

A regra trazida na “reforma”, tal como prevista, busca evitar que o empregador assuma o risco da atividade, pois tenta permitir que ele remune-

re o trabalho apenas quando dele efetivamente precisar. Eventual crise ou falta de demanda, portanto, implicariam a sujeição do trabalhador a um contrato sem recebimento de salário.

A alteração legal é justificada com o argumento de que pode gerar novos postos de trabalho. A questão é justamente que tipo de vínculo seria criado, pois da forma como previsto, se aplicado sem a necessária contaminação pelas normas e princípios que orientam e justificam o Direito do Trabalho, exigiria dos empregados que mantivessem pelo menos quatro ou cinco vínculos, para que pudessem ter alguma previsibilidade de remuneração (e contribuição previdenciária) suficiente para sua subsistência física. Então, o que aparentemente é apontado como uma vantagem, concretamente apresenta-se como a mágica da multiplicação dos postos de trabalho sem aumentar, de fato, o número de empregados, podendo até, ao contrário, provocar maior desemprego, no sentido da eliminação dos empregos efetivos, que se substituiriam por esses precários.

Apesar do claro objetivo de precarizar a remuneração, também aqui será preciso, para que a regra possa tornar-se norma e, portanto, estar em harmonia com a ordem jurídica vigente e com os princípios do Direito do Trabalho, condicionar a validade de um contrato dessa natureza à garantia – fixada no instrumento escrito – de que o trabalhador será chamado, ao menos, pelo número de vezes necessário para que sua remuneração mensal atinja o valor integral do salário mínimo, ou, na pior das hipóteses, que se lhe preserve o recebimento do valor do salário mínimo independentemente do número de horas trabalhadas no mês. É o que assegura, aliás, o artigo 7^o, VII (garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável) da Constituição, que, se vinha sendo maltratado pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias, precisa urgentemente ser revisitado, para que volte a ser interpretado e aplicado em consonância com a ideia de preservação da dignidade de quem trabalha, que permeia nossa carta constitucional.

Não se há de conceber que o Direito do Trabalho legitime essa situação, ainda que um artigo de lei sugira essa possibilidade.

Assim, embora o § 3^o do artigo 433 estabeleça que o contrato intermitente pode ser firmado em qualquer tipo de atividade do empregado e do empregador, é evidente que só se pode falar em intermitência nas situações fáticas de necessidades intermitentes de trabalho. A expressão “independentemente

do tipo de atividade do empregado e do empregador” diz respeito à atividade em si, e não à sua temporariedade, tanto que quando quis excluir um tipo de atividade o fez expressamente, no que se refere aos aeronautas, regidos por legislação própria.

Então, atendido o requisito mínimo do recebimento do salário mínimo, até porque isso foi garantido em todas as falas dos senadores que utilizaram a palavra para tratar desse assunto e aprovaram a “reforma” no dia da votação, só se concebe o contrato intermitente, como modalidade específica de relação de emprego, nas situações em que a necessidade do trabalho tenha traços de descontinuidade.

Cumpra insistir que o contrato intermitente seria uma modalidade de relação de emprego, e esta, em conformidade com o princípio da primazia da realidade, só se consagra com o exercício de trabalho prestado de forma não eventual, subordinada e remunerada. Ainda que a novidade sirva para a correção da equivocada apreensão do conceito de não eventualidade, possibilitando, pois, atrair para a formalidade o trabalho não contínuo até hoje visto como ocasional e que, por isso, estaria, por equívoco jurídico, fora do âmbito da relação de emprego, o fato é que a intermitência, ela própria, exige algum traço de regularidade, sob pena de ser mera expectativa de direito, e não um vínculo jurídico.

Não é possível pela norma em questão, no contexto da ordem jurídica trabalhista, que uma empresa tenha, por hipótese, 300 profissionais intermitentes, trabalhando em momentos distintos, em regime de total submissão e insegurança, para a satisfação de seu interesse produtivo, que é permanente e poderia ser executado por 100 empregados efetivos.

Já o § 1º do artigo 452-A permite que o empregado seja avisado, na sexta-feira, sobre um trabalho a ser realizado na segunda (três dias corridos de antecedência). Pois bem, para que permaneça à disposição do empregador, e não vire uma mercadoria à disposição de vários tomadores, firmando diversos vínculos de contrato intermitente, como medida de garantia de uma remuneração mínima que lhe assegure trabalho decente, o trabalhador terá realmente de ver garantida, pelo empregador, uma renda mínima que o impeça de viver em situação de miserabilidade. Ainda que assim não se entenda, ao menos a regra do artigo 78 da CLT deverá ser garantida. Ou seja, “quando o salário for ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça, será garantida ao trabalhador uma remuneração diária nunca inferior à do

salário mínimo por dia normal”. Então, mesmo que trabalhe por duas ou três horas, o trabalhador deverá receber, no mínimo, o valor equivalente a um dia de trabalho. Deverá, também, o trabalhador contratado sob essa modalidade receber o valor que equivale aos repouso semanais remunerados, direito constitucional assegurado no artigo 7º, XV, e no artigo 67 da CLT, não alterado pela “reforma”.

A possibilidade de recusa nem sequer precisaria estar prevista no texto legal (§ 2º do artigo 452-A), tampouco a referência de que tal recusa não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente (§ 3º), já que não se cogita de trabalho forçado na atual ordem jurídica brasileira.

Por sua vez, a previsão contida no § 4º desse dispositivo só poderá ser aplicada em relação ao empregador que tenha chamado o empregado para o trabalho e, ato contínuo, não tenha permitido que ele o realize. Do contrário, estaríamos diante de regra que afronta a norma fundamental que garante a intangibilidade do salário (artigo 7º, X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa), com claro objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da racionalidade de proteção que justifica a existência de direitos trabalhistas (artigo 9º). Mesmo sob a lógica do Direito Civil, uma disposição em tal sentido seria passível de ser anulada, na forma do já mencionado artigo 166 do Código Civil.

A regra contrária, ainda, a Convenção 95 da OIT, ratificada pelo Brasil, segundo a qual o empregador está proibido de restringir a liberdade do trabalhador de dispor de seu salário da maneira que lhe convier (artigo 6). A mesma convenção ainda dispõe que é “proibido qualquer desconto dos salários cuja finalidade seja assegurar pagamento direto ou indireto do trabalhador ao empregador, a representante deste ou a qualquer intermediário (tal como um agente encarregado de recrutar a mão de obra), com o fim de obter ou conservar um emprego” (artigo 9º). É essa a hipótese que o § 4º do artigo 452-A tenta introduzir na legislação trabalhista e que deve ser rechaçada, seja por não passar no controle de convencionalidade, seja porque é inconstitucional, seja, ainda, porque é nula em razão das normas acima citadas.

Ainda que se aplique essa regra, o trabalhador, que precisará se sujeitar a quatro ou cinco empregos concomitantes, permanecendo 24 horas por dia conectado, em razão da possibilidade de ser chamado para o trabalho, tem o direito de aceitar a proposta de prestação de serviço que lhe for mais vantajo-

sa. Então, se um empregador comunicar a necessidade de trabalho, o empregado aceitar e, ato contínuo, receber melhor oferta de outro empregador, essa deverá ser considerada uma recusa justificada, para efeito de afastar a multa prevista nesse dispositivo.

A perversidade desse dispositivo alcança seu ápice na previsão dos § 5º e 6º desse artigo 452-A. O primeiro deverá ser interpretado para o efeito de considerar a (falsa) liberdade do trabalhador (melhor dizendo, a sua necessidade) de buscar outros empregos precarizados a fim de complementar sua renda. Não deve, porém, ter o efeito de suprimir o direito do empregado aos repousos, como já mencionado. Não está definido o tempo mínimo de “cada período”. O mais grave, porém, é que essa previsão recria a fórmula do salário complessivo, transformando direitos à desconexão, tal como os repousos e as férias, em mera remuneração. Ademais, esvazia completamente o sentido do 13º salário, que serve, inclusive, para fomentar as vendas na época do Natal.

Em primeiro lugar, o período não poderá ultrapassar trinta dias e deverá observar a regra do artigo 459, § 1º da CLT. Além disso, o pagamento imediato das férias proporcionais ou dos repousos não elide o dever de conceder esses descansos, na forma da Constituição e da CLT, ou de ser responsabilizado por frustrar sua fruição. De novo, aqui importa repetir que o direito à desconexão constitui “um direito do homem de não trabalhar, ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho”. Nossa realidade atual já impõe extrema conexão, 24 horas por dia, sete dias por semana. Se permitirmos que os trabalhadores permaneçam à disposição do chamado do empregador (sem serem remunerados por essa espera) e percam o direito a desconectar-se, estaremos negando concretamente esses direitos constitucionais e potencializando o adoecimento.

A intenção de assim agir é clara, sobretudo a partir da redação do § 9º desse artigo 452-A. Ora, essa regra só poderá ser aplicada se o empregador, nesse mês, garantir remuneração integral ao trabalhador. Do contrário, não estaremos diante do direito às férias, mas apenas da ausência de trabalho e de remuneração, algo que sem dúvida afronta diretamente toda a estrutura de proteção de nosso ordenamento jurídico.

A compreensão que aqui propomos busca coibir o uso dessa forma de contratação, pois sua consequência sem dúvida será o aumento do desemprego, devido ao deslocamento de empregados efetivos para intermitentes

(que são empregados, mas em uma condição de desemprego), e a redução do consumo, dada a retração da taxa salarial que a proliferação do contrato intermitente tende a gerar. Além disso, é grave o prejuízo para o consumidor, quanto à diminuição da qualidade na prestação de serviços. Também é evidente o aumento dos riscos à saúde e à vida, como Ricardo Ferraço, o relator do projeto de Lei da “reforma” no Senado, acaba por admitir em seu relatório. Note-se que essa modalidade de trabalho, se aplicada como pretendem os idealizadores da “reforma”, implicará não só a proliferação do subemprego, mas também a impossibilidade concreta de que o trabalhador obtenha a aposentadoria. Aumentando a insegurança e o sofrimento, potencializa as causas de doenças profissionais, provocando custos sociais de diversas naturezas, que incluem até mesmo os desajustes familiares.

Por fim, ainda permitirá, caso não sofra o filtro antes proposto, que os empregadores estabeleçam uma relação quase indefinida de trabalhadores à sua disposição, fazendo com que todos concorram entre si e, com isso, percam completamente a liberdade de aceitar ou não o trabalho quando tiverem seu nome “graciosamente” lembrado. A tendência, portanto, é que o empregador se apresente como uma espécie de benfeitor, enquanto os trabalhadores, esperando as esmolas do trabalho, estarão, inclusive, na contingência de agradecer pelo favor concedido. E não terão coragem de reclamar de nenhuma irregularidade no ambiente de trabalho, pois saberão que qualquer ato que desagrade ao empregador poderá implicar sua preterição na próxima “chamada”. É isso que precisamos evitar, na lógica do “aplicar, não aplicando”, até que tenhamos a coragem e a possibilidade jurídica de revogar essa Lei 13.467/17.

Ainda, considerando que o artigo 8º mantém o direito comparado como fonte formal do Direito do Trabalho, será preciso buscar em legislações análogas preceitos que tornem o trabalho intermitente no Brasil compatível com a proteção que legitima a aplicação das regras trabalhistas. Do Código do Trabalho de Portugal, por exemplo, temos a lição de que o contrato de trabalho intermitente só pode ser utilizado por empresa que exerça uma atividade de forma descontínua ou com intensidade variável, em que períodos de atividade do trabalhador são intercalados com um ou mais períodos de inatividade. Essa restrição, que se qualifica como razão para uma forma de contrato que fragiliza a posição jurídica e material do empregado, não apenas em seu vínculo com o empregador, mas

inclusive na sociedade em que vive, pode bem ser exigida como condição de validade para o uso do trabalho intermitente no Brasil, seja com base na legislação comparada, seja por aplicação do que estabelece o artigo 9º da CLT.

Do direito italiano, em que há modalidade similar prevista no DL 81/2015, em seus artigos 13º e seguintes, podemos extrair a exigência de que essa forma de contratação seja vedada para administração pública, para substituir trabalhadores em greve, para empresa que tenha promovido dispensa coletiva nos últimos seis meses e para empregadores que não fazem análise de prevenção de riscos no ambiente de trabalho. Isso tem de ser estabelecido por escrito, incluindo a duração prevista, a hipótese que justifica esse tipo de contratação, a modalidade de disponibilidade (com quanto tempo de antecedência o trabalhador será chamado, que deve ser de pelo menos um dia de trabalho) e a remuneração.

4. Acesso à justiça

Art. 8º, § 1º: O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

Art. 8º, § 2º: Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

Art. 8º, § 3º: No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

O artigo 8º da CLT teve sua redação preservada. Mas com os três parágrafos criados pela Lei 13.467/17 o legislador teve a intenção clara de criar obstáculos ao Direito do Trabalho, sem, contudo, alcançar o objetivo.

No Direito do Trabalho os princípios, as normas gerais do direito, os usos e costumes e o direito comparado sempre foram fontes formais a serem consideradas pelo intérprete. Mas isso não significa o permissivo de uma invasão de lógicas jurídicas contrárias aos fundamentos do Direito do Trabalho, e sim uma complementaridade, no sentido da utilidade.

Com a formulação teórica de um Direito do Trabalho, potencializando a conduta dos atores sociais na formação de direitos que visem à melhoria das condições de vida dos trabalhadores, rompeu-se com a lógica do direito comum. Por isso mesmo, não faz nenhum sentido simplesmente aplicar ao Direito do Trabalho técnicas desenvolvidas em um raciocínio jurídico que esse novo direito se propôs a superar. Se tentarmos considerar o Direito do Trabalho com a racionalidade sobre a qual se edifica o direito comum, a formulação de Direito do Trabalho como ramo autônomo e especializado do Direito perderá a razão de existir. Essa perda de sentido será tanto maior sob a perspectiva trabalhista quanto a sujeição a essa técnica supostamente cientificista servir para diminuir os direitos sociais que compõem o Direito do Trabalho.

A afirmação do § 1º de que o direito comum é fonte subsidiária do Direito do Trabalho tanto serve para abrir a porta para uma invasão destrutiva do Direito do Trabalho quanto contribui para reafirmar o espaço específico que lhe fora conferido, deixando-se claro o caráter meramente complementar das normas do direito comum.

O § 2º do artigo 8º, primeiro, busca impedir que “súmulas e outros enunciados de jurisprudência” restrinjam direitos. Temos aqui, certamente na contramão do que pretendiam os idealizadores da “reforma”, argumento necessário para não mais aplicar as tantas súmulas que contrariam norma constitucional, tal como a Súmula 331.

Mas o dispositivo vai além e tenta impedir o que é próprio à jurisprudência, que é a criação do direito, que, como se sabe, não se confunde com a lei em sentido estrito. A vida social é dinâmica e nem tudo está precisamente regulado em uma lei; é por isso que o direito é um conjunto normativo, do qual, a partir das leis, examinadas como um todo e historicamente contextualizadas, se fixam os regramentos necessários para a vida em sociedade. Não se está preconizando a possibilidade de que a jurisprudência crie leis ou obrigações fora dos limites do ordenamento jurídico, mas a fórmula da legalidade é vista no contexto do direito, assumindo a jurisprudência uma posição de relevo para estabelecer obrigações jurídicas que já estejam insertas no conjunto normativo.

Nesse sentido, a parte final do § 2º do artigo 8º, ou diz algo impróprio ou não diz nada além do que sempre se soube, não trazendo, pois, sob ambos os aspectos, nenhum efeito na vida do Direito do Trabalho.

Já o § 3º do artigo 8º procura claramente fixar, na própria lei, um direcionamento ideológico para o intérprete e, mais do que isso, interferir no próprio poder jurisdicional, ou seja, no poder que se confere democraticamente, no Estado de Direito, aos juízes para, com independência, dizerem o direito.

A regra, portanto, é um atentado ao Estado Democrático de Direito, uma vez que tenta criar um roteiro para a avaliação jurídica de uma situação específica, fugindo, inclusive, dos parâmetros gerais do Direito do Trabalho e da própria teoria geral do direito.

Ora, pensando a partir do que restou disposto no próprio § 1º do artigo 8º, acima mencionado, se o juiz deve examinar a norma coletiva atendendo para as regras do Código Civil, só poderá extrair de lá os elementos que confirmem e reforcem os objetivos que se direcionam ao Direito do Trabalho. E, nesse sentido, a remissão feita pela Lei 13.467/17 foi grotescamente limitadora das potencialidades jurídicas do direito comum, no confronto entre eficácia dos negócios jurídicos e proteção dos direitos de personalidade.

Vejam, pois, alguns dispositivos do Código Civil que podem ser invocados na análise em questão: **artigo 11** (com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária); **artigo 12** (autoriza, para além da condenação em perdas e danos, que o juiz fixe “outras sanções previstas em lei”, na linha do que também dispõe o artigo 652 da CLT); **artigo 113** (determina que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, e são nulos quando “não revestirem a forma prescrita em lei” (IV, do artigo 166), e a “forma prescrita em lei”, para o “negócio jurídico” de compra e venda da força de trabalho, é a relação de emprego (artigo 7º, inciso I, da Constituição da República).

Portanto, a aplicação desse § 3º do artigo 8 da CLT pode nos fornecer mais um elemento para a declaração de nulidade de qualquer espécie de intermediação da força de trabalho.

Podem, ainda, ser utilizados: **artigo 171** (estabelece que “além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores” – inciso II); **artigo 186** (aquele que, por ação ou omissão voluntária,

negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito); **artigo 187** (também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes); **artigo 927** (aquele que, por ato ilícito [artigos 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 especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem); **artigo 932** (são também responsáveis pela reparação civil: III – o empregador *ou comitente*, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele); e **artigo 942** (os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. **Parágrafo único.** São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no artigo 932).

Do mesmo modo, pode-se extrair do Código Civil a regra segundo a qual é nulo o negócio jurídico quando “tiver por objetivo fraudar lei imperativa” (artigo 166, VI), o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses denominadas “Pejotização”, nos acordos para pagamento de salário como se fosse indenização, ou mesmo em qualquer pacto que permita renúncia, vedada tanto pelo artigo 9º da CLT quanto pelo artigo 1.707 do Código Civil (“Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”).

Tanto o artigo 8º quanto o artigo 702, que altera a regra de edição e observância de súmula, têm o mesmo objetivo de conter o que o relator Ricardo Ferraço chama de “populismo judicial” e que a doutrina trata como ativismo judicial. É evidente que regras como essas não conseguirão impedir o juiz do trabalho de fazer cumprir a Constituição nem de zelar pelo andamento rápido das causas, como aliás determina expressamente o artigo 765 da CLT. Ao contrário do que imaginaram os elaboradores da “reforma”, o texto da Lei 13.467/17 acaba por aumentar ainda mais o poder de atuação do juiz. Permite, por exemplo, a dilatação dos prazos processuais e a alteração da ordem de produção dos meios de prova, “adequando-os

às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” (artigo 775, § 2º).

Por fim, é interessante perceber a contradição explícita na lei, que se refere, expressamente, a um “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva” e, em diversos outros dispositivos, alguns já examinados acima, estimula a ação individual de trabalhadores em concorrência com a vontade coletiva. Assim, aplicando esse dispositivo, que reforçou a intervenção do Estado nas relações de trabalho, pode-se negar vigência a todos os dispositivos da própria lei que confrontam com a “autonomia da vontade coletiva”, que não pode ser vista apenas como uma fórmula abstrata para retração de direitos, e sim como expressão concreta de poder dos trabalhadores para, com a força coletiva, buscar melhores condições de trabalho e obstar as práticas individuais de renúncia a direitos (de acordo com o *caput* do artigo 7º da Constituição, inclusive), não se podendo, pois, falar, no Direito do Trabalho, como efeito da própria “reforma”, em autonomia da vontade individual.

Art. 11. A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do Contrato de Trabalho.

I – (revogado).

II – (revogado).

§ 2º Tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.

§ 3º A interrupção da prescrição somente ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, mesmo que em juízo incompetente, ainda que venha a ser extinta sem resolução do mérito, produzindo efeitos apenas em relação aos pedidos idênticos.

Art. 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos.

§ 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.

§ 2º A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição.

A prescrição nos é apresentada como instituto jurídico criado em nome de uma suposta necessidade de segurança, como sanção que se aplica ao titular do direito que permanece inerte diante do ato de outrem que viola um interesse seu, juridicamente assegurado. Para que os conflitos que decorram dessa situação não sejam eternos, o Estado estabelece um prazo dentro do qual aquele que se sente lesado deve interpor a demanda, para discutir em juízo suas pretensões. A razão social dessa imposição de tempo para agir, nos dizem, é o interesse em pacificar as relações, em lugar de perpetuar os conflitos. O fato de que a prescrição atinge apenas direitos de crédito nos demonstra, desde logo, que há uma preocupação social, adequada à perspectiva do capital, de conservação do patrimônio. A pacificação dos conflitos sociais é pensada sob a perspectiva das relações de crédito e débito. Então, trata-se de instituto que precisa ser refletido e aplicado restritivamente, pois não deve boicotar o projeto jurídico edificado na Constituição de 1988, cujo escopo é a realização (e não a negação) dos direitos sociais fundamentais. Por isso mesmo, a definição da prescrição é a de que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição” (Código Civil, artigo 189).

Se é a exigibilidade que perece, quando o juiz pronuncia a prescrição, não se pode falar em “prescrição total” (construção do TST, como inclusive admite expressamente a súmula 409: “Não procede ação rescisória calcada em violação do artigo 7º, XXIX, da CF/1988 quando a questão envolve discussão sobre a espécie de prazo prescricional aplicável aos créditos trabalhistas, se total ou parcial, porque a matéria tem índole infraconstitucional, construída, na Justiça do Trabalho, no plano jurisprudencial”), como agora, inadvertidamente, dispõe o artigo 11, § 2º. A prescrição poderá incidir apenas sobre as parcelas que se tornaram exigíveis há mais de cinco anos da data da propositura da demanda.

Quanto ao § 3º desse dispositivo, é certo que não impedirá o ajuizamento de protesto interruptivo da prescrição, previsto no CPC e amplamente aceito no âmbito da Justiça do Trabalho. Trata-se apenas de incorporação ao texto legal, de previsão contida em súmula do TST, acerca da aplicação de regra que também existe no processo comum: a ação ajuizada, mesmo que arquivada, interrompe a prescrição em relação aos pedidos ali formulados.

O artigo 11-A introduz a prescrição intercorrente no processo do trabalho, contrariando a jurisprudência absolutamente majoritária, pautada pela súmula 114 do TST, e o recente pronunciamento traduzido na Instrução Normativa 39/TST. A fluência desse prazo prescricional inicia-se, de acordo com o novo dispositivo, “quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução”. Então, basta que o exequente impulsione o processo, requerendo ao juízo a adoção das medidas de que dispõe (SENIB, BACENJUD, RENAJUD etc.), para que esteja afastada a aplicação dessa regra.

As alterações processuais são certamente as mais graves, quando se examina o conteúdo da Lei 13.467/17, por sua clara tentativa de afastar o trabalhador da tutela jurisdicional. Temos, porém, o princípio de acesso à justiça, decorrência lógica do monopólio da jurisdição, que está positivado em pelo menos dois momentos, na parte dos direitos fundamentais da Constituição de 1988: no artigo 5º, XXXV, e no artigo 7º, XXIX. Portanto, qualquer regra que afronte tais normas não apenas estará dissociada do princípio da proteção e, com isso, não poderá ser considerada norma jurídica – como também será evitada de inconstitucionalidade material e formal.

A própria gratuidade da Justiça constitui conceito de cidadania e, como tal, não comporta divisões. Trata-se de permitir acesso à justiça a quem não tem condições financeiras para isso. Tornar a gratuidade da justiça menos garantista na Justiça do Trabalho, em relação às outras searas do direito, é tornar o trabalhador um cidadão de segunda categoria.

A regulação da prescrição pela Lei 13.467/17, buscando sentidos restritivos de sua aplicação, é uma tentativa de perverter a ordem constitucional, na qual a prescrição aparece como um direito dos trabalhadores, e não como uma garantia aos descumpridores dos direitos trabalhistas, que, inclusive, estão fixados ali na Constituição como direitos fundamentais.

As interpretações restritivas e as limitações, mesmo por atuação de ofício do juiz, que se estabelecem, concretamente, em favor do mau pagador e em detrimento da eficácia dos direitos trabalhistas, não estão, por conseguinte, autorizadas juridicamente.

E se, por uma questão de definição de fixação de sentidos para contribuir para a segurança jurídica, o passo necessariamente antecedente é pensar na segurança jurídica dos trabalhadores, titulares dos direitos assegurados na Constituição, só se pode falar em perecimento de direitos

por inação dos trabalhadores se a estes se conferem as possibilidades reais para agir. Assim, apenas no contexto da eficácia do preceito que assegura aos trabalhadores a garantia contra a dispensa arbitrária é que se pode falar em prescrição, ainda mais com os sentidos restritivos propostos pela Lei 13.467/17, valendo lembrar que mesmo essa lei não se atreveu a negar esse direito aos trabalhadores.

Art. 790. § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social.

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

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

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

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

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

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

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

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

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

I – o grau de zelo do profissional;

- II – o lugar de prestação do serviço;
- III – a natureza e a importância da causa;
- IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

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

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

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

O conceito legal de assistência judiciária gratuita está no artigo 5º da Constituição: e ela deve ser integral. Portanto, abrange todas as despesas do processo. É também o que estabelece o CPC, em seu artigo 98, § 1º, onde se elenca o que está abrangido pela assistência judiciária gratuita, sendo que no rol respectivo estão, expressamente, os custos com “os honorários do advogado e do perito”. Logo, uma norma que pretenda estabelecer gravame ao trabalhador beneficiário da assistência judiciária gratuita, contrariando frontalmente a norma geral e a regra contida no CPC, qualificando-se, desse modo, como avessa à noção de proteção que informa e justifica o Direito do Trabalho, não poderá ser aplicada.

A assistência judiciária gratuita é uma conquista da cidadania e se insere, pois, como uma garantia mínima a todo e qualquer cidadão que se encontre nas condições estabelecidas na norma. Não é possível, portanto, uma lei específica reduzir o patamar de cidadania já assegurado pela regra geral, sob pena de se criar a inconcebível figura, para os padrões jurídicos atuais, da subcidadania.

A inserção, no artigo 790, de um § 3º afirmando que o benefício da justiça gratuita poderá ser alcançado apenas por aqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, evidentemente não

impede que o juiz defira tal benefício, assim como inclusive refere o § 4º do mesmo dispositivo, a todo aquele que “comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”. Na realidade das relações de trabalho judicializadas, essa prova pode ser o próprio Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho (TRCT) ou qualquer outro documento que demonstre a perda da fonte de subsistência.

A norma do artigo 790-B, ao referir que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, não poderá ter interpretação diversa daquela já praticada na Justiça do Trabalho, que reconhece ao trabalhador a responsabilidade, mas dispensa o pagamento, exatamente em face do benefício que lhe foi reconhecido, uma vez que isso está assegurado aos cidadãos pela aplicação da regra geral já referida. Nada há de ser alterado, portanto, na compreensão quanto à aplicação dos recursos da União, como já ocorre, para permitir a efetiva remuneração do auxiliar do juízo, quando a parte autora está ao abrigo da assistência judiciária gratuita.

A regra inserta no § 1º desse dispositivo (artigo 790-B), no sentido de que o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, ao fixar o valor dos honorários periciais, depende inicialmente de que tais valores sejam mesmo fixados e, em seguida, da análise da atividade pericial, que pode representar esforço que justifique remuneração superior a tal limite. Não podemos esquecer que o Conselho Superior da Justiça do Trabalho edita recomendações, mas não detém competência para fixar valores de remuneração para os auxiliares do juízo.

O § 3º do artigo 790-B estabelece proibição que também contraria frontalmente norma contida no CPC. Dispõe que “o juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias”. Ora, o artigo 95 do CPC, que nem sequer está fundado na noção de proteção a quem trabalha, estabelece que a remuneração do perito poderá ser adiantada. O § 3º do artigo 95 do CPC diz expressamente que, quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado, tal como já ocorre na Justiça do Trabalho.

Portanto, a disposição enxertada na CLT, no § 4º do mesmo artigo 790, no sentido de que “somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo”, deve ser afastada, porque é incompatível com a própria noção de gratuidade que, aliás, é decorrência lógica da proteção jurídica àqueles que dela necessitam como obrigação do Estado.

Aliás, aqui há uma questão ainda mais grave. É que o crédito alimentar é insuscetível de renúncia, cessão, compensação ou penhora (artigo 1.707 do Código Civil), cuja aplicação subsidiária a Lei 13.467 exorta o juiz a fazer (nova redação do artigo 8º). O fato de que os créditos trabalhistas são alimentares está consolidado na redação do artigo 100 da Constituição, em seu § 1º, segundo o qual têm natureza alimentícia os créditos “decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez”. Logo, não podem ser compensados.

É preciso ainda pontuar que o artigo 195 da CLT estabelece que a perícia deve ser determinada, de ofício, pelo Juiz, quando necessária. Assim, a parte poderá muito bem requerer o reconhecimento da condição insalubre (inclusive por ação declaratória) e, mesmo quando formular a pretensão de pagamento da verba, dispensar desde logo a perícia, informando ao juízo que, se entender necessária a inspeção, a determine de ofício. Desse modo, não poderá ser onerada por eventual insucesso da prova.

O debate a respeito dessa questão nos permite perceber, enfim, que a perícia não é uma obrigação do reclamante. Trata-se, em verdade, de um meio de prova, do qual o juiz pode se socorrer, mas também não está obrigado a fazê-lo se tiver à disposição nos autos outros elementos que auxiliem na formação de seu convencimento, que pode advir, inclusive, de presunções que decorram, por exemplo, da ausência de realização por parte da empresa de PPRA e PCMSO. Nesse sentido, a perícia se insere como elemento de prova de interesse do empregador. Tendo condições financeiras para arcar com os honorários prévios fixados, deverá o empregador requerer a prova e desde logo depositar o valor dos honorários. Ainda que a lei diga que o juiz não pode exigir o pagamento, isso não o impede de fixar valores a tal título. Se a reclamada, valendo-se da prerro-

gativa legal, não quiser efetuar o pagamento antecipado dos honorários, deverá arcar com as consequências processuais da ausência da produção da prova, já que o juiz, em razão do princípio da indeclinabilidade, está condenado a apreciar o mérito da pretensão formulada pelo autor.

O artigo 791-A estabelece que “ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”. O limite de 15% revela-se completamente dissociado da prática atual, inferior inclusive aos percentuais fixados em tabela pela OAB, e certamente, se mantidos em decisão judicial, implicarão a cobrança de outros valores, a serem suportados diretamente pelo trabalhador.

A regra do parágrafo único do artigo 404 do Código Civil resolve o problema. Há ali autorização para que o juiz defira indenização complementar, sempre que entender insuficiente aquela pleiteada ou deferida em razão de disposição legal. Aliás, essa regra serve também para, em aplicação subsidiária, majorar o valor da indenização por dano moral, escapando da prisão em que a redação do artigo 223 G, § 1º, tenta enredar o juiz.

O § 3º do artigo 791-A refere que, na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. Aqui está outra das mais nefastas previsões da Lei 13.467/17, pois a sucumbência recíproca é a antítese da razão de existência mesma de um processo do trabalho.

A criação da Justiça do Trabalho tem por pressuposto a facilitação do acesso à justiça, o que inclui a noção de *jus postulandi* e de assistência gratuita. A gratuidade, inclusive, é um princípio do processo do trabalho, como se sabe, e abrange todas as despesas do processo. Portanto, a regra da sucumbência recíproca, para que seja compatibilizada com a ordem constitucional vigente e com o princípio da proteção, implicará a fixação e a dispensa do pagamento dos honorários, por parte do trabalhador alcançado pela gratuidade da justiça. E, se assim não for, para que a norma seja aplicada em consonância com a proteção que inspira a existência do processo do trabalho, os honorários deferidos ao patrono do reclamante precisarão ser compensados com aqueles fixados em contrato, caso não se compreenda pela própria impossibilidade de cumulação.

Ademais, e tendo à vista a verificação do potencial econômico diverso das partes, conforme critério estabelecido na própria Lei 13.467/17 (artigo 223-G, inciso XI), os honorários fixados para o advogado da empresa deverão ser de 5%, enquanto aquele a ser reconhecido ao patrono do trabalhador terá de observar o patamar máximo de 15%.

Além disso, há que reconhecer que sucumbência recíproca não existe no aspecto específico da quantificação do pedido. Isto é, se, por exemplo, o pedido de dano moral, com valor pretendido de R\$ 50.000,00, for julgado procedente, mas no patamar fixado pelo juiz for de R\$ 5.000,00, não se terá a hipótese de “procedência parcial”, da qual advém a sucumbência recíproca, porque, afinal, o pedido foi julgado procedente. Se assim não se entendesse, os honorários advocatícios conferidos ao empregador poderiam até ser superiores à indenização deferida ao reclamante.

Destaque-se que, mesmo na dinâmica do processo civil, a compreensão doutrinária, já refletida em jurisprudência e em lei, é a de que os honorários advocatícios não servem para conferir um proveito econômico à parte que não tem razão; ou, dito de outro modo, não constituem instrumento para penalizar a parte economicamente desprovida e que vai à Justiça pleitear seus direitos. Nesse sentido, veja-se a Súmula nº 326 do STJ: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”. E, também, o teor do parágrafo único do artigo 86 do CPC: “Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários”.

O § 4º desse mesmo dispositivo, quando menciona que o beneficiário da justiça gratuita terá as obrigações decorrentes de sua sucumbência “sob condição suspensiva de exigibilidade”, durante dois anos, nos quais o credor poderá provar que “deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade”, estabelece uma contradição que não poderá ser resolvida senão pela inaplicabilidade dessa disposição legal. É que a gratuidade se dá em razão da situação do trabalhador no momento em que demanda. E se ela abrange, inclusive sobre a exegese do CPC – que, repita-se, nem sequer tem por princípio a proteção a quem trabalha –, todas as despesas do processo, não há como sustentar tal condição suspensiva sem negar, por via oblíqua, a gratuidade.

O mesmo ocorre em relação à suposta autorização, contida nesse mesmo dispositivo, para compensação com créditos obtidos em juízo, “ainda que em outro processo”. Novamente aqui, a disposição legal esbarra nas disposições do artigo 1.707 do Código Civil e no artigo 100 da Constituição.

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

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

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

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

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

- I – a natureza do bem jurídico tutelado;
- II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III – a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII – o grau de dolo ou culpa;

- VIII – a ocorrência de retratação espontânea;
- IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X – o perdão, tácito ou expresso;
- XI – a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII – o grau de publicidade da ofensa.

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

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

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

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

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

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

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

A previsão de que causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, que é a titular exclusiva do direito à reparação (artigo 223-B), obviamente tem o objetivo de inserir na lógica das relações judiciais trabalhistas a possibilidade de concessão de dano extrapatrimonial em favor do empregador. Mas é também possível extrair desse dispositivo a positivação do dano social e do dano existencial, sepultando o argumento de parte da doutrina, de que tais danos não poderiam ser reconhecidos em um processo trabalhista, por ausência de previsão legal expressa.

Os artigos 223-C e D, que aparentemente são redundantes, pois já há norma (constitucional e ordinária) tratando do tema, tem o claro intuito de favorecer o empregador, com a descrição dos danos de que pode ser vítima. De qualquer modo, trata-se de questão que também poderia ser

resolvida à luz do direito material que regula a responsabilidade civil e que já possui regras a propósito.

Mas cabe reparar que a tutela desses valores pelo Direito do Trabalho só tem sentido dentro de um contexto em que se garanta ao empregado uma inserção efetiva na empresa, com proteção do emprego e eliminação do poder potestativo de resilição do contrato por parte do empregador, pois, do contrário, a previsão serve apenas para aumentar o nível de submissão do trabalhador ao poder do capital, sem possibilidade concreta de reação. Aliás, mesmo dentro de um ambiente de proteção contra a dispensa arbitrária, há que reconhecer a disparidade de forças entre o capital e o trabalho. Por isso, sem garantir ao trabalhador as possibilidades plenas de manifestação, de reivindicação e de resistência, para que sua condição humana não seja anulada no ambiente de trabalho, não há como falar em dano em favor do empregador.

Em toda relação hierarquizada, para efetivar a democracia e preservar os valores humanos, é necessário conferir possibilidades concretas de reação daqueles que estejam em situação potencial de submissão, daí por que a previsão do artigo 223-D é juridicamente inconcebível na dinâmica das relações de trabalho, constituindo, isso sim, uma espécie de assédio institucional aos trabalhadores, com exceção, é claro, das questões ligadas a direitos patrimoniais como a marca, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência.

Aliás, a proteção expressa ao sigilo de correspondência deve servir para que seja revista a jurisprudência atual, quando permite a violação, pelo empregador, da correspondência eletrônica de seus empregados, seja em e-mail pessoal ou corporativo.

A redação do artigo 223-E tem o benefício de permitir a compreensão de que se acatou, em tais casos, a responsabilidade objetiva, já que não há referência sobre eventual necessidade de comprovar culpa, mas, sorrateiramente, tenta atrair para o polo passivo das demandas, como responsáveis solidários, os trabalhadores que, no ambiente de trabalho, atingiram a esfera dos direitos de personalidade do reclamante. Ora, a organização produtiva e o meio ambiente de trabalho pertencem, juridicamente, ao empregador, e os empregados atuam em tal ambiente sob subordinação do empregador. Tentar transferir os conflitos que decorrem da organização produtiva no ambiente de trabalho para o âmbito das re-

lações pessoais serve apenas para obscurecer a desumanização da lógica produtivista e seus problemas estruturais, fazendo supor que todo e qualquer conflito no ambiente de trabalho não é nada além de uma questão de relacionamento ou de desvio de conduta dos próprios trabalhadores.

Além disso, é evidente que a atração do agressor/trabalhador ao pólo passivo da demanda não só tumultua o processo como dificulta sua efetividade, o que nos leva a concluir que, ainda que essa proteção ao patrimônio da empresa esteja fixada na lei trabalhista, não poderá ser resolvida na lide em que um trabalhador procura sua reparação de ordem moral e material em face do empregador, até porque o empregado, que agiu em nome ou em prol do processo produtivo, cobrando metas etc., terá, por isso mesmo, uma demanda em face do empregador, ainda mais se for levado por este ao polo passivo de uma demanda.

O artigo 223-F é completamente desnecessário, pois nada muda em relação à regra atual de que a reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

Já o artigo 223-G é mais uma tentativa de amarrar o juiz. O parâmetro utilizado pelo legislador (a remuneração do trabalhador) deverá ser afastado, seja porque não se pode falar em tarifação de dano (algo sobre o qual já há, inclusive, manifestação expressa do STF), seja porque atrela dano que não tem natureza patrimonial à condição de remuneração do trabalhador, positivando uma discriminação negativa, que atrai a incidência da Constituição e da Lei 9.099/95.

A discriminação fica ainda mais evidente quando a lesão for, por exemplo, plúrima ou coletiva, afetando da mesma maneira pessoas que recebem salários diferentes.

A regra pode ser superada, também, com o uso da norma do artigo 404, parágrafo único, do Código Civil, segundo a qual, “provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar”. Por sua vez, o § 2º (Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor) precisará ser compatibilizado com a regra do *caput* (acerca da situação social e econômica das partes envolvidas).

O artigo 223-G preconiza que o juiz deve considerar, dentre outros aspectos, o “grau de dolo ou culpa” (inciso VII) do agressor. Isso não quer dizer que se tenha adotado, de forma expressa, a teoria da responsabilidade subjetiva para efeito de reparação por dano moral decorrente de acidente do trabalho, primeiro porque o acidente do trabalho é um instituto específico, e toda vez que o legislador, em todos os momentos históricos, quis tratar dos acidentes do trabalho o fez de forma específica. Assim, não cabe interpretação extensiva para efeito de aplicar ao acidente do trabalho norma que não se refira a ele expressamente, sobretudo com o propósito de reduzir a eficácia punitiva e reparatória das normas que tratam do tema. De todo modo, o dispositivo em questão não diz que a reparação apenas se dará quando presentes a culpa ou o dolo, e sim que o valor da reparação pode ser majorado nessas situações, o que não elimina, e até reforça, a compreensão de que é objetiva a responsabilidade dos empregadores pela ocorrência de acidentes do trabalho, como preconiza, ademais, o inciso XXVIII, do artigo 7º da CF, que garante aos trabalhadores o direito a um seguro “contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”. A ocorrência de dolo ou culpa é, nos termos do inciso XXVIII do artigo 7º da CF e do inciso VII do artigo 223-G da CLT, uma circunstância agravante do dano, e não o requisito para a constituição do direito à reparação.

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 - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 793-C. De ofício ou a requerimento, o juízo 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 dois ou mais os litigantes de má-fé, o juízo 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 juízo 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.

Os artigos 793-A e 793-B não inovam nem atrapalham. De todo modo, lidos com olhares promissores, possuem o benefício de impor aos juízes uma postura corretiva de práticas abusivas verificadas, sobretudo, por parte de reclamadas quanto à apresentação de documentos, como cartões de ponto, que não refletem a realidade.

A inserção de informações falsas em cartões de ponto e a omissão de salários nos recibos de pagamento correspondem à falsificação de tais documentos e possuem graves implicações, que vão desde o prejuízo material daquele que vendeu sua força de trabalho e nem recebeu as horas extras e os reflexos das verbas salariais até a sonegação de tributos (que gera efeitos prejudiciais a toda a sociedade), passando pelo ilícito de se pretender ludibriar o Judiciário para impedir a aplicação da decisão mais justa ao caso concreto.

Assim, é importante que sejam verificados, um a um, todos os aspectos criminais da conduta da reclamada que assim proceda, para que as autoridades competentes efetivamente atuem no controle e na repressão de ilícitos como os que se verificaram nos autos e, portanto, que a inserção de informações falsas nos recibos (por meio de conduta omissiva) e nos cartões de ponto, além da utilização de tais documentos

no processo, deixem de ser tratadas apenas como situações corriqueiras relacionadas meramente à prova processual trabalhista, atingindo sua necessária abrangência.

Nesse contexto, a inserção de informações falsas nos recibos e cartões de ponto do reclamante configura o crime de falsidade ideológica previsto no artigo 299, do Código Penal:

Art. 299 – Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

E, considerando-se que os mencionados documentos são equiparáveis aos documentos públicos, há ainda a imputação de crime de falsificação de documento público, previsto no artigo 297, do Código Penal:

Art. 297 – Falsificar, no todo ou em parte, documento público ou alterar documento público verdadeiro:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa.

(...)

§ 3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir:

I – na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório;

II – na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita;

III – em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado.

§ 4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços. Grifou-se

E, se esses documentos são utilizados na dinâmica da relação de emprego e no curso de uma lide processual sobre a relação de emprego e na Justiça do Trabalho para sonegar os reflexos salariais e se eximir de responsabilidade, incide o tipo penal do artigo 304, do Código Penal (uso de documento falso):

Art. 304 – Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena – a cominada à falsificação ou à alteração.

A conduta, ainda, configura o crime de sonegação fiscal por falsa declaração, nos termos do artigo 1º da Lei 4.729/65, pois os documentos mencionados são utilizados para apuração de valores salariais, sobre os quais incidem imposto sobre a renda e contribuições previdenciárias.

Lei 4.729/65 – art. 1º – Constitui crime de sonegação fiscal: I – prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei:

Pena – Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.

No que diz respeito à supressão do pagamento das verbas salariais devidas, em decorrência das informações falsas lançadas nos cartões e nos recibos, a conduta se insere no tipo penal do artigo 168, do Código Penal (apropriação indébita), pois a retenção dolosa de salários prevista no artigo 7º, X, da CF/88 foi normatizada pelo legislador infraconstitucional:

Art. 168 – Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

É também inequívoco o enquadramento no tipo penal do artigo 203 do Código Penal, pois a utilização dos recibos de pagamento e dos cartões de ponto para sonegar horas extras e reflexos salariais ca-

racteriza o crime de “frustração de direito assegurado pela legislação trabalhista”:

Art. 203 – Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:

Pena – detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Vale destacar ainda que a conduta de utilizar os documentos falsificados no âmbito do processo trabalhista, a fim de enganar o juízo e tentar obter vantagem ilícita, também possui repercussão específica, devendo-se ressaltar que a situação em questão já fora verificada em sentença proferida pela Justiça Federal da 5ª Região em Ação Penal Pública movida pelo Ministério Público Federal (Processo nº 2005.82.00.011873-0).

É possível também compreender que as condutas de fraudar documentos, utilizando-os como prova em processo judicial, para o fim de enganar o juiz e gerar ineficácia de direito fundamental alheio, estão incursas nos tipos penais de fraude processual, desacato e estelionato:

Fraude processual

Art. 347 – Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Pena – detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único – Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

Desacato

Art. 331 – Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Estelionato

Art. 171 – Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

§ 1º – Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no artigo 155, § 2º.

O artigo 793-C revela a mesma timidez já evidenciada no texto do CPC, resistindo a romper com a lógica do processo como um bom negócio.

O artigo 793-D, além de atécnico (a testemunha passa a ser considerada “litigante” de má-fé), na linha da ânsia punitiva já revelada por alguns setores da própria Justiça do Trabalho, promove ruptura com a origem histórica e os pressupostos do direito e do processo do trabalho por constituir evidente tentativa de intimidação das testemunhas em uma lógica na qual, bem sabemos, não existe isenção.

É claro que as testemunhas, em uma ação trabalhista, não são isentas em suas percepções da realidade. Aquelas que comparecem a pedido do reclamante via de regra já trabalharam na empresa demandada, com ela mantendo, portanto, relação que não se resume a questões econômicas, como bem sabemos. A relação de trabalho é também uma relação de troca de afetos, pelo próprio lugar que o trabalho ocupa na vida humana. Por sua vez, as testemunhas convidadas a depor pela demandada, em regra, são empregados que não detêm garantia alguma de manutenção no emprego. Não raros são os casos em que a testemunha, após dizer a verdade em juízo, é surpreendida com uma demissão não motivada. Logo, intimidá-la com a possibilidade de multa ou mesmo aplicar tal penalidade implicaria punir a testemunha por fato que extrapola o âmbito de sua vontade. Aliás, numa relação de trato continuado, como é a relação de emprego, muitas vezes nem é possível ter a total dimensão de como os fatos efetivamente ocorreram, advindo daí, inclusive, a técnica processual trabalhista de que os fatos sejam demonstrados por provas documentais.

Essa norma, ademais, contraria frontalmente o artigo 5, LIV, que impede que alguém seja privado de seus bens sem o devido processo legal, e o LV, que garante contraditório e ampla defesa aos “acusados em geral”. Logo, se a testemunha for acusada de mentir em juízo, terá que ter respeitado seu direito de defesa, antes de ser punida.

Pode-se vislumbrar a aplicação do dispositivo em questão como produto da prática de má-fé da parte, e a única hipótese em que isso seria possível é quando a testemunha convidada a depor pela reclamada, e que ainda esteja sob sujeição, presta seu depoimento em estado de subordinação. Ora, o

empregado sem garantia de emprego não tem a escolha de dizer a verdade ou mentir em juízo, quando exortado a tanto, por seu empregador. Logo, se mente, a testemunha que está inserida em uma relação precária de trabalho, sem nenhuma garantia contra a demissão, o faz, pressupostamente, para manter seu emprego e, nesse caso, o que se tem é uma prática de litigância de má-fé do empregador, que engendrou tal situação. As normas do artigo 932 e do artigo 942, ambos do Código Civil, podem ser invocadas, de forma subsidiária, para sustentar tal responsabilidade, que é objetiva e solidária. A empresa, sendo já parte no processo, terá a oportunidade de defesa, respeitando-se, assim, a norma constitucional antes mencionada.

5. Saúde e trabalho da mulher

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

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

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

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

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

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.

Art. 396. § 2º Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador.

Insalubridade é dano efetivo à saúde. O próprio artigo 611-B refere que será ilícito o objeto de norma coletiva que afetar direitos relacionados à saúde e à segurança de quem trabalha. A proposta discursiva da “reforma” é o negociado sobre o legislado. Se a negociação, que deve prevalecer, não pode atingir tais regras, evidentemente também não o pode a legislação ordinária, e isso não decorre da regra do artigo 611-B, que nem precisaria existir, mas sim do comando do artigo 7º da Constituição.

A regra de não afastamento obrigatório da gestante em atividades insalubres em graus médio e mínimo, conforme previsão do artigo 394-A, senão mediante apresentação de atestado médico, afeta o direito fundamental a um ambiente saudável. A proteção à saúde dos trabalhadores e das trabalhadoras exige a criação de norma objetivando a eliminação da submissão a atividades insalubres, e não aumentando as hipóteses de exposição. A única forma de compatibilizar esse artigo com a ordem constitucional é considerar atendida a exigência legal apenas se a empregada apresentar atestado que comprove, **cientificamente**, que as condições reais do trabalho não resultarão em prejuízo para ela nem para seu filho. O mesmo raciocínio serve para a amamentação, na forma do § 2º do artigo 396, da CLT, em função do que dispõe o artigo 611-A dessa lei.

6. Trabalhador “hipersuficiente”

Art. 444. Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Verifica-se neste dispositivo mais um exemplo da contradição da Lei 13.467/17 em preconizar o respeito à autonomia da vontade coletiva e, ao mesmo tempo, resistir a ela por meio da introdução de espaços para a autonomia da vontade individual. Mas como a autonomia da vontade coletiva, nos termos da própria lei, foi alçada ao *status* de princípio, as hipóteses reguladas de autonomia individual perdem força jurídica, até porque contrariam os preceitos fundamentais do Direito do Trabalho da

irrenunciabilidade e da não distinção entre trabalho intelectual e manual, uma vez que o conflito ao qual o Direito do Trabalho se volta não é de natureza pessoal, e sim estrutural, e diz respeito à relação entre o capital e o trabalho.

A única interpretação capaz de harmonizar essa norma com o sistema de proteção ao trabalho é a que o sujeita à dicção do *caput*. Sabemos que o objetivo, aqui, é permitir alterações que contravenham disposições legais, mas não há como aplicar a regra desse modo, seja porque implicaria negação do próprio conteúdo do *caput*, que é o de negar a possibilidade de “livre estipulação” para alguém do mínimo legal, seja porque equivaleria a tolerar renúncia, algo vedado tanto pelo artigo 9º da CLT quanto pelos artigos 1.707 do Código Civil e 100 da Constituição.

7. Remuneração. Equiparação

Art. 457. § 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao Contrato de Trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.

Art. 458 § 5º O valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio ou não, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, próteses, órteses, despesas médico-hospitalares e outras similares, mesmo quando concedido em diferentes modalidades de planos e coberturas, não integram o salário do empregado para qualquer efeito nem o salário de contribuição, para efeitos do previsto na alínea q do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Para o artigo 457, a alteração está no § 1º, que passa a referir que “integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as

comissões pagas pelo empregador”. Antes, dispunha que integram o salário a importância fixa estipulada, gratificações, porcentagens, comissões, diárias e abonos.

Por sua vez, o § 2º excluía do salário apenas as ajudas de custo e diárias de viagem que não superassem 50% do salário ajustado e agora dispõe que “As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao Contrato de Trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário”. Há um nítido propósito de eliminar custos previdenciários e tributários, o que atenta contra o projeto de Estado Social, causando enorme prejuízo ao patrimônio da classe que vive do trabalho.

Dentro do contexto jurídico proposto, há que entender que a compatibilização desse dispositivo com a regra geral de que os valores pagos como contraprestação pelo serviço prestado constituem salário determinará a compreensão de que a natureza salarial dessas verbas só pode ser negada se restar claro que foram pagas para a prestação do serviço, e não como parte da troca entre capital e trabalho.

O § 4º define prêmios como as “liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades”. A previsão, a um só tempo, distorce o conceito de salário e retira contribuição previdenciária, frustrando duplamente a ordem constitucional vigente. Ora, na relação de trabalho não existem “liberalidades”. O que existe é troca. Tudo o que o trabalhador recebe pelo trabalho que faz é remuneração, porque essa é a base da troca. Premiação ou abono, pago em razão do rendimento do empregado, de seu “desempenho superior ao ordinariamente esperado”, é contraprestação pelo trabalho realizado.

De todo modo, em consonância com o teor do § 3º, que mantém o critério da habitualidade como definidora da natureza salarial, excepcionando da regra apenas as verbas ali mencionadas, a suposta “liberalidade” que não tem natureza salarial só pode ser entendida como uma oferta concedida fora de qualquer parâmetro de habitualidade ou previsibilidade, como, ademais, sugere o próprio teor do § 4º.

A alteração do § 5º do artigo 458, que segue a preocupação do legislador da “reforma” de se ocupar, exaustivamente, em dizer o que não é remuneração, revela, mais uma vez, a intenção de esvaziar ao máximo o conteúdo do que é pago pelo trabalho. O § 5º do artigo 458 da CLT, entretanto, não causará maiores problemas, pois as questões ali referidas realmente não constituem valores que o empregado recebe pelo trabalho que presta. Portanto, de fato, não integram a remuneração, exceto quando – no caso concreto – o juiz verificar que a atribuição de determinada nomenclatura serve apenas para maquiagem o recebimento de salário, caso em que terá de declarar a nulidade da manobra, na forma do artigo 9º da CLT.

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

§ 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional.

§ 5º A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria.

§ 6º No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social.

Em relação à equiparação salarial, o artigo 461 busca mitigar o direito à igualdade por meio da alteração da expressão “na mesma localidade” por “no mesmo estabelecimento empresarial”.

A intenção restritiva, no entanto, pode ser vista como ampliativa, na medida em que retira o requisito da mesma localidade.

Assim, pode haver equiparação entre empregados que atuem para o mesmo empregador em localidades diversas, não servindo como impeditivo desse efeito a expressão inserida no texto do artigo 461 (“mesmo estabelecimento comercial”), pois, nos termos do artigo 1.142 do Código Civil, “considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa (atividade), por empresário (pessoa física), ou por sociedade empresária (pessoa jurídica)”. E, conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho, o estabelecimento empresarial “é o conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica”. (COELHO, 2009, p. 96)

O fato de o conjunto de bens se espalhar por diversas localidades não altera a essência do conceito de estabelecimento, que é a forma concreta como o empreendimento se desenvolve.

Uma rede de lojas, por exemplo, constitui o complexo de bens organizado, pelo qual a atividade comercial se desenvolve, e, desse modo, segundo o artigo 461 da CLT, pouco importa que o paradigma trabalhe na mesma unidade ou não, nem sequer é necessário, para se chegar à equiparação, que trabalhe na mesma localidade do equiparando.

Quanto ao § 1º desse dispositivo, a alteração teve a intenção de criar mais um requisito para a equiparação salarial. Em lugar de exigir menos de dois anos de diferença de tempo na função, refere que “trabalho de igual valor” deve ter igual produtividade, a mesma perfeição técnica, “entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos”.

Bom, em primeiro lugar, a diferença do tempo de serviço para o mesmo empregador superior a quatro anos só pode ser considerada impeditiva para a equiparação se o paradigma e o equiparando estiverem na mesma função há menos de dois anos, e sendo assim só se pode considerar esse elemento objetivo, temporal, como excludente da equiparação se vantagens salariais ao paradigma tiverem advindo dessa condição es-

pecífica, pois, se a diferença de salário tiver sido estabelecida unicamente a partir do exercício da função, o tempo anterior na empresa não tem nenhum feito jurídico determinado e não se pode inventar esse efeito meramente para beneficiar o empregador e impedir que o princípio isonômico tenha efetividade. Além disso, se tiver havido essa repercussão salarial como decorrência do tempo de serviço na empresa, somente essa diferença específica é que deve ser excluída da equiparação pelo exercício da mesma função.

Da mesma forma, a diferença do tempo na função superior a dois anos só é excludente da equiparação se a evolução salarial do paradigma refletir essa evolução temporal, e mesmo assim só afasta essa parcela específica.

O § 2º acrescenta mais uma hipótese de exclusão do direito à equiparação, além da existência de pessoal organizado em quadro de carreira, dispensando a homologação ou registro em órgão público. Essa previsão, no entanto, só reforça a interpretação acima e requer obediência restrita à formalidade, no sentido do estabelecimento de critérios objetivos, que não trazem nenhum tipo de discriminação ou incentivo a práticas lesivas a direitos, antidemocráticas e antissindicais, não se podendo, também, falar em ajuste tácito a respeito.

Não querendo se submeter a esse controle jurídico *a posteriori*, que é inevitável, já que nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser excluída da apreciação do Judiciário (artigo 5º, XXXV, da Constituição), o empregador poderá adotar como critério único a antiguidade, sendo esse, aliás, o sentido que se deve atribuir ao § 3º do mesmo artigo 461.

Apenas se garantidos a objetividade e o respeito à ordem jurídica nas promoções por merecimento e antiguidade é que o plano de carreira pode ser considerado uma hipótese de exceção à norma que prevê o direito à identidade salarial.

Outra exceção aparece, ainda, no § 5º, segundo o qual a “equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria”. Mas aqui o que se tem é uma ilusão do legislador, pois se um empregado obtém aumento salarial por decisão judicial, equiparando-se a outro empregado, com o qual trabalhou em momento anterior, a anterioridade da situação só é obstáculo à equiparação com os novos exer-

centes da mesma função, com diferença inferior a dois anos, se o tempo de serviço foi determinante da diversidade salarial, pois, do contrário, o pressuposto jurídico acaba servindo às políticas de rotatividade de mão de obra como estratégia gerencial para redução do salário, o que fere o princípio básico do Direito do Trabalho, que é o da melhoria da condição social dos trabalhadores, e até aniquila a experiência de negociação coletiva estimulada pela Lei 13.467/17.

Nos termos do § 6º, se houver diferença salarial discriminatória, o que, juridicamente, não exige prova, ao contrário do que sugere a inovação legislativa, uma vez que nos termos da Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, a discriminação entende-se caracterizada em determinadas situações, devendo a excludente ser demonstrada, terá o juiz o dever de condenar a empresa ao pagamento de “multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

Apesar da evidente timidez do valor aqui previsto, a norma pode ser aplicada de modo positivo, seja porque os motivos ali descritos (sexo ou etnia) devem ser compreendidos como exemplificativos, e, portanto, qualquer outra forma de discriminação certamente justifica a aplicação desse dispositivo, seja porque a multa assim fixada não exclui outras penalidades ou condenações, pela prática de dano extrapatrimonial, por exemplo, ou mesmo o uso do que dispõe o parágrafo único do artigo 404 do Código Civil, para majorá-la.

Art. 456-A. Cabe ao empregador definir o padrão de vestimenta no meio ambiente laboral, sendo lícita a inclusão no uniforme de logomarcas da própria empresa ou de empresas parceiras e de outros itens de identificação relacionados à atividade desempenhada.

Parágrafo único. A higienização do uniforme é de responsabilidade do trabalhador, salvo nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum.

A pretensão aqui é permitir que o empregador aja em manifesto abuso de suas prerrogativas, definindo a roupa a ser utilizada pelo trabalhador

e, ainda, obrigando-o a fazer propaganda de sua marca. É evidente que essa definição que cabe ao empregador está condicionada, para que seja considerada válida, à demonstração de que não há exploração indevida de propaganda sem remuneração nem ofensa à integridade moral do empregado.

A realidade é que, se o empregador define o padrão de vestimenta (dirigindo a prestação pessoal de serviço), ele assume todo o risco que daí decorre (art. 2º da CLT). Logo, o parágrafo único encontra sua neutralização no *caput* desse mesmo dispositivo. Caso assim não se entenda, poder-se-á presumir que o uniforme, porque deve ser preservado pelo trabalhador, implicará cuidados especiais inclusive na lavagem. O empregador é que deverá demonstrar que o procedimento utilizado para a lavagem era idêntico àquele usado para roupas pessoais, “invertendo-se” o ônus da prova, como passa a autorizar expressamente a nova redação do artigo 818 da CLT.

A norma coletiva também poderá atuar aqui, prevendo expressamente esse dever do empregador.

8. Alteração do contrato de trabalho

Art. 468. § 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função.

O artigo 468 da CLT segue com idêntica redação e prevendo, em seu parágrafo primeiro (antes parágrafo único), que “não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança”.

O § 2º inserido nesse dispositivo fere a vedação da alteração contratual lesiva (artigo 468 da CLT), regra geral que se mantém. A supressão da vantagem econômica que, em razão do decurso de tempo, se incorporou ao patrimônio jurídico do trabalhador promove lesão que deve ser reparada. O inciso VI do artigo 7º de nossa Constituição fixa a impossibilidade de o trabalhador ter sua remuneração reduzida por manobra do empre-

gador. Ora, se tal alteração é lesiva, pouco importa que ele tenha passado mais de dez anos ou não.

Portanto, se a ideia da alteração legal foi terminar com o entendimento contido na Súmula 372 do TST e com seu parâmetro de compreensão da necessidade de proteção à intangibilidade salarial, podemos avançar, para compreender que, mesmo que a gratificação não se incorpore, havendo lesão, deve ser recomposta a intangibilidade salarial, com a conservação do conteúdo remuneratório do salário. Realmente, não há diferença se o empregado está há dois, cinco ou dez anos recebendo determinado valor por seu trabalho e, de forma repentina, em razão de ato unilateral do empregador, vê sua remuneração reduzida.

9. Extinção do vínculo

Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

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

Art. 482. m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.

Art. 484-A. O Contrato de Trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I – por metade:

- a) o aviso prévio, se indenizado; e
- b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do tempo de serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;

II – na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do

Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

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

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

A previsão do artigo 477, § 6º, que não sofreu alteração, precisará ser aplicada de forma a não gerar prejuízo ao trabalhador. Assim, o término do contrato, para a finalidade do prazo do pagamento das verbas rescisórias, e não para atribuição de outros efeitos jurídicos, como a contagem do tempo de serviço e marco inicial da prescrição, deve ser compreendido como a data em que foi cessada a prestação dos serviços. Do contrário, em caso de vínculos longos nos quais o trabalhador tem direito a aviso prévio proporcional ao tempo de serviço de noventa dias, por exemplo, ele só receberá a rescisão após o decurso desse prazo. A regra, se for assim interpretada, será contrária à proteção que orienta e justifica o Direito do Trabalho, especialmente porque coloca em risco a própria subsistência física do trabalhador e daqueles que dele eventualmente dependem, transformando o direito ao prévio aviso em um sacrifício fatal. Por consequência, ou é aplicada de forma a garantir a incolumidade física e psíquica de quem perdeu o posto de trabalho, ou precisa ser afastada do ordenamento jurídico.

Por sua vez, a tentativa de facilitar as dispensas coletivas de trabalhadores, fazendo uma equiparação entre dispensas individuais e coletivas, conforme estabelecido no artigo 477-A, gera efeito bem diverso do pre-

tendido, pois a partir da equiparação passa a ser possível, finalmente, que se reconheça para todas as espécies de demissão, individuais ou coletivas, o dever de motivação por parte do empregador, sob pena de nulidade, na forma do artigo 7º, inciso I, da Constituição e da Convenção 158 da OIT.

Essa norma internacional, que pode ser utilizada como fonte formal do direito do trabalho seja por força do artigo 8º, seja pela literalidade do artigo 5º, § 2º, da Constituição (“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”), estabelece o dever de motivação para o ato da demissão.

O inciso I do artigo 7º da Constituição há muito trouxe essa garantia e sempre se recusava a sua aplicação com o falso fundamento de que na ordem jurídica pátria não havia uma definição legal do que seria dispensa arbitrária, apesar da redação do artigo 165 da CLT.

Pois bem, tratando da garantia de emprego na criada Representação de Empregados, o § 3º do artigo 510-D, com redação dada pela Lei 13.467/17, deixou claro que despedida arbitrária é aquela “que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”. É verdade que a regulação do inciso I requer lei complementar e a Lei 13.467/17 é uma lei ordinária, mas é mais do que evidente a inconstitucionalidade por omissão do legislador na matéria, autorizando o preenchimento da lacuna por atuação jurisprudencial, ainda mais quando a própria reforma, que pretende impor retrocessos trabalhistas, acabou trazendo o fundamento para tanto, que pode, igualmente, ser detectado no § 3º do artigo 611-A: “§ 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”.

Além disso, se a “reforma” adveio para aumentar empregos, respeitando a Constituição, como se disse, ela traz consigo, necessariamente, a cláusula de garantia de emprego, para que não se efetue a transposição dos empregos efetivos para os empregos precários, criados pela “reforma”, e também para que se possibilite a cultura do negociado sobre o legislado sem que os empregados se vejam sob a ameaça do desemprego. Aliás, foi também a “reforma” que determinou

a aplicação dos preceitos do Direito Civil, pertinentes ao negócio jurídico, e estes recusam validade ao negócio jurídico formalizado fora dos parâmetros da boa-fé e sob o império da ameaça. Os artigos 421 e 422 do Código Civil fixam que os contratos devem atender a uma função social e estar baseados em boa-fé. E o artigo 166, inciso VI, do mesmo Diploma estabelece que é nulo o negócio jurídico quando “tiver por objetivo fraudar lei imperativa”.

O conteúdo do artigo 477-B, quando estabelece que “Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes”, terá de se submeter ao crivo do Poder Judiciário trabalhista e mesmo ao conceito jurídico de quitação, tal como deverá ocorrer com a regra do artigo 507-B (possibilidade de termo de quitação anual).

Quitação é instituto jurídico específico que só se obtém mediante pagamento. Não há quitação como decorrência de renúncia ou transação. Então, não terá valor jurídico uma declaração do trabalhador, estabelecida em TRTC, em PDV ou “termo de quitação anual”, no sentido de que todos os seus direitos, genericamente considerados, foram respeitados pelo empregador.

Ao Poder Judiciário Trabalhista caberá a análise do efetivo cumprimento das verbas descritas no aludido termo, na medida em que se mantém a exigência de documentação do pagamento de salário (artigo 464), registro de horário (artigo 74, § 2º da CLT) etc. A eficácia liberatória, para que não seja praticada como salvo-conduto para o desrespeito a direitos fundamentais, preservando-os tal como pretendem os autores da “reforma”, só ocorrerá se a empresa provar em juízo o real cumprimento das verbas descritas no termo. Do contrário, sua eficácia será nenhuma, pois afrontará a norma do artigo 9º da CLT. Esse, aliás, tem sido o entendimento da jurisprudência dominante, tal como evidencia o texto da súmula 330 do TST.

Ademais, é a própria Lei 13.467/17 que exorta os juízes do trabalho a considerarem o Código Civil como parâmetro para a interpretação e aplicação de normas trabalhistas. A quitação tem seu conceito estabelecido no artigo 320 do Código Civil, segundo o qual “a quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida

quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor ou do seu representante”. E, conforme o artigo 324 do Código Civil, “ficará sem efeito a quitação assim operada se o credor provar, em sessenta dias, a falta do pagamento”. Além disso, continua vigente o artigo 9º da CLT, o qual estipula que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

De todo modo, o artigo 477-B exige a aprovação do PDV ou do PDI em convenção ou acordo coletivo de trabalho, impossibilitando que seja estabelecido no âmbito dos entes públicos por meio de leis, portarias ou qualquer outro tipo de ato normativo.

Além do mais, como existe a cláusula geral da garantia de emprego contra a dispensa arbitrária, o PDV ou o PDI, obedecidos os requisitos de validade específicos para a sua efetivação, sendo a concessão de vantagem econômica aos trabalhadores uma delas, têm, por isso mesmo, seus efeitos limitados à própria cessação. Dito de outro modo, dentro da lógica da preservação da empresa como fonte geradora de empregos e diante da garantia contra a dispensa arbitrária, a efetivação da dispensa por meio do PDV ou do PDI só é possível com motivação específica, ainda que de ordem econômica, e com o oferecimento de vantagem compensatória ao trabalhador, e com a tal “quitação geral” essa vantagem se perde, deixando de ter sentido a própria autorização jurídica para a cessação do vínculo de emprego.

O PDV ou o PDI, ademais, são uma modalidade de cessação de vínculo equiparável à dispensa por iniciativa do empregador. Mesmo que se compreenda que o trabalhador precisa aderir, ou seja, concordar, a vantagem apresentada para tanto e os eventuais efeitos da recusa, sobretudo quando se fixa um perfil para os possíveis aderentes, constituem elementos que negam a espontaneidade, e se a cessação do vínculo só pode se dar por motivação específica, ainda que econômica, é preciso que o PDV esteja devidamente embasado e, no ajuste coletivo feito, preveja garantias de ganhos, de emprego e, sobretudo, contra assédios aos que ficam.

No artigo 482, letra “m”, inseriu-se mais uma possibilidade de justa causa, buscando atender ao interesse de empregadores específicos e punir especialmente os motoristas pela perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão.

Se a ideia fosse modernizar, seria indispensável revogar o artigo 482 da CLT, porque estabelece situação de assimetria, contrária à proteção que justifica a existência do Direito do Trabalho. Na medida em que a “reforma” estimula o juiz a examinar os conflitos com base nas regras sobre negócios jurídicos contidas no Código Civil, reforça essa compreensão. Não cabe punição em um contrato, sobretudo quando atinge apenas um dos contratantes. Às faltas cometidas pelo empregado atribui-se peso suficiente para legitimar não apenas a perda do emprego como também de verbas cujo direito o trabalhador adquiriu no curso do contrato.

O empregador que comete uma das faltas descritas no artigo 483 da CLT nada perde. Ao contrário, ganha tempo para efetuar o pagamento das verbas resilitórias.

Logo, não é só a regra inserida pela Lei 13.467/17, mas todo o artigo 482 da CLT que precisa ser considerado incompatível com a ordem jurídica, constitucional e convencional vigente. Se o empregador pretende e pode extinguir o vínculo, que o faça, de forma fundamentada, segundo os parâmetros da Convenção 158 da OIT, com o correspondente pagamento ao empregado das verbas que daí decorrem, tal como acontece quando é ele o autor da falta capaz de legitimar a extinção do contrato.

A regra em questão, ademais, parece criar uma responsabilidade objetiva para o empregado, ou um direito para o empregador sem nenhuma avaliação da participação do próprio empregador na ocorrência do fato. Certo é que, se o ato praticado pelo funcionário tiver sido decorrente da obediência a padrões na execução dos serviços do empregador, não se poderá chegar à justa causa preconizada na letra “m” do artigo 482, que exige também, em toda a sua extensão, a prova de dolo do empregado por parte do empregador.

A inserção do artigo 484-A, estabelecendo que o “contrato de trabalho poderá ser extinto por **acordo** entre empregado e empregador” e prevendo, para essas hipóteses, o pagamento da metade do “aviso prévio, se indenizado” e a metade de “indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do artigo 18 da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990”, dificilmente conseguirá ser aplicada.

Isso porque reduzir um direito pela metade equivale a não garanti-lo. O aviso prévio é direito fundamental que consta no rol do artigo 7º da Constituição. Mesmo a Lei 13.467/17 acaba por impedir a aplicação

dessa redução de valores que o 484-A pretende autorizar, já que no artigo 611-B afirma-se ser ilícita a negociação acerca de (XVI) “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”. Ora, se a regra é mesmo a do negociado sobre o legislado e nem mediante negociação é possível reduzir o aviso prévio, também não é possível fazê-lo por dispositivo legal. Há, aí, ofensa direta à regra do artigo 487 da CLT, cuja redação se mantém.

Aliás, nem sequer existe “aviso prévio *indenizado*”, exatamente porque aviso prévio não é rubrica, é tempo. É o período de antecedência que deve ser observado pelo empregador quando resolve efetuar uma demissão. Logo, não há como ser reduzido pela metade. A regra, portanto, pode ser afastada no caso concreto, com certa facilidade, a partir de uma interpretação comprometida com o princípio que institui o Direito do Trabalho e que está representado em normas como a do artigo 487. Note-se que o tempo de aviso previsto serve justamente para que o trabalhador se organize, assimile a dor, o sofrimento, a perda e a alteração concreta de sua rotina, que sempre ocorrem quando há perda do emprego, e então, por ocasião da efetiva extinção do vínculo, já esteja em condições para procurar, ou até já tenha encontrado, novo posto de trabalho.

E não se pode falar em acordo para extinção do contrato de trabalho se esse acordo vier acompanhado da redução de direitos, ainda mais quando essa situação é efeito da má aplicação do direito, já que nos termos expressamente fixados na Constituição o trabalho é livre, e ninguém pode ser obrigado a trabalhar, e as garantias e direitos sociais pelo trabalho prestado, atendidos os requisitos temporários, não podem ser afastados pelo exercício do direito de não trabalhar. Assim, por exemplo, o levantamento do FGTS e o recebimento do seguro-desemprego não dependem da aquiescência do empregador ou da submissão à violência da dispensa, e o dispositivo em questão vem apenas reforçar essa perversidade a que se tem submetido, indevidamente, os trabalhadores.

A gravidade desse artigo não está apenas na redução de valores (e inversão da própria razão de existência do aviso prévio), mas também nas regras inseridas em seus parágrafos.

Pela redação do § 1º, a extinção do contrato implicará direito à movimentação de apenas 80% do valor dos depósitos do FGTS. Ora, o valor depositado na conta vinculada ao fundo de garantia **pertence ao tra-**

balhador e, de acordo com o inciso III da Constituição, deve ser a ele entregue independentemente de qualquer condição, tendo-se, pois, por inconstitucional a lei que vincula o recebimento dessa parcela à ocorrência da demissão. Nada justifica, portanto, que o governo mantenha retidos tais valores.

Pior ainda é a disposição do § 2º, que não autoriza o trabalhador a fruir seguro-desemprego, que, nos termos do inciso II, é devido em caso de desemprego involuntário, e a cessação do vínculo por parte do empregado pode ter inúmeras motivações contrárias à sua vontade.

E note-se que tudo isso ocorre sem nenhuma intervenção do sindicato, novamente esvaziando a retórica de que a “reforma” estaria privilegiando a autonomia da vontade coletiva. A regra contraria a razão de existência do sistema do seguro-desemprego, que é justamente viabilizar a sobrevivência física do trabalhador, e de quem dele dependa, até a obtenção de novo posto de trabalho.

O artigo 507-A contraria a Lei 9.307/96 segundo a qual, *a contrario sensu*, a arbitragem só pode ser fixada para dirimir conflitos que não envolvam direitos indisponíveis. Até mesmo o inciso II do § 4º do artigo 844 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/17, não deixa dúvida quanto a serem indisponíveis os direitos trabalhistas, possibilitando, no máximo, relativização pela via da negociação coletiva. Além disso, os próprios termos do artigo 507-A deixam claro que a natureza dos direitos trabalhistas é a da indisponibilidade, recusando a via da arbitragem, mas tentam, de forma plenamente contraditória e ineficaz, sustentar que a natureza dos direitos se altera quando o valor da remuneração do empregado é mais alto. A lei tenta criar uma figura jurídica anfíbia, meio indisponível, meio disponível, o que não pode ter, é óbvio, nenhuma acolhida no direito.

Já o disposto no artigo 507-B é de uma fantasia jurídica atroz. Ora, como já visto, não há quitação como instituto jurídico que não provenha de pagamento de parcelas efetivamente discriminadas. Quitação como “cláusula geral” é invencionismo determinado pela lei do menor esforço tanto intelectual quanto físico.

Os termos do referido dispositivo, de todo modo, interpretado de forma restrita dentro dos padrões jurídicos adequados, servem para afastar de vez as tais cláusulas de “quitação do extinto contrato de trabalho” que

se estabelecem em acordos homologados na Justiça do Trabalho, já que faz menção expressa ao requisito da discriminação das obrigações, sendo que se limita àquelas que dizem respeito aos atos de dar e fazer. Portanto, o tal termo de quitação, malgrado sua impropriedade técnica, no máximo trará a indicação do fato em si, ou seja, por exemplo, a concessão de férias, não abrangendo, pois, o recebimento do valor correspondente sem possibilidade posterior de verificação da regularidade do montante pago.

Ainda assim – e talvez por isso mesmo –, o dispositivo é inócuo, pois não se pode dar quitação quanto à prática de um fato, Sobretudo diante da vigência dos princípios da primazia da realidade e da irrenunciabilidade do Direito do Trabalho e das tantas questões de ordem pública que integram a relação de trabalho, e não se pode esquecer que o empregado, ainda empregado, depende do emprego para sobreviver e, mesmo com participação do sindicato, qualquer manifestação sua a respeito da ocorrência de um fato que não tenha verdadeiramente ocorrido não gera o efeito de um ato jurídico perfeito.

De todo modo, a impropriedade gramatical e técnica do legislador impede que se atinja, por meio do artigo 507-B (e seu parágrafo único), o objetivo de, pelo uso da força, liberar o empregador do cumprimento dos direitos trabalhistas.

10. Representação sindical. Negociado X legislado. Negociação coletiva

Art. 510-A. Nas empresas com mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de uma comissão para representá-los, com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

§ 1º A comissão será composta:

I – nas empresas com mais de duzentos e até três mil empregados, por três membros;

II – nas empresas com mais de três mil e até cinco mil empregados, por cinco membros;

III – nas empresas com mais de cinco mil empregados, por sete membros.

§ 2º No caso de a empresa possuir empregados em vários Estados da Federação e no Distrito Federal, será assegurada a eleição de uma comissão de representantes dos empregados por Estado ou no Distrito Federal, na mesma forma estabelecida no § 1º deste artigo.

Art. 510-B. A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições:

I – representar os empregados perante a administração da empresa;

II – aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo;

III – promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos;

IV – buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das Normas Legais e contratuais;

V – assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical;

VI – encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação;

VII – acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho.

§ 1º As decisões da comissão de representantes dos empregados serão sempre colegiadas, observada a maioria simples.

§ 2º A comissão organizará sua atuação de forma independente.

Art. 510-C. A eleição será convocada, com antecedência mínima de trinta dias, contados do término do mandato anterior, por meio de edital que deverá ser fixado na empresa, com ampla publicidade, para inscrição de candidatura.

§ 1º Será formada comissão eleitoral, integrada por cinco empregados, não candidatos, para a organização e o acompanhamento do processo eleitoral, vedada a interferência da empresa e do sindicato da categoria.

§ 2º Os empregados da empresa poderão candidatar-se, exceto aqueles com contrato de trabalho por prazo determinado, com contrato suspenso ou que estejam em período de aviso prévio, ainda que indenizado.

§ 3º Serão eleitos membros da comissão de representantes dos empregados os candidatos mais votados, em votação secreta, vedado o voto por representação.

§ 4º A comissão tomará posse no primeiro dia útil seguinte à eleição ou ao término do mandato anterior.

§ 5º Se não houver candidatos suficientes, a comissão de representantes

dos empregados poderá ser formada com número de membros inferior ao previsto no art. 510-A desta Consolidação.

§ 6º Se não houver registro de candidatura, será lavrada ata e convocada nova eleição no prazo de um ano.

Art. 510-D. O mandato dos membros da comissão de representantes dos empregados será de um ano.

§ 1º O membro que houver exercido a função de representante dos empregados na comissão não poderá ser candidato nos dois períodos subsequentes.

§ 2º O mandato de membro de comissão de representantes dos empregados não implica suspensão ou interrupção do Contrato de Trabalho, devendo o empregado permanecer no exercício de suas funções.

§ 3º Desde o registro da candidatura até um ano após o fim do mandato, o membro da comissão de representantes dos empregados não poderá sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

§ 4º Os documentos referentes ao processo eleitoral devem ser emitidos em duas vias, as quais permanecerão sob a guarda dos empregados e da empresa pelo prazo de cinco anos, à disposição para consulta de qualquer trabalhador interessado, do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho.

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

Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas.

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

Art. 582. Os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contri-

buição sindical dos empregados que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos.

Art. 583. O recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais realizar-se-á no mês de fevereiro, observada a exigência de autorização prévia e expressa prevista no art. 579 desta Consolidação.

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

Art. 602. Os empregados que não estiverem trabalhando no mês destinado ao desconto da contribuição sindical e que venham a autorizar prévia e expressamente o recolhimento serão descontados no primeiro mês subsequente ao do reinício do trabalho.

Quando interfere nas normas relativas à representação coletiva dos trabalhadores, a Lei 13.467/17 não deixa dúvida de seu real objetivo. Em lugar de fortalecer os sindicatos, o que se pretende é destruí-los. Daí por que se prevê, por exemplo, a possibilidade de que “nas empresas com mais de duzentos empregados”, ocorra “a eleição de uma comissão para representá-los, com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”. Essa comissão, que terá três, cinco ou sete membros, conforme a empresa possua de 200 a 3.000, de 3.000 a 5.000 ou mais de 5.000 empregados – mas também poderá ter um número inferior de membros, “se não houver candidatos suficientes” (§ 5º do artigo 510-B) –, dificilmente será instaurada na prática das relações trabalhistas. Isso porque, com a pejetização e a terceirização amplamente autorizadas, a fragmentação da classe trabalhadora tornará raro encontrar empresa que registre regularmente e reconheça sua condição de empregadora de um número assim expressivo de profissionais. Caso seja instituída, diz o artigo 510-B que a comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições (e as elenca). Ou seja, a comissão não poderá negociar em lugar do sindicato.

Nos parágrafos desse dispositivo, mais uma prova de que não se está diante da lógica do negociado sobre o legislado, pois é o legislador quem estabelece, em uma interferência que contraria as normas da OIT das quais o Brasil é sig-

natário, que as decisões da comissão de representantes dos empregados serão sempre colegiadas, observada a maioria simples (§ 1^o), para em seguida dispor que “a comissão organizará sua atuação de forma independente” (§ 2^o).

Essa independência assemelha-se à autonomia individual ou coletiva da vontade dos trabalhadores na relação de trabalho, ou seja, é nenhuma. Tanto assim que o artigo 510-C vai fixar que a eleição tem de ser convocada com antecedência mínima de trinta dias, estabelecendo critérios em seus incisos, bem como no artigo 510-D. A previsão de que “desde o registro da candidatura até um ano após o fim do mandato, o membro da comissão de representantes dos empregados não poderá sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro” (§ 3^o do artigo 510-D) reforça o argumento de que há conceito de despedida arbitrária no ordenamento interno. Já havia no artigo 165 e agora há também nesse dispositivo. Logo, não há mais como argumentar contra a aplicação imediata da norma do inciso I do artigo 7 da Constituição.

A regra do artigo 545 procura alterar prática vigente, pela qual os sindicatos não apenas atendem à integralidade da categoria como também decidem, em assembleia, em nome de toda a categoria. Essa previsão é de certo modo repetida nos artigos 578 e 579. A interferência chega até a data em que o recolhimento da contribuição, “desde que autorizada”, deverá ser feito pelo empregador: no mês de abril de cada ano ou fevereiro quando for relativa aos “agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais” (artigo 583).

Os artigos 587 e 602 sublinham o que aqui já evidenciamos: não há valorização da negociação coletiva, mas sim uma tentativa de atrelamento ainda maior dos sindicatos a parâmetros legais, subvertendo a própria razão que supostamente animou a “reforma”.

Por fim, mantém-se íntegra a redação do artigo 513 da CLT, segundo o qual “São prerrogativas dos sindicatos: e) impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas”, regra que contraria o esvaziamento da cobrança obrigatória de contribuições pretendido pela “reforma”.

A possibilidade de desatrelar completamente a atuação sindical de parâmetros fixados pelo Estado é uma conquista importante, que certamente é almejada pelas categorias organizadas. O que a “reforma” faz, porém, é simplesmente eliminar o chamado imposto sindical, sem reconhecer

condições mínimas de atuação coletiva aos trabalhadores, pois – como já referimos – não reconhece garantias contra a demissão e ainda estimula a terceirização e a fragmentação da classe trabalhadora. Com isso, revela seu intuito de eliminar a atuação coletiva, em lugar de valorizá-la, como referem seus defensores.

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

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

II – banco de horas anual;

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

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

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

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente;

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

X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – troca do dia de feriado;

XII – enquadramento do grau de Insalubridade;

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

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

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.

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

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

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

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

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

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

I – normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do tempo de serviço (FGTS);

IV – salário mínimo;

V – valor nominal do décimo terceiro salário;

VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

VIII – salário-família;

IX – repouso semanal remunerado;

X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;

XI – número de dias de Férias devidas ao empregado;

XII – gozo de Férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei;

XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

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

XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;

XIX – aposentadoria;

XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;

XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do Contrato de Trabalho;

XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;

XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

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

XXVII – direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

XXIX – tributos e outros créditos de terceiros;

XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

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.

Art. 614. § 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.

Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.

O chamado “direito coletivo” é expressão do direito material, não difere nem se separa dele; é apenas uma outra forma de expressão de regras que seguem o mesmo princípio e se movem pela mesma razão. O reconhecimento do direito coletivo, da possibilidade de edição de normas de forma autônoma, é sem dúvida uma concessão do Estado, na medida em que este reconhece a normatividade das regras construídas coletivamente. É também imposição social, pois se constrói inclusive e sobretudo em contrariedade às normas estatais. Normas que serão aplicadas a trabalhadores individualmente considerados. Tudo, portanto, no Direito do Trabalho, assume caráter coletivo, ainda que transpareça apenas na esfera individual.

O limite da concessão estatal é o que a doutrina chama de “contrato mínimo”. São constitucionais os limites impostos às categorias sociais, a partir dos quais a *negociação* é juridicamente aceitável. Os direitos trabalhistas são indisponíveis (artigo 100 da CF, artigo 1.707 do Código Civil; artigo 9º da CLT). Logo, não há sentido para uma negociação que, na prática, resulte renúncia reiterada e crônica dos direitos constitucionais trabalhistas.

Daí por que a regra do artigo 611-B da CLT não faz sentido, senão como disfarce, que precisa, portanto, ser desvelado. Esse artigo dispõe que “constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos” e, então, elenca alguns dos incisos do artigo 7º da Constituição, deixando de fora, propositadamente, as normas sobre a jornada, por exemplo.

Além disso, formula uma redação que claramente tem a pretensão de permitir o futuro esvaziamento do conteúdo do direito: (V) valor *nominal* do décimo terceiro salário e (XI) *número de dias* de férias devidas ao empregado. Mas permite interpretação que preserve o conteúdo dos direitos trabalhistas e anule seu próprio potencial lesivo, quando admite a ilicitude de negociação acerca de (XVII) normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho.

Evidentemente, a tentativa de esvaziamento dessa proteção no parágrafo único do mesmo dispositivo, quando afirma que “regras sobre dura-

ção do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”, não será suficiente para retirar essa qualidade das disposições que tratam de tempo de trabalho, ambiente e condições de trabalho.

O artigo 611-B diz também que é ilícita negociação que afete a (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. Essa regra, evidentemente, sofrerá o crivo do Poder Judiciário, caso haja previsão normativa para contribuição sindical, sobretudo porque, havendo sido extinta a contribuição obrigatória, será necessário que as entidades sindicais criem outras formas de subsistência. A previsão de ilicitude de negociação que afete o (XXVII) direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender, bem como a (XXVIII) definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve, são mera repetição de regras que já constam na Lei de greve (Lei 7.783/89).

Portanto, a nada servem. Buscam apenas criar uma aparência de proteção.

O limite à negociação coletiva não é a regra do artigo 611-B da CLT, mas o conjunto de direitos fundamentais trabalhistas contidos na Constituição e explicitados pela CLT e por outras leis esparsas. As partes podem e devem negociar condições de trabalho, desde que observem o que comanda o *caput* do multicitado artigo 7º, ou seja, desde que “*visem à melhoria de sua condição social*”. É necessário sublinhar que essa regra de não retrocesso social, explicitada no *caput* do artigo 7º da Constituição brasileira, ainda que ausente, não afastaria a realidade histórica que informa a construção do Direito do Trabalho em nível coletivo: de pressionar o capital para obter melhoria nas condições sociais dos trabalhadores, minimizando os efeitos nocivos da desigualdade material reconhecida e praticada no âmbito da relação de trabalho.

O artigo 611-A pretende, por exemplo, permitir fixação do grau de insalubridade por norma coletiva. Entretanto, o artigo 189 da CLT dispõe que “serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos li-

limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos”. Ou seja, a condição insalubre de trabalho é circunstância definida em lei, cujo escopo é a proteção à saúde de quem trabalha. Não está à disposição do intérprete, seja ele juiz, advogado, sindicato, trabalhador ou empregador. Por isso mesmo, o artigo 191 da CLT estabelece que a “eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá: I – com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância; ou II – com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância”.

Dessa forma, a norma coletiva, para ter validade, terá de aliar a previsão acerca do adicional devido com prova técnica que demonstre que tal adicional é efetivamente adequado para afrontar o dano causado ao trabalhador. Do contrário, certamente deverá ser observado o artigo 192: “O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo”, bem como a previsão do artigo 195, no sentido de que a “caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho”.

Note-se que os parágrafos desse dispositivo tornam clara a necessidade de trabalho técnico especializado, para a aferição do grau de insalubridade: § 1º – É facultado às empresas e aos sindicatos das categorias profissionais interessadas requererem ao Ministério do Trabalho a realização de perícia em estabelecimento ou setor deste, com o objetivo de caracterizar e classificar ou delimitar as atividades insalubres ou perigosas. § 2º – Arguida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho. O § 3º do artigo 195 da CLT não deixa dúvida acerca da necessidade de perícia, mesmo que haja previsão sobre o grau de insalubridade, em norma coletiva: “O disposto

nos parágrafos anteriores não prejudica a ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho, *nem a realização ex officio da perícia*”.

O § 3º do artigo 614 tenta alterar matéria discutida em âmbito jurisprudencial. Ocorre que a Constituição, no artigo 114, § 2º, estabelece que “recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, **respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente**”. Não há como regra ordinária contrariar disposição expressa contida no texto constitucional. Portanto, as cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

O artigo 620 só poderá ser aplicado no limite da teoria da aplicação da norma mais favorável, expressão do princípio da proteção, que está expressa no *caput* do artigo 7º da Constituição. Logo, a supremacia do acordo sobre a convenção só ocorrerá quando, no caso concreto, aquele estabelecer condições mais favoráveis de trabalho em relação a esta. Importa sublinhar aqui a necessidade de superação de teorias construídas ao longo do tempo com o intuito exclusivo de esvaziar critérios de interpretação relevantes, como aquele da aplicação da norma mais favorável. A teoria do conglobamento, que permite ao intérprete chancelar a supressão ou mitigação de um direito, sob o argumento de que, ainda assim, está observando a norma mais favorável “em seu conjunto”, deve ser completamente ultrapassada, reconhecendo-se sua perversidade prática, seu intuito de anular o pressuposto de aplicação da norma mais favorável. Para aplicar tal teoria, será indispensável que o intérprete demonstre, no caso concreto, exatamente quais são as regras que justificam sua compreensão de que o conjunto por ele observado revela-se praticamente mais favorável ao trabalhador do que aquele afastado.

11. Alterações nas regras processuais

Art. 702 I - f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no

mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial.

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

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

Essas alterações visam impedir a criação de novas súmulas pelo TST, revelando, curiosamente, a suposição do legislador de que, como a Lei 13.467/17 foi, claro, uma afronta a muitos dos entendimentos jurisprudenciais do TST, esse órgão fará oposição aos termos da lei por meio da criação de súmulas.

A necessidade de sumular entendimentos é algo já previsto no Documento Técnico nº 319, do Banco Mundial, no qual consta, por exemplo, que: “A reforma do Judiciário faz parte de um **processo de redefinição do estado e suas relações com a sociedade**, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a **reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência** e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso a justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado”. O documento ainda recomenda em relação aos juízes, após ressaltar a importância do respeito à independência judicial, a criação de um relatório anual “visando **educar os juízes sobre os comportamentos que não são aceitáveis** e informar o público dos processos disciplinares”. A segurança compreendida como previsibilidade das respostas do Poder Judiciário só faz sentido, dentro de uma lógica de Estado Social e

Democrático de Direito, se as respostas “esperadas” estiverem de acordo com o que estabelece o ordenamento jurídico vigente, especialmente a Constituição. Do contrário, além de não sabermos o que esperar de um Poder Judiciário que julga a partir das súmulas que ele mesmo edita, ainda corremos o risco de estar desconstruindo a ordem jurídica, apartando-nos das normas constitucionais e, com isso, criando a mais completa insegurança jurídica.

Por isso, nunca fomos a favor da expedição de súmulas e, concretamente, nunca fomos submissos a elas, daí por que entendemos que o ideal mesmo seria que se recusasse a edição de súmulas, restando, de todo modo, sepultada a recente tentativa inconstitucional, trazida pela Lei 13.014/15, reforçada pelo novo CPC, de engessar o poder jurisdicional dos juízes, aprisionando-os a entendimentos sumulados.

As súmulas, ademais, como verbetes que são, que se dissociam do fato concreto, são interpretáveis; estão sujeitas ao “jogo de significações” do direito. E isso é suficiente para acabar de vez com a ilusão de previsibilidade.

Valendo-se do conjunto normativo e respeitando seus limites, é do Poder Judiciário o dever, dentro da atual lógica das relações sociais, de garantir direitos sociais e, com isso, promover mudanças que interfiram na proteção à propriedade privada e, por consequência, na concentração de renda. A Justiça do Trabalho, no espectro de atuação do Poder Judiciário, já nasce comprometida com a imposição de limites à lógica liberal. Como refere a Exposição de Motivos do Anteprojeto da Justiça do Trabalho, de 11 de novembro de 1936, o Judiciário Trabalhista nasce da “necessidade de harmonizar os interesses em lucta”, comprometendo-se a não “ser neutro, nem abstencionista, deante das perturbações collectivas, deixando as forças sociaes entregues aos proprios impulsos”.

Essa função, que nada tem de revolucionária – é preciso que se reconheça –, é o que justifica o ataque bem revelado na Lei 13.467/17. Neutralizar o Judiciário é mais efetivo do que alterar a Constituição. Se a atuação do Judiciário é neutralizada por uma perspectiva econômica de eficiência e previsibilidade, a partir de legislações que tentem esvaziar o conteúdo da função jurisdicional ou de cristalizações promovidas pelos órgãos de cúpula, não há mais barreiras à consolidação de (ou retorno a) uma racionalidade estritamente liberal.

A alteração proposta para esse dispositivo, observada a racionalidade do atual CPC, que estimula a redação de súmulas e busca, contrariando a Constituição, vincular os juízes a esses verbetes (artigos 332 e 927), bem como o conteúdo da EC 45/2004, revela que o objetivo da “reforma” não é alterar a lógica da previsibilidade, mas sim neutralizar eventual força de conservação de direitos, que a Justiça do Trabalho pretenda exercer, diante do desmanche.

Art. 775. Os prazos estabelecidos neste Título serão contados em dias úteis, com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento.

§ 1º Os prazos podem ser prorrogados, pelo tempo estritamente necessário, nas seguintes hipóteses:

I – quando o juízo entender necessário;

II – em virtude de força maior, devidamente comprovada.

§ 2º Ao juízo incumbe dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

Quanto à prova, a alteração do artigo 775, § 2º da CLT aumenta ainda mais os poderes que o artigo 765 já confere ao juiz. Permite a dilatação dos prazos processuais e a alteração da ordem de produção dos meios de prova, “adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”. A alteração proposta para o artigo 818, que revela o desconhecimento daqueles que operaram nessa tentativa de destruição dos direitos trabalhistas, acerca da realidade do processo do trabalho, está solucionada pela alteração desse dispositivo.

A CLT traz em sua gênese, ainda que de forma intuitiva, a superação da dicotomia entre os âmbitos material e processual, quando – ao tratar do contrato de trabalho em regras de direito material – estabelece deveres prévios de produção de prova documental. E o faz em pontos cruciais da relação entre capital e trabalho. Determina que o contrato seja registrado na CTPS do trabalhador (artigo 29), que a jornada seja devidamente anotada (artigo 74), que o salário seja pago mediante recibo (artigo 464). Determina, ainda, que seja escrito o “pedido” de demissão e o termo de quitação das verbas resilitórias, ambos com assistência do sindicato, sempre que se tratar de contrato com mais de um ano de vigência (artigo 477).

Portanto, a CLT estabelece estreita ligação dos espectros material e processual dos deveres, e sua consequência. Enquanto ônus é algo que incumbe à parte, cuja inobservância gera mera presunção favorável à parte contrária, dever é imposição legal cuja desobediência acarreta uma sanção. No caso dos deveres ligados à prova, essa sanção é o indeferimento da prova testemunhal e, por consequência, o acolhimento da tese contrária. Logo, as alterações realizadas no artigo 818 não alterarão a racionalidade da CLT. Ao contrário, considerando a predileção de muitos intérpretes da área trabalhista pelo uso do CPC, talvez até auxilie na sua observância. O § 1º do novo artigo 818 refere que “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

O empregador, cujo dever de documentação segue incólume, terá de demonstrar o cumprimento dos direitos trabalhistas por prova documental que, caso não apresentada, seguirá atraindo a aplicação subsidiária das normas do CPC, notadamente daquelas inscritas nos artigos 400 e 443. Então, caso não se desincumba de seus deveres, haverá a admissão dos fatos alegados pela parte contrária como corretos. E o juiz segue proibido de produzir prova testemunhal sobre fatos que apenas por documento ou perícia possam ser demonstrados (artigo 443 do CPC).

Art. 800. Apresentada exceção de incompetência territorial no prazo de cinco dias a contar da notificação, antes da audiência e em peça que sinalize a existência desta exceção, seguir-se-á o procedimento estabelecido neste artigo.

§ 1º Protocolada a petição, será suspenso o processo e não se realizará a audiência a que se refere o art. 843 desta Consolidação até que se decida a exceção.

§ 2º Os autos serão imediatamente conclusos ao juiz, que intimará o reclamante e, se existentes, os litisconsortes, para manifestação no prazo comum de cinco dias.

§ 3º Se entender necessária a produção de prova oral, o juízo designará audiência, garantindo o direito de o excipiente e de suas testemunhas se-

rem ouvidos, por carta precatória, no juízo que este houver indicado como competente.

§ 4º Decidida a exceção de incompetência territorial, o processo retomará seu curso, com a designação de audiência, a apresentação de defesa e a instrução processual perante o juízo competente.

A oralidade é uma característica essencial do processo do trabalho, tal como inclusive refere a exposição de motivos para a criação da Justiça do Trabalho no Brasil. Daí a previsão de que as exceções sejam resolvidas em audiência, sem dilação probatória ou prazos para resposta. Agora, a “reforma”, copiando previsão do CPC, estabelece um incidente que sem dúvida só contribui para o aumento do tempo de tramitação do processo, na fase de conhecimento, ignorando a peculiaridade do processo do trabalho (traduzida na oralidade), e com isso sublinhando a tentativa de desconfiguração do procedimento trabalhista, de modo a justificar o discurso de sua desnecessidade, no quadro atual das relações jurídicas judicializadas.

A alteração foi motivada, talvez, pela utilização abusiva da propositura de reclamações trabalhistas em locais distantes da sede do empregador, forçando-o a grandes viagens e custos e, com isso, estimulando a prática de acordos lesivos ou a situações de revelia.

O remédio foi maior que a doença. Os abusos devem ser coibidos pelos juízes, independentemente de previsão normativa específica, dado seu poder geral de cautela e de condução do processo aos fins a que ele se destina: conferir a cada um o que é seu por direito; nem mais, nem menos. E o que é mais importante: a exceção deve ser tratada como exceção, e não como regra.

O risco da ordinarização do procedimento, desconfigurando-o, deixando-se de lado o essencial princípio da oralidade, que exige contato direto entre as partes e o juiz, é mais grave do que a garantia que supostamente a alteração pretende dar aos empregadores que agem de boa-fé.

De todo modo, caberá ao juiz, no caso concreto, entendendo suficiente a prova já existente nos autos, rejeitar de plano a exceção, evitando a dilação probatória e a suspensão do processo ali proposta. Poderá, ainda, resolver o incidente já em audiência, a fim de evitar a perda de tempo no processo, sempre que tal dilação puder implicar prejuízo concreto ao di-

reito da parte, utilizando-se, para tanto, do poder que lhe confere o artigo 765 da CLT.

Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

O artigo 818, alterado por uma legislação que se diz “moderna”, superando a antiga redação do mesmo artigo, introduziu na CLT um parâmetro de distribuição do ônus da prova que foi criado no início do século XX e que ao longo do tempo se demonstrou ineficaz para instrumentalizar o objetivo do processo, de conferir a cada um o que é seu por direito, efetivando a justa aplicação da lei ao caso concreto, ainda mais quando se está diante de um conflito, posto a julgamento, que tenha por base uma relação entre partes economicamente desiguais. Sob a ótica da modernidade, o legislador deveria ter caminhado, portanto, para a direção necessária de reconhecer que, como regra, cumpre ao empregador produzir a prova documental dos fatos postos em discussão no processo do trabalho, dada sua notória maior aptidão para realizar essa documentação, que é, ademais, uma obrigação juridicamente estabelecida.

Ainda assim, o dispositivo deixa clara a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova quando as peculiaridades da causa, a impossibilidade

de ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo pelo reclamante ou, ainda, quando a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário alegado pela empresa determinarem, sendo certo que toda possibilidade conferida ao juiz é um dever. Isso quer dizer que, do ponto de vista concreto, reconhecendo-se a disparidade existente entre empregados e empregadores, que reflete na questão básica da aptidão para a prova, a inversão do ônus da prova passa a ser a regra no processo de trabalho, o que torna, inclusive, sem sentido o § 2º do mesmo artigo, no aspecto da necessidade de adiamento da audiência em razão da inversão, uma vez que não será dado ao reclamado alegar nenhum tipo de surpresa com a inversão, ainda mais porque todos os demais artigos que regulam o procedimento trabalhista continuam em vigor e, em consonância com os princípios da oralidade e da celeridade, estabelecem que a audiência é UNA, cumprindo às partes – e com maior razão o reclamado – levar à audiência as provas com as quais pretendem convencer o juiz da ocorrência do fato que justifica sua argumentação jurídica. Nos termos do artigo 845 da CLT, “o reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas”.

O § 2º do artigo 818 também deve ser aplicado em consonância com o poder geral de condução do processo pelo juiz, que, portanto, definirá a necessidade de adiamento da audiência e, ao possibilitar a prova dos fatos, terá que atentar para aquele admitido pelo direito. Se o direito impede a prova por meio de testemunhas (artigo 443 do CPC), não poderá o juiz admiti-la. Na linha dialética e otimista que deve nos orientar, temos aí uma chance importante para o cancelamento dos entendimentos que estabelecem encargos probatórios ao empregador bastante restritos e com efeitos reduzidos, como se dá com a Súmula 338 do TST, e, enfim, o reconhecimento da importância dos deveres de prova que gravam a figura do empregador.

Será, portanto, ainda mais relevante a utilização de artigos como o 400 do CPC, que determina ao juiz que admita como corretos os fatos alegados pela parte contrária, quando documentos que devem instruir a relação não são trazidos aos autos, bem como o artigo 443 do CPC, que fixa que o juiz **indeferirá** prova testemunhal sobre fatos que devam ser demonstrados por documento ou perícia.

O artigo 611-A refere que o negociado vai prevalecer sobre o legislado, inclusive no que tange a “modalidade de registro de jornada de trabalho” (X) e “enquadramento do grau de insalubridade” (XII). Isso porque essas matérias precisam ser demonstradas por documento ou perícia. Note-se que não houve alteração dos artigos 74 e 195, quanto à exigência de manutenção de registros escritos do horário e realização de perícia. Logo, o resultado de uma negociação entre as partes acerca dessas matérias deverá necessariamente observar os parâmetros legais da própria legislação trabalhista, sob pena de nulidade, na forma do artigo 9º da CLT, cujo conteúdo também não foi alterado pelo desmanche promovido pela Lei 13.467. Especialmente em relação à insalubridade, nem o juiz pode definir o grau, exatamente porque depende de análise técnica. Daí a razão pela qual a CLT exige, e continuará exigindo, a realização de perícia para a aferição, no ambiente de trabalho, do grau de nocividade dos agentes a que o trabalhador estiver sujeito. Eventual disposição em norma coletiva poderá ser legitimada se respeitar as normas regulamentares de proteção ao trabalho e a análise técnica a ser realizada no processo. A própria “reforma” autoriza interpretação nesse sentido, pois o artigo 611-B diz expressamente que “constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho”, entre outras, disposições que atentem contra “normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho” (XVII).

Art. 840. § 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.

§ 2º Se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo.

§ 3º Os pedidos que não atendam ao disposto no § 1º deste artigo serão julgados extintos sem resolução do mérito.

Art. 841. § 3º Oferecida a contestação, ainda que eletronicamente, o reclamante não poderá, sem o consentimento do reclamado, desistir da ação.

Art. 843. § 3º O preposto a que se refere o § 1º deste artigo não precisa ser empregado da parte reclamada.

Art. 844. § 1º Ocorrendo motivo relevante, poderá o juiz suspender o julgamento, designando nova audiência.

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.

§ 4º A revelia não produz o efeito mencionado no caput deste artigo se:

- I – havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação;
- II – o litígio versar sobre direitos indisponíveis;
- III – a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;
- IV – as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

§ 5º Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados.

Art. 847. Parágrafo único. A parte poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência.

O artigo 840 não alterou os requisitos da petição inicial trabalhista, que já não podiam, e agora com mais razão ainda não podem, ser pautados pela regra do processo civil.

A alteração diz respeito à exigência de que todos os pedidos tenham a indicação do seu valor (§ 1º), o que a princípio pode parecer positivo, na medida em que estimula a propositura de demandas líquidas. Essa exigência, entretanto, só poderá ser observada quando não impedir o acesso à justiça, na medida em que subsiste o *jus postulandi*, sob pena de ofensa direta à garantia constitucional de acesso à justiça.

De todo modo, o dispositivo, em realidade, não exige inicial líquida. Determina apenas a indicação de valor. É possível, portanto, a compreensão de que o valor estimado à causa, que podia ser atribuído pela parte autora de modo global, deverá ser indicado em relação a cada pedido. Isso, porém, não significa dever de liquidação, sob pena de chancelarmos uma medida de vedação do acesso à justiça, pois o trabalhador terá um encargo que nem lhe compete (de liquidar pedidos), e precisará fazê-lo

sem ter acesso aos documentos da relação de emprego, o que torna inviável a liquidação, em várias situações. Não podemos esquecer que essa determinação tem a finalidade de viabilizar a fixação dos honorários de sucumbência, de tal modo que compreender como exigível do trabalhador uma inicial líquida, em qualquer situação, equivalerá, na prática, a desestimulá-lo de exercer seu direito de demandar em juízo. Basta pensarmos na situação de um trabalhador cujo contrato foi praticado com observância da regra do artigo 62 da CLT, contra a qual aqui já nos posicionamos. Tratando-se de um vínculo longo, os valores devidos a título de horas extras, caso afastada a aplicação dessa regra, seriam significativos. O trabalhador, porém, não tem como saber, *a priori*, se haverá ou não o afastamento da regra no caso concreto, algo que depende da prova a ser produzida nos autos e mesmo da compreensão do juízo acerca das situações abarcadas no aludido dispositivo ou ainda de sua recepção ou não pela Constituição vigente. Nesse caso, exigir a liquidação do pedido implicará submeter o trabalhador a risco excessivo, pois, se aplicada a regra do artigo 62 da CLT, terá de suportar custas em valor muito alto. Então, concretamente, a interpretação de que o artigo 840 exige liquidação implicará desestímulo ao ajuizamento de demandas trabalhistas e, por via inversa, um grande estímulo para que os empregadores sigam desrespeitando os direitos trabalhistas.

Também há que considerar, no que se refere a alguns pedidos, que a determinação não é possível, *a priori*. A expressão monetária do pedido de indenização por assédio moral, por exemplo, não tem como ser definida de imediato. Logo, em tais casos, não há como exigir da parte que o arbitre, seja para que não haja limitação do valor a ser fixado pelo juízo, que no decorrer da instrução terá condições de aferir a gravidade do ato, se existente, seja para evitar que a não comprovação de matéria tão tortuosa provoque dano irreparável à parte autora, através da determinação, por exemplo, de pagamento de honorários ao advogado da parte adversa.

Quanto à contestação, a regra enxertada no § 3º do artigo 841 (“Oferecida a contestação, ainda que eletronicamente, o reclamante não poderá, sem o consentimento do reclamado, desistir da ação”) é uma tentativa de evitar que o reclamante desista da ação após saber dos termos da defesa, considerando que a reclamada teria interesse no julgamento de mérito que lhe seria favorável. Ocorre que, se tomados os fatos e provas

documentais constantes do processo, o provimento favorável só terá algum valor se forem repetidos, em outra ação, os mesmos fatos e provas documentais, e a ausência do julgamento não representaria nenhum prejuízo, pois o mesmo efeito se daria em novo processo, ainda mais considerando-se a prevenção do juízo.

Assim, o único efeito benéfico para a reclamada seria a condenação do reclamante em honorários advocatícios, o que inverte a própria finalidade do processo.

Desse modo, se o reclamante considera que os termos da defesa impedem o sucesso da sua pretensão, a desistência é a atitude que melhor atende aos objetivos do processo, pensando, inclusive, no princípio da economia, assim como nas estratégias de gestão do Judiciário.

A regra, portanto, precisa ser compatibilizada com a possibilidade de ampla liberdade na direção do processo pelo juiz (artigo 765), bem como pelo exame dos pressupostos para o prosseguimento do feito, considerando-se, ainda, que a estabilização da demanda ocorre apenas após o vencimento do prazo para a apresentação da defesa, o que se dá, no processo do trabalho, em audiência, após a leitura da petição inicial.

Não havendo litígio, não há por que manter a demanda judicial. Note-se que essa disposição vai na contramão, inclusive, de toda a lógica de redução de processos que inspira o documento 319 do Banco Mundial, fonte inspiradora das recentes alterações processuais, no CPC e na própria CLT.

Já a disposição contida no § 3º do artigo 843 não traz uma autêntica novidade. A CLT nunca exigiu a condição de empregado, para o preposto. O que ali se exige, e que se mantém, é que ele tenha conhecimento dos fatos. A disposição, evidentemente, é uma tentativa de superar a jurisprudência dominante no TST que, curiosamente, acaba por permitir que os intérpretes do Direito do Trabalho voltem a aplicar a disposição legal. Duas são as funções do preposto, que tornam indispensável sua presença em audiência. A primeira é a capacidade para conciliar em nome da empresa. A segunda é a habilidade de trazer ao juiz elementos que possam esclarecer os fatos controvertidos. Há, claro, o efeito processual, em favor da parte contrária, que é o de confessar.

Quando a empresa traz em juízo um “preposto profissional”, cria-se uma disparidade no processo, na perspectiva da produção das provas, es-

tabelecendo um benefício exatamente em favor da parte que possui maior aptidão para a prova. Ora, o reclamante, em seu interrogatório, carregando a fragilidade pessoal de estar envolvido emocionalmente no conflito, pode se confundir e, assim, confessar fatos que, concretamente, não se deram da forma “confessada”. Já o preposto profissional, muitas vezes com formação jurídica, transforma o depoimento pessoal em mero ato protocolar. Uma repetição técnica dos termos da defesa.

Essa disparidade contraria o princípio do contraditório, inscrito na cláusula do devido processo legal.

Além disso, o preposto que não teve contato algum com o empregado em seu ambiente de trabalho desatende, inclusive, à previsão do artigo 843, § 1º, da CLT. Ora, quando se diz que o preposto deve ter conhecimento dos fatos, o que se estabelece é que este precisa ter vivenciado os fatos controvertidos e que, ao menos, conheça o reclamante e sua dinâmica do trabalho, não por ter ouvido falar ou por ter lido em algum memorando, e sim por tê-la vivenciado.

Chega a ser pueril argumentar que esse conhecimento dos fatos pode ser obtido por meio da leitura dos documentos do processo. Ora, a leitura dos documentos do processo é obrigação do juiz, e isso pode ser feito sem o “auxílio” do preposto. Ao se admitir que o conhecimento dos fatos se transforme na leitura e prévia preparação para a audiência, se estaria, em realidade, esvaziando o conteúdo e o sentido do artigo 843 da CLT, transformando a audiência em um faz de conta que não beneficia as partes litigantes nem, muito menos, o Poder Judiciário, enquanto instituição. O preposto faz de conta que conhece os fatos, quando em realidade apenas “estudou” o processo (e, portanto, desconhece objetivamente os fatos controvertidos do litígio), e o juiz faz de conta que acredita. Assim, empregado ou não, cumpre ao preposto ter conhecimento dos fatos, na forma concreta acima indicada, sob pena de confissão, nos termos do artigo 844 da CLT.

Ora, o objetivo da norma é justamente permitir a conciliação e evitar que se torne inócuo o depoimento pessoal, cuja finalidade precípua é obter a confissão real. Portanto, o descumprimento dessa regra básica pela reclamada, conforme registrado em audiência, equivale à confissão, nos exatos termos do artigo 844 da CLT. Note-se que a conduta fere também o que a doutrina processual vem denominando princípio da colaboração

ou da cooperação. Esse princípio decorre da constatação de que o processo é um meio social de resolução de conflitos. Por isso mesmo, sua solução rápida, eficaz e comprometida com a verdade interessa às partes diretamente envolvidas, aos terceiros e ao Estado. Decorre do princípio da cooperação a noção de que os atos processuais devem ser praticados de maneira a permitir a resolução eficaz do conflito, e, em contrapartida, de que é vedado aos litigantes, a terceiros e ao Estado-Juiz agir de forma a impedir, fraudar ou retardar a prestação jurisdicional. É decorrência dele a exata observância dos termos da CLT quando, ao contrário do que determina o CPC, diz obrigatória a presença da parte em audiência ou de preposto que a represente e que necessariamente tenha conhecimento dos fatos.

Para o artigo 844, a alteração proposta é no sentido de que a ausência do reclamante implicará condenação “ao pagamento das custas calculadas na forma do artigo 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita” (§ 2º), com exigência de pagamento de custas como condição para a propositura de nova demanda (§ 3º).

O que a lei não mencionou foi a possibilidade de o reclamante justificar a ausência, para efeito de evitar o pagamento das custas ou, então para desarquivar o processo, sendo que a motivação pode ter até mesmo uma base econômica ou social.

A exigência, ademais, contraria frontalmente o direito de acesso à justiça, uma vez que não há como reconhecer o pagamento como condição para o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário.

O § 5º do artigo 844 expressa uma preocupação de proteger a demandada, em caso de revelia, estabelecendo que: “ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados”. A preocupação, no entanto, não foi ao ponto de obstar a consequência jurídica da ausência da parte à audiência, qual seja, a decretação da revelia e a aplicação da consequente pena de confissão, mesmo que seu advogado esteja presente. O que se disse foi, unicamente, que ausente o reclamante, mas presente seu advogado, serão aceitos defesa e documentos.

O dispositivo, portanto, não se incompatibiliza com a regra do processo do trabalho, segundo a qual a revelia se dá pela ausência do reclamado à audiência, uma vez que a notificação-citatória não tem como comando

a apresentação de contestação, e sim o comparecimento ao juízo. O não comparecimento implica, por si, revelia.

Art. 789. Nos dissídios individuais e nos dissídios coletivos do trabalho, nas ações e procedimentos de competência da Justiça do Trabalho, bem como nas demandas propostas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição trabalhista, as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento), observado o mínimo de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) e o máximo de quatro vezes o limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social, e serão calculadas:

O dispositivo em questão, no contexto de um conjunto de alterações que visa gerar custos processuais aos reclamantes, curiosamente, procura reduzir custo processual para as reclamadas, limitando o valor das custas processuais ao valor de R\$ 22.125,24, o que, de todo modo, é uma alteração de todo inócua, ou praticamente inexistente, pois para se chegar a esse valor de custas, no padrão atual, o valor da condenação teria que ser R\$ 1.106.262,00, o que só ocorrerá em raríssimas ocasiões.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença.

Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados.

Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.

Inserido no CPC, em um movimento conservador de ruptura com toda a doutrina acerca da responsabilidade patrimonial, e apesar da previsão da Instrução Normativa (IN) 39 do TST, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não ingressou na prática das relações processuais de trabalho por uma simples razão: contraria a simplicidade que o inspira e justifica.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, se aplicado, certamente poderá inviabilizar o processo do trabalho, idealizado para ser célere e efetivo. Previsto como condição de possibilidade da persecução do patrimônio do responsável pelos créditos reconhecidos em juízo, altera a compreensão assente desde o Código de 1939, pela qual a responsabilidade constitui matéria a ser aferida na fase de execução apenas quando verificada a incapacidade financeira do devedor, que consta no título executivo.

Pois bem, a Lei 13.467 insiste no erro ao dispor, no artigo 855-A, que tal incidente deverá ser aplicado no processo do trabalho. Copiando a previsão do CPC, o projeto refere que a parte pode promover tal incidente inclusive na fase de conhecimento. Ocorre que não houve alteração da regra do artigo 4º da LEF, que, embora não sendo mais a primeira fonte subsidiária ao processo do trabalho na fase de execução, sem dúvida segue aplicável, tal como outras legislações alienígenas sempre o foram. Pois bem, esse dispositivo autoriza a realização de atos de execução contra os responsáveis a qualquer título. Nessa categoria incluem-se os tomadores do trabalho.

Temos, então, a chance de aproveitar a alteração legislativa para resgatar a aplicação da ordem jurídica aos casos de responsabilidade, ultrapassando a disposição da súmula 331 do TST. A responsabilidade subsidiária de que trata esse dispositivo (e a nova redação do artigo 2º) nada mais é do que solidariedade com benefício de ordem.

O parâmetro legal, no processo do trabalho, para tanto, é o artigo 4º da LEF, que autoriza promoção de atos de execução contra o responsável. O § 3º desse artigo dispõe que “Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida”. Então, não há necessidade de interposição do incidente. Basta que, na fase de execução, não havendo patrimônio suficiente em nome do executado, sejam indicados bens do responsável, para a satisfação da dívida. Por fim, ainda que o incidente seja exigido, nada impede que ele ocorra apenas na fase de execução, quando efetivamente se torna relevante buscar os legitimados extraordinários pelo débito. Isso dependerá, repito, da atuação dos advogados trabalhistas, que deverão estar atentos para não ferir de morte a efetividade que hoje identifica o processo do trabalho.

O artigo 855-B trata da figura insuperavelmente contraditória do acordo “extrajudicial”, cuja validade depende de ser homologado judicialmente. Há uma inconsistência lógica na previsão. Ora, se as partes têm a liberdade de realizar negócios jurídicos válidos, não há necessidade de apresentarem o resultado da negociação a um juiz, para homologação. E, mais ainda, se as partes estão livres para realizar seus negócios, nada impede que sejam assistidas por um mesmo advogado. De fato, a lei reconhece que o empregado e o empregador não estão juridicamente livres para firmar negócios cuja validade se perfaça pela mera manifestação da vontade, devendo ser avaliada sua correspondência com a ordem jurídica, sobretudo no que diz respeito às questões de ordem pública. Mas, se só chega ao juiz o fruto do ajuste, e não o conflito como um todo, não é possível fazer essa avaliação, sendo que se não o fizer, conforme deixam claros os próprios pressupostos da figura jurídica criada, estará abdicando, indevidamente, de seu dever funcional.

Art. 876. Parágrafo único. A Justiça do Trabalho executará, de ofício, as contribuições sociais previstas na alínea a do inciso I e no inciso II do caput do art. 195 da Constituição Federal, e seus acréscimos legais, relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e dos acordos que homologar.

Dizia o parágrafo único do artigo 876 da CLT, segundo redação que lhe fora dada pela Lei 11.457/07: “Serão executadas **ex-officio** as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido”.

A intenção clara é eliminar da Justiça do Trabalho a competência para cobrar as contribuições sociais decorrentes dos vínculos de emprego declarados judicialmente, o que, por si, prova, primeiro, quanto a Justiça do Trabalho é eficiente e, segundo, quanto o legislador se preocupou em atender aos interesses econômicos imediatos dos empregadores, em detrimento do projeto social.

De todo modo, o texto legal aprovado não afirma, expressamente, que a Justiça do Trabalho está proibida de realizar essa cobrança, e, se a declaração do vínculo com condenação de efetuar a anotação da CTPS do reclamante faz parte da sentença, pode-se dizer que as contribuições que decorrem dessa sentença podem ser executadas, de ofício, na Justiça do Trabalho.

Art. 878. A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado.

Parágrafo único. (Revogado).

O artigo 878 da CLT refere que a execução será promovida pelas partes. Ora, o processo do trabalho já nasce concebendo a atuação jurisdicional como uma só, que inicia com a propositura da demanda e só termina com a entrega do bem da vida ao exequente, em caso de procedência das pretensões. Além disso, o artigo 879 se mantém, logo o Juiz deverá promover a liquidação do cálculo e determinar o pagamento.

O artigo 765 da CLT, que confere ao juiz amplos poderes na condução do processo, aliado à compreensão de que ao pleitear em juízo horas extras, por exemplo, evidentemente a parte pretende a percepção dessas horas, e não a declaração de que delas é credor, autoriza o juiz a prosseguir emprestando celeridade e efetividade ao processo, mesmo na fase de execução.

O fato de que a execução deverá ser promovida pelas partes, portanto, não retira o dever do juízo de também promover atos de execução, sobretudo utilizando os mecanismos de consulta e localização de patrimônio de que dispõe, a fim de solucionar definitivamente o litígio.

Não partilhamos, portanto, a compreensão de que haveria a partir de agora um dever de requerer o início da execução ao juízo, até porque isso não está escrito no texto do artigo em exame. Não é razoável dele extrair comando não contido, em prejuízo do trabalhador.

Art. 879. § 2º Elaborada a conta e tornada líquida, o juízo deverá abrir às partes prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão.

§ 7º A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991.

A referência, no artigo 879, de que “elaborada a conta e tornada líquida, o juízo *deverá* abrir às partes prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão” (§ 2º), suprime a necessidade de dar às partes a oportunidade de apresentar o cálculo.

O juízo poderá, portanto, nomear desde logo um contador de sua confiança para a liquidação da sentença. Por sua vez, a impugnação, por ausência de referência no texto legal, poderá ser feita de forma concomitante à intimação para o pagamento, a fim de evitar desnecessária demora na tramitação do processo.

O artigo 879 ainda é alterado para estabelecer que a “atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial Diária (TRD)” (§ 7º). Sabemos da discussão atual acerca do critério para a atualização dos créditos trabalhistas. A TRD equivale à não atualização

dos créditos. Logo, deverá ser afastada no caso concreto, exatamente por não implicar atualização, de modo a negar o escopo que a própria norma possui. A atualização monetária não constitui vantagem financeira, mas sim mera reposição de perdas já experimentadas pelo credor, cujo objetivo é tão somente viabilizar a reparação efetiva do dano já causado, preservando assim o direito de propriedade, reconhecido como fundamental em nossa Constituição.

Art. 882. O executado que não pagar a importância reclamada poderá garantir a execução mediante depósito da quantia correspondente, atualizada e acrescida das despesas processuais, apresentação de seguro-garantia judicial ou nomeação de bens à penhora, observada a ordem preferencial estabelecida no art. 835 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

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

Art. 884. § 6º A exigência da garantia ou penhora não se aplica às entidades filantrópicas e/ou àqueles que compõem ou compuseram a diretoria dessas instituições.

Quanto à alteração do artigo 882, segue havendo preferência na ordem de penhora, inclusive para a garantia do juízo. A possibilidade de “apresentação de seguro-garantia judicial” evidentemente está condicionada ao crivo judicial. Tratando-se a executada de empresa com evidente solidez econômica, nada justifica a apresentação de bem que desobedeça à ordem de preferência que, repito, segue sendo a mesma do CPC: dinheiro.

O artigo 883-A estabelece que a “decisão judicial transitada em julgado somente poderá ser levada a protesto, gerar inscrição do nome do executado em órgãos de proteção ao crédito ou no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas, nos termos da Lei, depois de transcorrido o prazo de sessenta dias a contar da citação do executado, se não houver garantia do juízo”, buscando burlar a efetividade que é própria do processo do trabalho. Não há justificativa para tal proposição, que não a deliberada

proteção a quem descumpra a legislação vigente, em uma total inversão da lógica que justifica a própria existência de um ordenamento jurídico sujeito ao chamado monopólio da jurisdição.

Nesse aspecto, nada impede que o juiz adote outras medidas capazes de impedir que a executada siga atuando no mercado, mesmo quando inadimplente em relação a crédito alimentar. Um exemplo é a possibilidade de hipoteca judicial, prevista no CPC (artigo 495 do CPC).

Art. 896. § 1º-A. IV – transcrever na peça recursal, no caso de suscitar preliminar de nulidade de julgado por negativa de prestação jurisdicional, o trecho dos embargos declaratórios em que foi pedido o pronunciamento do tribunal sobre questão veiculada no recurso ordinário e o trecho da decisão regional que rejeitou os embargos quanto ao pedido, para cotejo e verificação, de plano, da ocorrência da omissão.

§ 3º (Revogado). § 4º (Revogado). § 5º (Revogado). § 6º (Revogado).

§ 14. O relator do recurso de revista poderá denegar-lhe seguimento, em decisão monocrática, nas hipóteses de intempestividade, deserção, irregularidade de representação ou de ausência de qualquer outro pressuposto extrínseco ou intrínseco de admissibilidade.

Art. 896-A. § 1º São indicadores de transcendência, entre outros:

I – econômica, o elevado valor da causa;

II – política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;

III – social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado;

IV – jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.

§ 2º Poderá o relator, monocraticamente, denegar seguimento ao recurso de revista que não demonstrar transcendência, cabendo agravo desta decisão para o colegiado.

§ 3º Em relação ao recurso que o relator considerou não ter transcendência, o recorrente poderá realizar sustentação oral sobre a questão da transcendência, durante cinco minutos em sessão.

§ 4º Mantido o voto do relator quanto à não transcendência do recurso, será lavrado acórdão com fundamentação sucinta, que constituirá decisão irrecorrível no âmbito do tribunal.

§ 5º É irrecurável a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria.

§ 6º O juízo de admissibilidade do recurso de revista exercido pela Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho limita-se à análise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, não abrangendo o critério da transcendência das questões nele veiculadas.

O legislador se viu aqui envolvido em uma ciranda. De fato, quis limitar as possibilidades de acesso, por via do recurso de revista, ao Tribunal Superior do Trabalho, mas, em decorrência do próprio advento da Lei 13.467/17, pretendeu coibir a formação de uma jurisprudência ditada pelos juízes de primeiro grau e pelos desembargadores, em segundo grau. Teve que, então, tratando da transcendência, que sempre foi vista como fórmula de evitar a interposição de recursos aos órgãos superior, abrir possibilidades múltiplas – e até inespecíficas – para esse recurso.

As definições de transcendência política, econômica, social e jurídica permitem que praticamente tudo chegue ao TST, revelando, uma vez mais, má técnica e desconhecimento por parte daqueles que redigiram a lei em análise.

Art. 899. § 4º O depósito recursal será feito em conta vinculada ao juízo e corrigido com os mesmos índices da poupança.

§ 5º (Revogado).

§ 9º O valor do depósito recursal será reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 10. São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial.

§ 11. O depósito recursal poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial.

A tentativa de retirada da exigibilidade do depósito recursal do processo do trabalho não é nova. Exatamente porque essa garantia é um dos principais diferenciais do processo trabalhista, que efetivamente estimula a conciliação e torna a demanda algo de certa forma desvantajoso para o empregador.

A Lei 13.467 altera o artigo 899 para permitir que o valor do depósito recursal seja reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte (§ 9º), isentar sua exigência para os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial (§ 10) e autorizar sua substituição por fiança bancária ou seguro garantia judicial (§ 11). Com isso, pretende esvaziar o próprio sentido de existência do depósito recursal, que é a garantia da futura execução. Ora, se há uma preocupação em não onerar indevidamente pequenos empregadores, que se propusesse a prolação de sentenças líquidas, dando maior realidade ao valor exigido como garantia. Não podemos esquecer que a empresa só tem que recolher depósito recursal quando sofre condenação em uma sentença trabalhista devidamente fundamentada, que já examinou de modo aprofundado as alegações das partes e as provas que foram produzidas.

O CPC fixa a possibilidade de liberação de dinheiro em execução provisória. Trata-se de autorização legal expressa que já estava contida na redação final do CPC de 1973, em razão de alteração promovida em 2005, que introduziu o artigo 475-0 àquele diploma legal. Em sua atual redação, o dispositivo assim determina o cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo da mesma forma que o cumprimento definitivo (artigo 520), autorizando “o levantamento de depósito em dinheiro” (IV), inclusive sem nenhuma garantia (artigo 521). A previsão contida no CPC não encontra correspondência na CLT, complementando, portanto, quanto preceitua o artigo 899 desse diploma legal, na linha do artigo 15 do CPC. Não podemos esquecer que, para a racionalidade que inspira a existência de um processo do trabalho, a realização do direito é parte integrante da demanda. E parece certo que há urgência em satisfazer crédito do qual depende a sobrevivência física e psíquica do trabalhador e de seus familiares. Essa é a razão pela qual hoje se justifica a utilização subsidiária do CPC, no que tange à regra que autoriza a liberação de dinheiro em execução provisória. A razão de ser dos artigos 769 e 889 da CLT encontra-se justamente aí: permitir a integração da norma estranha ao processo do trabalho sempre e somente quando contribuir para a efetividade dos direitos sociais fundamentais trabalhistas.

O recurso ordinário, medida saudável que permite o diálogo democrático no processo, não pode constituir óbice à satisfação de crédito alimentar de que dependa o trabalhador. Sobretudo considerando-se que não há no ordenamento jurídico a previsão de tal benesse. A fragilização imposta à garantia da futura execução precisará, portanto, ser enfrentada em uma perspectiva que resgate essa efetividade. O artigo 899 da CLT, conjugado com os artigos 520 e 521 do CPC, autoriza a constrição e a entrega de valores, como medida capaz de evitar dano irreparável ao direito. Nada obsta, portanto, que em sede de execução provisória o juiz de imediato determine a penhora do valor integral da condenação (superando, inclusive, a garantia representada pelo depósito recursal). E, em uma perspectiva mais arrojada, nada impede o juiz de até liberar o valor penhorado ao exequente, por se tratar de crédito alimentar ou de estado de necessidade da parte (artigo 521).

V – Alguns enunciados jurídicos a propósito da Lei 13.467/17

1) **Garantia de emprego contra dispensa arbitrária:** o inciso I do artigo 7º da CF há muito trouxe essa garantia e sempre se recusava a sua aplicação com o falso fundamento de que na ordem jurídica pátria não se tinha uma definição legal do que seria dispensa arbitrária. Tratando da garantia de emprego na criada Representação de Empregados, o § 3º do artigo 510-D deixou claro que despedida arbitrária é aquela “que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”. Disposição nesse sentido, é verdade, já havia no artigo 165 da CLT, mas se costumava dizer que não era suficiente por causa da “antiguidade” da norma, mas, agora, o dispositivo foi revigorado. É verdade, também, que a regulação do inciso I requer lei complementar, e a Lei 13.467/17 é uma lei ordinária, mas é mais do que evidente a inconstitucionalidade por omissão do legislador na matéria, estando autorizado, pois, o preenchimento da lacuna por atuação jurisprudencial, ainda mais quando a própria “reforma”, que pretende impor retrocessos trabalhistas, acabou trazendo o fundamento para tanto, que pode, igualmente, ser detectado no § 3º do artigo 611-A: “§ 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”. Descumprida a norma, cabe o pleito de reintegração ou indenização pela exposição abusiva ao risco à sobrevivência.

2) **Cláusula geral de garantia de emprego:** independentemente da garantia contida no inciso I do artigo 7º da CF, decorre dos fundamentos apresentados para a aprovação da Lei 13.467/17 uma cláusula geral de garantia de emprego, pela qual resta impossibilitada a substituição de empregados com vínculos efetivos, diretos e com plenos direitos por empregados vinculados aos contratos precários criados ou reafirmados pela lei em questão. Ora, se a “reforma” adveio para aumentar empregos, respeitando a Constituição, como se disse, ela traz consigo, ínsita, a cláusula de proteção referida, para que não se efetue a transposição dos empregos efetivos para os empregos precários, criados pela “reforma”, e também

para que se possibilite a cultura do negociado sobre o legislado sem que os empregados se vejam sob a ameaça do desemprego. Aliás, foi também a reforma que determinou a aplicação dos preceitos do Direito Civil, pertinentes ao negócio jurídico, e estes recusam validade ao negócio jurídico formalizado fora dos parâmetros da boa-fé e sob o império da ameaça. Os artigos 421 e 422 do Código Civil fixam que os contratos devem atender a uma função social e estar baseados em boa-fé. E o artigo 166, inciso VI, do mesmo diploma estabelece que é nulo o negócio jurídico quando “tiver por objetivo fraudar lei imperativa”. Descumprida a garantia, no sentido da efetivação da substituição em questão, configure-se a prática de ato discriminatório e de *dumping social*, dando ensejo às punições pertinentes, além de reversão do quadro fático e jurídico anterior, e, é claro, reparação aos trabalhadores indevidamente contratados de forma precária.

3) **Pagamento dos direitos rescisórios como requisito para a cessação do vínculo de emprego:** além de ter que estar embasada em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, a cessação de vínculo de emprego por iniciativa do empregador, para produzir seus efeitos jurídicos plenos, deve ser acompanhada do efetivo pagamento das verbas rescisórias, que são consideradas a garantia mínima, de ordem econômica, contra o desemprego, que se estabelece em um ambiente jurídico no qual a estabilidade no emprego não está garantida como regra. Ou seja, para que os vínculos efetivamente se cessem, desde que válidos os fundamentos apresentados, é imprescindível o pagamento integral dos direitos rescisórios. É importante perceber, de uma vez por todas, que os valores devidos por ocasião da cessação da relação de emprego não são meras “verbas rescisórias”, como se costuma dizer. São, isso sim, direitos do trabalhador que decorrem da obrigação jurídica que pende sobre o empregador que toma a iniciativa (que deve ser motivada) de cessar o vínculo de emprego. Sem que os direitos do trabalhador sejam respeitados, não se pode considerar que o direito do empregador, de fazer cessar o vínculo de forma fundamentada, subsista. Lembre-se que, mesmo no ambiente da Lei de Falência e Recuperação Judicial, Lei 11.101/05, o pressuposto fundamental é o respeito à política do pleno emprego, à valorização social do trabalho humano e à obrigação de que a livre iniciativa assegure a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. A recuperação judicial tem por finalidade preservar empresas que

estejam em dificuldade econômica não induzida por desrespeito à ordem jurídica e que tenham condições de se desenvolver nos padrões fixados pelo sistema jurídico-econômico, tanto que um dos requisitos necessários para a aprovação do plano de recuperação é a demonstração de sua “viabilidade econômica” (inciso II, dos artigos 53 e 47, da Lei 11.101/05), e o artigo 50, VIII, da referida lei não contempla a cessação de vínculos de emprego como uma forma de recuperação. Em suma, uma empresa não pode tentar resolver, por si, seus eventuais problemas econômicos e estruturais efetuando a dispensa de trabalhadores sem, ao menos, lhes pagar as verbas rescisórias, sendo que a multa prevista no artigo 447, § 8º da CLT se aplica quando o pagamento se dá fora do prazo estipulado, e não quando assim se proceda como estratégia de gestão. Reconhecida a postura abusiva, o resultado é a preservação do vínculo empregatício, com todos os seus efeitos, até o efetivo pagamento das verbas rescisórias.

4) **Preservação da estabilidade decenal:** quando o STF declarou que a prescrição do FGTS não é trintenária, e sim de cinco anos, até o limite de dois após o término do contrato (ARE 709.212), acabou reconhecendo expressamente a compatibilidade entre o FGTS e a estabilidade, revigorando, por consequência, a estabilidade decenal, prevista na ordem jurídica trabalhista desde 1923 e inscrita na CLT no artigo 492, que nunca foi explicitamente revogado, nem mesmo na atual “reforma”.

Vide, a propósito, o teor do acórdão publicado, em 19/02/15, seguindo o voto-condutor do ministro Gilmar Mendes, proferido em novembro de 2014: “Ressalte-se, pois, que o FGTS surge aqui como alternativa à estabilidade no emprego.” À época, ainda não havia sido solucionada antiga controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca da natureza jurídica do FGTS, questão prejudicial à definição do prazo aplicável à cobrança dos valores não vertidos, a tempo e modo, pelos empregadores e tomadores de serviço, ao Fundo. Em virtude do disposto no artigo 20 da Lei 5.107/1966, segundo o qual a cobrança judicial e administrativa dos valores devidos ao FGTS deveria ocorrer de modo análogo à cobrança das contribuições previdenciárias e com os mesmos privilégios, o Tribunal Superior do Trabalho inclinou-se pela tese de que o FGTS teria natureza previdenciária e, portanto, a ele seria aplicável o disposto no artigo 144 da Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social), que fixava o prazo de trinta anos para a cobrança das contribuições previdenciárias. Após a Constituição de

1988, foi promulgada a Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, que deu nova disciplina ao FGTS. No tocante ao prazo prescricional, o artigo 23, § 5º do novo diploma legal veicula a seguinte disposição: o processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas rege-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária. O artigo 55 do Decreto 99.684, de 8 de novembro de 1990, ato normativo que regulamenta o FGTS, possui idêntico teor. Essa foi, portanto, a gênese da tese de que o prazo para a cobrança, pelo empregado ou pelos órgãos públicos, das contribuições devidas ao FGTS seria, anteriormente e mesmo após a Constituição de 1988, de trinta anos. Ocorre que o artigo 7º, III, da nova Carta expressamente arrolou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, colocando termo, no meu entender, à celeuma doutrinária acerca de sua natureza jurídica. Desde então, tornaram-se desarrazoadas as teses anteriormente sustentadas, segundo as quais o FGTS teria natureza híbrida, tributária, previdenciária, de salário diferido, de indenização etc. Trata-se, em verdade, de direito dos trabalhadores brasileiros (não só dos empregados, portanto), consubstanciado na criação de um ‘pecúlio permanente’, que pode ser sacado pelos seus titulares em diversas circunstâncias legalmente definidas (cf. artigo 20 da Lei 8.036/1995). Consoante salientado por José Afonso da Silva, não se trata mais, como em sua gênese, de uma alternativa à estabilidade (para essa finalidade, foi criado o seguro-desemprego), mas de um direito autônomo (SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 191)”.

5) **Intolerância ao ilícito**: durante o percurso de ataques à legislação trabalhista, do qual resultou a “reforma”, os defensores e autores dessa “reforma” difundiram a ideia de que os empregadores no Brasil eram fiéis cumpridores da lei, mas que não o faziam tantas vezes por causa da complexidade das normas. Pois bem, com o advento da lei que foi escolhida pelo próprio setor empresarial, fica completamente afastada a possibilidade de não se aplicá-la, ou, ao menos, essa postura não será tolerada. O setor empresarial como um todo não poderá se unir em torno de empregadores que deliberadamente descumprem a lei, não valendo para isso nem mesmo o argumento de dificuldade econômica.

6) **Reconhecimento do ilícito trabalhista**: durante décadas se recusou apontar a prática de desrespeito a direitos trabalhistas como ato ilícito,

tratando-a pelo eufemismo de inadimplemento contratual. A correção da situação tida por “mera irregularidade” não era carregada de efeito punitivo, não se pondo, pois, como um resgate da autoridade da ordem jurídica, e sim como uma falaciosa e enganosa “pacificação do conflito”. As farras de alguns empregadores que até o momento habitavam o cotidiano das relações de trabalho e das Varas do Trabalho – e às quais se atribuía o *status* de um “nada jurídico”, tais como: contratação sem registro; pagamento de salário “por fora”; ausência de cartões de ponto que reflitam a efetiva jornada trabalhada; falta de pagamento de verbas rescisórias; não recolhimento de FGTS etc. – adentram no campo do ilícito. Esse pressuposto teórico reforça o caráter punitivo que se deve atribuir a tais práticas, não sendo, pois, suficientes as condenações para o pagamento apenas do valor correspondente ao que seria devido se o ilícito não tivesse sido cometido.

7) **Reforço da figura do dano social:** diante do pacto de moralidade do setor empresarial feito consigo mesmo, que se insere na lógica da Lei 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, fica reforçada a noção de que o desrespeito aos direitos trabalhistas representa uma infração à ordem econômica. Nos termos da Lei 12.529/11, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (...) III – aumentar arbitrariamente os lucros. Assim, por admissão do próprio setor empresarial que encabeçou a “reforma”, sai reforçada a pertinência das condenações por dano social, decorrente de práticas ilícitas reiteradas, nos termos da Ementa a seguir transcrita: **“DANO SOCIAL. AGRESSÕES REITERADAS E SISTEMÁTICAS AOS DIREITOS DOS TRABALHADORES. REPERCUSSÃO NA SOCIEDADE. CORREÇÃO DA POSTURA PELO JUDICIÁRIO. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR INDEPENDENTE DE PEDIDO. CONDENAÇÃO EX OFFICIO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA.** A constatação, em reclamação individual, de agressões reiteradas às normas trabalhistas atinge não apenas o reclamante, mas outros trabalhadores e mesmo empresas concorrentes, o que deixa firme que a questão abarca realidade bem maior, em claro e no-

tório dano social, com repercussão em toda a sociedade, obrigando a que o Judiciário atue no intuito de correção de prática tão danosa, por meio de condenação do respectivo empregador ao pagamento de indenização suplementar, de ofício, tendo como destinatária entidade reconhecidamente idônea e de atuação reconhecida e irrepreensível em prol da coletividade, o que não configura decisão *extra petita*, e encontra guarida de ordem positiva no artigo 404, parágrafo único, do Código Civil, bem como em caros princípios do ordenamento jurídico pátrio, em especial o da dignidade da pessoa humana, a par de conferir concretude aos valores sociais do trabalho e a justiça social”. (TRT 15ª Região, 3ª Turma, 6ª Câmara, Processo nº 0001032-98.2012.5.15.0156 RO. Origem: Vara Itinerante do Trabalho de Morro Agudo, Desembargador Relator, FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI).

8) **Impossibilidade de acordos como renúncia a direitos e com cláusula de extinto contrato de trabalho**: também como decorrência do pressuposto da **intolerância diante do ilícito trabalhista** resta obstada a atuação processual, infelizmente muito comum na Justiça do Trabalho, de **homologação de acordos que representam renúncias a direitos**, e eis que esse procedimento torna válidas as práticas ilegais, favorecendo o empregador que descumpre a lei e, com isso, obtém vantagem econômica sobre a concorrência. Se o negócio jurídico não pode representar renúncia a direitos indisponíveis, o acordo judicial, como espécie de negócio jurídico sob tutela judicial, por mais razão, não poderá produzir tal efeito “liberatório”, ainda mais de forma plena, ilimitada, isto é, sem objeto específico, como se estabelece com a esdrúxula e antijurídica cláusula de “quitação do extinto contrato de trabalho”.

9) **Eliminação da terceirização como prestação de serviços**: a autorização para a terceirização da atividade-fim, se assim puder ser extraído das leis em questão, representa em si uma superação da terceirização como um todo, inclusive da denominada terceirização da atividade-meio (tratada como um modelo mitigado de intermediação de mão de obra, com o eufemismo de especialização de serviços). Do ponto de vista estritamente positivista, uma regulação jurídica não pode **ser** e, ao mesmo tempo, **não ser**. Não pode ser o imperativo de um **dever-ser** e também do seu inverso. Não é possível que um ato se insira na órbita da licitude e ao mesmo tempo seja considerado um ilícito. Dito de outro modo, mirando

a situação posta pelo advento dessas leis, o ordenamento não pode estabelecer um padrão jurídico e, em paralelo, criar outro padrão contraposto ao primeiro. A ordem jurídica, por razões de ordem lógica, na qual precisa estar baseada para existir enquanto tal, estabelece-se a partir do parâmetro de regras e exceções, sendo que as exceções, direcionadas a fatos específicos, não regulados pela regra, precisam, além disso, ser claramente justificadas e delimitadas. Falando de modo ainda mais direto, não é possível que a ordem jurídica estabeleça a relação de emprego como regra geral da vinculação entre o capital e o trabalho e se permita, ao mesmo tempo, que a relação de emprego não seja esse mecanismo de vinculação do capital ao trabalho, vendo-a tão somente como o efeito de um ajuste de vontades, que possibilita ao capital se distanciar, quando queira, do trabalho pela contratação de entes interpostos. Quando uma lei diz que todo serviço de uma empresa pode ser terceirizado, o que se cria é uma regra generalizante, que, inclusive, preconiza que o capital não se vincula diretamente ao trabalho, institucionalizando, pois, a mera intermediação de mão de obra. Aliás, se uma empresa transfere para outra aquilo que justifica a sua existência como unidade empreendedora, é lógico que perece. E, ainda que se queira entender juridicamente válida a terceirização, esta não pode ser confundida com intermediação de mão de obra – até a impossibilidade do comércio de gente está na base da existência de toda a ordem projetada para o capitalismo nos pactos firmados nos períodos imediatamente posteriores às duas guerras mundiais. Consequentemente, a terceirização autorizada pelas Leis 13.429/17 e 13.467/17, até para não se contraporem à regra da relação de emprego, que continua em vigor, com sede, inclusive, constitucional, conforme explicitado no inciso I do artigo 7º, só pode ser tomada no sentido de subcontratação para a realização de uma atividade específica, e não, como dito, para a locação de força de trabalho. São esses, ademais, precisamente, os termos do artigo 4º-A da Lei 13.429/77, conforme a redação que lhe fora dada pela Lei 13.467/17: “Artigo 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas **atividades**, inclusive sua **atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua **capacidade econômica compatível** com a sua execução”. Desse modo, ainda que, certamente, não tenha sido o propósito do legislador, estaria interdita pelas referidas

leis a situação em que uma empresa contrata outra para lhe oferecer força de trabalho. Ora, o que se autorizou foi, unicamente, a “transferência” de atividades, e não, meramente, uma locação de força de trabalho, o que é bastante distinto. Não se concebe, pois, dentro do modelo jurídico atual, como, ademais, nunca se concebeu, que uma empresa se constitua somente para a finalidade de locar força de trabalho. O que se permitiria seria apenas a transferência de **atividade**, que deve ser empreendida e gerida integralmente pela prestadora, que, por consequência, teria de possuir a **expertise** e os **meios de produção necessários** à sua execução, o que pressupõe, igualmente, “**capacidade econômica compatível com a sua execução**”, como dito na própria lei. Não é juridicamente válida, portanto, por exemplo, a terceirização em que uma escola contrate uma empresa para que esta contrate professores sem que seja a empresa contratada também uma entidade de ensino. Também não se pode conceber como regular, da mesma forma, a terceirização em que uma empresa contrate outra para simplesmente lhe oferecer operadores de máquina, mantendo-se a propriedade da máquina com a empresa dita “tomadora” dos serviços, ou quando houver a contratação de mais de uma empresa para a execução da mesma atividade, ou, ainda, a hipótese em que os empregados da prestadora sejam deslocados de uma tomadora para outra apenas como forma de dificultar a socialização do trabalhador e a efetividade de seus direitos. Na construção civil está interrompida a aberração de uma empresa construtora realizar suas obras por meio de empresas cuja “expertise” se resume a encontrar pedreiros no mercado e colocá-los nas obras. As atividades de fundação, de esquadria, de concretização etc. poderiam ser terceirizadas, mas para empresas especializadas e devidamente habilitadas para esses serviços.

10) **Subsunção do negociado (individual ou coletivo) ao princípio da primazia da realidade**: as cláusulas do negociado só poderão prevalecer sobre a lei se conferirem efetiva melhoria da condição de trabalho aos empregados, conforme avaliação feita na realidade concreta. A redução do intervalo para trinta minutos, por exemplo, só produzirá efeito jurídico se o tempo do intervalo for efetivamente suficiente para atender à finalidade da norma. Se o trabalhador tiver que andar quinze minutos do posto de serviço até o local da refeição e vice-versa, fazendo sua refeição em apenas alguns segundos, não se terá uma concreta correspondência

entre a norma e a realidade. Não será sequer o caso de declarar a nulidade da norma, e sim de meramente reconhecer que ao fato identificado a norma não se aplica. Se, por exemplo, uma mulher gestante aceitar trabalhar em condições insalubres por meio de atestado médico, só se considerará regular a situação se o atestado provar, cientificamente, que o trabalho em questão não traz nenhum efeito danoso ou risco de dano ao filho da trabalhadora. Não basta, pois, uma autorização formal.

11) **Prevalência da garantia de direitos fundamentais e do princípio da proteção da dignidade humana:** nenhuma norma deve ser interpretada de modo a rebaixar o patamar já garantido a todos os cidadãos no que tange aos direitos fundamentais e à proteção da dignidade humana. Nessa proposição, que reproduz a lógica do princípio da norma mais favorável, prevalece a proteção jurídica mais ampla, independentemente de ser externa ou inespecífica.

12) **Repristinação da previsão legal ou cláusula geral da prevalência da lei sobre o negociado descumprido:** o desrespeito a uma norma fixada em convenção coletiva, que se pretenda seja prevalente sobre a lei, traz como efeito a aplicação não da norma desrespeitada, mas da lei que pretendeu substituir, pois a norma foi justificada pelo efeito de conferir ao trabalhador uma melhor condição de trabalho e de sociabilidade, e não para **diminuir o custo da ilegalidade trabalhista.**

13) **Horas extras apenas não habituais:** as horas extraordinárias, prestadas de forma ordinária, são uma esdrúxula prática que interfere, obviamente, na saúde dos trabalhadores e mesmo na ampliação do mercado de trabalho. Aliás, trata-se de uma grande contradição: no país do desemprego, as empresas utilizam-se, de forma habitual, da prática do trabalho em horas extras e, pior, na maioria das vezes, sem o pagamento do adicional respectivo. O pagamento apenas do adicional de 50% para as horas extras só tem sentido quando estas são realizadas de forma extraordinária. Se as horas extras se tornam ordinárias, deixa-se o campo da normalidade normativa para se adentrar o campo da ilegalidade, e, dessa maneira, apenas o pagamento do adicional não é suficiente para corrigir o desrespeito à ordem jurídica. A Lei 13.467/17, pautada pela ampliação do emprego, não corroborou, em nenhum de seus dispositivos, a prática de horas extras ordinariamente prestadas, até porque seria uma afronta à norma constitucional que, em verdade, se refere à situação do trabalho

prestado além da jornada máxima (e não, meramente, “jornada normal”, como se costumou dizer) como serviço extraordinário (“XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”). Assim, as horas extras habitualmente prestadas configuram ato ilícito, gerando ao empregado o direito a uma reparação por danos pessoais, também como forma de punir o empregador pela prática ilícita que lhe traz vantagem econômica e danos sociais graves em razão das doenças do trabalho provocadas.

14) **Serviço extraordinário até o limite de duas horas a mais:** nos termos da lei, somente o serviço extraordinário, prestado além da jornada máxima, é limitado a duas horas por dia: “A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho” (artigo 59, da CLT). O adicional de 50%, ou convencional, sobre a hora normal, previsto para o serviço extraordinário, vale apenas para essas horas não habitualmente prestadas até o limite de duas diárias. As horas trabalhadas além desse limite não são, portanto, tecnicamente, horas extras. Representam uma ilicitude. Um ferimento de uma norma de ordem pública, pois está ligada à preservação da saúde do trabalhador e à estruturação geral do mercado produtivo, interferindo na lógica da livre concorrência capitalista, nos direitos do consumidor e na política nacional pela busca do pleno emprego. Lembre-se que o Código Penal, por intermédio de seu artigo 149, conforme redação que lhe fora dada pela Lei 10.803/03, define como “crime contra a liberdade pessoal” reduzir alguém a condição análoga à de escravo, entendendo-se como tal o exercício do trabalho em “jornada exaustiva”. Nesse sentido, condenar a reclamada a pagar ao reclamante “diferenças” de horas extras, com adicional de 50%, ou convencional, considerando as horas pagas e as jornadas efetivamente trabalhadas, mesmo partindo do pressuposto fático da versão narrada pelo reclamante na inicial, constitui um prêmio para a reclamada e até mesmo uma declaração de que sua conduta não representou ilícito algum; que a situação reflete apenas uma “irregularidade”, ou, como se costuma dizer, um inadimplemento contratual. Além da reparação por danos pessoais, as horas trabalhadas acima do limite legal devem sofrer adicional punitivo e crescente, pois o adicional mínimo de 50%, previsto na Constituição, serve apenas para a sobrejornada dentro dos limites da CLT.

15) **Banco de horas como compensação de horas não trabalhadas:** o banco de horas não passa pelo crivo constitucional, já que a compensação prevista na Constituição Federal é restrita ao lapso semanal. De todo modo, considerando-se a situação no contexto da lógica de preservação de empregos, o banco de horas só tem algum sentido se for direcionado a situações sazonais de ausência de serviço para uma compensação das horas não laboradas em momento posterior, com a preservação da diferença remuneratória de hora normal e hora extra. Não é possível que o banco de horas se estabeleça como mera estratégia de gestão para prorrogar o pagamento de horas extras, pois o trabalho prestado deve ser pago em no máximo trinta dias após sua execução.

16) **Direito amplo de greve:** a Lei 13.467/17 não trata do direito de greve, mas ao se pronunciar, na defesa da aprovação da lei, ao propósito de majorar o poder negocial dos sindicatos, fica evidente não apenas que o direito de greve está preservado, mas também que deve ser garantido na forma fixada no artigo 9º da Constituição Federal, restando superada, pois, toda limitação de cunho interpretativo no sentido mesmo de uma indevida intervenção do Estado na atuação sindical e na organização coletiva dos trabalhadores.

17) **Vínculo de emprego ou, ao menos, solidariedade no trabalho em rede:** na versão do PL 6.767/16 que foi trazida com o relatório do deputado Rogério Marinho na Câmara dos Deputados, havia previsão de inclusão de um § 2º no artigo 3º da CLT com o seguinte teor: “§ 2º O negócio jurídico entre empregadores da mesma cadeia produtiva, ainda que em regime de exclusividade, não caracteriza o vínculo empregatício dos empregados da pessoa física ou jurídica contratada com a pessoa física ou jurídica contratante nem a responsabilidade solidária ou subsidiária de débitos e multas trabalhistas entre eles”. Após o referido deputado ser advertido de que essa previsão favorecia a impunidade na exploração de trabalho em condições análogas às de escravos, que se dá, em geral, na produção em rede, o dispositivo foi retirado do projeto de lei. A exclusão do texto da lei representa uma posição clara no sentido contrário, ou seja, de que é possível a configuração da relação de emprego no trabalho em rede ou, no mínimo, a fixação da responsabilidade solidária dos que dela participam, mesmo sem exclusividade ou controle.

18) **Grupo econômico trabalhista por demonstração de interesse interestadual:** nos termos dos atuais parágrafos 2º e 3º do artigo 2º da CLT, o fato

de uma ou mais empresas estarem sob a direção, controle ou administração de outra não identifica o grupo econômico. Diz, expressamente, o § 2º que “sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra” já se terá o fundamento para que todas sejam tidas como responsáveis solidárias pelas obrigações decorrentes da relação de emprego, e esse efeito também será produzido na segunda hipótese tratada no mesmo dispositivo, qual seja, a integração a um grupo econômico. Repare-se, a propósito, o que diz o mesmo dispositivo a partir da disjuntiva: “ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico”. Resta claro que a integração a grupo econômico não depende de haver direção, controle ou administração de uma empresa sobre outra, bastando, meramente, que atuem mediante “interesse integrado”, como previsto no § 3º do mesmo artigo: “Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes”.

19) **Reforço da noção de indisponibilidade de direitos:** tentando proteger o empregador revel em uma reclamação trabalhista, o inciso II do § 4º do artigo 844 da Lei 13.467/17 diz que não se produz o efeito da revelia quando “o litígio versar sobre direitos indisponíveis”. E se há, segundo o legislador, direitos indisponíveis do empregador, que é praticamente sempre o reclamado nas ações trabalhistas, imagine-se, então, com relação aos direitos dos empregados.

20) **Impropriedade da arbitragem:** o artigo 507-A prevê que “nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996”. Ocorre que a Lei 9.307/96 diz, *a contrario sensu*, que a arbitragem só pode ser fixada para dirimir conflitos que não envolvam direitos indisponíveis, e o inciso II do § 4º do artigo 844 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/17, não deixa dúvida quanto a serem indisponíveis os direitos trabalhistas, possibilitando, no máximo, relativização pela via da negociação coletiva. Além disso, os próprios termos do artigo 507-A

deixam claro que a natureza dos direitos trabalhistas é a da indisponibilidade, recusando a via da arbitragem, mas tentam, de forma plenamente contraditória e ineficaz, sustentar que a natureza dos direitos se altera quando o valor da remuneração do empregado é mais alto. A lei teria tentado criar uma figura jurídica anfíbia, meio indisponível, meio disponível, o que não pode ter, é óbvio, nenhuma acolhida no direito.

21) **Impossibilidade de rebaixamento do patamar de direitos fundamentais:** em diversos dispositivos a Lei 13.467/17 tenta conferir aos trabalhadores e trabalhadoras um *status* de subcidadania, como na delimitação dos direitos de personalidade, na parametrização dos danos morais, no acesso à justiça e na redução do alcance dos benefícios da assistência judiciária gratuita. Mas, se já existem na ordem jurídica dispositivos que estabelecem um patamar mínimo de proteção dos direitos de personalidade, não há como um ramo específico do direito, tratando dos mesmos temas, rebaixar esse nível, sob pena de os atingidos serem tratados como cidadãos de “segunda categoria”. Assim, o **geral pretere o específico quando este último rebaixar o nível de proteção social já alcançado pelo padrão regulatório generalizante.**

22) **Normas coletivas aplicáveis apenas aos associados:** ao se eliminar o imposto sindical obrigatório, fica afastada a representação automática dos sindicatos de uma categoria de trabalhadores legalmente definida. Não havendo vínculo jurídico entre o sindicato e os trabalhadores, primeiro, perde sentido a noção de categoria, sobretudo se considerada a previsão legal que autoriza, ainda que ineficazmente, a terceirização de atividade-fim, e, segundo, não se pode conceber que um ato jurídico entre terceiros atinja direitos alheios, ainda mais no sentido de reduzi-los.

23) **Redução por tempo determinado (não ultratividade):** nos termos do § 3º do artigo 614, “não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”. Assim, qualquer eventual redução de direitos fixada em norma coletiva, com o requisito da garantia específica do emprego, prevista no § 3º do artigo 611-A, que não se confunde com a garantia geral contra a dispensa arbitrária, fixada no inciso I do artigo 7º da Constituição, além de atingir apenas os associados da entidade sindical, também só valerá pelo tempo de duração do instrumento coletivo, retomando-se o patamar jurídico anterior automaticamente, uma vez que é vedada a ultratividade.

24) **Honorários advocatícios proporcionais à capacidade econômica:** prevê o artigo 791-A que serão devidos honorários de sucumbência entre 5% e 15%: “Artigo 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”. No § 2º do mesmo artigo, esclarece-se que para fixar os honorários o juízo observará: “I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar de prestação do serviço; III – a natureza e a importância da causa; IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”, possibilitando-se que os honorários fixados para o advogado do reclamante sejam diversos daqueles destinados ao do advogado da reclamada, ainda mais porque a previsão em questão só tem sentido mesmo para remunerar o serviço do advogado do trabalhador, que antes recebia seu ganho de parte do valor devido a este, já que o advogado da reclamada sempre teve seu serviço remunerado independentemente do resultado da causa. De todo modo, nem é essa a questão, pois a hipótese de sucumbência recíproca somente é tratada no § 3º, que autoriza ao juiz, sem parâmetro específico, arbitrar o valor dos honorários, e, sendo assim, as diferenças de base de cálculo e de porcentuais, reconhecendo-se a diversidade da capacidade econômica entre reclamante e reclamado, deverão ser consideradas.

25) **Vedação do trabalho intermitente em atividades de risco:** o ordenamento jurídico não comporta regras que se contrapõem. Ou a regra é a relação de emprego pleno, com a integralidade de direitos, como mecanismo, inclusive, de organizar e promover o modelo de produção capitalista, que exige previsibilidade de condutas, planificação e planejamento, ou a regra é da intermitência, que preconiza exatamente o contrário, pondo em risco a integridade das promessas constitucionais. Uma vez que a Constituição, como não poderia ser diferente, foi preservada e que o padrão da relação de emprego, inclusive com proteção contra a dispensa arbitrária, foi mantido, não há como considerar aplicável um dispositivo legal que estabelece que o contrato intermitente pode existir “independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador” (§ 3º do artigo 443). Aliás, é o próprio dispositivo em questão que demonstra a inaplicabilidade da vinculação por intermitência em qualquer atividade, visto que excepcio-

na, expressamente, “os aeronautas, regidos por legislação própria”. Impõe recordar que nos termos iniciais dessa previsão legal, conforme constava no PL 6.767/16, não havia tal exceção, que só foi introduzida quando os aeronautas ameaçaram aderir à greve geral de 28 de abril de 2017, mas também pelo reconhecimento de quanto essa precariedade das condições de trabalho dos aeronautas colocaria em risco a vida dos profissionais e também dos consumidores. Ou seja, quando se visualizou o efeito do trabalho intermitente na aviação civil, no sentido de quanto essa modalidade de contratação colocaria em risco não só a vida dos trabalhadores, mas também a dos passageiros e dos próprios congressistas, o relatório final do PL, aprovado no dia 26 de abril de 2017, no que tange ao dispositivo que cuida do trabalho intermitente, foi alterado para explicitar que os aeronautas estariam excluídos do alcance dessa previsão. Assim, é legítimo dizer, por uma noção de isonomia, que está vedada a intermitência em todas as atividades em que a precariedade da condição de trabalho resultante coloque em risco a segurança dos trabalhadores ou dos consumidores.

26) **Garantia do salário mínimo no trabalho intermitente:** todos os defensores da aprovação do trabalho intermitente, sobretudo senadores e deputados, foram unânimes em dizer que aqueles que alardeavam que o empregado poderia receber menos do que um salário mínimo no trabalho intermitente estavam fazendo terrorismo porque isso não iria ocorrer. Cumpre, então, já que a lei foi aprovada e alguns pretendem aplicá-la, que se leve a efeito essa garantia dada pelo próprio legislador e se compreenda que no contrato intermitente está garantido ao empregado o recebimento do salário mínimo mensal, independentemente do número de horas trabalhadas no mês. A propósito, cabe reconhecer que o artigo 452-A não nega esse direito aos trabalhadores, estabelecendo apenas que o valor da hora de trabalho não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo (“Artigo 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não”).

27) **Controle de convencionalidade, de ofício, pelo juiz:** na ADI 3934, na ânsia de declarar a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 60 e do inciso I, do artigo 83, ambos da Lei de Recuperação Judicial

(Lei 11.101/05), o relator, ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, fez menção ao artigo 7.1, da Convenção 173, da Organização Internacional do Trabalho – OIT (Convenção sobre a Proteção dos Créditos Trabalhistas em Caso de Insolvência do Empregador), segundo o qual a “legislação nacional poderá limitar o alcance do privilégio dos créditos trabalhistas a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável”. Ocorre que tal convenção não foi ratificada pelo Brasil, o que, inclusive, se reconheceu expressamente, no acórdão: “Embora essa Convenção não tenha sido ainda ratificada pelo Brasil, é possível afirmar que os limites adotados para a garantia dos créditos trabalhistas, no caso de falência ou recuperação judicial de empresas, encontram respaldo nas normas adotadas no âmbito da OIT, entidade integrante da Organização das Nações Unidas, que tem por escopo fazer com que os países que a integram adotem padrões mínimos de proteção aos trabalhadores”. Resta patente, portanto, que para o Supremo Tribunal Federal a não ratificação de uma convenção da OIT não se constitui obstáculo intransponível para que o seu conteúdo sirva de parâmetro regulatório no cenário nacional. Ora, se é assim no que tange à aludida Convenção 173, que permite a restrição de direitos dos trabalhadores, não terá como ser diferente com relação à Convenção 158, que, em consonância com a Constituição Federal, estabelece os parâmetros para a proteção contra a dispensa arbitrária, ainda mais sabendo-se que tal convenção, bem ao contrário do que se passou com a Convenção 173, chegou a ser ratificada pelo Brasil, assim como tantas outras, como a 111, a 155, a 187, para citar apenas algumas. O princípio que se extrai dessa posição do Supremo é que está autorizada a realização do controle de convencionalidade, por ato de ofício, dos juízes, podendo-se, inclusive, negar vigência a uma lei trabalhista que contrarie os compromissos internacionais fixados nas convenções da OIT e demais tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

28) Equiparação de dispensas individuais e coletivas – vedação: o artigo 477-A, primeiro, equipara dispensas individuais, plúrimas e coletivas, e depois diz que não há “necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”. Com isso, ainda que de forma paradoxal, a lei apenas excluiu a participação do sindicato desse momento crucial da vida dos trabalhadores, não criando nenhuma liberdade adicional para a efetivação das dispensas dos trabalhadores. Ao equiparar as dispensas individuais,

plúrimas e coletivas, não se disse que as dispensas poderiam se efetivar sem nenhuma motivação, que é uma garantia assegurada a todos os trabalhadores contra qualquer modalidade de dispensa, nos termos do inciso I do artigo 7º da Constituição Federal, valendo lembrar que os autores da “reforma” foram unânimes em dizer que estavam respeitando a Constituição.

29) **Termo de quitação anual – impropriedade:** a impropriedade gramatical e técnica do legislador impede que se atinja, por meio do artigo 507-B (e seu parágrafo único), o objetivo de, pelo uso da força, liberar o empregador do cumprimento dos direitos trabalhistas. Não há quitação como instituto jurídico que não provenha de pagamento de parcelas efetivamente discriminadas. Quitação como “cláusula geral” é invencionismo determinado pela lei do menor esforço tanto intelectual quanto físico. De todo modo, o debate é inócuo, pois o texto legal trata de obrigações de dar e fazer, e é inconcebível que se dê quitação quanto à prática de um fato, ainda mais diante da vigência dos princípios da primazia da realidade e da irrenunciabilidade do Direito do Trabalho e das tantas questões de ordem pública que integram a relação de trabalho. Além disso, não se pode esquecer que o empregado, ainda empregado, depende do emprego para sobreviver, e, mesmo com participação do sindicato, qualquer manifestação sua a respeito da ocorrência de um fato que não tenha acontecido verdadeiramente não gera o efeito de um ato jurídico perfeito.

30) **Acordo extrajudicial e homologação judicial – inconsistência lógica:** o artigo 855-B trata da figura insuperavelmente contraditória do acordo “extrajudicial”, cuja validade depende de ser homologado judicialmente. Há uma inconsistência lógica na previsão. Ora, se as partes têm a liberdade de realizar negócios jurídicos válidos, não há necessidade de apresentarem o resultado da negociação a um juiz, para homologação. E, mais ainda, se as partes estão livres para realizar seus negócios, nada impede que sejam assistidas por um mesmo advogado. De fato, a lei reconhece que o empregado e o empregador não estão juridicamente livres para firmar negócios cuja validade se perfaça pela mera manifestação da vontade, devendo ser avaliada sua correspondência com a ordem jurídica, sobretudo no que diz respeito às questões de ordem pública. Mas, se só chega ao juiz o fruto do ajuste, e não o conflito como um todo, não é possível fazer essa avaliação, e, se ele não o fizer, conforme deixam claros os próprios pressupostos da figura jurídica criada, estará abdicando, indevidamente, de seu dever funcional.

31) **Eliminação dos regimes de 4 x 2, 5 x 1 etc.:** o artigo 59 estabelece que as horas extras, sempre não habituais, uma vez que não se pode alterar o direito fundamental à limitação da jornada, poderão ocorrer até o limite de duas ao dia. Desatentas a isso, doutrina e jurisprudência consideravam legítima a prática de horas extras habituais e mesmo a realização de horas extras além desse limite. A alteração proposta pelo artigo 59-A deixa claro que a única “exceção” à regra do artigo 59-A é a do trabalho no regime de 12 x 36. O trabalho em horas extras além desse limite constitui, pois, uma ilegalidade, cujo efeito não pode ser o mero pagamento adicional de 50%, previsto para a situação das horas extras legalmente autorizadas. Assim, por mais paradoxal que pareça, o simples enunciado feito nesse dispositivo traz como consequência a eliminação completa de regimes de trabalho ainda piores que habitam o cotidiano de muitos trabalhadores e estão refletidos em reclamações trabalhistas pelo Brasil afora, que são as horas extras além de duas ao dia e em regimes esdrúxulos como os de 2 x 2, 4 x 2 e 5 x 1, nos quais se realiza o trabalho durante doze dias seguidos, com concessão de folgas compensatórias em dias posteriores.

32) **Preservação dos princípios da proteção e da norma mais favorável (decisão do STF RE 590.415):** no RE 590.415, o STF, valorizando a “autonomia privada coletiva”, deixa claro que a razão fundamental para a existência do Direito do Trabalho é o reconhecimento da desigualdade entre o trabalhador e o empregador e, como consequência, preconiza que seja vigente e justificada a intervenção do Estado nas relações de emprego, para impor uma “rigorosa limitação da autonomia da vontade” sobretudo no “direito individual do trabalho”, preservando, expressamente, os princípios da proteção e da norma mais favorável.

Como dito no voto:

“II. LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE DO EMPREGADO EM RAZÃO DA ASSIMETRIA DE PODER ENTRE OS SUJEITOS DA RELAÇÃO INDIVIDUAL DE TRABALHO

8. O direito individual do trabalho tem na relação de trabalho, estabelecida entre o empregador e a pessoa física do empregado, o elemento básico a partir do qual constrói os institutos e regras de interpretação. Justamente porque **se reconhece, no âmbito das relações individuais, a desigualdade econômica e de poder entre as partes, as normas que re-**

gem tais relações são voltadas à tutela do trabalhador. Entende-se que a situação de inferioridade do empregado compromete o livre exercício da autonomia individual da vontade e que, nesse contexto, regras de origem heterônoma – produzidas pelo Estado – desempenham um papel primordial de defesa da parte hipossuficiente. Também por isso a aplicação do direito rege-se pelo **princípio da proteção**, optando-se pela **norma mais favorável ao trabalhador na interpretação e na solução de antinomias**.

9. Essa lógica protetiva está presente na **Constituição**, que consagrou um grande número de dispositivos à garantia de direitos trabalhistas no âmbito das relações individuais.

Essa mesma lógica encontra-se presente no artigo 477, § 2º da CLT e na Súmula 330 do TST, quando se determina que a quitação tem eficácia liberatória exclusivamente quanto às parcelas consignadas no recibo, independentemente de ter sido concedida em termos mais amplos.

10. Não se espera que o empregado, no momento da rescisão de seu contrato, tenha condições de avaliar se as parcelas e os valores indicados no termo de rescisão correspondem efetivamente a todas as verbas a que faria jus. Considera-se que a condição de subordinação, a desinformação ou a necessidade podem levá-lo a agir em prejuízo próprio. Por isso, a quitação, no âmbito das relações individuais, produz efeitos limitados. Entretanto, tal assimetria entre empregador e empregados não se coloca – ao menos não com a mesma força – nas relações coletivas”.

33) **Tutela antecipada – aplicação**: a Lei 13.467/17 não tratou da tutela antecipada, mas o fato de não o ter feito denuncia que a preocupação dos autores da reforma era realizar tudo o que fosse necessário e possível para satisfazer os interesses do poder econômico e também que não poderiam mesmo fazer nada para evitar a aplicação da tutela antecipada no processo do trabalho, pois, do contrário, na linha da primeira constatação referida, teriam feito.

Assim, nos termos dos artigos 8º, 9º, 765 e 832, § 1º da CLT, reforçados pelos artigos 1º, 77, I a V; 139, III, IV, VI e VIII; 277; 297; 300; 311 e 774, do CPC, aplica-se o instituto da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional no processo do trabalho, para que se entregue ao trabalhador, em cognição sumária e independente de caução, o bem da vida perseguido, nas hipóteses de tutela de vidência ou quando a demora processual

ponha em risco a eficácia de direitos fundamentais, como a dignidade e a própria sobrevivência.

34) **Intolerância perante a juntada aos autos de cartões de ponto fraudados:** os artigos 793-A e 793-B, lidos com olhares promissores, têm o benefício de impor aos juízes uma postura corretiva de práticas abusivas verificadas nos processos, sobretudo, por parte de reclamadas quanto à apresentação de documentos, como cartões de ponto, que não refletem a realidade.

A inserção de informações falsas em cartões de ponto e a omissão de salários nos recibos de pagamentos correspondem à falsificação de tais documentos e têm graves implicações, que vão desde o prejuízo material daquele que vendeu sua força de trabalho e nem sequer recebeu as horas extras e os reflexos das verbas salariais até a sonegação de tributos (que gera efeitos prejudiciais a toda a sociedade), passando pelo ilícito de se pretender ludibriar o Judiciário para impedir a aplicação da decisão mais justa ao caso concreto.

Assim, é importante que sejam verificados, um a um, todos os aspectos criminais da conduta da reclamada que assim proceda, para que as autoridades competentes efetivamente atuem no controle e na repressão de ilícitos como os que se verificaram nos autos e, assim, que a inserção de informações falsas nos recibos (por meio de conduta omissiva) e nos cartões de ponto, bem como a utilização de tais documentos no processo, deixem de ser tratadas apenas como situações corriqueiras relacionadas meramente à prova processual trabalhista, atingindo sua necessária abrangência.

O fato em questão está tipificado em vários dispositivos penais, inscritos nos artigos 168, 171, 203, 299, 297, 304, 331 e 347 do Código Penal e no artigo 1º da Lei 4.729/65.

35) **Responsabilidade objetiva pelo acidente do trabalho:** para avaliação do pedido pertinente a dano extrapatrimonial, o artigo 223-G preconiza que o juiz deve considerar, dentre outros aspectos, o “grau de dolo ou culpa” (inciso VII) do agressor. Isso não quer dizer que se tenha adotado, de forma expressa, a teoria da responsabilidade subjetiva para efeito de reparação por dano moral decorrente de acidente do trabalho, primeiro porque o acidente do trabalho é um instituto específico, e toda vez que o legislador, em todos os momentos históricos, quis tratar dos acidentes

do trabalho o fez de forma específica. Assim, não cabe interpretação extensiva para efeito de aplicar ao acidente do trabalho norma que não se refira a ele expressamente, sobretudo com o propósito de reduzir a eficácia punitiva e reparatória das normas que tratam do tema. De todo modo, o dispositivo em questão não diz que a reparação apenas se dará quando presentes a culpa ou o dolo, e sim que o valor da reparação pode ser majorado nessas situações, o que não elimina, e até reforça, a compreensão de que é objetiva a responsabilidade dos empregadores pela ocorrência de acidentes do trabalho, como preconiza, ademais, o inciso XXVIII, do artigo 7º da Constituição Federal, que garante aos trabalhadores o direito a um seguro “contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”. A ocorrência de dolo ou culpa é, nos termos do inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal e do inciso VII do artigo 223-G da CLT, uma circunstância agravante do dano, e não o requisito para a substituição do direito à reparação.

36) **Direito comum como fonte subsidiária:** a afirmação do § 1º do artigo 8º de que o direito comum é fonte subsidiária do Direito do Trabalho, apesar de ter sido feita para tentar abrir a porta para uma invasão normativa destrutiva do Direito do Trabalho, interpretada dentro dos limites da obviedade gramatical, apenas contribui para reafirmar o espaço específico que fora conferido ao Direito do Trabalho, deixando-se claro o caráter meramente complementar das normas do direito comum, um complemento que, é evidente, só pode ter o intuito de auxiliar o cumprimento dos objetivos próprios do Direito do Trabalho, e não de se contrapor a eles.

37) **PDV – impossibilidade em entes públicos:** o artigo 477-B, admitindo o PDV ou o PDI para dispensas individual, plúrima ou coletiva, exige sua aprovação em convenção ou acordo coletivo de trabalho, impossibilitando que seja estabelecido no âmbito dos entes públicos por meio de leis, portarias ou qualquer outro tipo de ato normativo.

38) **PDV – impropriedade da quitação:** o artigo 477-B diz que o PDV ou o PDI, previstos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, “ensejam quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia”, mas, primeiro, não existe, juridicamente, “quitação de direitos”, e, se fosse possível, essa “quitação” não poderia ser presumida sem

qualquer discriminação de valores e indicação de direitos e fatos aos quais se refere. Aliás, é a própria Lei 13.467/17 que assim reconhece quando trata do “termo de quitação anual de obrigações trabalhistas” (artigo 507-B), que é também imprópria, mas por outros motivos. Além disso, como existe a cláusula geral da garantia de emprego contra a dispensa arbitrária, o PDV ou o PDI, obedecidos os requisitos de validade específicos para a sua efetivação, sendo a concessão de vantagem econômica aos trabalhadores uma delas, têm, por isso mesmo, seus efeitos limitados à própria cessação. Dito de outro modo, dentro da lógica da preservação da empresa como fonte geradora de empregos e diante da garantia contra a dispensa arbitrária, a efetivação da dispensa por meio do PDV ou do PDI só é possível com motivação específica, ainda que de ordem econômica, e com o oferecimento de vantagem compensatória ao trabalhador, e com a tal “quitação geral” essa vantagem se perde, deixando de ter sentido a própria autorização jurídica para a cessação do vínculo de emprego.

39) **PDV – requisito de validade:** o PDV ou o PDI são uma modalidade de cessação de vínculo equiparável à dispensa por iniciativa do empregador. Mesmo que se compreenda que o trabalhador precisa aderir, ou seja, concordar, a vantagem apresentada para tanto e os eventuais efeitos da recusa, sobretudo quando se fixa um perfil para os possíveis aderentes, constituem elementos, por si sós, que negam a espontaneidade, e, se a cessação do vínculo só pode se dar por motivação específica, ainda que econômica, é preciso que o PDV esteja devidamente embasado e, no ajuste coletivo feito, preveja garantias de ganhos, de emprego e, sobretudo, contra assédios aos que ficam.

40) **Inversão do ônus da prova como regra e obrigação do juiz, sem necessidade de adiamento da audiência:** o artigo 818, alterado por uma legislação que se diz “moderna”, superando a antiga redação do mesmo artigo, introduziu na CLT um parâmetro de distribuição do ônus da prova que foi criado no início do século XX e se demonstrou, ao longo do tempo, ineficaz para instrumentalizar o objetivo do processo, de conferir a cada um o que é seu por direito, aplicando, efetivando a justa aplicação da lei ao caso concreto, ainda mais quando se está diante de um conflito, posto a julgamento, que tenha por base uma relação entre partes economicamente desiguais. Sob a ótica da modernidade, o legislador deveria ter caminhado, portanto, para a direção necessária de reconhecer

que, como regra, cumpre ao empregador produzir a prova documental dos fatos postos em discussão no processo do trabalho, dada a sua notória maior aptidão para realizar essa documentação, que é, ademais, uma obrigação juridicamente estabelecida.

Mesmo assim, o dispositivo deixa clara a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova quando as peculiaridades da causa, a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo pelo reclamante ou, ainda, quando a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário alegado pela empresa determinarem, sendo certo que toda possibilidade conferida ao juiz é um dever. Isso quer dizer que, do ponto de vista concreto, reconhecendo-se a disparidade existente entre empregados e empregadores, que reflete na questão básica da aptidão para a prova, a inversão do ônus da prova passa a ser a regra no processo do trabalho, o que torna, inclusive, sem sentido o § 2º do mesmo artigo, no aspecto da necessidade de adiamento da audiência em caso de inversão, uma vez que não será dado ao reclamado alegar nenhum tipo de surpresa com a inversão, ainda mais porque todos os demais artigos que regulam o procedimento trabalhista continuam em vigor e, em consonância com os princípios da oralidade e da celeridade, estabelecem que a audiência é UNA, cumprindo às partes – e com maior razão o reclamado – levar à audiência as provas com as quais pretendem convencer o juiz da ocorrência do fato que justifica sua argumentação jurídica. Nos termos do artigo 845 da CLT, “o reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas”.

41) **Intervenção do Estado e princípio da autonomia da vontade coletiva:** em diversos dispositivos, a Lei 13.467/17 tenta conferir validade jurídica a negócios jurídicos, supressivos de direitos, feitos pela via do contrato individual do trabalho. Ocorre que a mesma lei consagra o “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva” (§ 3º, artigo 8º). Ora, de um jeito ou de outro, esse dispositivo reafirma a necessidade de intervenção do Estado nas relações de trabalho e reforça a prevalência da vontade coletiva sobre a individual. Assim, pode-se negar vigência a todos os dispositivos da própria lei que confrontam com a “autonomia da vontade coletiva”, a qual não pode ser vista apenas como uma fórmula abstrata para retração de direitos, e sim como expressão concreta

de poder dos trabalhadores para, com a força coletiva, buscar melhores condições de trabalho e obstar as práticas individuais de renúncia a direitos, não se podendo, pois, falar, no Direito do Trabalho, como efeito da própria “reforma”, em autonomia da vontade individual.

42) **Trabalho intermitente para o trabalho não eventual e intermitente**: o contrato intermitente seria uma modalidade de relação de emprego, e só há relação de emprego a partir do trabalho prestado de forma não eventual, subordinada e remunerada, sendo que a caracterização dessa relação se verifica em conformidade com o princípio da primazia da realidade. Ainda que se veja na inovação legislativa uma fórmula para a correção da equivocada apreensão do conceito de não eventualidade, possibilitando, pois, que se atraia para a formalidade da relação de emprego o trabalho não contínuo (até hoje visto como ocasional e que por isso estaria, por equívoco jurídico, fora do âmbito da relação jurídica trabalhista), a intermitência, ela própria, exige, primeiro, algum traço de regularidade, ou seja, de habitualidade, que traduz a não eventualidade, sob pena de nem chegar a constituir o vínculo jurídico trabalhista. Exige também que essa modalidade de contratação não contraste com a relação de emprego efetivo, dita como a regra geral, o que requer, portanto, que seja comprovado sempre o requisito concreto da necessidade de trabalho de forma intermitente. Ainda que o § 3º do artigo 433 sustente que o contrato intermitente pode ser firmado em qualquer tipo de atividade do empregado e do empregador, é evidente que só se pode falar em intermitência nas situações fáticas de necessidades intermitentes de trabalho. A expressão “independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador” diz respeito à atividade em si, e não à sua temporariedade, tanto que quando quis excluir um tipo de atividade o fez expressamente, no que se refere aos aeronautas, regidos por legislação própria.

43) **Extinção da figura jurídica da “diarista”**: com a figura do trabalho intermitente, fica excluída a possibilidade de negação do vínculo de emprego no trabalho da denominada “diarista”, qual seja, a trabalhadora ou o trabalhador que prestam serviço no âmbito doméstico em até dois dias por semana.

44) **Execução de ofício como dever funcional do juiz**: o artigo 878 tenta impedir a atuação de ofício do juiz na execução, mas é uma tentativa vã, sob diversos aspectos. Primeiro, há que denunciar a contradição da

lei, que revela, mais uma vez, a intenção de seus elaboradores (a de proteger os interesses do poder econômico), isso porque se vende como uma lei que seria resultante da necessidade de modernização, como decorrência do advento das novas tecnologias, e ao mesmo tempo tenta evitar que o juiz se valha da tecnologia que hoje tem à sua disposição para conduzir a execução e desbaratar as iniciativas furtivas dos executados. Segundo, como a lei tenta negar a própria efetividade do processo, é evidente que não tem como ser aplicada, até porque essa visão de processo como “coisa das partes” é algo que havia no século XIX. Além disso, a Constituição assegura ao cidadão o direito à jurisdição (inciso XXXV, do artigo 5º), proibindo-se que a lei exclua “da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e, como modernamente se entende, a jurisdição só se completa com a efetiva entrega do bem da vida, não existindo mais, portanto, mesmo no âmbito do processo civil, a separação entre processo de conhecimento e processo de execução. A execução é fase complementar e essencial da atividade jurisdicional, e, assim, cumpre ao juiz promover todos os atos necessários para entregar a quem tem um direito judicialmente declarado o que efetivamente tem por direito, como, ademais, preconiza o artigo 765 da CLT.

45) **Prescrição não se declara de ofício:** o § 2º do artigo 11 tenta atribuir ao juiz uma “possibilidade” de “declarar”, de ofício, a prescrição intercorrente. Esse legislador, efetivamente, não sabe o que faz, ou melhor, sabe o que quer fazer, mas não tem o conhecimento jurídico necessário para tanto, até porque não lhe bastaria conhecimento, teria que alterar toda a ordem jurídica nacional e internacional, destruindo, primeiro, os tratados internacionais de Direitos Humanos e, depois, a Constituição Federal brasileira.

Do ponto de vista específico, primeiro, é importante esclarecer que tecnicamente não se diz “declarar” prescrição, e sim pronunciar. Nos termos propostos, o juiz do trabalho “poderá” “declarar” a prescrição intercorrente e, conseqüentemente, se não quiser não precisará fazê-lo, pois, segundo o legislador, essa seria uma espécie de “prerrogativa” da jurisdição. Mas, se a finalidade da jurisdição é fazer valer o direito e se os direitos declarados como devidos na Justiça do Trabalho são direitos fundamentais, não há nenhuma razão de ordem pública, ligada à própria razão de ser da atividade jurisdicional trabalhista, que justifique o pronuncia-

mento da prescrição intercorrente, constituindo, isso sim, uma espécie de prêmio para o executado que agir de forma fraudulenta e furtiva.

46) **A Lei 13.467/17 é ilegítima, no sentido formal e material, devendo ser integralmente rejeitada:** essa lei tramitou em tempo recorde, não se submeteu à comissão relativa à ordem fiscal, apesar de extinguir o chamado “imposto sindical”, e iniciou com onze artigos, que propunham uma reformulação na Lei 6.019/16 (trabalho temporário). O relatório apresentado em 12/04/17 tem 132 páginas (850 emendas) e altera mais de 200 dispositivos na CLT. Aprovado em regime de urgência, seguiu para o Senado, em que novo relatório foi feito, apontando várias inconstitucionalidades em relação às quais não foram aceitas emendas, apenas para que não retornasse à Câmara. O presidente prometeu vetos, que não foram feitos. O contexto político é de Estado de exceção, as votações foram feitas a portas fechadas. Houve ampla campanha midiática e, ainda assim, a consulta acerca do projeto, no *site* do Senado, revelou profunda inconformidade com sua aprovação. Tudo isso em meio à EC 95, à reforma do ensino médio; à proposta de reforma previdenciária e de alteração do artigo 7º da Constituição (PEC 300), entre outras medidas ainda em tramitação. A exceção se revela também na edição da MP 793, que perdoa os juros das dívidas do agronegócio, para com a Previdência Social, parcela o valor histórico devido e ainda reduz a alíquota da contribuição para o próximo ano; além do anúncio de redução do valor do salário mínimo para 2018, de cortes e do sucateamento de hospitais, universidades e outros setores do serviço público. Como se não bastassem esses vícios de origem, precisamos atentar para o fato de que toda interpretação/ aplicação de um conjunto de regras deve observar o princípio que o institui, sob pena de perda de sua própria razão de ser. Pois bem, no caso do Direito do Trabalho, o princípio que institui o conjunto de regras trabalhistas é a proteção, que não decorre de circunstâncias pessoais de quem trabalha, nem da maldade ou bondade do empregador. A proteção se justifica historicamente como uma forma de tentar manter a promessa da modernidade, de que todos são destinatários da norma jurídica. O Direito opera no nível do discurso, da linguagem. Como instrumento de conservação da ordem (das coisas exatamente como elas estão), precisa reproduzir a promessa fundamental da modernidade, de que a dominação servil seria substituída pela igualdade e pela liberdade. As regras trabalhistas foram criadas, portanto, para impor alguns limites à

tendência natural da relação de exploração do trabalho pelo capital, a fim de seguir sustentando, também para o trabalhador, a condição de “sujeito de direitos”. Mesmo que durante o contrato ele siga precisando comportar-se como mercadoria, os limites (de duração de trabalho, remuneração mínima, vedação de alterações lesivas, ambiente saudável etc.) servem para continuar convencendo-o de que também é destinatário da ordem jurídica, e tem, pois, sua humanidade preservada. O princípio da proteção a quem trabalha, que determina a existência de regras trabalhistas, dá, portanto, a medida da exploração possível. Pois bem, se reconhecemos isso, precisamos também reconhecer que regras de conduta social emanadas pelo Estado só serão realmente normas jurídicas trabalhistas se estiverem fundamentadas na noção de proteção a quem trabalha e se concretizarem esse princípio. Aqui se compreende princípio como o que está no início, o que justifica a edição de um determinado conjunto de regras de conduta social. Por consequência, uma regra que negue a proteção não pode ser considerada norma jurídica trabalhista. A Lei 13.467/17, do início ao fim, nega a proteção. Mesmo seus autores admitem que essa legislação foi editada com a finalidade de promover proteção ao tomador do trabalho. Logo, suas regras não são trabalhistas e, como tal, não podem ser aplicadas, sob pena de subverterem a ordem do sistema de proteção a quem trabalha, negarem a Constituição e, portanto, romperem com a historicidade que justifica a existência de um Direito do Trabalho e de uma Justiça do Trabalho. A Lei 13.467/17 não apenas é editada dentro de um conjunto sistemático de regras que precisam ser assim compreendidas (como partes de um sistema no qual a Constituição de 1988 se apresenta como vetor), mas também cria regras para serem enxertadas na CLT, sem alterar suas normas gerais (tais como o artigo 9º ou o 765). Por conseguinte, como discurso jurídico, essa lei precisa ser compreendida com base nas normas já contidas na CLT e no que a Constituição de 1988 estabelece. Se tal interpretação não for possível, não caberá aplicá-la. Lendo-a, não é difícil perceber que suas regras não são compatíveis com a proteção que poderia torná-la norma jurídica trabalhista. As normas acerca da gratuidade, piores que aquelas inscritas no CPC, negam completamente a razão pela qual temos um processo do trabalho. A autorização para trabalhar por doze horas é contrária à norma constitucional que fixa o máximo da jornada em oito horas e que está diretamente relacionada à manutenção da saúde física e mental de quem trabalha e de quem convive

com esse ser humano. A tarifação do dano moral; a previsão de multas; a possibilidade de punir o trabalhador que compareça como testemunha sem dar-lhe nenhuma garantia de que se disser a verdade não perderá o emprego; o trabalho intermitente; a tentativa de negar pagamento de horas extras a quem labora em regime de teletrabalho; a referência de que comissão não é salário; a autorização para contratar empregado como autônomo; a autorização para pagar menos do que o salário mínimo; a redução ou supressão dos tempos de descanso; a tentativa de eliminar os adicionais de salário por condições insalubres de trabalho; a fragilização da garantia que se constitui pelo depósito recursal; a tentativa de impedir a execução de ofício, e todas as demais alterações promovidas pela Lei 13.467/17, negam claramente a noção de proteção e as diretivas que justificaram a existência do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. Por consequência, atraem a incidência da regra do artigo 9º da CLT, que as torna nulas. Sob a perspectiva constitucional, negam o *caput* e todo o conteúdo do artigo 7º da Constituição, sendo então inconstitucionais. Do ponto de vista da hermenêutica jurídica, negam a razão histórica pela qual o Direito do Trabalho reconhece fontes formais produzidas de modo autônomo, pelas partes. A conclusão só pode ser que a Lei 13.467/17 não é uma lei trabalhista. Suas regras, porque ferem a proteção que justifica e legitima a existência do Direito do Trabalho, são qualquer coisa, menos normas jurídicas trabalhistas. Expressam um desejo de destruição que certamente será rechaçado por quem lida diariamente com essa relação social, por quem convive com trabalhadores que relatam situações de doença, assédio, desrespeito e descumprimento contumaz de direitos elementares, por todos aqueles que têm a missão institucional de seguir aplicando o Direito do Trabalho à luz de uma ordem de valores claramente estabelecida desde a gênese desse ramo do Direito e fortalecida pela Constituição de 1988. É então forçoso concluir que a Lei 13.467/17 não poderá ser aplicada. Ao contrário, deverá ser completamente rejeitada, expulsa – formal e materialmente – do ambiente jurídico do Direito do Trabalho, como uma célula cancerígena que, se não for neutralizada e extirpada quanto antes, poderá provocar a morte do corpo que habita.

47) Hermenêutica trabalhista. O princípio da proteção deve ser compreendido como fundamento para a aplicação de uma regra jurídica, sob pena de não ser reconhecida como norma jurídica trabalhista: o compromisso, o que está no princípio do Direito do Trabalho, é a proteção a

quem trabalha para o efeito de estabelecer a exploração possível, ou seja, é um conjunto mínimo de normas que permitam que o trabalho continue sendo explorado pelo capital, mas dentro de certos parâmetros considerados aceitáveis. É por isso que, na origem das normas tipicamente trabalhistas, encontramos a força organizada dos trabalhadores, que pressionaram e arrancaram conquistas sociais, contra a vontade do capital, mas também vemos a necessidade da sociedade (de dar conta do número expressivo de trabalhadores mutilados ou doentes) e a necessidade do próprio capital (de ter consumidores). O artigo 8º da CLT mantém sua redação atual, dispondo ao final que as fontes formais, dentre as quais os princípios, devem ser aplicadas “sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”. O Direito do Trabalho rompe com a lógica do direito comum ao potencializar a conduta dos atores sociais na formação de direitos que visem à melhoria das condições de vida dos trabalhadores. Sempre na perspectiva da proteção (seu princípio fundamental), o Direito do Trabalho atribui maior relevância ao que se passa no plano dos fatos, em detrimento da forma. Por isso mesmo, não faz nenhum sentido aplicar ao Direito do Trabalho a técnica desenvolvida em um raciocínio jurídico que esse novo direito se propõe a superar. Se tentarmos compreender o Direito do Trabalho com a racionalidade do direito comum, ele perderá sentido. Essa perda de sentido será tanto maior, sob a perspectiva trabalhista, quanto a sujeição a essa técnica cientificista servir para diminuir os direitos sociais que compõem o Direito do Trabalho. O Direito do Trabalho aparece no contexto dessa lógica capitalista como o limite da exploração possível, daí a razão pela qual em seu princípio instituidor encontramos a proteção a quem trabalha. Como ensina Warat, o discurso jurídico tem sempre um potencial subversivo, que atua como renúncia, resistência e crítica, exatamente como devem atuar as normas trabalhistas, reforçando sua “autonomia” em relação ao Direito Civil, exatamente para produzir “rachaduras” que permitam não apenas o reconhecimento da “questão social” que está por trás das fórmulas jurídicas, mas também de toda a perversidade que tais fórmulas podem reproduzir na realidade cotidiana dos trabalhadores e trabalhadoras. Então, precisamos nos afastar da compreensão de princípio como uma espécie de norma jurídica – que, ao lado das regras, pode ser aplicado diretamente – e retomar o conceito clássico de princípio como o que está no início de determinado conjunto de normas e deve atuar como fundamento para a aplicação ou o afastamento da regra.

48) **Tutela de urgência e liberação de dinheiro em execução provisória: o artigo 297 e seguintes, bem como o 520 e o 521, do CPC, são aplicáveis ao processo do trabalho e indispensáveis para o enfrentamento da chamada “reforma” trabalhista:** A Lei 13.467/17 traz para o processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, diz que a execução deve ser provocada pela parte e altera o artigo 899 para permitir que o valor do depósito recursal seja reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte (§ 9º), isenta sua exigência para os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial (§ 10) e autoriza sua substituição por fiança bancária ou seguro garantia judicial (§ 11). Com isso, pretende desconfigurar o processo do trabalho, destituindo-o de sentido, especialmente se atentarmos para suas razões de existência, expressadas no decreto que institui a Justiça do Trabalho. Pois bem, o CPC refere a possibilidade de tutela de urgência, independentemente de requerimento da parte, regra que é compatível com a norma geral do artigo 765 da CLT, cuja redação é mantida. O CPC fixa também a possibilidade de liberação de dinheiro em execução provisória. Trata-se de autorização legal expressa que já estava contida na redação final do CPC de 1973, em razão de alteração promovida em 2005, que introduziu o artigo 475-0 àquele diploma legal. Em sua atual redação, o dispositivo assim determina o cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo da mesma forma que o cumprimento definitivo (artigo 520), autorizando “o levantamento de depósito em dinheiro” (IV), inclusive sem nenhuma garantia (artigo 521). A previsão contida no CPC não encontra correspondência na CLT, complementando, portanto, quanto preceitua o artigo 899 desse diploma legal, na linha do artigo 15 do CPC. Não podemos esquecer que, para a racionalidade que inspira a existência de um processo do trabalho, a realização do direito é parte integrante da demanda. E parece certo que há urgência em satisfazer o crédito do qual depende a sobrevivência física e psíquica do trabalhador e de seus familiares. Essa é a razão pela qual hoje se justifica a utilização subsidiária do CPC, no que tange à regra que autoriza a liberação de dinheiro em execução provisória. A razão de ser dos artigos 769 e 889 da CLT encontra-se justamente aí: permitir a integração da norma estranha ao processo

do trabalho sempre e somente quando contribuir para a efetividade dos direitos sociais fundamentais trabalhistas.

49) **O incidente de descon sideração da personalidade jurídica é incompatível com o processo do trabalho, devendo ser mane jado apenas na fase de execução, e com o mane jo da tutela cautelar para evitar o perecimento do direito:** inserido no CPC, em um movimento conservador de ruptura com toda a doutrina acerca da responsabilidade patrimonial, e apesar da previsão da IN 39 do TST, o incidente de descon sideração da personalidade jurídica não ingressou na prática das relações processuais de trabalho por uma simples razão: contraria a simplicidade que o inspira e justifica. Se aplicado, certamente poderá inviabilizar o processo do trabalho, idealizado para ser célere e efetivo. Previsto como condição de possibilidade da persecução do patrimônio do responsável pelos créditos reconhecidos em juízo, altera a compreensão assente desde o Código de 1939, pela qual a responsabilidade constitui matéria a ser aferida na fase de execução apenas quando verificada a incapacidade financeira do devedor, que consta no título executivo. Copiando a previsão do CPC, o artigo 855A refere que a parte pode promover tal incidente inclusive na fase de conhecimento. Ocorre que não houve alteração da regra do artigo 4 da LEF, que sem dúvida segue aplicável, tal como outras legislações alienígenas sempre o foram. Pois bem, esse dispositivo autoriza a realização de atos de execução contra os responsáveis a qualquer título. Nessa categoria incluem-se os tomadores do trabalho. Diante dessa norma, a persecução da responsabilidade precisa voltar a ser concebida como matéria de execução, afastando-se definitivamente (inclusive porque assim autorizado pelo artigo 8º) a disposição da súmula 331 do TST e aceitando-se o mane jo do incidente apenas quando a matéria da responsabilidade se torna relevante. A responsabilidade subsidiária de que trata esse dispositivo (e a nova redação do artigo 2º) nada mais é do que solidariedade com benefício de ordem. O parâmetro legal, no processo do trabalho, para tanto é o artigo 4º da LEF, que autoriza promoção de atos de execução contra o responsável. O § 3º desse artigo dispõe que “os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida”. Então, não há necessidade de interposição do incidente. Basta que, na fase

de execução, não havendo patrimônio suficiente em nome do executado, sejam indicados bens do responsável, para a satisfação da dívida. Por fim, ainda que o incidente seja exigido, nada impede que ele ocorra apenas na fase de execução, quando efetivamente se torna relevante buscar os legitimados extraordinários pelo débito. Isso dependerá, repito, da atuação dos advogados trabalhistas, que deverão estar atentos para não ferir de morte a efetividade que hoje identifica o processo do trabalho. Além disso, como a lei refere que o incidente independe de garantia do juízo, caberá ao magistrado, utilizando-se de seu poder de conduzir o processo de forma eficaz (artigo 765 da CLT), determinar medida cautelar de bloqueio de créditos, para que não haja frustração da execução.

50) A responsabilidade constitui matéria de execução, compreensão que é reforçada pela existência da Lei 13.419/17. Portanto, não há mais como exigir a presença da tomadora no polo passivo da demanda, na fase de conhecimento: desde o Código de 1939, a responsabilidade constitui matéria a ser aferida na fase de execução, apenas quando verificada a incapacidade financeira do devedor, que consta no título executivo. Também era assim no CPC de 1973. O CPC de 2015, entretanto, com o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, traz a possibilidade de discussão da responsabilidade na fase de conhecimento, algo que não faz sentido algum. Só há razão para aferir responsabilidade e perseguir patrimônio dos legitimados extraordinários para o pagamento na fase de execução. No caso do processo do trabalho, é preciso observar que não houve alteração da regra do artigo 4 da LEF, que autoriza a realização de atos de execução contra os responsáveis a qualquer título. Nessa categoria incluem-se os tomadores do trabalho. Diante dessa norma e da previsão literal de responsabilidade do tomador na Lei 13.429/17, a persecução da responsabilidade precisa voltar a ser concebida como matéria de execução, afastando-se definitivamente (inclusive porque assim autorizado pelo artigo 8º) a disposição da súmula 331 do TST e aceitando-se o manejo do incidente apenas quando a matéria da responsabilidade se torna relevante. A responsabilidade subsidiária de que trata esse dispositivo (e a nova redação do artigo 2º) nada mais é do que solidariedade com benefício de ordem. O parâmetro legal, no processo do trabalho, para tanto é o artigo 4º da LEF, que autoriza promoção de atos de execução contra o responsável. O § 3º desse artigo dispõe que “os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão nomear

bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida”. Então, não há necessidade de interposição do incidente. Basta que, na fase de execução, não havendo patrimônio suficiente em nome do executado, sejam indicados bens do responsável, para a satisfação da dívida.

51) **Ao ser chamada para examinar a conta de liquidação, a demandada já deve ser instada a depositar o valor que entende como devido, sob pena de multa (artigos 652, d, e 879 da CLT):** a referência, no artigo 879, de que “elaborada a conta e tornada líquida, o juízo deverá abrir às partes prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão” (§ 2^o) suprime a necessidade de dar às partes a oportunidade de apresentar o cálculo, mas torna a ciência uma obrigação. Pois bem, se o processo do trabalho não é um meio de procrastinar o pagamento de débito de direito alimentar, esse prazo deferido à parte demandada, para que examine a conta, deve já servir para que, no prazo para a impugnação, haja o efetivo depósito do valor que a empresa entende devido, a fim de evitar desnecessária demora na tramitação do processo, tal como autorizam os artigos 652, d, e 879 da CLT.

52) **A aplicação de multa à testemunha, na forma prevista pela “reforma”, é inconstitucional e, no mínimo, impõe a necessidade de garantia do contraditório e da ampla defesa, na forma da Constituição, bem como o reconhecimento da responsabilidade solidária e objetiva da empresa pelo respectivo pagamento, na forma dos artigos 932 e 942 do Código Civil:** o artigo 793-D, além de atécnico (a testemunha passa a ser considerada “litigante” de má-fé), constitui tentativa de intimidação das testemunhas em uma lógica na qual, bem sabemos, não existe isenção. É evidente que as testemunhas, em uma ação trabalhista, não são isentas em suas percepções da realidade. Aquelas que comparecem a pedido do reclamante via de regra já trabalharam na empresa demandada, com ela mantendo, portanto, relação que não se resume a questões econômicas. A relação de trabalho é também uma relação de troca de afetos, pelo próprio lugar que o trabalho ocupa na vida humana. Por sua vez, as testemunhas convidadas a depor pela demandada, em regra, são empregados que não detêm garantia alguma de manutenção do emprego. Não

raros são os casos em que a testemunha, após dizer a verdade em juízo, é surpreendida com uma demissão não motivada. Logo, intimidá-la com a possibilidade de multa ou mesmo aplicar tal penalidade implicaria punir a testemunha por fato que extrapola o âmbito de sua vontade. Aliás, numa relação de trato continuado, como é a relação de emprego, muitas vezes nem é possível ter a total dimensão de como os fatos efetivamente ocorreram, advindo daí, inclusive, a técnica processual trabalhista de que os fatos sejam demonstrados por provas documentais. Essa norma contraria frontalmente o artigo 5º, LIV, que impede que alguém seja privado de seus bens sem o devido processo legal, e o LV, que garante contraditório e ampla defesa aos “acusados em geral”. Logo, se a testemunha for acusada de mentir em juízo, terá que ter respeitado seu direito de defesa, antes de ser punida. E, se convidada a depor pela reclamada, quando ainda está sob sujeição, deverá resultar reconhecimento de uma prática de litigância de má-fé do empregador. As normas dos artigos 932 e 942, ambos do Código Civil, podem ser invocadas, de forma subsidiária, para sustentar tal responsabilidade, que é objetiva e solidária.

53) A assistência judiciária gratuita deve ser integral por força do artigo 5º da Constituição. Logo, a alteração promovida pela CLT deve ser afastada pela aplicação da norma constitucional e do que estabelece o artigo 98 do CPC: o conceito legal de assistência judiciária gratuita está no artigo 5º da Constituição, e ela deve ser integral. Portanto, abrange todas as despesas do processo. É também o que estabelece o CPC, em seu artigo 98, § 1º, onde se elenca o que é abrangido pela assistência judiciária gratuita, sendo que no rol respectivo estão, expressamente, os custos com “os honorários do advogado e do perito”. Logo, uma norma que pretenda estabelecer gravame ao trabalhador beneficiário da assistência judiciária gratuita, contrariando frontalmente a norma geral e a regra contida no CPC, qualificando-se, desse modo, como avessa à noção de proteção que informa e justifica o Direito do Trabalho, não poderá ser aplicada. A assistência judiciária gratuita é uma conquista da cidadania e constitui, pois, uma garantia mínima a todo e qualquer cidadão que se encontre nas condições estabelecidas na norma. Não é possível, assim, uma lei específica reduzir o patamar de cidadania já assegurado pela regra geral, sob pena de se criar a inconcebível figura, para os padrões jurídicos atuais, da subcidadania. A inserção, no artigo 790, de um § 3º afirmando

que o benefício da justiça gratuita poderá ser alcançado apenas por aqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social evidentemente não impede que o juiz defira tal benefício, como inclusive refere o § 4º do mesmo dispositivo, a todo aquele que “comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”. Na realidade das relações de trabalho judicializadas, essa prova pode ser o próprio termo de rescisão de contrato ou qualquer outro documento que demonstre a perda da fonte de subsistência.

54) Perícia é prova a ser determinada de ofício pelo Juiz do Trabalho, na forma do artigo 195 da CLT. Logo, o trabalhador beneficiário da AJG não pode ser onerado com o pagamento dos honorários desse auxiliar do juízo: a norma do artigo 790-B, ao referir que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, não poderá ter interpretação diversa daquela já praticada na Justiça do Trabalho, que, se reconhece ao trabalhador a responsabilidade, dispensa o pagamento, exatamente em face do benefício que lhe foi reconhecido, uma vez que isso está assegurado aos cidadãos em geral pela aplicação da regra geral já referida. Nada há de ser alterado, portanto, na compreensão quanto à aplicação dos recursos da União, como já ocorre, para permitir a efetiva remuneração do auxiliar do juízo, quando a parte autora está ao abrigo da assistência judiciária gratuita. O crédito alimentar é insuscetível de renúncia, cessão, compensação ou penhora (artigo 1.707 do Código Civil), cuja aplicação subsidiária a Lei 13.467 exorta o juiz a fazer (nova redação do artigo 8º). O fato de que os créditos trabalhistas são alimentares está consolidado na redação do artigo 100 da Constituição, em seu § 1º, segundo o qual têm natureza alimentícia os créditos “decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez”. Logo, não podem ser compensados. O artigo 195 da CLT estabelece que a perícia deve ser determinada, de ofício, pelo Juiz, quando necessário. A perícia não é uma obrigação do reclamante. Trata-se, em verdade, de um meio de prova, do qual o juiz pode se socorrer, mas também não está obrigado a fazê-lo se tiver à disposição nos autos outros elementos que auxiliem na formação de seu convencimento, que pode advir, inclusive, de presunções que

decorram, por exemplo, da ausência de realização por parte da empresa de PPRA e PCMSO. Nesse sentido, a perícia se insere como elemento de prova de interesse do empregador. Tendo condições financeiras para arcar com os honorários prévios fixados – já que, segundo a lei, o juiz não pode exigir o pagamento, mas isso não o impede de fixá-lo – e se a reclamada, valendo-se da prerrogativa legal, não quiser efetuar o pagamento, deverá arcar com as consequências processuais da ausência da produção da prova, já que o juiz, em razão do princípio da indeclinabilidade, está condenado a apreciar o mérito da pretensão formulada pelo autor. Além disso, o artigo 195 autoriza ao juiz que entender necessária a inspeção que a determine de ofício. Desse modo, a parte autora não poderá ser onerada por eventual insucesso da prova.

55) O grau de insalubridade fixado em norma coletiva (artigo 611-A) deverá ser aferido em perícia, a ser determinada pelo juiz, sob pena de invalidação da norma, por conter objeto ilícito, na forma, inclusive, do artigo 611-B da CLT: o artigo 611-A permite fixação do grau de insalubridade por norma coletiva. Entretanto, o artigo 189 da CLT dispõe que “serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos”. Ou seja, a condição insalubre de trabalho é circunstância definida em lei, cujo escopo é a proteção à saúde de quem trabalha. Não está à disposição do intérprete, seja ele juiz, advogado, sindicato, trabalhador ou empregador. Por isso mesmo, o artigo 191 da CLT estabelece que a “eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá: I – com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância; ou II – com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância”. Portanto, a norma coletiva, para ter validade, terá que aliar a previsão acerca do adicional devido com prova técnica que demonstre ser esse adicional efetivamente adequado para afrontar o dano causado ao trabalhador. Do contrário, certamente deverá ser observado o artigo 192: “O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40%

(quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo”, bem como a previsão do artigo 195, no sentido de que a “caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho”. Note-se que os parágrafos desse dispositivo tornam clara a necessidade de trabalho técnico especializado, para a aferição do grau de insalubridade: “§ 1º – É facultado às empresas e aos sindicatos das categorias profissionais interessadas requererem ao Ministério do Trabalho a realização de perícia em estabelecimento ou setor deste, com o objetivo de caracterizar e classificar ou delimitar as atividades insalubres ou perigosas. § 2º – Arguida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho”. O § 3º do artigo 195 da CLT não deixa dúvida acerca da necessidade de perícia, mesmo que haja previsão acerca do grau de insalubridade, em norma coletiva: “O disposto nos parágrafos anteriores não prejudica a ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho, nem a realização *ex officio* da perícia”.

56) Acesso à justiça é razão para a própria existência da Justiça do Trabalho, o que impede a aplicação de normas como a que exige pagamento de custas para ajuizamento de demanda ou esvazia o conceito de gratuidade da justiça: a criação da Justiça do Trabalho tem por pressuposto a facilitação do acesso à justiça, o que inclui a noção de *jus postulandi* e de assistência gratuita. A gratuidade, inclusive, é um princípio do processo do trabalho, como se sabe, e abrange todas as despesas do processo. Portanto, a regra da sucumbência recíproca, para que seja compatibilizada com a ordem constitucional vigente e com o princípio da proteção, implicará a fixação e a dispensa do pagamento dos honorários, por parte do trabalhador alcançado pela gratuidade da justiça. O § 4º desse mesmo dispositivo, quando menciona que o beneficiário da justiça gratuita terá as obrigações decorrentes de sua sucumbência “sob condição suspensiva de exigibilidade”, durante dois anos, nos quais o credor poderá provar que “deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade”, estabelece uma contradição que não poderá ser resolvida

senão pela inaplicabilidade dessa disposição legal. É que a gratuidade se dá em razão da situação do trabalhador no momento em que demanda. E, se ela abrange – inclusive sobre a exegese do CPC, que, repita-se, nem sequer tem por princípio a proteção a quem trabalha – todas as despesas do processo, não há como sustentar tal condição suspensiva sem negar, por via oblíqua, a gratuidade. O mesmo ocorre em relação à suposta autorização, contida nesse mesmo dispositivo, para compensação com créditos obtidos em juízo, “ainda que em outro processo”. Novamente aqui, a disposição legal esbarra nas disposições do artigo 1.707 do Código Civil, do artigo 9º da CLT e do artigo 100 da Constituição.

57) O reconhecimento dos deveres de prova fixados na CLT atraem a incidência dos artigos 400 e 443 do CPC, compatíveis com o processo do trabalho. Quando a lei exige a manutenção (e por consequência a exibição) de documento pelo empregador, sua não apresentação impede o juiz de colher prova oral e determina a admissão dos fatos contidos na inicial como verdadeiros: a CLT traz em sua gênese, ainda que de forma intuitiva, a superação da dicotomia entre os âmbitos material e processual, quando – ao tratar do contrato de trabalho em regras de direito material – estabelece deveres prévios de produção de prova documental. E o faz em pontos cruciais da relação entre capital e trabalho. Determina que o contrato seja registrado na carteira de trabalho do profissional (artigo 29), que a jornada seja devidamente anotada (artigo 74) e que o salário seja pago mediante recibo (artigo 464). Determina ainda que seja escrito o “pedido” de demissão e o termo de quitação das verbas resilitórias, ambos com assistência do sindicato, sempre que se tratar de contrato com mais de um ano de vigência (artigo 477). A CLT, portanto, estabelece estreita ligação entre os espectros material e processual dos deveres e sua consequência. Enquanto ônus é algo que incumbe à parte, cuja inobservância gera mera presunção favorável à parte contrária, dever é imposição legal cuja desobediência acarreta uma sanção. No caso dos deveres ligados à prova, essa sanção é o indeferimento da prova testemunhal e, por consequência, o acolhimento da tese contrária. Logo, as alterações realizadas no artigo 818 não alterarão a racionalidade da CLT. Ao contrário, considerando-se a predileção de muitos intérpretes da área trabalhista pelo uso do CPC, talvez até auxilie na sua observância. O § 1º do novo artigo 818 refere que “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos

deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

O empregador, cujo dever de documentação segue incólume, terá de demonstrar o cumprimento dos direitos trabalhistas por prova documental que, caso não seja apresentada, seguirá atraindo a aplicação subsidiária das normas do CPC, notadamente daquelas inscritas nos artigos 400 e 443. Então, se ele não se desincumbir de seus deveres, haverá a admissão dos fatos alegados pela parte contrária como corretos. E o juiz segue proibido de produzir prova testemunhal sobre fatos que apenas por documento ou perícia possam ser demonstrados (artigo 443 do CPC).

58) A observância da literalidade do artigo 843 da CLT, quando refere que o preposto deve ser alguém “com conhecimento dos fatos”, que tem de ser imediato e real, e não baseado no exame dos documentos ou em conversas com colegas, sob pena de esvaziamento do sentido da norma: a introdução do § 3º no artigo 843 da CLT nada inova, porque nunca houve exigência de que o preposto fosse empregado. O que a CLT exige, e que se mantém, é que ele tenha conhecimento dos fatos. A disposição, evidentemente, é uma tentativa de superar a jurisprudência dominante no TST, que, curiosamente, acaba por permitir que os intérpretes do Direito do Trabalho voltem a aplicar a disposição legal. Duas são as funções do preposto, que tornam sua presença em audiência indispensável. A primeira é a capacidade para conciliar em nome da empresa. A segunda é a habilidade para trazer ao juiz elementos que possam esclarecer os fatos controvertidos. Há, claro, o efeito processual, em favor da parte contrária, que é o de confessar. Quando a empresa traz em juízo um “preposto profissional”, cria-se uma disparidade no processo, na perspectiva da produção das provas, estabelecendo um benefício exatamente em favor da parte que possui maior aptidão para a prova. Ora, o reclamante, em seu interrogatório, carregando a fragilidade pessoal de estar envolvido emocionalmente no conflito, pode se confundir e, assim, confessar fatos que, concretamente, não se deram da forma “confessada”. Já o preposto profissional, muitas vezes com formação jurídica, transforma o depoimento pessoal em mero ato protocolar. Uma repetição técnica dos termos da defesa. Essa disparidade contraria o princípio do contraditório, inscrito na cláusula do devido processo legal. Além disso,

o preposto que não teve contato algum com o empregado em seu ambiente de trabalho desatende, inclusive, à previsão do artigo 843, § 1º, da CLT. Ora, quando se diz que o preposto deve ter conhecimento dos fatos, o que se estabelece é que este precisa ter vivenciado os fatos controvertidos e que, ao menos, conheça o reclamante e sua dinâmica do trabalho, não por ter ouvido falar ou por ter lido em algum memorando, mas sim por tê-la vivenciado. Argumentar que esse conhecimento dos fatos pode ser obtido por meio da leitura dos documentos do processo é esvaziar o conteúdo do dispositivo legal. O objetivo da norma é justamente permitir a conciliação e evitar que se torne inócuo o depoimento pessoal, cuja finalidade precípua é obter a confissão real. Por isso, o descumprimento dessa regra básica pela reclamada, conforme registrado em audiência, equivale à confissão, nos exatos termos do artigo 844 da CLT. Note-se que a conduta fere também o que a doutrina processual vem denominando princípio da colaboração ou da cooperação. Esse princípio decorre da constatação de que o processo é um meio social de resolução de conflitos. Por esse motivo, sua solução rápida, eficaz e comprometida com a verdade interessa às partes diretamente envolvidas, aos terceiros e ao Estado. Decorre do princípio da cooperação a noção de que os atos processuais devem ser praticados de sorte a permitir a resolução eficaz do conflito, e, em contrapartida, de que é vedado aos litigantes, a terceiros e ao Estado-Juiz agir de forma a impedir, fraudar ou retardar a prestação jurisdicional. É decorrência dele a exata observância dos termos da CLT quando, ao contrário do que determina o CPC, diz obrigatória a presença da parte em audiência ou de preposto que a represente e que necessariamente tenha conhecimento dos fatos.

59) **O § 5º do artigo 844 da CLT não impede os efeitos da revelia:** é clara a preocupação em proteger a demandada, em caso de revelia, estabelecendo que: “ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados”. A regra, porém, não obsta a consequência jurídica da ausência da parte à audiência, qual seja, a decretação da revelia e a aplicação da consequente pena de confissão, mesmo que presente o seu advogado.

60) **As alterações promovidas pela Lei 13.467/17, se mantidas, são aplicáveis apenas aos novos contratos e aos processos ajuizados após a data de sua vigência:** a Lei 13.467/17, antes mesmo de ser examinada, já padece de um problema de origem que a compromete integralmente, pois

é avessa à noção de proteção que justifica e permite que determinada regra seja considerada trabalhista. Ainda assim, caso suas disposições venham a ser aplicadas, não há dúvida de que deverá ser apenas para os novos contratos de trabalho. O mesmo se dá em relação às normas processuais. Quando um cidadão vai até o Poder Judiciário deduzir sua pretensão, certamente reconhece quais são as regras do jogo. Em uma realidade como a da Justiça do Trabalho, em que os demandantes são, como regra, desempregados que enfrentam necessidade financeira (razão pela qual a gratuidade é considerada um princípio do processo do trabalho), essa premissa é ainda mais importante. De qualquer modo, é preciso pontuar que, em relação às regras materiais, a compreensão é que sua validade atinge apenas novos contratos, em face do direito fundamental que o artigo 5º da Constituição denomina “direito adquirido”, bem como do que estabelece o artigo 468 da CLT, que não foi alterado. Quanto às regras processuais, para quem pretender aplicá-las, defendemos a compreensão de que só servirão aos processos ajuizados após sua entrada em vigor. Isso porque a “reforma” tenta desfigurar completamente o processo do trabalho. Não se trata de alterações pontuais em determinada fase do processo. Trata-se de uma lógica de vedação do acesso à justiça que, se aplicada imediatamente, surpreenderá os trabalhadores demandantes, impingindo-lhes ônus para os quais nem sequer foram alertados. Contemporaneamente, a doutrina tem chamado essa garantia processual de princípio da colaboração, que inclusive tem assento na redação do CPC de 2015. Esse “princípio” (em realidade, esse postulado hermenêutico e axiológico para a aplicação das regras jurídicas) nada mais é do que o reconhecimento de que numa lógica democrática, de monopólio da jurisdição, todos devem agir de boa-fé, sendo previamente alertados acerca das regras com as quais contarão, em caso de ajuizamento de demanda. A alteração dessas regras, após o ajuizamento da demanda, com fixação de honorários de sucumbência, por exemplo, afeta diretamente os deveres de conduta que tanto o Estado quanto as partes possuem e que decorrem diretamente da boa-fé: lealdade e transparência.

61) O valor liberado ao exequente, por ocasião da execução provisória, mediante decisão fundamentada, tal como autoriza expressamente o ordenamento jurídico (artigos 520 e 521 do CPC), não pode ser repetido, conforme o artigo 1.707 do Código Civil: os valores discutidos em demanda trabalhista têm caráter alimentar, razão pela qual são

irrepetíveis. Há, inclusive, precedente do Supremo Tribunal Federal nesse sentido: este possui precedentes contrários ao entendimento esposado pelo STJ, *in verbis*: “DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO RECEBIDO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. DEVOLUÇÃO. ART. 115 DA LEI 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE. BOA-FÉ E CARÁTER ALIMENTAR. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CF RESERVA DE PLENÁRIO: INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 22.9.2008. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado em virtude de decisão judicial não está sujeito à repetição de indébito, dado o seu caráter alimentar. Na hipótese, não importa declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei 8.213/91, o reconhecimento, pelo Tribunal de origem, da impossibilidade de desconto dos valores indevidamente percebidos. Agravo regimental conhecido e não provido”. (ARE 734199 AgR, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 22-09-2014 PUBLIC 23-09-2014.) Há, ainda, a Súmula 51/TNU (Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais), dispondo que “os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento”. O entendimento foi confirmado no âmbito de um Incidente de Uniformização de Jurisprudência: Questão de Ordem nº 13 da TNU: “Não cabe Pedido de Uniformização, quando a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido (aprovada na 2ª Sessão Ordinária da Turma Nacional de Uniformização, do dia 14.03.2005). (TNU, Questão de Ordem n.º 13, DJ 5). Incidente de Uniformização não conhecido”. (PREDILEF 5002813-56.2012.4.04.7109, rel. Juiz Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá, j. 12.02.2015, DOU 13.04.2015, p. 126/260, unânime). A interpretação que serve ao direito previdenciário serve também ao direito do trabalho, cujo objeto é a relação social de trabalho, da qual se extraem deveres de pagamento de verbas de natureza alimentar, como reconhecem o artigo 100 da Constituição, o artigo 9º da CLT e o artigo 1.707 do Código Civil. Mesmo indenizações por danos, materiais ou morais, praticados no âmbito do contrato adquirem tal natureza por representarem o ressarcimento tardio e parcial de dano causado à personalidade do trabalhador.

VI – O que você vai fazer agora?

A Lei 13.467 pretendeu colocar os trabalhadores de joelhos. Trata-se de uma lei ilegítima porque fere os princípios trabalhistas, o requisito específico do diálogo social e o pressuposto democrático do processo legislativo.

Os profissionais do direito e os trabalhadores não podem se colocar diante de uma lei ilegítima com resignação e acatamento. Aplicando o direito, devem rejeitar a lei por uma questão de princípio e de respeito à Constituição e aos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Não sendo assim, ou seja, não se estabelecendo um enfrentamento com esse alcance, restará aos autores do atual Estado de exceção a sensação de que podem avançar ainda mais, valendo lembrar que o Estado de exceção é apenas a ponte para o autoritarismo. Assim, outros impactos poderão advir e muito mais graves do que a própria lei, tais como:

1) **a abertura de uma porta para a completa entrega do país ao capital internacional:** é bom lembrar que já estamos sob a égide da “PEC do fim do mundo” (EC 95) e que, não vendo limites, o governo, seus aliados e a grande mídia falam tranquilamente em privatizações múltiplas; em fim das estruturas de Estado (aproveitando para colocar a culpa de todos os males do país nos servidores públicos); em eliminação da educação e da saúde públicas; e, em pouco tempo, vão falar em vender a Petrobrás e o pré-sal;

2) **o aumento do sofrimento nas relações de trabalho:** diante da majoração do poder econômico sobre o trabalho e do elevado estágio de submissão dos trabalhadores, desprovidos de direitos e de instituições que defendam seus interesses, projeta-se um considerável aumento do sofrimento nas relações de trabalho, notadamente no que se refere ao assédio moral, aos adoecimentos e aos acidentes do trabalho, o que implica aumento do mal-estar em toda a sociedade;

3) **a supressão das instituições do Estado democrático de direito:** para ir além, os autores do atual Estado de exceção não hesitaram em aprofundar a própria desordem por meio de maiores e mais profundos ataques às instituições. Já se fala abertamente em “reformular” a Constituição,

em reduzir (mais uma vez) o orçamento da Justiça do Trabalho, para eliminá-la, em culpa da advocacia trabalhista, do Ministério Público do Trabalho e dos auditores fiscais do trabalho;

4) **a eliminação** dos direitos liberais da livre manifestação, da liberdade e dos direitos políticos: como consequência mesma do item anterior, já se fala também que a democracia provoca males à economia, que os governantes não devem escutar o povo e que a eleição de 2018 põe em risco a estabilização das reformas; temos decisões proferidas, inclusive pelo STF, suprimindo concretamente o direito de greve e vemos, a cada dia, aumentar a truculência policial contra os trabalhadores e estudantes que se manifestam, mesmo que pacificamente, contra o desmanche.

Essa projeção é importante para que se produzam os necessários sentimentos de indignação e de revolta diante da “reforma”, que, sem uma oposição firme, constituirá apenas um primeiro passo para vários outros desmontes e retrocessos civilizatórios.

É fundamental reagir, e para tanto é preciso afastar o comodismo que se alimenta da consideração superficial, que serve como mero acalanto, de que os contrários à reforma estão apenas querendo criar alarde para benefícios próprios. É necessário, igualmente, recusar o argumento de que é a resistência que provoca novos ataques institucionais, uma vez que é exatamente o contrário. E é essencial superar o medo de enfrentar todas as possíveis ameaças, valendo lembrar que a liberdade da advocacia, da cátedra e da judicatura foi uma conquista histórica da cidadania exatamente para que o poder político e econômico não mantivesse controle absoluto sobre a vida das pessoas e dos recursos ambientais, passando por cima de direitos fundamentais.

O momento não é de desespero ou desistências. Estamos diante de uma séria crise de instituições, que não atinge apenas o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho. Afeta a própria noção que temos da função exercida pelo Estado, da razão pela qual temos normas de conduta social. O enfrentamento aberto, explícito e direto aos retrocessos propostos pela Lei 13.467/17 é um desafio do qual não se pode fugir.

São Paulo/Porto Alegre, 7 de setembro de 2017