Colaboradores:

- Adriana Goulart de Sena Orsini
- Agenor Calazans da Silva Filho
- Andréa Presas Rocha
- Christianne Moreira Moraes Gurgel
- Gabriela Lemos Cunha
- Geovane de Assis Batista
- Geovane de Mori Peixoto
- Guilherme Guimarães Ludwig
- José Affonso Dallegrave Neto
- Júlia Simões Neris
- Luciano Martinez
- Marcelo Rodrigues Prata
- Murilo Carvalho Sampaio Oliveira
- Pedro Lino de Carvalho Júnior
- Rodrigo Trindade
- Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

Vistos etc.

Revista da Associação dos Magistrados
da Justiça do Trabalho da 5ª Região - BA

Em homenagem aos magistrados
Antônio Sérgio Neime Carvalho
e Maria Lita Moreira Braidy, ***in memorian.***

Nº 14 • 2018

Amatra 5
Associação dos Magistrados da
Justiça do Trabalho da 5ª Região - BA

Autores:

- **Adriana Goulart de Sena Orsini**
- **Agenor Calazans da Silva Filho**
- **Andréa Presas Rocha**
- **Christianne Moreira Moraes Gurgel**
- **Gabriela Lemos Cunha**
- **Geovane de Assis Batista**
- **Geovane de Mori Peixoto**
- **Guilherme Guimarães Ludwig**
- **José Affonso Dallegrave Neto**
- **Júlia Simões Neris**
- **Luciano Martinez**
- **Marcelo Rodrigues Prata**
- **Murilo Carvalho Sampaio Oliveira**
- **Pedro Lino de Carvalho Júnior**
- **Rodrigo Trindade**
- **Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale**

Vistos etc.

Revista da

Amatra 5

Associação dos Magistrados
da Justiça do Trabalho da 5ª Região

REVISTA VISTOS
Conselho Editorial

- Angélica de Mello Ferreira
- Agenor Calazans da Silva Filho
- Gerúzia Martins de Amorim e Souza
- Guilherme Guimarães Ludwig
- Marcos Oliveira Gurgel
- Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
- Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

AMATRA5 – DIRETORIA
Presidente

- Angélica de Mello Ferreira

Vice-Presidente

- Lea Maria Ribeiro Vieira de Oliveira

Diretora Secretária

- Soraya Gesteira de Azevedo Lima Marques

Diretor Tesoureiro

- Marcos Oliveira Gurgel

Diretor Cultural

- Guilherme Guimarães Ludwig

Diretora Social, Esporte e Lazer

- Edlamar Souza Cerqueira

Diretora de Prerrogativas

- Cecilia Pontes Barreto Magalhães

Diretor de Comunicação

- André Oliveira Neves

Diretora de Aposentados e Pensionistas

- Gerúzia Martins de Amorim e Souza

Diretora de Cidadania e Direitos Humanos

- Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

Diretor da Ematra5

- Luciano Berenstein de Azevedo

CONSELHO FISCAL
Titulares:

- Agenor Calazans da Silva Filho
- Ana Paola Santos Machado Diniz
- Valtércio Ronaldo de Oliveira

Suplentes:

- Ana Lúcia Bezerra Silva
- Cláudia Uzeda Doval
- Nívea Maria Luz Da Silva Torres

CONSELHO DE ÉTICA
Titulares:

- Débora Maria Lima Machado
- Débora Moraes Rêgo de Castro
- Luiz Augusto Medrado Sampaio

Suplentes:

- Adriana Manta da Silva
- Jéferson Alves Silva Muricy
- Mirella Mendes Grassi Muniz

Revista AMATRA-V: Vistos etc. / Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região.

v. I, nº 14 (2018). – Salvador: AMATRA 5, 2018.

ISSN 977.2238-0353

1. Direito do trabalho – Brasil. 1. Associação dos Magistrados da justiça do Trabalho da 5ª Região.

Homenagem à juíza Maria Lita Moreira Braidy

Poucos dias antes de Maria Lita nos deixar, eu a encontrei, como sempre acontecia, no elevador da Justiça do Trabalho.

Lembro-me de que nesse dia, quando ela me viu, seu rosto se iluminou num sorriso discreto.

Maria Lita, então, usava um vestido amarelo-ouro que cintilava contra os ternos escuros e as roupas cinzentas inundando aquele elevador com um cândido fulgor de um pequeno e altivo girassol.

Ela estava exausta, mas estava também contente ao final de mais um longo dia rico de tantas audiências realizadas – porque, em nenhum outro lugar ela foi tão feliz do que aqui, na sua Justiça do Trabalho, cumprindo o seu destino, apaixonadamente dedicada à sua vocação de Magistrada.

Como Juíza e mulher, os olhos de Maria Lita miravam convicções e certezas; silencioso e letal, o seu olhar era como um disparo de arco e flecha cujo alvo eleito era sempre a verdade. E assim poderia sustentar por um longo tempo uma severidade cultivada que para alguns lhe conferia um semblante quase marcial; uma mulher de decisões implacáveis.

No entanto, tal como um mergulhador nas profundezas, a sua alma dócil, frágil e amorosa, premida pelo afeto e pela compaixão, não tardava em vir à tona fazendo emergir a verdadeira Maria Lita, de sorriso meigo e rendido.

Ela viveu ao seu modo intenso e rigoroso, tudo o que uma vida poderia proporcionar, e a viveu com ânsia e pressa, talvez em demasia, como uma Juíza que fascinada pela própria eficiência pretendesse, obsessivamente, exaurir seus julgamentos.

Nessa premência, involuntariamente reduziu o interstício entre os acontecimentos da sua existência e o seu próprio fim.

Escrevendo agora sobre Maria Lita, tenho a impressão de que lhe endereço uma carta tardia, em que lhe declaro a minha admiração e alegria por lhe ter conhecido.

E com o vazio de sua partida resta-nos a todos nós refletir sobre o sentido e o esforço de um Juiz em busca da perfeição. Contentemo-nos, portanto, com o tanto que já nos é possível realizar nestes caminhos, sendo cada um de nós, tão pouco, quando lutamos sozinhos.

Nunca nos esqueceremos de Maria Lita, agora despida da dramaticidade dinâmica da vida e das suas singelas emoções; de Maria Lita, agora em paz, delicada e bela como um girassol, luzindo nos portões da primavera.

Salvador, 24 de abril de 2018.

Luiz Augusto Medrado Sampaio

Juiz do Trabalho

Homenagem ao juiz Antonio Sérgio Neime Carvalho

Quanto tempo é necessário para admirar uma pessoa? Precisamos conhecer a sua vida? Saber a sua história? Partilhar de sua intimidade?

Antônio Sérgio Neime nos ensinou que bastam poucos minutos de conversa.

De fala pausada, olhar sereno, conduta gentil, discreta, e com até certa timidez, deixava naqueles que consigo encontravam a impressão comum... esse cara é "gente boa".

E não bastassem as qualidades que o marcavam como pessoa, Sérgio era tranquilo no trato com os advogados e partes, solícito aos que o procuravam, comprometido com a magistratura.

Ao fim de 2017, desejou àqueles que tivessem mágoas, pendências ou ressentimentos, que os descarregassem no ano que se encerrava; e para aqueles que possuíssem sorriso nos lábios, coração aberto e mãos prontas para construir; desejou que tivessem assento preferencial ao lado da janela da felicidade.

Assim, ficam para nós as marcas de um pessoa querida, de um colega exemplar.

O seu comprometimento, a sua dedicação, a sua tranquilidade, a bondade e a cortesia no trato com todos foi seu exemplo e legado.

Exemplo silencioso, marcado pela discrição e simplicidade de Sérgio Neime.

Hoje ganhamos todos, um pouco de Antonio Sérgio Neime em cada um de nós.

Que saibamos seguir cumprindo os votos e o exemplo desse admirável pai, filho, amigo, colega.

A todos, um trecho da mensagem por ele enviada ao fim do ano:

"Caso haja períodos de turbulência, mantenham a calma e a confiança no piloto da aeronave: Deus; que ao mesmo tempo estará ao lado de cada passageiro." A todos, uma excelente viagem.

A Sérgio, que siga em paz, que o seu espírito se eleve na grandeza do que ele era. Deus também está ao seu lado.

Salvador, 18 de abril de 2018

Viviane Christine Martins Ferreira Habib

Léa Maria Ribeiro Vieira de Oliveira

Naiara Lage Pereira Bohnke

Juízas do Trabalho

Sumário

Apresentação 13
– *Angélica de Mello Ferreira*
– *Guilherme Guimarães Ludwig*

Intercondições e formas de solução de conflitos: abordagem e tratamento adequado face a centralidade consensual posterior à Resolução 125/CNJ 15
– *Adriana Goulart de Sena Orsini*
1. Introdução 15
2. Acesso à justiça: caminhos para a efetivação de direitos 16
3. Poder Judiciário, ensino jurídico e a adjudicação 17
4. Conflito, teoria e intercondições 19
5. Solução de conflitos e contemporaneidade .. 20
   5.1. A mediação 22
   5.2. A conciliação 23
6. Conclusão 25
7. Referências bibliográficas 25

Indicação de valor nas reclamações trabalhistas a partir da Reforma de 2017 27
– *Agenor Calazans da Silva Filho*
1. Introdução 27
2. Antecedentes 27
3. Premissas 28
4. Incidência do CPC no processo do trabalho . 30
5. Resgate da interpretação mais favorável e o princípio da proteção do hipossuficiente 31
6. Conclusão 32

Referências 32

Petição inicial pós-reforma trabalhista e a liquidação dos pedidos: caminhos possíveis 33
– *Andréa Presas Rocha*
1. Introdução 33
2. Pedido certo, determinado e com indicação de valor 34
   2.1. Reclamação verbal e a exigência da indicação de valores dos pedidos 34
   2.2. Pedido implícito e pedido genérico 35
      2.2.1. Pedido genérico e a necessária estimativa do seu valor: finalidade de determinação do valor da causa, para efeitos de fixação do rito processual e da sucumbência 35
   2.3. Pedidos em relação aos quais o autor não precisa indicar valores 36
3. Caminhos possíveis para a quantificação dos pedidos: vantagens e desvantagens 36
   3.1. Produção antecipada de provas 36
      3.1.1. Produção antecipada de provas e interrupção da prescrição 37
      3.1.2. O procedimento da produção antecipada de provas e a recalcitrância do réu 38
   3.2. Tutela cautelar antecedente para exibição de documentos 38
      3.2.1. A resistência injustificada ou ilegítima do réu 39
   3.3. Indicação dos valores por estimativa .. 39
4. A defesa do réu: ônus da impugnação específica 40
5. Considerações finais 40
6. Referências 41

Impressões da reforma trabalhista de 2017 no direito coletivo do trabalho 43
– *Christianne Moreira Moraes Gurgel*
1. Introdução 43
2. Direito coletivo do trabalho 44
   2.1. Notas introdutórias 44
   2.2. A ordem jurídica internacional 44
   2.3. Direito social – constituições federais do Brasil 45
   2.4. Os conflitos coletivos de trabalho e a negociação coletiva 46
3. A Lei 13.467 de 2017 e os impactos no direito coletivo do trabalho 47
   3.1. Notas introdutórias 47
   3.2. Dispensa em massa sem negociação coletiva de trabalho 47
   3.3. Contribuição sindical facultativa 48
   3.4. A representação dos empregados na empresa 49
   3.5. Os poderes da negociação coletiva de trabalho – Art. 611-A 50
   3.6. Matérias proibidas à negociação coletiva de trabalho 52
   3.7. Terceirização 52
4. Conclusão 52

Referências 53

O preposto não empregado: um paradoxo aparentemente incontornável 55
– *Geovane de Assis Batista*
1. Introdução 55
2. Desenvolvimento 55
   2.1. Da preposição no processo do trabalho 55
      2.1.2. A "extensa discórdia" 56
      2.1.3. O preposto-não-empregado deve conhecer os fatos: o paradoxo 57
   2.2. A arte do conhecimento 59
      2.2.1. Presentação e re-presentação .. 60
      2.2.2. Verdade, mentiras e erro de percepção 62
      2.2.3. Os modos de sensibilidade do preposto 66
   2.3. Do conhecimento re-presentativo judicial 69
   2.4. Um paradoxo aparentemente incontornável 71
3. Considerações finais 74
4. Referências bibliográficas 74

Ainda sobre a reforma trabalhista... Uma análise crítica constitucional 77
– *Geovane de Mori Peixoto*
1. Introdução 77
2. O sentido do trabalho no contexto neoliberal e a Reforma Trabalhista 77
3. A proteção constitucional do trabalho 79
4. Análise crítica constitucional da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) à guisa de conclusão 81
Referências 83

A eficácia temporal da Lei 13.467/2017 e o princípio constitucional da segurança jurídica 85
– *Guilherme Guimarães Ludwig*
– *Murilo Carvalho Sampaio Oliveira*
1. Introdução 85
2. Inaplicabilidade da reforma trabalhista aos contratos de trabalho em curso 85
3. Inaplicabilidade da reforma trabalhista aos processos trabalhistas em curso 88
4. Conclusões 90
5. Referências 91

Ônus da prova à luz da Reforma Trabalhista 93
– *José Affonso Dallegrave Neto*
1. Direito fundamental de prova 93
2. Redução do poder de convencimento do julgador no CPC/15 94
3. Distribuição estática e dinâmica do ônus da prova 96
4. Critérios e momento da inversão do *onus probandi* 98
5. Ônus da prova na responsabilidade contratual 101
Referências bibliográficas 102

Lei 13.467/17: segurança jurídica como direito fundamental em períodos de crise 105
– *Júlia Simões Neris*
1. Introdução 105
2. Situando a Reforma Trabalhista 106
3. Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais 108
4. Reforma trabalhista e o direito à segurança jurídica 109
5. Considerações finais 111
Referências 112

O princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva 113
– *Luciano Martinez*
1. Introdução: a garantia da liberdade sindical para impelir progresso social, para despertar a consciência de luta por níveis de vida mais elevados e, enfim, para contribuir decisivamente para o avanço de outros tantos direitos humanos 113
2. O dever de não intercessão e a sua mitigação pelo dever de proteção e de promoção: em busca de um delicado equilíbrio mediante a técnica da "mínima intervenção". A vinculação dos órgãos estatais e dos particulares ao direito fundamental à liberdade sindical: entre a abstenção e a ação protetiva e promocional 115
3. A proteção do direito fundamental à liberdade sindical em face de suas restrições: os confins da intervenção na autonomia coletiva sindical 118
4. Conclusão 118
Referências 119

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a Reforma Trabalhista 121
– *Marcelo Rodrigues Prata*
1. Introdução 121
2. O processo de colmatação das lacunas previsto pela CLT 121
   2.1. Aplicação subsidiária do NCPC à CLT 122

2.2. Aplicação supletiva do NCPC à CLT 122
3. Conceito de personalidade jurídica 122
4. Da desconsideração da personalidade jurídica 122
5. Pressupostos legais para o deferimento da desconsideração 123
6. Da desconsideração inversa 124
7. Cabimento e processamento do incidente de desconsideração no processo trabalhista 124
8. Iniciativa do incidente de desconsideração da personalidade jurídica 125
8.1. Do princípio da demanda ou da inércia da jurisdição 125
8.2. A iniciativa do pedido de desconsideração na Justiça Comum 125
8.3. Iniciativa do incidente de desconsideração na Justiça do Trabalho na fase de execução 125
8.3.1. Reclamante desacompanhado de advogado e o incidente de desconsideração 126
8.3.2. Reclamante assistido por advogado e o incidente de desconsideração 126
9. Recurso cabível contra decisão que apreciou a desconsideração 127
9.1. No processo civil 127
9.2. Recurso cabível na esfera trabalhista . 127
10. Benefício de ordem 127
11. O problema das penhoras bancárias *online* que surpreendem terceiros 127
12. O problema do devedor que subtrai bens à execução trabalhista 128
13. Da inexistência de responsabilidade objetiva do credor em caso de determinação, *ex officio*, de arresto 129
14. Comunicado da desconsideração ao distribuidor e fraude à execução 129
15. Necessidade de ouvida do terceiro na desconsideração iniciada, de ofício, pelo juiz do Trabalho 130
15.1. Da não-surpresa 130
Conclusões 130
Referências 130

A prova do assédio moral nas ações coletivas e a reforma trabalhista 133
– *Pedro Lino de Carvalho Júnior*
– *Gabriela Lemos Cunha*
1. Introdução 133
2. A prova do assédio moral nas ações individuais 134
3. Uma nova compreensão do ônus probatório nas ações individuais que envolvem o assédio moral 134
4. O assédio moral e sua prova nas ações coletivas 139
5. Considerações finais 142
Referências bibliográficas 142

Jurisdição voluntária e a homologação de acordo extrajudicial no processo do trabalho 143
– *Rodrigo Trindade*
Introdução 143
1. A adoção da conciliação extrajudicial como forma alternativa de resolução de conflito na CLT 144
1.1. Modalidade voluntária de jurisdição ... 144
1.2. Importância da conciliação trabalhista 144
1.3. Comissões de conciliação prévia 145
2. O ingresso do acordo extrajudicial no Direito do Trabalho: exposição de motivos 146
3. Ampliação constitucional da competência da Justiça do Trabalho 146
4. Riscos de vícios de consentimento 147
5. O procedimento para homologação de acordo extrajudicial 147
5.1. Reforma Trabalhista 147
5.2. Representação processual e requisitos de validade 149
5.3. Efeitos e alcance dos acordos extrajudiciais homologados – análise da Súmula 330 do TST 149
Conclusão 151
Referências bibliográficas 152

A inconstitucionalidade da despedida coletiva imotivada 155
– *Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale*
1. Considerações iniciais 155
2. As liberdades sociais 155
3. A proteção contra a despedida arbitrária como direito de liberdade 158
4. Direitos fundamentais como sistema de valores 159
5. Eficácia irradiante dos direitos fundamentais 161
6. O alcance do artigo 7º, I, diante da regra contida no artigo 5º, § 1º Constituição Federal de 1988 162
7. Eficácia plena da primeira parte do artigo 7º, I Constituição Federal de 1988 e a antijuridicidade da despedida imotivada 163

8. Inconstitucionalidade da autorização da despedida coletiva imotivada 166
9. A inconstitucionalidade por ofensa ao devido processo legal 166
10. Motivação e devido processo legal para aplicação de penalidades: o paradigma estabelecido pelo código civil ... 169
10.1. Entidades associativas e sociedades . 170
10.2. Relações condominiais 173
10.3. O dever de motivação na ação de despejo 173
11. A necessidade da motivação da despedida como consequência do devido processo legal aplicável à relação de emprego 173
12. Notas conclusivas 175
13. Referências 175

Apresentação

Com o advento da Lei 13.467/2017 – a chamada "*Reforma Trabalhista*" –, a partir de uma tramitação legislativa de poucos meses, foram alterados, acrescidos e revogados centenas de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho e ainda das Leis 6.019/74, 8.036/90 e 8.212/91, ao que se agregou novo regramento decorrente da Medida Provisória 808/2017.

Representando, em linhas gerais, maior valorização da autonomia da vontade das partes e correspondente mitigação do viés intervencionista de tutela do hipossuficiente econômico, tais mudanças objetivaram significativas inovações na disciplina das relações individuais e coletivas de trabalho, inclusive pela inversão de entendimentos consolidados pela jurisprudência trabalhista. Transformações substanciais também foram pretendidas nas regras que regulam o processo trabalhista, que, em muitos casos, ampliaram riscos do autor e garantias ao réu das demandas.

Tal cenário jurídico complexo vem acarretando insegurança e incerteza quanto à interpretação e à aplicação do Direito, especialmente diante da necessidade de imprimir coerência e efetividade ao sistema normativo, informado não apenas pela rede de leis em sentido estrito, mas igualmente pelos princípios nucleares do Direito do Trabalho, pela Constituição Federal e pelas Normas Internacionais pertinentes.

A presente edição da Revista "Vistos etc." da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região visa a proporcionar subsídios teóricos para o equacionamento de algumas das questões postas pela Reforma Trabalhista, com contribuições plurais dos associados e de outros estudiosos da área, a agregar preciosas reflexões para o debate de ideias.

É também uma edição especial porque rende uma digna e necessária homenagem aos saudosos magistrados Antônio Sérgio Neime Carvalho e Maria Lita Moreira Braidy, que faleceram prematuramente no início do presente ano de 2018, deixando a Magistratura Trabalhista e a comunidade jurídica em estado de consternação, em profundo pesar. Adeus não é uma palavra fácil, porém que as boas lembranças destes queridos colegas ausentes animem a sermos todos cada vez mais justos e serenos em nossa missão.

Salvador, 16 de abril de 2018

Angélica de Mello Ferreira
Presidente da Amatra-5

Guilherme Guimarães Ludwig
Diretor Cultural da Amatra-5

Intercondições e formas de solução de conflitos: abordagem e tratamento adequado face a centralidade consensual posterior à Resolução 125/CNJ[1]

Adriana Goulart de Sena Orsini*

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Acesso à Justiça: caminhos para a efetivação de direitos – 3. Poder Judiciário, Ensino Jurídico e a Adjudicação. 4 Conflito, Teoria e Intercondições – 5 Solução de Conflitos e Contemporaneidade – 5.1 A Mediação – 5.2 A Conciliação – 6 Conclusão – 7 Referências.

RESUMO: Este artigo aborda o acesso a justiça pela via dos direitos e a solução de conflitos. Reconhece-se que o Poder Judiciário tem a imprescindível função de efetivação do provimento adjudicado, bem como no fomento das formas consensuais de solução de conflitos. Tratou-se de teorias sobre os conflitos, evidenciando a importância da intercondições para o adequado tratamento pelos profissionais e em quaisquer dos campos. Foram explicitadas as quatro macro categorias da solução de conflitos e as formas e metodologias que se apresentam para a resolução, com destaque para a mediação e a conciliação.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso a Justiça – Solução de conflitos – Mediação – Conciliação

ABSTRACT*:* This article deals with the access to justice by way of rights and the solution of conflicts. It is recognized that the Judiciary has the essential function of effecting the adjudicated provision, as well as in the promotion of consensual forms of conflict resolution. Theories about conflicts were analyzed, highlighting the importance of inter conditions for the adequate treatment by professionals and in any field. The four macro categories of conflict resolution and the forms and methodologies presented for resolution were outlined, with emphasis on mediation and conciliation.

KEY WORD*S:* Access to Justice – Conflict Resolution – Mediation – Conciliation

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos dez anos o Brasil tem vivenciado uma mudança nos paradigmas do tratamento e da solução dos conflitos. Desde o Movimento Conciliar legal (2006/2007) e a sua culminância com a edição da Resolução 125/10 pelo Conselho Nacional de Justiça observa-se uma radical alteração na concepção da solução de conflitos, bem como no acesso à justiça. A visão *stricto sensu* onde o acesso a Justiça e o acesso ao Poder Judiciário se equivaliam é ampliada, tanto para se acolher os meios complementares de resolução de conflitos e as possibilidades endoprocessuais, como para se fomentar a utilização do campo extrajudicial pelos cidadãos voltada ao acesso à Justiça pela via dos direitos.

A Política Pública Nacional de Tratamentos de Conflitos avançou de forma inequívoca com a publicação da Lei 13.105/15. É que o Código de Processo Civil/2015, logo no seu artigo terceiro, traz como norma fundamental a inserção dos métodos complementares de solução de conflitos, sendo responsabilidade dos profissionais jurídicos o estímulo à sua implementação.

> Art. 3o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
>
> ...
>
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015).

O CPC/15 determinou que em todos os processos cíveis devem existir audiências de mediação ou conciliação, ainda que não obrigatórias, designadas antes da apresentação da defesa pelo réu. Assim, alocou, no curso do processo, um momento específico para que o o consenso entre as partes fosse buscado e com a possibilidade de realização de um acordo e, via de consequência, a extinção do processo e da lide nas suas variadas dimensões. Demonstrando ainda mais a sua opção pela solução conciliada, participada e efetivada pelas partes, o CPC/15 prevê duas situações em que a audiência de mediação será de

---

(*) Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região; Professora Associada da Faculdade de Direito da UFMG;Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG;Coordenadora do Programa RECAJ/UFMG – Acesso a Justiça e Solução de Conflitos; Coordenadora do Projeto Estruturante da Linha 2 do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG: "Governança Pública, Acesso à Justiça, Efetividade, Consensualidade e Dimensão Processual dos Direitos Humanos"; Doutora e Mestre em Direito pela UFMG.

1. Este trabalho decorre das pesquisas que a autora desenvolve sobre o tema desde 2007 na área de estudo: "Acesso à Justiça pela via dos Direitos, Direitos Humanos e Políticas Públicas" do Projeto Coletivo "Acesso à Justiça pela via dos Direitos, Governança e Administração da Justiça" da Linha 2 do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

comparecimento obrigatório para os litigantes: as ações de família,[2] nas quais a audiência de mediação acontecerá previamente à apresentação de defesa pelo réu; e as ações possessórias multitudinárias que envolvam a posse velha (posse de um ano e um dia) antes de o juiz apreciar o pedido de concessão de medida liminar (BRASIL, 2015d).

A mudança paradigmática na teoria geral do processo, em especial do processo civil, pode também ser comprovada pela regulamentação da mediação, tanto judicial, quanto extrajudicial, pela Lei 13.140/15. Assim, seja pela Resolução do CNJ n. 125/2010, seja pelo CPC/2015, seja pela Lei 13.140/15, é inequívoco que outras formas de resolução de conflitos são hoje possibilidades legais dos jurisdicionados e cidadãos brasileiros, muito além do processo judicial clássico adjudicado. É possível dizer, sem medo de errar ou até exponenciar, que houve uma ampliação das "portas de acesso" à justiça.

Mas, também é possível e imprescindível afirmar que, a mudança no paradigma de tratamento de conflitos de interesse não ocorrerá somente pela positivação de formas de solução de controvérsias distintas da adjudicação e extrajudicialmente. É urgente que tanto o ensino jurídico, como a práxis dos profissionais do direito se adapte a estes novos tempos[3] e se conscientize da importância de um tratamento de conflitos de forma mais adequada, sempre considerando o caso concreto, as suas especificidades, dimensões, partes envolvidas, interesses em campos, dentre outras intercondições[4].

A judicialização, bem como a adjudicação são caminhos no tratamento e solução de conflitos no Brasil, mas não são únicos, nem mesmo deveriam ser os primeiros. Pretendeu-se com a Política Pública já mencionada que a não consensualidade como regra na abordagem dos conflitos se tornasse exceção. O gigantismo dos números do sistema judicial, além da detecção de judicialização em excesso, seja pela apropriação pelos "grandes players" do sistema processual, seja pelo descumprimento massivo da legislação, bem como pela procura primeira do campo judicial para situações do dia a dia, são sinais inequívocos de um esgotamento do modelo, senão o seu colapso.[5]

2. ACESSO À JUSTIÇA: CAMINHOS PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

hodiernamente, o acesso à justiça tem sido tratado como o mais básico dos direitos humanos, tendo em vista que somente a partir dele existe a possibilidade de reivindicação dos demais direitos previstos nas normas nacionais, ou até internacionais.

Em uma concepção jurisdicional, o acesso à justiça é compreendido e se equivale ao acesso ao Poder Judiciário, ou seja, o direito pelo qual as pessoas podem reivindicar direitos ou resolver litígios por meio da proteção do Estado. Nesse contexto, a finalidade do sistema jurídico judicial é ser universal, acessível a todos, produzindo resultados individual e socialmente justos para as partes envolvidas em um conflito. (CAPPELLETI; GARTH, 2002).

O princípio do acesso à Justiça inscrito no inciso XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, assegura muito mais do que o acesso meramente formal aos órgãos judiciários. O desafio constante é que este acesso se torne um acesso efetivo e com qualidade, para que ao jurisdicionado reste concretizado o acesso à uma ordem jurídica justa.

Os doutos nos ensinam que para a concretização de uma ordem jurídica justa, não se pode, somente, pensar que garantir a formalização do direito de ação seja suficiente. A compreensão da necessidade de instituição do que alguns chamam de um modelo multiportas de justiça, composto por diferentes instâncias de solução de litígios, para além da esfera dos Tribunais Judiciais, representa um passo fundamental para a promoção de um acesso à justiça voltado à garantia de direitos. (WATANABE, 2009)

Em pesquisa denominada "Cartografia da Justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios", Leonardo Avritzer, Marjorie Marona e Lilian Gomes (2014) introduzem instigante concepção do acesso à justiça "pela via dos direitos":

> [...] o acesso à justiça via direitos tem na igualdade de acesso ao sistema judicial

2. Processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

3. Alguns tempos e/ou formas de solução de conflitos nem são tão novos assim, como a conciliação, seja na Justiça do Trabalho, seja nos Juizados Especiais, seja na história de nossa legislação comercial e civil.

4. O tema será abordado mais a frente neste mesmo texto.

5. Sobre o tema, a leitura e interpretação dos dados dos Relatórios do "Justiça em Números" do CNJ, bem como autores que tratam do excesso de judicialização, são imprescindíveis para se compreender que a insistência em um modelo que já demonstra esgotamento pode gerar o seu colapso, por mais improvável que isto possa parecer em um primeiro momento.

> uma de suas mais importantes dimensões. No entanto, o acesso à justiça via direitos deve ser compreendido mais amplamente. Em uma primeira dimensão, como a garantia da efetividade dos direitos, o que depende da informação acerca dos direitos, de uma socialização que permita o recurso a uma instância ou entidade à qual se reconheça legitimidade para dirimir eventual litígio, e da efetiva reparação da injustiça ou desigualdade proveniente da violação do direito. Em uma segunda dimensão, entretanto, o pleno acesso à justiça pela via dos direitos indica a possibilidade de participação na conformação do próprio direito. Trata-se, nesse caso, de perceber que o reconhecimento de identidades (individuais e coletivas) implica a própria criação de novas categorias de direito que passam, então, a ser reconhecidas pelo Judiciário.

Portanto, este é o grande desafio para os novos tempos que se apresentam: realizar um acesso a justiça pela via dos direitos. É caminhar, paulatinamente, para um Poder Judiciário que se torne mais poroso, mais representativo da diversidade, de conhecimentos e de práticas da sociedade. Em outras palavras: que o sistema jurídico e de justiça sejam, realmente, acessíveis a todos os cidadãos, independentemente de classe social, sexo, idade, etnia, raça, religião e/ou orientação sexual.

3. PODER JUDICIÁRIO, ENSINO JURÍDICO E A ADJUDICAÇÃO

o Poder Judiciário tem função fundamental na efetivação do Estado Democrático de Direito. É o guardião da Constituição, cuja finalidade, basicamente, repousa na preservação dos valores e princípios que a fundamentam – cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político (Art. 1º, CF/88).

Espera-se e assim preveem as normas brasileiras que deve o Juiz aplicar o direito com independência, impondo a sua observância indistinta, mas também contribuir para o desenvolvimento da cultura voltada à paz social.

Com costumeira acuidade, Pimenta (p. 152) nos ensina:

> A busca pela efetividade do direito processual, concebido como mecanismo de concretização do direito material do qual é ele o instrumento inafastável, tem trabalhado várias questões que são complementares. Em síntese, procura-se abandonar o tecnicismo e o formalismo excessivos para construir um processo de resultados, capaz de concretizar, na realidade prática e dentro de um tempo razoável, a finalidade precípua da função jurisdicional: a pacificação, com justiça, dos conflitos intersubjetivos de interesses. Isto se deve a uma constatação realista que é comum a todos os sistemas jurídicos mais avançados do mundo contemporâneo: a consciência de que esse instrumento processual, por melhor que seja, tem limitações óbvias e inevitáveis.

O Poder Judiciário e a sua estrutura tradicional, organizada para a prestação jurisdicional, voltam-se primordialmente para a imposição do direito constituído e formalmente vigente. Nesta estrutura judiciária instrumentalizada pelo processo judicial tradicional, predomina a ótica individualista civil, onde os procedimentos são essencialmente organizados para demandas individuais. O sistema de justiça brasileiro tem por base um paradigma de resolução de controvérsias que se desenvolve em um ambiente competitivo, desfavorável a uma visão colaborativa para a abordagem dos conflitos.

O sistema foi construído por uma confluência de fatores, que se alimentam em uma espécie de círculo vicioso. Dificilmente haverá transformação apenas pela previsão de mais uma etapa processual por meio de tentativas pelas vias de métodos consensuais. Soma-se à temática que o ensino jurídico brasileiro é voltado primordialmente para um tratamento adversarial do conflito por meio do processo judicial clássico. É preciso pensar que se o ensino e o próprio tratamento profissional dos conflitos no Brasil foi – e é – construído sob uma lógica binária e litigante em uma concepção ganha/perde, abordar, tratar e solucionar conflitos de uma forma construtivista e cooperativa dos conflitos não é tarefa das mais fáceis, nem muito menos exitosas em um primeiro momento.

Apesar de se detectar sinais de alteração em alguns espaços acadêmicos, bem como a busca por formação dos profissionais jurídicos em métodos não adversariais[6], é preciso mais, seja na realização diuturna de abordagens consensuais nos espaços

6. A Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG oferece, desde 2007, uma disciplina optativa voltada para as formas consensuais de solução de conflitos e o acesso à justiça. A Universidade de São Paulo – USP, uma das mais antigas do País, apenas em 2012 inaugurou uma disciplina na graduação para o estudo da mediação e da conciliação. Certo é que tais conteúdos estão sendo incorporados às grades curriculares dos cursos de Direito, em maior ou menor medida. Mas há o fato de que diversas gerações de bacharéis em Direito já se formaram e estão exercendo suas profissões sem nunca terem visto qualquer tipo de conteúdo relacionado à visão não adversarial para a abordagem dos conflitos.

judiciais e extrajudiciais de solução de conflitos, seja na internalização no ensino jurídico brasileiro de conteúdos essenciais para a transformação da visão do conflito.

Imprescindível a formação interdisciplinar do profissional jurídico, por meio do contato e da interação com a sociologia, a antropologia e a psicologia, dentre outros. Teoria do conflito e da tomada de decisão passam a ser inexoráveis em uma formação jurídica contemporânea. Saber realizar mapeamento de conflitos, em especial das situações jurídicas que o compõem, além de estudar de forma aprofundada as formas consensuais no tratamento dos conflitos, passa de algo desejável ao profissional jurídico, para um conteúdo imprescindível para o seu atuar.

Lado outro, há pouca tradição e treinamento em resolução construtiva de conflitos, e os recursos institucionais são escassos para ajudar as pessoas a lidarem com situações conflituosas (DEUTSCH, 1973).

Se é certo dizer que a cultura brasileira também contribui para o fomento de um sistema de justiça organizado sob um viés adversarial, é preciso mudar. Se é certo que a maioria dos cidadãos é ensinada a manter ou suprimir o conflito e que as instituições são elaboradas para lidar com as relações adversárias, não há dúvida, é urgente alterar. A revolução democrática de Justiça de que nos fala Boaventura de Sousa Santos (2007) também passa por tais mudanças, sem as quais pouco se poderá fazer pelo sistema como um todos.[7]

Não se nega, nem se poderia, a importância absoluta do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito brasileiro. Nos espaços judiciais direitos são defendidos, garantias são asseguradas e injustiças são dirimidas. O papel do direito é também impor limites às relações, evitando que elas se tornem abusivas, atuando o Poder Judiciário fortemente nesta seara. E assim se diz face por meio de experiência pessoal de mais de 26 anos de magistratura, inclusive voltada a conciliação, onde muitas vezes a limitação da relação impositiva face a supremacia econômica e/ou de conhecimento de direitos, só pode ser readequada, por meio do exercício da jurisdição adjudicada e, por óbvio, pedagógica em casos como tais.

É preciso estar ciente de que relações que são abusivas, tendem a repetir tal característica em espaços extrajudiciais, inclusive de forma exponencial, se sobrepondo e até mesmo negando princípios e valores inerentes a tais espaços. Isso não significa dizer que se deve esvaziar ou negar o espaço extrajudicial, tampouco significa que o Poder Judiciário deve abarcar, em sua estrutura, todas as formas de solução de conflitos e de regulação da sociedade.

Como Santos (1999) aponta, existe uma normatividade que emerge da sociedade, a qual criou mecanismos de tratamento de parte dos conflitos dela decorridos. Realizar os métodos consensuais em espaços extrajudiciais faz parte do exercício democrático de empoderamento nas formas de solução de conflitos, bem como de colaborar para cada vez mais se tenha consciência e saber de direitos, que podem ser reivindicados e realizados pelo Estado e até por outro cidadão mas, e isto é muito importante, que também tem seus direitos a serem sopesados e levados em consideração.

Devolver à sociedade o poder de lidar e solver os seus conflitos inter-relacionais é um democrático incentivo a participação social para a tomada de decisões, promovendo, em seu maior grau, a emancipação.[8]

Pensada em um contexto latino-americano de desigualdades e exclusão social, na atualidade a chamada via do acesso à justiça como política pública[9] é imprescindível. Ao Estado em uma concepção ampliada caberia reduzir as barreiras aos sistemas de justiça em seu território e promover outros acessos avençados a uma governança social.

O "Manual de Políticas Públicas para o Acesso à Justiça" editado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, é um exemplo de produto voltado ao acesso a justiça como política pública. A proposta do PNUD consiste em demonstrar a emergência de políticas públicas de acesso à justiça embasada nas necessidades jurídicas da população,

7. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Editora Cortez. 2007.

8. Empoderar é também utilizado no contexto.

9. Não se adota aqui um conceito restrito de política pública, em vista das inequívocas complexidades abarcadas por esse tema. Para efeito de uma breve definição, considera-se de relevo destacar o que assinala Pierre Muller (2000). Conforme o autor francês, política pública é um processo de mediação social, responsável por moldar estratégias que ajustem os diferentes setores do Estado (setores privados, públicos, saúde, transporte, educação, etc.) reduzindo o problema de coerência social e de desintegração territorial provocado por essa setorização. Parte-se do pressuposto de que nenhum desses setores se dissocia do todo da sociedade. (Tradução Nossa).

criando ofertas de serviços de justiça que atendam a essas necessidades tanto quantitativa quanto qualitativamente. (UNDP, 2005, tradução livre).

Expandem-se as formas consensuais e complementares de solução de conflitos no ordenamento político-jurídico brasileiro. A mediação, a facilitação, a conciliação e a justiça restaurativa ganham um assentamento jurídico normativo cada vez mais consolidado e marcam uma reconfiguração histórica sobre as possibilidades de acesso à justiça aos cidadãos, ressignificando o espaço dos tribunais e repassando à comunidade a possibilidade de resolução de controvérsias por vias dialógicas, voluntárias e consensuais.[10]

Avritzer, Marona e Gomes (2014) ressaltam o redimensionamento do acesso à justiça sob o viés em questão. Com base na Teoria da Justiça de Rawls, o qual afirma que o período pós-guerra assentou a condição humana da pluralidade, os referidos autores salientam a necessidade de o sistema de justiça conjugar, na contemporaneidade, os diferentes interesses e valores dos indivíduos, devendo propiciar o acesso por meio de políticas públicas específicas. (2014, p. 15). Assim, bem se coloca que a ampliação do acesso à justiça implica também a busca de uma reorganização mais eficaz dos meios auxiliares de justiça, além da definição de uma política pública de justiça que assente em um sistema integrado de resolução de litígios, agregando os mecanismos extrajudiciais e judiciais e também os mecanismos judiciários (2014, p. 24-25).

O acesso a justiça como uma política pública responde ao anseio de prestação ativa do Estado ao mesmo tempo em que aproxima o Poder Público das demandas sociais e o embasa para a realização da justiça de forma mais efetiva e eficaz.

Ao contrário do que se possa imaginar, o monopólio estatal da administração da justiça não estará ameaçado pela expansão dos meios consensuais de resolução de conflitos, nem representará uma terceirização ou privatização da Justiça. Antes de mais nada, as formas consensuais devem ser vistas como uma expansão da própria distribuição da Justiça, ou até mesmo como aperfeiçoamento do conceito e da prática da jurisdição.

4. CONFLITO, TEORIA E INTERCONDIÇÕES

Ao se considerar o repertório histórico, político, cultural e de inserção social que o envolve, tem-se de forma clara um conceito plural e dinâmico de conflito, cujas questões são transversais a diversas áreas das ciências, seja como objeto de investigação, seja como um elemento preponderante de causa e efeito dentre os fenômenos humanos de interação que afetam a produção do conhecimento.

O estudo do conflito para além da concepção do litígio, da pretensão resistida, tão repetida nos manuais de processo ou em meio à prática processual, tem sido um dos temas que o Direito tem se dedicado. No Direito, tem se construído a concepção de que existem lides ou dimensões no conflito. Autores afirmam que ao lado da chamada lide/dimensão jurídica os conflitos seriam compostos por outras lides/dimensões, como por exemplo, a social, a psicológica, a econômica. Parte-se da ideia motriz que se os conflitos decorrem de relações, as interações humanas reverberarão no cenário da Justiça, aparecendo as questões que não pertencem somente ao eixo judicial.

As teorias sobre o conflito apresentam diferentes delineamentos[11]. Se em determinados contextos, a exaltação de uma sociedade em estado harmônico e equilibrado, sem perturbações, influenciaram a concepção de conflito como patologia social (BOBBIO, 1991, p.226), os estudos contemporâneos ressaltam a importância dos conflitos sob o viés relacional, construtivo e transformativo.

Como salientam Alzáte, Fernández e Merino:

> Em vez de evitar e temer o conflito, devemos aprender a apreciá-lo e cultivar seus aspectos positivos e não violentos. Os conflitos são inevitáveis, necessários e podem ter aspectos benéficos [...]. Porém os benefícios dependem da nossa habilidade para enfrentarmos aos conflitos, para

10. Cabe ressaltar que, na América Latina, o interesse pelo viés utilitarista de redução da litigância se sobrepôs em relação ao viés de humanização e pluralização da Justiça. Em crítica apontada por Neto (2005, p.10), "as experiências com mecanismos alternativos de resolução de controvérsias e conflitos fundamentam-se no ideal de 'sistema de justiça eficiente', diligentemente forjado por agências como USAID, PNUD, World Bank, e BIRD para países em desenvolvimento", razão pela qual vários projetos pilotos eclodiram em várias partes. É recente a concepção das metodologias consensuais de solução de conflitos como políticas públicas de acesso, sob marco das Resoluções 125/2010 e 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, a denominada "lei de mediação" – Lei n° 13.140, de 2015 – e a reformulação do Novo Código de Processo Civil.

11. O presente trabalho não visa esgotar as discussões acerca dos conflitos, mas apresentar algumas das concepções do conflito em relação ao direito contemporâneo e suas implicações para a ressignificação do acesso à justiça e das metodologias consensuais de solução de problemas em sociedade.

> resolvê-los de maneira justa e para prevenir manifestações destrutivas e violentas. (ALZATE; FERNANDEZ; MERINO, 2013, p 181, tradução nossa).

Nesse mesmo sentido, o autor Morton Deutsch (1973) destaca o papel do conflito como um caminho pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam às soluções, sendo, portanto, raiz de mudança pessoal e social. A explosão de um conflito significaria a não acomodação dos sujeitos em relação a uma situação anterior, abrindo a oportunidade para um novo equilíbrio da relação sob novas bases. Ademais, o autor assevera que "o conflito demarca grupos e, dessa forma, ajuda a estabelecer uma identidade coletiva e individual". (DEUTSCH, 1973)

Em outra perspectiva, Remo Entelman (2002) propôs uma teoria que definia o "gênero conflito", diante das várias espécies de conflitos adjetivadas, tais quais conflito familiar, conflito político, conflito internacional, conflito de indivíduos, conflito de grupos, conflito de classes, dentre outros, define o gênero conflito como um elemento "decorrente da relação social". (ENTELMAN, 2002, p.49). Em sua teoria, todos os conflitos são frutos das relações sociais e humanas, sejam conflitos entre indivíduos-indivíduos, indivíduos-organizações, entre organizações-organizações ou até mesmo entre países. É dizer que à frente de cada grupo, instituição, organização ou país há seres humanos com interesses comuns e díspares que determinarão a dinâmica de cooperação ou de conflitualidades.

Para alguns autores, como SOLER (2014, p. 41) o conflito é uma relação de interdependência entre dois ou mais atores

> *[...] cada uno de los cuales o percibe que sus objetivos son incompatibles con los de los otros actores (conflicto percibido) o, no percibiendo-lo, los hechos de la realidad generan dicha incompatibilidad (conflicto real)...*

Por meio desta definição é possível identificar um único fenômeno com três distintas características:

1) o conflito é um tipo de relação entre dois ou mais atores.
2) cada um destes atores tem uma relação de interdependência com os demais no que diz respeito a consecução de seus objetivos.
3) os atores desta relação de interdependência percebem que seus objetivos são, total ou parcialmente, incompatíveis.

A primeira característica que nos fala SOLER (2014) se aproxima de temas que estão sendo tratados na linguística, na antropologia e na filosofia. Se antes o indivíduo e a sociedade eram tratados em extremos, agora são inseridos em níveis intermediários e em suas respectivas linguagens-ambientes (v.g. a comunidade, a rede, o entorno). O ser agora a ser visto como sempre "sendo em relação", como "ser-junto", "ser-dois".

A interdependência, segundo característica elencada acima, supõe que a satisfação dos objetivos de um dos atores está relacionada ao comportamento do outro ator. Se a consecução do objetivo X do ator A não depende do que faça o ator B, não haverá interdependência entre eles, assim, por definição, não será possível atribuir a noção de conflito a esta relação entre A e B.

A terceira e última característica de SOLER (2014) se desdobra em dois elementos, que são a incompatibilidade e a percepção. A incompatibilidade explicita a existência do conflito e está vinculada a impossibilidade de satisfazer, de maneira conjunta e total, os objetivos de cada um dos atores. Os fatos e a realidade se incorporam às decisões dos atores, mas de forma filtrada pelas percepções, portanto deve ser reconhecido o valor das percepções na definição do conflito, na sua abordagem e no seu tratamento.

É preciso considerar o conflito muito além da clássica compreensão jurídica de "pretensão resistida" e também da não tão clássica compreensão, mas também muito difundida, de que conflito teria lides/dimensões como acima mencionado.

Se o tratamento distanciado de indivíduo e sociedade vem sendo abandonado na linguística, na filosofia e na antropologia, não teria o menor sentido tratar o conflito, na ciência do direito, em dimensões, em lides, em fatias. O fatiamento do conflito se aproximaria do apartamento entre o sujeito e a sociedade, o que não se defende, nem se deseja. Na realidade, existem intercondições, condições estas que se encontram naquele conflito e que o compõem.

Desta feita, tanto para abordagem quanto para o tratamento adequado do conflito voltado ao acesso a Justiça pela via dos direitos, torna-se mister compreender as intercondições do conflito.

5. SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CONTEMPORANEIDADE

Em que pese a ênfase que nosso ordenamento jurídico e as faculdades de Direito brasileiras sempre deram a solução adjudicada processual estatal,

os conflitos podem ser tratados de formas variadas inseridas em macro categorias: prevenção, gestão, dissolução e resolução. Cada uma destas macro categorias se desdobram em formas, métodos e/ou metodologias que possibilitam a abordagem, como também o tratamento adequado do conflito.

Ampliar o leque de possibilidades para abordagem e para o tratamento de conflitos colocados à disposição da sociedade é inexorável, mas deve ser pensado em uma perspectiva materialmente democrática e de acesso a Justiça por meio de direitos. O escopo da ampliação de possibilidades não pode ser a pretensão de se desafogar o Poder Judiciário, as voltas com seus "milhões" de autos. Muito menos, o objetivo, por vez inconfessável, de se privatizar os conflitos para que passem ao largo do controle estatal, mascarando estatísticas e ampliando o desrespeito aos direitos fundamentais.

É preciso ampliar porque, como se escreveu em linhas transatas, os conflitos possuem intercondições. Ou seja, os conflitos são únicos, ocorrem em relações distintas, entre pessoas com sentimentos, interesses e histórias de vida diversos, em tempos históricos diferentes, com possibilidades ou impossibilidades de satisfação, além das diferentes percepções pelos envolvidos direta ou indiretamente.

Reconhecer a existência frente ao conflito dos quatro níveis de possível atuação (ou até momentânea inação) é primordial, especialmente para aquele profissional que irá abordar e tratar conflitos como uma parcela de sua escolha e mister profissional.

Não há uma única forma de se abordar um conflito, nem um único momento em que aquele determinado conflito pode ser solucionado. Existem dinâmicas, lugares, pessoas, envolvidos, terceiros participantes, terceiros intervenientes, ou seja: intercondições.

Existem intercondições que tornam cada conflito único, a merecer um tratamento tanto mais especializado e competente possível. SOLER (2012) denomina de "operador de conflitos" o profissional que é especialista nos quatro níveis de solução de conflitos, como também no mapeamento e eventual solução daí advinda[12]. O mapeamento de conflitos é muito utilizado quando o conflito possui múltiplos atores, como também naqueles onde há grupos ou coletivos envolvidos.

12. Disciplina "Teoria do Conflito" – *Universidad de Castilla – La Mancha – Curso Resolucion de Conflictos: mediación y estrategias de negociación* – XII Edición Cursos de Postgrado en Derecho – 2012, Toledo/Espanha. Apontamentos.

A prevenção de conflitos pode ser exemplificada na esfera trabalhista. Moreira (2012) aduz que sob a ótica de responsabilidade social empresarial a prevenção tem o potencial de proporcionar melhorias significativas no ambiente laboroambiental:

> A prevenção dos riscos profissionais proporciona um ambiente de trabalho mais seguro e agradável aos trabalhadores, promovendo sua dignidade e o valor social do trabalho, além de representar a diminuição de custos para a empresa, decorrentes de eventuais condenações judiciais. Esses fatores, somados, em última análise, importam em aumento de produção e produtividade. ... A postura empresarial que se limita a almejar o lucro não é mais aceita na sociedade contemporânea, surgindo a figura da responsabilidade social empresarial como sinônimo de desenvolvimento econômico e justiça social. A efetivação dos direitos fundamentais do trabalho, a adoção de medidas capazes de promover um ambiente de trabalho decente e seguro e o respeito à dignidade do obreiro são pressupostos da responsabilidade social empresarial. (MOREIRA, 2012, p. 21-22)

É possível atuar de forma institucional, bem como por meio de política pública e/ou jurisdicional voltada a prevenção. Novamente, a área trabalhista fornece um notável exemplo que é o "Programa Trabalho Seguro – Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho", iniciativa do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, em parceria com diversas instituições públicas e privadas. O "Trabalho Seguro" visa à formulação e execução de projetos e ações nacionais voltados à prevenção de acidentes de trabalho e ao fortalecimento da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, contribuindo para a diminuição do número de acidentes de trabalho.

A gestão do conflito, segunda macro categoria, é muito mais comum do que se possa imaginar. Ocorre quando um conflito não está suficientemente maduro para ser resolvido operando-se a sua gestão. Em outras palavras, a abordagem é voltada a gerir o conflito e tornar possível a sua resolução em momento posterior diferido no tempo. A posterior dissolução ou resolução pode ocorrer por qualquer uma das diversas formas, inclusive pelo exercício da atividade jurisdicional via solução adjudicada. É razoável supor que a forma como o conflito foi gestionado definirá, em grande medida, o caminho posterior a ser trilhado, bem como a própria resolução em si ou até a dissolução.

A dissolução do conflito é a terceira macro categoria das formas de solução de conflitos. Nesta,

o conflito é dissolvido pois um de seus elementos constitutivos foi eliminado. Os exemplos podem ser encontrados em conflitos onde houve má ou alguma falha de comunicação entre os envolvidos, ou cuja percepção foi equivocada. Assim, sanada a falha, (res) estabelecida a comunicação, há a desconstrução do conflito, ou seja, a sua dissolução.

A macro categoria denominada de resolução de conflitos pode se verificar tanto na modalidade endógena, como na exógena. A distinção entre as modalidades diz respeito ao fato de existir ou não a intervenção de um terceiro na metodologia escolhida para abordagem ou tratamento do conflito. A negociação, o diálogo e a votação são métodos endógenos, enquanto a facilitação, a mediação, a conciliação, a arbitragem e o processo judicial são exógenos. Para DELGADO (2017) existem três grandes grupos de resolução de conflitos, quais sejam: autotutela; autocomposição e heterocomposição.

A autotutela ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca. De certo modo, a autotutela permite o exercício de coerção por um particular, em defesa de seus interesses. A cultura ocidental tem restringido, ao máximo, as formas de exercício da autotutela, transferindo ao aparelho do Estado as diversas e principais modalidades de exercício de coerção.

Quando o conflito é solucionado pelas partes, sem a participação de outros agentes no processo de resolução da controvérsia, trata-se de autocomposição. Ela pode ocorrer seja pelo despojamento unilateral (renúncia) em favor de outrem da vantagem por este almejada, seja pela aceitação ou resignação de uma das partes ao interesse da outra, seja pela concessão recíproca por elas efetuada (transação). Não há, em tese, exercício de coerção pelos indivíduos envolvidos e pode ocorrer tanto no âmbito exclusivo da sociedade civil ou no interior de um processo judicial.

A heterocomposição tem como característica a participação de um agente exterior à relação conflituosa original. As partes (ou até mesmo uma delas unilateralmente, no caso da jurisdição) submetem a terceiro seu conflito, em busca de resolução a ser por ele firmada, proposta, instigada ou, pelo menos, favorecida. Como modalidades, elenca-se a jurisdição, a arbitragem, a mediação (de certo modo) e a conciliação.

A jurisdição (adjudicação) é o poder-dever conferido ao Estado de revelar o direito incidente sobre determinada situação concreta trazida a seu exame, efetivando a solução jurídica encontrada a respeito. Sendo manifestação do *imperium* inerente ao Estado, que se funda diretamente na soberania, a jurisdição tem como instrumento próprio de agir a coerção, utilizável frente a resistências descabidas de seu exercício regular. O resultado da resolução do conflito pela via adjudicada consuma-se através da sentença, que é o ato pelo qual o Magistrado decide a lide entre as partes processuais, mediante a aplicação do Direito ao caso concreto.

A arbitragem é o método que se realiza quando as partes entregam a um terceiro, denominado árbitro, a decisão sobre o seu conflito. No direito brasileiro, a arbitragem só pode se dirigir a acertamento de direitos patrimoniais disponíveis e está prevista na Lei n. 9307/96. O árbitro não pode ser o Juiz, no exercício de sua função judicante – sob pena de confundir-se com a jurisdição. Tanto a arbitragem, quanto a adjudicação são formas de resolução realizadas por um terceiro (árbitro ou Magistrado), sendo decisões impositivas, pois não decorrem das próprias partes.

A mediação é a conduta pela qual um terceiro aproxima as partes em conflito, auxiliando sua composição, que há de ser decidida, porém, pelas próprias partes. Existe há muito tempo como um meio de consensualizar interesses opostos, tendo sido, inclusive, adotada por diversas culturas, como a judaica, cristã, islâmica, hinduísta, budista, confucionista e indígena. É um termo plurívoco e poder ser apresentado de diversas formas, todavia neste trabalho será tratado essencialmente como método de resolução de conflitos.

Na conciliação, as partes agem direcionadas à composição, sendo dirigidas por um terceiro que participa ativamente, inclusive formulando propostas para a resolução do conflito. Na dinâmica conciliatória a força condutora por esse terceiro é real e muitas vezes consegue realizar resultado que, originalmente, não era sequer imaginado pelas partes.

Considerando que a mediação e a conciliação têm sido sugeridas e potencializadas, inclusive por legislações que buscam afirmar uma consensualidade na solução dos conflitos e por uma tentativa de inovar no campo de solução de conflitos no Brasil, serão tratadas de forma mais minudente a seguir.

5.1. A mediação

a partir da década de 1970, a mediação, como método de resolução de conflitos conduzido por um terceiro que auxilia no restabelecimento da

comunicação entre os envolvidos em disputas para um possível acordo de interesses encontrou nos Estados Unidos da América – EUA a base para o desenvolvimento de seus primeiros aspectos teóricos e práticos, consolidando-se como uma das possibilidades dentre as chamadas ADR – *Alternative Dispute Resolution* –, alternativas apresentadas em face da solução adjudicada de conflitos.

No seio do pragmatismo estadunidense foi levada a efeito como um novo método de solucionar disputas que causaria menos custos e danos psicológicos do que a litigação e evitaria os riscos que os processos nos quais o terceiro com poder de decisão podem trazer, como a arbitragem e a litigação (MENKEL-MEADOW; LOVE; SCHNEIDER, 2006).

No contexto da globalização, a mediação foi propagada mundialmente como uma técnica de gestão de conflitos, transferível de um país para o outro sem observar as realidades socioculturais distintas entre eles (BONAFE-SCHIMITT, 2012).

No Brasil, a mediação exerce nítida função de técnica para resolução consensual de conflitos, como exposto no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº13.140/2015 – a Lei de Mediação:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
>
> Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (BRASIL, 2015d).

O modelo de mediação que vem sendo adotado no País, especialmente nos contextos judiciários, é baseado na lógica da mediação estadunidense – especialmente no modelo de Harvard (modelo tradicional) –, que se instrumentaliza por meio de técnicas de escuta, de comunicação e, essencialmente, de negociação, conduzidas por um terceiro imparcial – o mediador –, de modo que os envolvidos na disputa se satisfaçam com os resultados alcançados por eles mesmos.

A título de exemplo, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ lançou em 2010 o Manual de Mediação Judicial (BRASIL, 2010) – utilizado até então como material de apoio à capacitação de mediadores judiciais –, que traz a mediação como uma negociação facilitada por um terceiro imparcial, um processo que abrange diversos procedimentos pelos quais esse terceiro promove a negociação entre os envolvidos num conflito, auxiliando-os a compreender suas posições e a buscar soluções que sejam compatíveis com suas necessidades e interesses (AZEVEDO, 2009). Trata-se de um modelo negocial de mediação, que tem caráter acordista, restringindo-se a resolver conflitos nos termos de um acordo. Nesse quadro, a mediação tem como destino a construção de uma solução, que todos aceitam, para um conflito concebido como um problema (WARAT, 2001).

Todavia, compreende-se que a mediação é muito mais do que uma negociação facilitada por um terceiro imparcial. Bonafe-Schimitt (2012) traz a ideia de renovação da mediação, colocando-a como uma nova forma de ação ou, melhor dizendo, um novo modelo de regulação social, no qual há uma recomposição das relações entre o Estado e a sociedade civil.[13]

5.2. A conciliação

É o método de solução de conflitos em que as partes agem na composição, mas dirigidas por um terceiro, que se mantém com os próprios sujeitos originais da relação jurídica conflituosa. A força condutora dinâmica conciliatória por esse terceiro é real, muitas vezes conseguindo programar resultado que, originalmente, não era imaginado ou querido pelas partes.[14] Por sua força antilitigiosa, é considerada pelos estudiosos como instituto salutar de inegável utilidade para as partes e para a coletividade.

A conciliação distingue-se das figuras da transação e da mediação sob, ao menos, dois aspectos. No plano subjetivo, a diferenciação apresenta-se na interveniência de um terceiro que pode ser uma autoridade judicial. Do ponto de vista formal, a conciliação judicial realiza-se no curso de um processo

---

13. Sobre o tema e contínuos aprofundamentos sobre a mediação, sejam no sentido legal, seja na forma de ação, recomenda-se a leitura de artigos e das pequisas que foram e continuam sendo desenvolvidas no Projeto Coletivo "Acesso à Justiça pela via dos Direitos, Governança e Administração da Justiça" da Linha 2 do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Em especial, na área de estudo: *"Acesso à Justiça pela via dos Direitos, Direitos Humanos e Políticas Públicas".* Em 2017 foi defendida a tese de Doutorado por Nathane Fernandes Silva: "O diálogo dos excluídos: a mediação social informativa como instrumento de ampliação do acesso a justiça pela via dos direitos no Brasil"onde o tema é tratado com profundidade crítica e científica.

14. DELGADO, Maurício Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro.* São Paulo: Revista Ltr, v.66, n. 6, jun. 2002, pág. 665.

judicial, podendo extingui-lo parcial ou integralmente.[15]

Os requisitos de existência da conciliação são: convenção das partes; reciprocidade das concessões; incerteza (subjetiva) a quem pertence o direito (*res dubia*); incerteza sobre o resultado do processo (*res litigiosa*); direitos patrimoniais de caráter privado. Por sua vez, os requisitos de validade da conciliação são: capacidade; licitude e possibilidade do objeto (não pode ser fraudulento, atentatório aos cofres públicos, fraudar direitos de terceiros, atentar contra a ordem pública, direitos "fora do comércio" – vg. alimentos futuros, salários, bens públicos); forma prescrita ou não defesa em lei.

A homologação do acordo judicial ocorrerá tanto no processo civil, quanto no processo do trabalho, sendo ato do Juiz em um processo Judicial (lide). É o endosso necessário do Estado, conferindo validade à avença.[16]

No caso da conciliação judicial trabalhista é importante ressaltar que, nada impede que o trabalhador e o empregador avencem cláusulas, sem com isso implicar em nulidade necessária. O caráter cogente da norma ou a sua inderrogabilidade não implicam, necessariamente, na absoluta impossibilidade de disposição de direitos (art. 334, §11º, do CPC/15 c/c art. 769 da CLT). Quando a transação ocorre perante o Estado, o princípio da utilidade social prepondera. O Estado entende que é melhor, politicamente, terminar a lide e que, assim celebrada, a transação não serviu como um instrumento para a derrogação de institutos básicos.

A transação judicial, pois, está dentro do sistema de legislação social, na medida em que concilia a necessidade de segurança dos negócios jurídicos com a necessidade de tutela da ordem econômica e social. Por conveniência de política legislativa, homologar (que é o que sempre ocorre com a transação judicial) é tornar o ato que se examina semelhante ao ato que devia ser o que se tem por modelo ou ideia. Pode ser ficção jurídica, mas é de política legislativa.

A existência da homologação é dita como suficiente para o controle da legitimidade do ato negocial. E, desta forma, resolve-se o aparente impasse – estabilidade nas relações jurídicas e indisponibilidade de certos direitos ou realização destes. Quando o Juiz homologa o acordo (dá o seu aval), ele está praticando um verdadeiro ato jurisdicional ("sentença de homologação", para alguns) que inclusive põe fim ao processo, extinguindo-o com resolução de mérito – art. 487, III, b, do CPC/15 –, possibilitando seja reconhecida a coisa julgada (art. 515, II e III, do CPC/15 e art. 831, parágrafo único, da CLT) e o cumprimento da sentença (CPC) e/ou a sua execução (CLT).

Importante destacar que a Lei 13467/17, introduziu no sistema processual trabalhista, no Capítulo III-A, o chamado "processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial", possibilidade jurídica que, anteriormente, era franqueada, tão-somente, no campo processual civil.

Caberá a jurisprudência e a doutrina justrabalhista, com a maturidade que lhe é peculiar, além da análise percuciente dos casos concretos quanto a possibilidade ou não da referida homologação. E, assim se diz, exatamente tendo em linha de conta a construção realizada nas linhas transversas quanto a importância e o caráter disruptivo que tem a homologação do acordo na seara trabalhista.

A previsão legal (arts. 855-B, C e D da CLT) diz respeito a um processo de jurisdição voluntária cuja culminância será a sentença, iniciando por petição conjunta firmada pelos advogados das partes, sendo a lei expressa que o advogado não poderá ser comum às partes. Neste ponto, a lei parece precisar dizer o óbvio frente a possíveis fraudes que já parece antever. Assim, causa estranheza tal previsão, sendo inequívoco que cada advogado representará uma das partes. A incidir na temática possível conduta penal referente a tergiversação e/ou patrocínio infiel.

Não menos sintomático e estranho ser ser necessário dizer que a previsão da homologação de acordo extrajudicial não prejudica o prazo para o pagamento das verbas rescisórias, nem elide a multa do art. 477, p. 8º da CLT, como se o acordo extrajudicial pudesse ser pensado para elastecer o prazo para pagamento de verbas legais, como as verbas rescisórias.

A jurisdição voluntária estabelecida pela Reforma Trabalhista prevê o prazo de 15 (quinze) dias a contar da distribuição da petição para a análise, pelo Juiz, do acordo. Dentro das faculdades expressamente ressalvadas à jurisdição judicial no tocante a homologação do acordo extrajudicial, está a designação de audiência, se o Magistrado de 1º Grau

15. Sobre o tema: SENA, Adriana Goulart de. *Formas de resolução dos conflitos e acesso à justiça*. Revista RDT – Revista de Direito Trabalhista, ano 13, n. 09, setembro/2007 p. 10/19. SENA, Adriana Goulart de. *Juízo conciliatório trabalhista*. Revista Ltr, vol. 71, outubro/2007, p. 1193/1204.

16. O Art. 487 do CPC/15 preceitua: "Haverá resolução de mérito quando o juiz: ...III – homologar: ... b) a transação"

entender necessário, com posterior julgamento do pedido de homologação do acordo extrajudicial (art. 855-D da CLT).

De qualquer forma, deve-se destacar que a conciliação é instrumento desejável para a solução de controvérsias sendo, inclusive, a forma mais adequada para determinadas situações conflituosas.

Como nos ensinam Cappelletti e Garth, a conciliação é especialmente indicada para os seguintes litígios:[17]

a) aqueles próprios da vida contemporânea, surgidos em decorrência de relações intersubjetivas relativas às chamadas "instituições integrais" (v.g. família, fábrica, escola, hospital ou supermercado), cuja "fuga" seja impossível ou onerosa, cujas respectivas relações intersubjetivas são destinadas a durar no tempo ou intenciona-se restabelecer uma convivência pacífica entre as partes. Se as partes estão envolvidas em relações de múltiplo vínculo, a continuidade destas relações sob o conflito tende a criar um peso estrutural cujo equilíbrio só a conciliação pode adequar.

b) as pequenas causas, de reduzida relevância econômica, se consideradas caso a caso; – se não terminam em acordo na inauguração da audiência, frequentemente serão objeto de abandono pelo autor.[18]

c) aqueles com grande potencial futuro de pressão numérica (repetição em determinada empresa, localidade, ou atividade, por exemplo), como filtro preventivo para aliviar os órgãos jurisdicionais de uma parte das demandas que seriam ajuizadas.

Vê-se, portanto, o potencial da conciliação frente as demandas e conflitos que surgem e decorrem da própria conflituosidade que se observa na sociedade, bem como de questões afetas à contemporaneidade. Portanto, não é errado dizer que a conciliação continua sendo o especial método institucional de composição de conflitos.

6. CONCLUSÃO

A efetivação do acesso à justiça e a implementação das soluções complementares de solução de conflitos no sistema de justiça brasileiro perpassa não somente pela legislação, mas também pela alteração na forma de atuação dos profissionais de direito. A positivação de tais métodos representa um grande avanço, contudo é necessária uma mudança estrutural de paradigmas e mentalidade – do adversarial para o dialógico – para que o tratamento adequado de conflitos seja materialmente implementado.

Ampliar o leque de possibilidades de tratamentos e abordagens de conflitos ao dispor da sociedade é indeclinável, mas deve ser pensado em uma perspectiva real e materialmente democrática de acesso a Justiça por meio de direitos. Mister, portanto, compreender o conflito e suas intercondições.

Metodologias têm surgido, algumas inclusive como mera repetição ou apenas nova denominação para velhas práticas. Estão sendo realizadas no Brasil, tanto no Poder Judiciário, como no espaço extrajudicial. As de maior destaque e aplicabilidade no espaço institucional do Judiciário brasileiro tem sido a mediação e a conciliação, tendo especial potencial para a solução de conflitos no Brasil.

Realizar o acesso a justiça pela via dos direitos é caminhar para que o sistema jurídico e de justiça, sejam, realmente, acessíveis a todos os cidadãos, independentemente de classe social, sexo, idade, etnia, raça, religião e/ou orientação sexual e que, materialmente falando, os direitos fundamentais sejam uma realidade para os cidadãos no nosso país.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFINI, James J. et. al. *Mediation theory and practice*. 2nd ed. Newark: Lexis Nexis, 2006.

ALZATE, Ramon; ITZIAR, Fernández; MERINO, Cristina. Desarrollo de la cultura de la paz y la convivência en el ámbito municipal: La mediación comunitária. *Politica y Sociedad*, Vol. 50. 2013.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian C. B. *Cartografia da justiça no Brasil*: uma análise a partir de atores e territórios. São Paulo: Saraiva, 2014.

AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009.

BOBBIO, Noberto. *Dicionário de Política*. 11ª Edição. Brasília: UnB, 1991.

BRASIL. *Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça*, de 29 de novembro de 2010.

BRASIL. *Lei 13.105*, de 16 de março de 2015.

BRASIL. *Lei 13.140*, de 26 de junho de 2015.

17. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

18. O procedimento sumaríssimo é um exemplo marcante – art. 852- A a H da CLT.

BRASIL. . *Lei 13.467*, de 13 de julho de 2017.

BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre. Os modelos de mediação: modelos latinos e anglo-saxões de mediação. *Meritum* – Revista de Direito da Universidade *FUMEC*. Belo Horizonte, v. 7, nº 2, p. 181-228

CAPELLA, Juan-Ramón. *A aprendizagem da aprendizagem*: uma introdução ao estudo do direito. Tradução de Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Ltr, 2017.

DEUTSCH, Morton. *A resolução de conflitos:* processos construtivos e destrutivos. *Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação.* Vol.3. Disponível em: http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito. Acesso em 25 de fevereiro de 2018

ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2002.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia versus metodologia?. *In: Cidadania, justiça e violência.* Organizadores Dulce Pandolfi ...[et al]. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. Resgate dos direitos humanos em situações adversas de países periféricos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, nº 47, p.181-216, jul-dez, 2005.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Uma Pedagogia da Emancipação. In GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LIMA, Paula Gabriela Mende (Coord). *Pedagogia da Emancipação: Desafios e Perspectivas para o ensino das ciências sociais aplicadas no século XXI.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENKEL-MEADOW, Carrie; LOVE, Lela Porter; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. *Mediation: practice, policy and ethics*. New York City: Aspen Publishers, 2006.

MOREIRA, Adriano Jannuzzi. *Responsabilidade civil do empregador – Técnicas de gestão preventiva em perspectiva judicial.* São Paulo: Lex Magister, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL. *Resolução 2002/12*. Tradução: Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0>. Acesso em 24/08/2014.

PIMENTA, José Roberto Freire. *A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99*: aspectos de direito comparador e o novo papel do juiz do trabalho. São Paulo: Revista LTr, vol. 65, no. 02, p. 152, fevereiro, 2001.

PRANIS, Kay. *Processos Circulares.* Título original: *The little book of circle process.* Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Editora Cortez. 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice*: o social e o político na pós- modernidade. São Paulo, Cortez, 1999.

SOLER, Raul Calvo. *Mapeo de Conflictos. Técnica para la exploración de los conflictos. Barcelona: Editorial Gedisa S.A, 2014, p. 41-45.*

WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Novas atribuições do judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade.* Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2009.

ZAPPAROLLI, Célia Regina e KRAHENBUHL, Mônica Coelho. *Prevenção, gestão de crises nos sistemas e suas técnicas.* São Paulo: LTr, 2012.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2018

Indicação de valor nas reclamações trabalhistas a partir da Reforma de 2017

Agenor Calazans da Silva Filho*

RESUMO: Alvo da censura, principalmente, dos detentores do capital, mas também de boa parte de seus advogados e até de alguns estudiosos do Direito e das relações de trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho acaba de receber alteração em diversas de suas disposições. Foram modificados vários dispositivos, tanto relativos ao direito material do trabalho como pertinentes ao direito processual do trabalho. Enfim, com a edição da Lei 13.467/2017 livra-se a CLT da pecha de "velha decrépita". Temos agora um novo diploma legal! Entre as várias inovações há a que exige para o ajuizamento de reclamações que o autor da demanda indique o valor de seus pedidos. O propósito do presente artigo é exatamente refletir quanto a essa *indicação de valor* mirando apontar que, conforme a legislação processual incidente, a exigência referida não deve configurar óbice à propositura de novas reclamações trabalhistas sob pena de afronta ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos e negócios jurídicos. O presente artigo tem por escopo revelar que, considerando o conjunto de fatores que influenciam na *determinação* do valor das verbas de natureza trabalhista a *indicação* de valor do pedido não corresponde à sua exata liquidação como pode parecer. Vejamos, pois.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Antecedentes. 3. Premissas. 4 Incidência do CPC no processo do trabalho. 5. Resgate da interpretação mais favorável e o princípio da proteção do hipossuficiente. 6. Conclusões.

PALAVRAS-chave: Petição inicial – Indicação de valor – Reforma trabalhista.

1. INTRODUÇÃO

A CLT dizia no § 1º, do seu artigo 840 que

> "§ 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do Presidente da Junta, ou do juiz de direito a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante".

A CLT passou a dizer, no mesmo § 1º, do artigo 840, da CLT, força da redação determinada pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, com vigência a partir de 11 de novembro que

> "§ 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".

A CLT exigia que houvesse **pedido**, agora determina que o pedido deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor. Eis a novidade a ser comentada.

2. ANTECEDENTES

A CLT sempre foi divergente do CPC no tocante a esse requisito indispensável em qualquer petição, qual seja, o pedido. Indispensável porque, no plano lógico, não se pode conceber petição sem pedido.

O Código de Processo Civil de 1939, vigente quando promulgada a CLT em sua redação original (1946), incluía entre os requisitos da petição inicial "o pedido, com as suas especificações" (inciso IV, artigo 158) e dizia que o pedido deveria ser "certo ou determinado", embora admitisse pedido alternativo ou genérico (artigo 153). O Código de Processo Civil de 1973 repetiu o requisito de "pedido, com as suas especificações" (inciso IV, artigo 282) e manteve a exigência de que o pedido fosse "certo ou determinado", admitindo pedido genérico (artigo 286), e disciplinando em separado o pedido alternativo (artigo 288). Enfim, o Código de Processo Civil de 2015, vigente desde 18 de março de 2016 (Enunciado administrativo nº, 01 – STJ/02.03.2016) segue com a exigência de que o pedido seja apresentado com "suas especificações" (inciso IV, artigo 319) e define que o pedido deve ser *certo* (artigo 322) e *determinado* (artigo 324).

A CLT se mantinha, sempre, exigindo apenas a apresentação do "pedido", mas, veio agora a mudança no artigo 840, § 1º, que passou a exigir pedido *certo*, *determinado* e com *indicação de seu valor*.

(*) Agenor Calazans da Silva Filho é Juiz do Trabalho, titular da 25ª Vara do Trabalho de Salvador; Pós-graduado em Direito Constitucional do Trabalho (UFBA), Processual Civil (Bahiana de Direito) e Sindicalismo e Economia do Trabalho (UNICAMP); Professor de Direito Processual do Trabalho nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade Dom Pedro II.

3. PREMISSAS

A fixação das premissas implica em responder a três questões:

1) o que é pedido *certo*?
2) o que é pedido *determinado*?
3) em que consiste a *indicação de valor* dos pedidos na reclamação?

Há uma estoriazinha infantil que apresenta como protagonista um sapo, vítima de dois bandidos que teriam fugido do presídio. Os homens se depararam com o animal à beira de uma lagoa, capturaram-no e arquitetavam torturá-lo. Cogitaram atirar o sapo num formigueiro, jogá-lo na estrada para ser atropelado por veículos pesados, mas o sapo se fazia de desentendido, fingindo não se importar com aquelas perversidades, até que um dos homens maus sugeriu o castigo de afogar o sapo na lagoa. Foi aí que o bicho fez expressão de espanto e aparentou pavor: "não me jogue na água, não, me jogue no fogo". O sapo conseguiu o queria. Os homens acreditaram que o anfíbio temesse a água quando era exatamente o contrário. O sapo tinha lá suas razões: aqueles que o estavam sentenciando não tinham nem mesmo um caso a julgar, apenas decidiam *condenação*, apenas escolhiam o modo da tortura. O sapo nada fizera, somente tivera o azar de ser encontrado por pessoas erradas. O sapo foi esperto, mas essa esperteza o Direito Processual não permite, pois aqui se deve ter um caso a ser julgado, uma questão a ser decidida e a autoridade que aprecia o caso e impõe, quando cabe, condenação, não são homens maus, mas juízes ou juízas imbuídos do propósito de acertar no julgamento. Exatamente por isso que a Lei exige certeza do pedido.

Pedido certo é aquele formulado de modo expresso, com precisão, de conteúdo explícito. Vale dizer que, no rigor, a Lei desacolhe pedido feito de forma implícita, tácita ou velada.

O pedido constitui o objeto da ação, ou o bem jurídico que o autor espera ver protegido ao invocar a prestação da atividade jurisdicional do Estado. Com o pedido o demandante diz como quer reparar ou assegurar o seu direito violado ou ameaçado. Conforme o princípio da congruência, o pedido faz com que a sentença seja por ele limitada, daí que, não raro, é chamado de projeto de sentença, como de fato o é do ponto de vista do autor. Na petição inicial está a perspectiva de sentença que anima o autor. A ele (pedido) fica o juiz vinculado, tanto do ponto de vista qualitativo como do ponto de vista quantitativo, não podendo, ainda que entenda que o autor tem direito, dar-lhe coisa diversa da que foi pedida, nem em maior quantidade.

Quanto a esse tema parece-me não haver expressiva divergência no tratamento que lhe dá a doutrina especializada. Bem resume Daniel Amorim Assumpção Neves:

> O pedido pode ser analisado sob a ótica processual, conhecido como pedido imediato, representando a **providência jurisdicional** pretendida – condenação, constituição ou mera declaração – e sob a ótica material, representado pelo **bem da vida** perseguido, ou seja o resultado prático (vantagem do mundo prático) que o autor pretende obter com a demanda judicial. É tradicional na doutrina nomear a espécie de tutela jurisdicional como o **pedido imediato** (aspecto processual) e o bem da vida, como **pedido mediato** (aspecto material).[1]

Como já referido anteriormente, o atual CPC (2015) enuncia que o pedido não apenas deve ser certo, mas também determinado, assim o fez com melhor apuro que o anterior (1973) que referia "certo ou determinado" ensejando interpretação de alternativa. A CLT, modificada pela Lei 13.467/2017, segue os passos do atual CPC ao determinar pedido certo e também determinado.

Formular **pedido determinado** significa fazê-lo de modo a não deixar margem a dúvida quanto ao que se pretende, seja em termos de qualidade, seja em termos de extensão, seja em termos de quantidade. Embora inclua quantidade, é de ver, contudo, que determinar o pedido não significa, necessariamente, quantificá-lo. Aliás, o texto reformista da CLT deixa isso fora de dúvida, tanto que exige pedido certo, determinado e com indicação de valor. Não exigiria indicação de valor se a determinação acarretasse necessária quantificação da pretensão.

Desde sempre se soube que há situações nas quais ainda não é possível ao autor, no momento da propositura da ação, formular pedido quantitativamente determinado por não possuir, ainda, condições materiais de especificar a dimensão do dano ou a extensão de suas consequências. A indeterminação pode acontecer somente a quanto se deve (quantum debeatur), pois o que é devido (an debeatur) tem que ser determinado. Nessas circunstâncias, o Código de Processo Civil autoriza o autor a formular o chamado pedido genérico.

1. *Manual de Direito Processual Civil*, editora Método, págs. 84/85 (2009).

Leciona Manoel Antônio Teixeira Filho:

> A faculdade relativa à formulação de pedidos genéricos é, sem dúvida, conciliável com o processo do trabalho, conquanto não tenha, aqui, larga aplicação. Uma das razões pelas quais isso ocorre está, provavelmente, no fato de os valores devidos aos trabalhadores (a título de salários, férias, gratificação natalina, indenização etc.) serem legalmente preestabelecidos; outra, na circunstância de o processo do trabalho não conhecer ações universais (*universitatis facti e universitatis iuris*).
>
> A maior incidência de pedidos genéricos, nas iniciais trabalhistas, tem como fundamento o inciso II, do art. 324, do CPC, pois nem sempre é possível ao trabalhador determinar, de plano, a quantidade de horas extras prestadas, de adicional noturno, o montante das comissões retidas e o mais. Aqui, justamente por isso, o pedido é apresentado de maneira ilíquida.[2]

Bem, visto pois, que pedido **certo** não corresponde a pedido **determinado** e que o pedido **determinado** não corresponde, necessariamente, a pedido quantificado, equivalendo, diferentemente, a pedido **quantificável**.

E em que consiste a **indicação de valor** exigida pela reforma? Seria, enfim, a determinação de valor de cada pedido?

Estariam, como num passe de mágica, força do dispositivo legal inovador, superadas as dificuldades apontadas pelo eminente professor Teixeira Filho – de resto, de todos conhecidas – e, portanto, agora devem os autores de ações trabalhistas apontar os valores das horas extras que perseguem, ainda quando não tenham o controle exato dos registros de banco de horas e das compensações apontadas pelo empregador? Devem dizer quanto exatamente pretendem de participação nos lucros mesmo não tendo acesso – e mesmo não compreendendo – a balanços de faturamento, haveres e deveres nos registros contábeis das empresas para as quais trabalham? Serão obrigados a afirmar o valor faltante nas suas contas de FGTS, apesar de a Lei entregar ao empregador a obrigação de recolhimentos mensais. E nesse ponto (FGTS) se houver divergência entre o que diz o empregador haver recolhido e o que diz a instituição arrecadadora haver recebido? Caberá ao trabalhador que suspeite – sim, suspeite, pois certeza somente se alcança através de perícia conforme diz a Lei – estar exposto a agente nocivo à saúde precisar o grau de nocividade para postular o adicional na razão de 10%, 20% ou 40% do salário mínimo, conforme predominante jurisprudência (SV4-STF), e assim quantificar a sua pretensão? O rol de exemplos é praticamente inesgotável. Admitamos que a disputa seja relativa a comissões por vendas com pagamento parcelado, como saberá o trabalhador se o consumidor que adquiriu o produto adimpliu regularmente as prestações ajustadas com o seu patrão/empresário/vendedor?[3]

Nessa toada cabe também cogitar do reverso da medalha: e o empregador no polo ativo da ação trabalhista que tenha por objeto, por exemplo, exigir contas[4] de seu empregado deve também precisar valor ao seu pedido propondo ao julgador que constitua crédito certo para futura execução?

Definitivamente, é negativa a resposta à indagação quanto à superação de obstáculos para a quantificação de pedidos em reclamações trabalhistas. Os fatores são diversos.

Wagner Giglio admite com tranquilidade a ocorrência de pedido genérico na Justiça do Trabalho: "porquanto, na generalidade dos casos, o reclamante não tem elementos materiais de informação para determinar o valor exato das verbas trabalhadas ou ignora o montante das prestações recolhidas"[5]. Nesses casos o pedido, embora certo quanto às verbas, pode não ser determinado quanto ao valor delas, que só será apurado no decorrer do processo, frequentemente através da liquidação do julgado.

Com efeito, subsiste hígido esse entendimento, pois não pode haver direito sem tutela jurisdicional ante o princípio da inafastabilidade previsto no artigo 5º, da Constituição Federal[6]

2. *Comentário ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho* – LTr pág. 364 (2015)

3. Art. 466 – O pagamento de comissões e percentagens só é exigível depois de ultimada a transação a que se referem. 1º – Nas transações realizadas por prestações sucessivas, é exigível o pagamento das percentagens e comissões que lhes disserem respeito proporcionalmente à respectiva liquidação.

4. *CPC*: Art. 550. Aquele que afirmar ser titular do direito de *exigir contas* requererá a citação do réu para que as preste ou ofereça contestação no prazo de 15 (quinze) dias.
Art. *552*. A sentença apurará o saldo e constituirá título executivo judicial.

5. *Direito Processual do Trabalho*. 4ª Edição, p.128.

6. XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

4. INCIDÊNCIA DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO

Algumas vezes manifestei certo inconformismo com a disposição do artigo 769, da CLT[7]. Por desvario ou inciência apegava-me à ideia de que esse dispositivo como que subalternizava o Direito Processual do Trabalho desnecessariamente. Talvez, se me lembrasse que o Direito Processual Penal tem disposição semelhante[8], não alimentasse esse sentimento de inferioridade. Sustentava o pensamento, do qual não me libertei até hoje, de que a analogia bastava para suprir lacunas de qualquer sistema. Assim, se o Direito Processual do Trabalho precisasse do socorro do processo civil se serviria da analogia, mas o contrário também ocorreria e nas situações em que o Direito Processual Civil se revelasse lacunoso ou insuficiente poderia este se servir da disciplina do processo do trabalho.

O Código de Processo Civil de 2015 foi mais enfático e determinou que suas disposições se apliquem supletiva e subsidiariamente aos processos trabalhistas, também aos eleitorais e administrativos[9]. A inserção no CPC de obrigatoriedade de aplicação de suas disposições aos processos de outros ramos supletiva ou subsidiariamente, de início, assustou os operadores do direito, tendo provocado uma certa perplexidade, que veio de ser amainada pela doutrina ao distinguir uma coisa da outra. De fato, enquanto vigente o CPC de 1973 não era comum diferenciar supletividade de subsidiariedade.

Calha referir pertinente observação de Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello:

> O legislador disse menos do que queria. Não se trata somente de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais quando não houver normas, nestes ramos do direito, que resolvam a situação. A aplicação subsidiária ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão 'subsidiária', de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos princípios fundamentais do processo civil. A aplicação supletiva é que supõe omissão. Aliás, o legislador, deixando de lado a preocupação com a própria expressão, precisão da linguagem, serve-se das duas expressões. Não deve ter suposto que significam a mesma coisa, se não, não teria usado as duas. Mas como empregou também a mais rica, mais abrangente, deve o intérprete entender que é disso que se trata.[10]

Ainda remanesce, mesmo na doutrina, alguma confusão ou divergência de significação entre o sentido de um vocábulo e outro. Mauro Schiavi (artigo referenciado adiante) diz que ocorre incidência supletiva quando "apesar da lei processual trabalhista disciplinar o instituto processual, não for completa" e que a incidência subsidiária ocorre quando "quando a CLT não disciplina determinado instituto processual".

Bem, o que me parece importante – e aí volto ao período em que não havia ou não se fazia distinção entre uma coisa e outra – é que uma coisa e outra servem à integração do sistema legislativo processual, no caso para colmatar as lacunas do direito processual do trabalho, seja pela omissão total, seja pela incompletude.

Enquanto no processo civil, o valor da causa sempre foi um requisito da petição inicial, no processo do trabalho a indicação ou determinação de valor sempre foi dispensável. Em obra antecedente à reforma de 2017, aliás já invocada linhas acima, o professor Manoel Antônio Teixeira Filho adverte:

> Em rigor, o processo do trabalho não exige que o valor da causa conste da inicial. Basta um lançar de olhos ao art. 840 da CLT, para atestar-se a veracidade desta assertiva. A Lei 5.584, de 26 de junho de 1970, aliás, veio lançar uma pá de cal sobre a questão. Com efeito, estabelece o § 2º da sobredita norma legal que o juiz, antes de passar à instrução da causa, "fixar-lhe-á o valor para determinação da alçada, se este for indeterminado no pedido". Não se diz aí que o juiz deverá intimar a parte para suprir a falta; cumprirá a ele atribuir um valor à causa.

Era assim.

Atualmente, com a reforma de 2017, o reclamante deve indicar o valor do seu pedido. Porém,

7. Art. 769 – Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

8. Artigo 3º, do Código de Processo Penal.

9. Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

10. (*Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 75).

indicação de valor do pedido não é e nunca foi determinação de valor que exija conta com exação e implique necessária apresentação de planilhas instruindo a peça vestibular. Já vimos que persistem obstáculos que impedem essa exata quantificação, porém, além disso, não há essa exigência legal.

Consabido que na CLT a exigência de indicação de valores dos pedidos não é algo inusitado, porquanto já havia tal previsão para as demandas ajuizadas pelo rito sumaríssimo[11]. Nas causas sujeitas a esse procedimento, a jurisprudência ficou predominantemente tendente a exigir liquidez dos pedidos, mas isso decorreu, sem dúvida, da justa expectativa de que em sendo processos de baixo valor pecuniário seriam também processos de menor complexidade.

Parece caber repetir que no tocante ao objeto mediato do pedido (bem da vida), a determinação deve ser entendida em seus devidos termos, pois poderão surgir hipóteses distintas: quantidade desde logo determinada e/ou quantidade determinável, por isso que seria preferível afirmar que o pedido deve ser certo e determinado ou determinável.

5. RESGATE DA INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO HIPOSSUFICIENTE

De plano enfrentemos o vigoroso argumento, fartamente utilizado, de que a proteção do Direito do Trabalho se limita às relações de direito material, não ingressando no espaço das relações processuais. Não é bem assim, pois, em verdade, a própria CLT contém grande número de disposições processuais que, evidentemente, buscam privilegiar ou proteger o empregado (por exemplo, o artigo 651, atribuindo competência das Varas a partir do local em que o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviço e facultando escolha sua quando o local da contratação não coincidir com o local da atuação). O juiz e jurista Mauro Schiavi esclarece:

> Assim como o direito material do trabalho adota o princípio protetor, que tem como um dos seus vetores a regra da norma mais benéfica, o Direito Processual do Trabalho, por ter um acentuado grau protetivo, e por ser um direito, acima de tudo, instrumental, com maiores razões que o direito material, pode adotar o princípio da norma mais benéfica, e diante de duas regras processuais que possam ser aplicadas à mesma hipótese, escolher a mais efetiva, ainda que seja a do Direito Processual civil e seja aparentemente contrária à Consolidação das Leis do Trabalho. Para escolher dentre duas regras a mais efetiva, o intérprete deve-se valer dos princípios da equidade, razoabilidade e proporcionalidade.[12]

A razão de ser do Direito do Trabalho é simples: no entendimento jurídico, não existe **isonomia** nos contratos de trabalho. Ou seja, não existe igualdade entre as partes do contrato, que é pressuposta nas relações civis. O empregado é tratado como parte **hipossuficiente** da relação. Isso significa que, juridicamente, o trabalhador sempre será a parte mais frágil deste contrato. A proteção é tutela, mas não é caridade e não caracteriza privilégio. Trata-se de proteção necessária tanto quanto necessário se fez o Código de **Defesa** do Consumidor[13].

O Direito do Trabalho se sustenta em determinados pilares que são os **princípios do direito do trabalho**. Parece não haver dúvida que a eficácia da Justiça do Trabalho emana do uso adequado desse sistema de princípios. Então, a novidade imposta pela reforma de 2017 há que ser absorvida e cumprida sem que se dispense atenta observância dos princípios basilares do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho: Princípio da proteção; Princípio da primazia da realidade; Princípio da continuidade; Princípio da inalterabilidade contratual lesiva; Princípio da intangibilidade salarial; Princípio da irrenunciabilidade de direitos.

Do princípio da **proteção** decorrem os subprincípios da **norma mais favorável, condição mais benéfica** e ***in dubio pro misero***. Pelo primeiro subprincípio fica garantido que, independente de lei específica, será sempre aplicada a norma mais favorável ao empregado. Essa especificação é importante porque, em outros ramos do direito temos a aplicação de princípios como a "lei específica sobrepõe a lei geral". A norma mais favorável significa que, mesmo que haja uma lei específica sobre o assunto trabalhista em questão, se outra norma em qualquer âmbito for mais vantajosa para o trabalhador, esta será aplicada.

---

11. *Art. 852-B. Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo:*
I – o pedido deverá ser certo ou determinado e indicará o valor correspondente;

12. Novo Código de Processo Civil: aplicação supletiva e subsidiária ao Processo do Trabalho (http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:CZCaRRjebgIJ:www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/novo_codigo_de_processo_civil-_aplicacao_supletiva_e_subsidiaria.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)

13. Lei 8.078/1990.

Bem, se o dizer da Lei 13.467/2017 fosse – que não é – o de impor quantificação dos pedidos a todo custo, mesmo à custa de apresentação de contas fundadas em dados aleatórios, pois os reais não estão no controle dos demandantes, ainda que assim fosse, caberia incidência subsidiária do CPC para permitir formulação dos pedidos de modo genérico. Determinável, mas genérico, ou o contrário, genérico, mas determinável.

Porém, nem é esse o dizer da lei reformista, que refere apenas "indicação de valor" e não determinação precisa do valor do pedido.

Decerto que se pode contrapor que as circunstâncias em que a reforma foi aprovada autoriza concluir que seria mesmo intenção do legislador ditar exigência de quantificação exata de cada pedido, mirando inibir reclamações com a esgrima ameaçadora dos ônus da sucumbência. Impossível não intuir que terá sido essa a intenção dos arautos da reforma, porém, os jornais veicularam diversas manifestações de parlamentares e não parlamentares defensores da reforma trabalhista afirmando que o projeto tinha por escopo, além de incrementar a economia, gerar empregos, ensejando maior segurança para patrões e empregados. Vale dizer, ao menos no campo das palavras, a intenção era a de favorecer ainda mais os trabalhadores! Ademais, não será ocioso lembrar que a vontade do legislador (*mens legislatoris*) nem sempre coincide com a vontade da Lei (*mens legis*).

Interpretar é desvendar o sentido e o alcance da norma. A Interpretação ontológica é aquela que busca o sentido e o alcance da norma em sua *ratio legis*, ou seja, o propósito da norma. O Código de Defesa do Consumidor, já referido acima, que tem como objetivo a proteção e a defesa do consumidor é exemplar quanto a isso.

A interpretação teleológica é a que busca adaptar o sentido e o alcance da norma às novas exigências sociais. Nesta, o intérprete deve levar em consideração valores como a exigência do bem comum, o ideal de justiça, a ética, a liberdade, a igualdade etc., tal a previsão do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[14].

Não atende ao "bem comum" que o direito lesado não seja reparado, o que, aliás, afronta o "ideal de justiça" e não se afigura conforme a "ética" que contas sejam apresentadas de modo aleatório.

6. CONCLUSÃO

A Lei não exige apresentação de pedidos líquidos, nem mesmo utiliza essa expressão, tendo preferido referir "indicação" de valor. Não é novidade e não é algo sem base, pois sempre houve atribuição de valor à causa, seja pela própria parte, seja pelo juiz, o que sempre foi feito por mera estimativa.

Atribuir valor à causa implica levar em consideração o valor do pedido, que é estimado e, por vezes, meramente arbitrados, tanto que em causas sem valor pecuniário se deve, mesmo assim atribuir valor[15]. Indicação de valor não significa determinação de valor. Entender de modo diferente inviabiliza o ajuizamento de ações consequentes, impondo, ao revés, o aforamento de reclamações acompanhadas de contas sem o indispensável conhecimento dos dados e elementos que autorizam quantificação responsável ou, pior ainda, a capitulação antecipada, porquanto, desestimulados, os potenciais reclamantes, titulares de direitos ofendidos, deixariam de buscar reparação e nesse cenário restaria ofendido o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional dos negócios jurídicos.

As ações trabalhistas quase sempre são propostas com cumulação de pedidos, por isso que bastará estimar valor a cada pedido, assim como se faz nas ações cíveis que, na generalidade, se apresentam com um só pedido, e esse proceder não estará desatendendo ao disposto no § 1º, do artigo 840, da CLT, com a redação que lhe deu a Lei 13.467/2017.

REFERÊNCIAS

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil, 1 ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho, 1ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

GIGLIO, Wagner. Direito processual do trabalho, 4ª ed. São Paulo: LTr, 1990

_____. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015

_____. Novo código de processo civil, (www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/).

14. LINDB, Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

15. Artigo 291, NCPC.

Petição inicial pós-reforma trabalhista e a liquidação dos pedidos: caminhos possíveis[1]

Andréa Presas Rocha*

RESUMO: O presente artigo trata das inovações trazidas pela Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17), no que diz respeito à elaboração da petição inicial, especificamente quanto à novel exigência de indicação dos valores dos pedidos. O texto busca apontar caminhos possíveis à complexa tarefa que os advogados dos autores passaram a incorporar desde a vigência da Lei. São apresentadas no trabalho algumas alternativas já apontadas pela doutrina para a liquidação dos pedidos, quando a parte não dispõe da prova pré-constituída. Neste mister, são analisados os instrumentos da produção antecipada de provas, da tutela cautelar antecedente e da indicação dos valores por estimativa. Também são ressaltadas as vantagens e desvantagens da opção pela utilização de cada um deles. É, ainda, analisada a possibilidade de formulação de pedido genérico, e em que hipóteses isto pode ocorrer.

PALAVRAS-CHAVE: Petição inicial – liquidação dos pedidos – produção antecipada de provas – tutela cautelar antecedente – liquidação por estimativa.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Pedido certo, determinado e com indicação de valor: 2.1. Reclamação verbal e a exigência da indicação de valores dos pedidos; 2.2. Pedido implícito e pedido genérico: 2.2.1. Pedido genérico e a necessária estimativa do seu valor: finalidade de determinação do valor da causa, para efeitos de fixação do rito processual e da sucumbência; 2.3. Pedidos em relação aos quais o autor não precisa indicar valores – 3. Caminhos possíveis para a quantificação dos pedidos: vantagens e desvantagens: 3.1. Produção antecipada de provas: 3.1.1. Produção antecipada de provas e interrupção da prescrição; 3.1.2. O procedimento da produção antecipada de provas e a recalcitrância do réu; 3.2. Tutela cautelar antecedente para exibição de documentos: 3.2.1. A resistência injustificada ou ilegítima do réu; 3.3. Indicação dos valores por estimativa – 4. A defesa do réu: ônus da impugnação específica – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Uma das inovações trazidas pela Lei da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17), que mais tem gerado inquietações, diz respeito à nova redação do §1º, do art. 840, da CLT[2], o qual, ao tratar dos requisitos essenciais da petição inicial, inclui a obrigatoriedade de o pedido ser certo, determinado e com indicação de valor.

É verdade que a indicação de valor do pedido não é novidade no processo do trabalho. Desde o advento da Lei 9.957/00, que introduziu a obrigatoriedade do procedimento sumaríssimo na sistemática processual trabalhista, para as causas que não excedessem a 40 salários mínimos, o pedido deveria ser certo ou determinado e conter a indicação do valor correspondente, nas reclamações a ele sujeitas (CLT, art. 852-B[3]).

Acontece que, na prática, mesmo naquelas causas inferiores a 40 salários mínimos, a escolha do rito sumaríssimo terminava sendo opção da parte.

Assim, quando o trabalhador não dispunha dos elementos necessários à liquidação dos pedidos ou não queria, por qualquer outro motivo, indicar os valores, o que sucedia na imensa maioria das vezes, optava pelo procedimento ordinário, bastando que, para isto, apontasse valor da causa superior a 40 salários mínimos. Deste modo, simplificava-se, sobremaneira, a elaboração da petição inicial, haja vista que, nas causas sujeitas ao rito ordinário, a CLT exigia tão-somente que a petição inicial contivesse a indicação do pedido, sem a necessidade da sua quantificação, conforme ressai da redação do

(*) Doutora em Direito do Trabalho – PUC/SP. Juíza do Trabalho – TRT5/BA. Professora da Faculdade de Direito da UFBA.

1. Elaborado em 30/01/2018.

2. 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.

3. Art. 852-B. Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo: I – o pedido deverá ser certo ou determinado e indicará o valor correspondente;

§1º do art. 840[4], anteriormente à Lei da Reforma Trabalhista (LRT).

Permitia-se, portanto, nas reclamações submetidas ao procedimento ordinário, a formulação de pedidos genéricos, deixando-se a sua quantificação para a fase de liquidação de sentença.

A partir, contudo, da LRT, a petição inicial deverá conter pedido certo, determinado e com a indicação do seu valor, também nas reclamações sujeitas ao rito ordinário.

Neste artigo, nos debruçaremos em torno das dificuldades advindas da novel exigência legal e buscaremos traçar alguns caminhos possíveis.

2. PEDIDO CERTO, DETERMINADO E COM INDICAÇÃO DE VALOR

De acordo com o art. 840, §1º, da CLT, o pedido deve ser certo, determinado e conter a indicação do seu valor.

Conforme a doutrina[5], pedido certo é pedido expresso. Já o pedido determinado é aquele delimitado em relação à qualidade e à quantidade. O pedido expresso se contrapõe ao pedido implícito, ao passo que o pedido determinado se contrapõe ao pedido genérico. Não se admitem, como regra, o pedido implícito e o pedido genérico.

Por seu turno, a indicação do valor do pedido nada mais é do que a delimitação da sua quantidade, sendo, assim, atributo do pedido determinado.

A partir da LRT, caberá à parte autora delimitar a expressão quantitativa de cada um dos pedidos, sob pena de extinção do processo, sem resolução de mérito, com relação àqueles que não atendam predita imposição, conforme dimana da cominação do §3º do art. 840[6].

Em outras palavras, passa a constituir requisito essencial da petição inicial a apresentação, como regra, de pedidos líquidos (determinados), nas pretensões envolvendo obrigações de pagar quantia certa[7], não mais se admitindo a indicação de pedidos ilíquidos (genéricos), como ocorria no passado.

Curial registrar que, havendo litisconsórcio passivo, o autor terá o ônus adicional de declinar os valores dos pedidos para cada um dos litisconsortes.

Também nos casos de pedidos sucessivos ou alternativos, os valores de todos eles deverão ser informados.

Importante, por fim, anotar que a lei exige apenas o valor do pedido. Não exige uma memória de cálculo. Basta, portanto, que a parte aponte os valores de cada um dos pedidos, não podendo lhe ser exigida a apresentação de planilha contendo memória de cálculos.

2.1. Reclamação verbal e a exigência da indicação de valores dos pedidos

A LRT manteve o *jus postulandi*, permitindo que o trabalhador, utilizando-se da faculdade do art. 840 da CLT, se apresente em juízo sem advogado, formulando reclamação verbal, que deverá ser reduzida a termo pelo servidor responsável.

Nestas situações, o servidor responsável por reduzir a termo a reclamação não estará obrigado a liquidar os pedidos, haja vista que o §2º, do art. 840, deixa claro que apenas "no que couber" será aplicado o §1º às reclamações verbais.

Um derradeira observação se mostra pertinente: em que pese a manutenção da salutar exceção legal, a apresentação de reclamação verbal é quase inexistente na atualidade, mormente após a implantação do processo judicial eletrônico em toda a Justiça do Trabalho[8].

4. §1º – Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do Presidente da Junta, ou do juiz de direito a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.

5. DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 566.

6. A extinção do processo, sem resolução de mérito, quando o pedido for ilíquido, não é novidade no processo civil, que considera inepta a petição contendo pedidos indeterminados (CPC, art. 330, §1º, II).

7. Nas pretensões envolvendo obrigações de fazer, não fazer e nas meramente declaratórias, que não possuam conteúdo econômico, não há, em princípio e a princípio, obrigação de liquidação dos pedidos. Se, no entanto, puder resultar proveito econômico de tais obrigações, então a liquidação do pedido será imperativa. Saliente-se, contudo, que, mesmo nas demandas que não tenham conteúdo econômico imediatamente aferível, o valor da causa deverá ser necessariamente indicado, conforme art. 291 do CPC (sobre a necessária fixação do valor da causa, vide item 2.2.1 infra).

8. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processos recebidos na Justiça do Trabalho já são 100% eletrônicos. Disponível em: http://www.tst.jus.br/web/pje/inicio/-/asset_publisher/eHI8/content/processos-recebidos-na-justica-do-trabalho-ja-sao-100-eletronicos?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Fpje%2Finicio%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_eHI8%26 p_p_life cycle% 3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p

2.2. Pedido implícito e pedido genérico

Em regra, o pedido implícito não é tolerado.

Todavia, os pedidos de condenação em juros legais, correção monetária e verbas de sucumbência, inclusive honorários, não precisam ser formulados expressamente na petição inicial. Tratam-se de pedidos implícitos, conforme reza o §1º, do art. 322 do CPC: "Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios".

Os juros legais podem ser moratórios (CC, arts. 406/407) ou compensatórios (ex.: art. 15-A, Decreto-lei 3.365/41), e serão objeto da condenação, ainda que não tenham sido postulados. Os juros convencionais, ao revés, devem ser expressamente pleiteados pela parte, não se enquadrado como pedidos implícitos[9].

Também as prestações sucessivas são consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor (CPC, art. 323).

Por outro lado, o pedido deve ser determinado, não se admitindo a formulação de pedido indeterminado. Admite-se, no entanto, a formulação de pedido relativamente indeterminado, sem a delimitação da quantidade (pedido genérico), nas estritas hipóteses previstas em lei:

> O pedido tem de ser determinado, conforme visto. Pedido indeterminado é pedido inépto (art. 330, §1º, III, CPC).
>
> Permite a lei, em alguns casos, a formulação de pedido genérico (art. 324 do CPC).
>
> Determinado quanto ao gênero, o pedido pode ser genérico em relação à quantidade. No tocante ao *an debeatur* será determinado; em relação ao *quantum debeatur*, será indeterminado. Trata-se de hipótese de pedido relativamente indeterminado, pois.[10]

O art. 324 do CPC, seguindo a diretriz do que já ocorria no art. 286 do CPC/73, admite pedido genérico em três situações:

> I – nas ações universais, como, por exemplo, na de petição de herança, quando o autor não possa individuar os bens demandados;
>
> II – quando impossível determinar, desde logo, as consequências do ato ou fato, como sucede, *v.g.*, no pedido de indenização pelos gastos futuros com medicamentos e tratamento da vítima, nas ações decorrentes de acidente de trabalho ou doença ocupacional;
>
> III – quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu, como ocorre, por exemplo, na ação de prestação de contas cumulada com o pagamento do saldo devedor[11].

São perfeitamente aplicáveis ao processo do trabalho os dispositivos do CPC acima mencionados, diante da omissão da CLT (CPC, art. 15; CLT, art. 769).

Relevante pontuar que, como o art. 324 do CPC encarta exceção à regra, não se pode permitir que seja utilizado indiscriminadamente, para ampliar as hipóteses de pedido genérico a todos os pedidos, como se nada tivesse sido alterado pela LRT.

Portanto, o pedido genérico será cabível no processo do trabalho, mas como exceção, e nas estritas hipóteses também admitidas no processo civil.

Os pedidos de horas extras, equiparação salarial, diferenças de comissões, danos morais e quejandos deverão estar liquidados na petição inicial, por não se enquadrarem em nenhuma das exceções do art. 324 do CPC.

Os eventuais obstáculos sofridos pelo trabalhador, em razão do restrito acesso aos documentos em poder do empregador, poderão ser habilmente contornados com a utilização de instrumentos adequados oferecidos pelo ordenamento jurídico, como se verá abaixo.

A LRT trouxe significativa modificação quanto aos requisitos da petição inicial, que, doravante, deverão ser observadas, e trarão benefícios ao processo do trabalho, notadamente à fase de liquidação e execução, a par da maior complexidade incorporada à fase de cognição.

2.2.1. Pedido genérico e a necessária estimativa do seu valor: finalidade de determinação do valor da causa, para efeitos de fixação do rito processual e da sucumbência

Mesmo quando a parte possa formular pedido genérico, conforme autorizado pelo art. 324, §1º, do

_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D3. Acesso em: 27/01/2018.

9. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 342-343.

10. DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 579-580.

11. *Idem, Ibidem*, p. 582.

CPC, deverá apresentar uma estimativa do seu valor, com a finalidade de determinação do valor da causa.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, em se tratando de pedido genérico, o valor da causa deve ser estimado pelo autor, ainda que em quantia simbólica e provisória, passível de posterior adequação ao valor apurado pela sentença ou em procedimento de liquidação (AgRg no REsp 906.713/SP).

Assim, evidenciada a imprescindibilidade de indicação de valores, inclusive para os pedidos genéricos, o ideal é que o advogado, neste mister, e para evitar discussões futuras, registre, de forma expressa, que o valor do pedido é "por estimativa", diante da impossibilidade de determinação do seu exato valor.

Conquanto o valor da causa não conste no art. 840 da CLT como um requisito da petição inicial, a prática forense impôs a necessidade de sua indicação. Afinal, é o valor da causa que servirá de parâmetro para a adequação do rito processual.

Com efeito, desde a edição da Lei 5.584/70, que instituiu o dissídio de alçada, a indicação do valor da causa passou a ser imperativa, tanto que, caso o pedido fosse indeterminado, incumbia ao juiz, antes de passar à instrução, fixar-lhe o valor para a determinação da alçada, conforme art. 2º da referida Lei, com a finalidade de definir os limites da recorribilidade da sentença.

O advento da Lei 9.957/00, que introduziu o procedimento sumaríssimo, reforçou a necessidade de indicação do valor da causa.

Mais recentemente, a implantação do PJe – Processo Judicial Eletrônico sepultou qualquer discussão a esse respeito, haja vista que predito sistema não admite distribuição de ação sem o valor da causa.

Ademais de servir para a fixação do procedimento, o valor da causa se presta a calcular o montante das custas, estipular as multas por litigância de má-fé, pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça e pela oposição de embargos declaratórios protelatórios, bem como para a fixação dos honorários de sucumbência, quando não for possível mensurar o valor da condenação ou o proveito econômico obtido.

Por fim, dada a importância da sua delimitação, o juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, de acordo com o art. 292, §3º, do CPC.

2.3. Pedidos em relação aos quais o autor não precisa indicar valores

Como dito acima, em se tratando de pedidos implícitos, a parte não precisa sequer formular postulação expressa. Mas, acaso os formule de forma expressa, está dispensada de indicar os seus valores.

Também não precisam ser quantificadas as decorrências tributárias da própria sentença, tais como o imposto de renda e a contribuição previdenciária.

Em resumo, a parte não precisa indicar valores:

a) das decorrências tributárias da própria sentença, tais como IR, contribuição previdenciária etc.;

b) dos pedidos implícitos, como juros, correção monetária, honorários, despesas processuais (CPC, art. 322, §1º), prestações vincendas (CPC, art. 323) etc.

3. CAMINHOS POSSÍVEIS PARA A QUANTIFICAÇÃO DOS PEDIDOS: VANTAGENS E DESVANTAGENS

Apesar da obrigatoriedade imposta pela LRT para liquidação dos pedidos, o trabalhador, na imensa maioria das vezes, não tem aceso à documentação necessária à quantificação.

A doutrina[12] aponta alternativas que podem ser manejadas pelo advogado, no intuito de contornar os embaraços.

3.1. Produção antecipada de provas

A produção antecipada de provas, prevista nos artigos 381 a 383 do CPC, embora seja o caminho mais seguro, notadamente quando existirem dúvidas razoáveis acerca da existência do direito do cliente, provavelmente é também o mais demorado.

Trata-se de ação autônoma, que, por não ter caráter contencioso aprioristicamente, não enseja sucumbência na verba honorária. O trabalhador poderá, ocasionalmente, obter a indenização pelos

12. SANTOS, José Aparecido dos. Reforma trabalhista: Liquidação do Pedido e Sucumbência – Entrevista José Aparecido dos Santos. Youtube, 04/12/2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_CjWubsNHG4>. Acesso em: 27/01/2018; MOLINA, André Araújo. Reforma trabalhista: Liquidação do Pedido e Sucumbência – Entrevista André Araújo Molina. Youtube, 18/12/2017. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=UBgfSAaAMpA>. Acesso em 27/01/2018.

honorários contratuais despendidos com o procedimento da produção antecipada de provas, com amparo no art. 404 do Código Civil, no bojo da ação principal e desde que obtenha êxito na pretensão.

Evidentemente que, em havendo resistência da parte requerida, com a instauração de contraditório nos autos da produção antecipada de provas, terá cabimento a condenação em honorários sucumbenciais.

No processo do trabalho, a sua utilidade emerge especialmente para as finalidades prescritas nos incisos II e III do art. 381, ou seja, quando "a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito" ou "o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação".

Nesse sentido, o conhecimento dos fatos revelados pelas provas pode justificar ou evitar o ajuizamento de ação, ou mesmo viabilizar a celebração de acordo.

André Araújo Molina[13] ressalta que a produção antecipada de provas do art. 381 do CPC foi inspirada na *discovery* adotada no modelo do *common law*. Ali, o advogado do interessado apresenta uma breve exposição dos fatos e um servidor notifica a parte contrária para que apresente todas as provas referentes ao litígio. Ao ter contato com as provas, o advogado passa a ter consciência do direito do seu cliente, e, então, pode seguir alguns caminhos: reajustar a petição inicial; desistir de certos pedidos ou da ação como um todo; tentar aproximar um acordo, inclusive com a nova ferramenta da transação extrajudicial; ou, em caso de impasse na negociação, propor uma reclamação trabalhista, agora com a possibilidade de uma petição inicial mais elaborada.

Toda e qualquer prova poderá ser objeto do procedimento sob exame, abrangendo a prova oral, documental, pericial etc.

3.1.1. Produção antecipada de provas e interrupção da prescrição

O §3º, art. 11, da CLT[14], aparentemente restringe a interrupção da prescrição ao ajuizamento de reclamação trabalhista.

A se adotar uma interpretação literal, a interrupção da prescrição estaria, de fato, adstrita ao aforamento de reclamação trabalhista.

Todavia, vozes na doutrina já ecoam no sentido de que, adotando-se a trilha da interpretação sistemática, o ajuizamento da produção antecipada de provas gera o mesmo efeito interruptivo.

De acordo com os defensores da tese ampliativa, a prescrição pode ser interrompida por todas as formas previstas no art. 202 do Código Civil, que inclui no inciso V "qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor".

Portanto, em sendo a produção antecipada de provas uma ação judicial, da qual o réu é cientificado acerca de possível pretensão futura do autor, estaria inserida no referido dispositivo, servindo como instrumento de interrupção da prescrição.

É evidente que a questão é complexa, tanto que existem ilustres posicionamentos no sentido de que a mera asseguração de prova não interrompe a prescrição, com amparo na Súmula 154 do STF, segundo a qual "simples vistoria não interrompe a prescrição".

A prevalecer o entendimento restritivo, restaria indagar se o protesto judicial manejado pelo interessado, com a exclusiva finalidade de interromper a prescrição, faria este papel.

E aqui, com esta pergunta, volve-se ao problema original, no sentido de desvendar se, após a LRT, o protesto judicial ainda terá o condão de interromper a prescrição, diante da literal restrição estabelecida pelo §3º, do art. 11, da CLT.

Oportuno anotar que uma das propostas apresentadas pela Comissão de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sugere a alteração da Orientação Jurisprudencial 392[15] da SBDI-1, para

13. MOLINA, André Araújo. *Ibidem*.

14. §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.

15. Proposta da Comissão: Orientação Jurisprudencial 392 da SBDI-1/TST – Sugestão da nova redação: PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. AJUIZAMENTO DE PROTESTO JUDICIAL (alterada e incluído o item II em decorrência da Lei nº 13.467/2017) I – Até 10 de Novembro de 2017, o protesto judicial é medida aplicável no processo do trabalho, por força do art. 769 da CLT e do art. 15 do CPC de 2015. O ajuizamento da ação, por si só, interrompe o prazo prescricional, em razão da inaplicabilidade do § 2º do art. 240 do CPC de 2015 (§ 2° do art. 219 do CPC de 1973), incompatível com o disposto no art. 841 da CLT. II – A partir de 11 de novembro de 2017, início de vigência da Lei n° 13.467/2017, o ajuizamento de protesto judicial não interrompe o prazo prescricional. A interrupção da prescrição, desde então, somente ocorre pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, mesmo que em juízo incompetente, ainda que venha a ser extinta sem resolução do mérito, produzindo eleitos apenas em relação aos pedidos idênticos. Incidência do §

estabelecer que, a partir da vigência da LRT, o ajuizamento de protesto judicial não interrompe o prazo prescricional, sob o fundamento de que isto só ocorre pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, em face da incidência do §3º, art. 11, da CLT.

3.1.2. O procedimento da produção antecipada de provas e a recalcitrância do réu

O advogado do requerente deverá apresentar a petição inicial com os requisitos do art. 382 do CPC, indicando com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair, como, por exemplo, a constatação da prestação de trabalho extraordinário sem a devida contraprestação.

> É suficiente a demonstração de que a prova assegurada poderá ser utilizada eventualmente em processo futuro, poderá justificar o ajuizamento ou não da demanda, ou ainda o emprego de outro meio de solução do litígio – essa a sua causa de pedir.[16]

O requerido será, então, citado para a apresentação dos documentos solicitados, a exemplo dos controles de ponto e contracheques, seguindo-se o procedimento de jurisdição voluntária previsto nos arts. 720 a 724 do CPC.

É possível a concessão de liminar antes da citação do requerido, quando houver urgência na produção da prova ou quando a cientificação do demandado puder frustrar a utilidade da demanda assecuratória[17].

A sentença é meramente homologatória da prova, sem pronunciamento sobre a ocorrência ou inocorrência dos fatos ou suas consequências jurídicas.

Considerando que o juiz não aprecia o valor da prova, ocorrendo mera documentação e arquivamento da prova para eventual utilização futura, somente cabe recurso quando o juiz indefere totalmente a colheita da prova buscada pelo requerente, consoante §4º, do art. 382, do CPC[18].

Feita a colheita da prova, o processo permanece ativo durante um mês, sendo, depois, arquivado, de acordo com o procedimento previsto no art. 383 do CPC adaptado ao PJe – Processo Judicial Eletrônico.

A produção antecipada de provas não enseja prevenção do juízo onde foi colhida a prova para a ação que venha a ser proposta, na esteira do §3º, do art. 381.

Esse é o transcurso natural da produção antecipada de provas, como ação autônoma de jurisdição voluntária.

Pode, entretanto, acontecer de o requerido oferecer resistência ou simplesmente ignorar a citação para apresentação das provas solicitadas.

Em tal situação, o procedimento adquire caráter contencioso, e, então, poderá o juiz fixar a imposição de multas (*astreintes*), inclusive com amparo no art. 139, IV, do CPC, sem prejuízo da conduta do requerido ser considerada como ato atentatório à Justiça.

Não caberá, no entanto, a presunção de veracidade dos fatos que a parte pretendia provar, uma vez que a produção antecipada de provas se revela como procedimento preparatório.

3.2. Tutela cautelar antecedente para exibição de documentos

Um outro instrumento colocado à disposição do advogado, que parece ser o melhor caminho, reside no manejo da tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente, regulada no art. 305 e seguintes do CPC, com a finalidade de exibição de documentos (arts. 396 a 404 do CPC).

Escolhendo essa via, o advogado deverá apresentar a petição inicial, contendo o requerimento da tutela de urgência de exibição dos documentos que estejam em poder do empregador, e, ainda, consonante dispõe o art. 305 do CPC, "a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo".

Assim, por exemplo, se o pedido principal a ser formulado é de hora extras e o trabalhador afirma que, embora registrasse corretamente a jornada nos controles de ponto, as horas excedentes não eram pagas corretamente, ao advogado caberá pedir a exibição dos espelhos de ponto e contracheques em poder do empregador, como tutela cautelar antecedente, já indicando, na petição inicial, que o pedido final consiste na condenação em horas extras.

3° ao art. 11 da CLT, com a redação da Lei nº 13.467/2017 (CALCINI, Ricardo Souza. TST e a Reforma Trabalhista: propostas de alterações de súmulas e orientações jurisprudenciais. Disponível em: https://www.ricardocalcini.com/single-post/2018/01/29/TST-e-a-Reforma-Trabalhista-propostas-de-altera%C3%A7%C3%B5es-de-s%C3%BAmulas-e-orienta%C3%A7%C3%B5es-jurisprudenciais. Acesso em:29/01/2018).

16. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 381.

17. *Idem, Ibidem,* p. 410.

18. *Idem, Ibidem*, p. 411.

Em poucas palavras, na petição inicial o advogado vai solicitar a exibição dos cartões de ponto e contracheques porque pretende pleitear horas extras, devendo expor a lide e seu fundamento.

É importante que o pedido principal seja indicado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar, conforme autorizado pelo §1º, do art. 308, a fim de que ocorra a interrupção da prescrição.

Após efetivada a tutela cautelar, o que se concretizará com a exibição dos documentos solicitados, o advogado terá, então, 30 dias para formular o pedido principal devidamente liquidado, ou para complementar o pedido principal já formulado indicando o seu valor, com a possibilidade de aditar a causa de pedir (CPC, art. 308, §2º).

Importante ressaltar que cessa a eficácia da tutela concedida se o autor não deduzir o pedido principal no prazo de 30 dias (CPC, art. 309, I). Nesta situação, o processo será extinto sem resolução de mérito, sendo, ainda, vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento (CPC, art. 309, parágrafo único).

Uma das grandes vantagens do manejo da tutela cautelar antecedente é que, havendo a formulação do pedido de tutela final desde a petição inicial, a prescrição é interrompida, não residindo aqui a controvérsia que orbita em torno da produção antecipada de provas.

Outra vantagem é que não há necessidade de o advogado ajuizar uma nova ação, como ocorre com relação à produção antecipada de provas, uma vez que a formulação do pedido principal ocorre nos mesmos autos.

3.2.1. A resistência injustificada ou ilegítima do réu

Uma vez deferida a tutela cautelar, pode acontecer de o réu não juntar os documentos, alegando que não os possui.

Nesta hipótese, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade (CPC, art. 398, parágrafo único).

Pode acontecer, no entanto, de o réu simplesmente não cumprir a determinação judicial.

Caso o autor tenha apontado os fatos na petição inicial da tutela cautelar, a consequência será a presunção de veracidade dos fatos que, por meio do documento, a parte pretendia provar (CPC, art. 400).

Portanto, no caso acima ilustrado, em que o trabalhador entende ter direito ao pagamento de horas extras sonegadas, é recomendável que, na petição inicial da tutela cautelar, o advogado indique quais eram os horários e dias de trabalho, pois, em caso de não exibição dos documentos ou de recusa ilegítima, o juiz admitirá como verdadeira a jornada declinada naquela peça inaugural.

Por outro lado, se os fatos não tiverem sido delimitados na petição inicial, restará ao juiz a adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido, inclusive a imposição de *astreintes* (CPC, art. 400, parágrafo único, e art. 139, IV).

3.3. Indicação dos valores por estimativa

Uma terceira direção que o advogado pode adotar é de indicar os valores dos pedidos por estimativa.

Mas aqui alguns problemas podem surgir.

Suponha-se que o advogado estima o valor do pedido em 100 e na liquidação apura-se o valor de 200.

Ainda que o advogado explicite na petição inicial que o valor está sendo indicado por estimativa, a tendência dos tribunais, já manifestada nos julgamentos envolvendo os processos submetidos ao rito sumaríssimo, deve ser no sentido de aplicar o princípio da adstrição ou congruência, que não admite a decisão *ultra petita*.

Assim, se a parte pediu 100, mas, em liquidação, se apurou que teria direito a 200, a condenação se restringirá ao quanto foi pedido, no caso aos 100, em razão da vedação à sentença *ultra petita*.

Nesse sentido é a jurisprudência majoritária do Tribunal Superior do Trabalho:

> RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. JULGAMENTO ULTRA PETITA. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO LÍQUIDO E CERTO. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO. Nos termos dos artigos 128 e 460 do CPC/73, e dos atuais arts. 141 e 492 do CPC/2015, o juiz está adstrito aos limites da lide para proferir decisão, sendo-lhe vedado proferir sentença de natureza diversa da pedida pelo autor, condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Desta forma, tendo o reclamante estabelecido, na inicial, pedidos líquidos, indicando o valor pleiteado em relação a cada uma das verbas, deve o juiz ater-se a tais valores, sobre pena

> de proferir julgamento ultra petita. Recurso de revista conhecido e provido (RR – 10080-79.2016.5.15.0079, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 06/09/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/09/2017).[19]

Por outro lado, se a estimativa se mostrar superior ao valor encontrado na liquidação, é possível que o autor tenha de arcar com os ônus da sucumbência parcial.

É verdade que a questão da sucumbência parcial é controvertida.

Afinal, quem perde parte do pedido pode ser condenado em honorários? Ou apenas a sucumbência do pedido teria esse efeito?

Por exemplo, o autor que postulou 100 e ganhou 60 é sucumbente em 40? Sobre os 40 incidirão honorários de sucumbência em favor do advogado do réu? Ou pode-se dizer que o autor ganhou o pedido, não havendo que se falar em sucumbência parcial?

No julgamento de litígios não derivados de relação de emprego, o TST já manifestou o posicionamento de que há sucumbência parcial quando o autor ganha menos do que o postulado: RO – 10331-13.2015.5.03.0000, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 05/09/2017, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 08/09/2017; RO – 10818-80.2015.5.03.0000, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 21/11/2016, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 30/11/2016.

Nada obstante, poderá acontecer de vir a ser firmado o entendimento de que somente haverá sucumbência do autor quando este não obtiver nenhum êxito em relação a cada um dos pedidos analisados isoladamente. Vale dizer, quando se tratar de procedência parcial do pedido, a compreensão dos tribunais poderá convergir no sentido de afastar a sucumbência recíproca, como, aliás, já se posicionou o TST no que tange aos honorários periciais: processo RR – 129800-07.2009.5.09.0094, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 19/04/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/04/2017.

Como visto, a questão não é simples e poderá provocar entendimentos jurisprudenciais diversos. É aguardar para ver como se comportarão os tribunais.

4. A DEFESA DO RÉU: ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA

A lei exige apenas o valor do pedido. Não exige uma memória de cálculo. Portanto, basta que a parte indique os valores de cada um dos pedidos, não lhe sendo exigida a apresentação de planilha de cálculos.

Pode acontecer, contudo, de o autor apresentar, *sponte própria*, planilha contendo os cálculos discriminados dos pedidos, indicando de que forma chegou aos valores.

Nesses casos, caberá ao réu o ônus de contestar especificamente a conta, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, consoante art. 341 do CPC.

É claro que se o autor apenas apresentar uma estimativa do valor do pedido, não haverá necessidade de o réu impugnar especificamente a conta.

Todavia, quando o autor apresentar planilha detalhada, especificando o modo como chegou às quantias, o réu terá o ônus de apresentar impugnação específica. Afinal, neste caso, haverá alegação de matéria fática, e a ausência de impugnação pelo réu ensejará a consequência de serem considerados verdadeiros aqueles alegados pela parte contrária.

A necessidade de impugnação específica nessas situações não é novidade. Já é assim nos processos sujeitos ao rito sumaríssimo, em que o réu deve impugnar especificamente a conta do autor quando revolver matéria fática, nos recursos ordinários interpostos contra sentenças liquidas, bem como na fase de liquidação e execução, em relação à qual incumbe ao executado, quando suscita excesso de execução, declarar de imediato o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado do seu cálculo (CPC, arts. 525, §4º, 535, §2º, 702, §3º e 917, §3º).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei da Reforma Trabalhista trouxe maior complexidade à elaboração da petição inicial, na medida em que passou a exigir pedidos certos, determinados e com indicação do seu valor.

Nestes momentos iniciais pós-vigência, são os advogados dos autores os que mais vêm sentindo os influxos deste novo contexto, e, como ocorre com

19. No mesmo sentido são os seguintes julgados: RR – 10142-53.2015.5.15.0080, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 25/10/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017; ARR – 10938-69.2015.5.15.0104 Data de Julgamento: 30/08/2017, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/09/2017.

toda novidade, o sentimento humano natural é de resistência ao desconhecido.

Mas as alterações propiciadas pela LRT também irão exigir esforço adicional dos advogados dos réus, que, ao confeccionarem as defesas, precisarão analisar mais detidamente os pedidos, inclusive ofertando impugnações específicas às contas, quando for o caso.

E, ainda, sendo líquida a inicial, a sentença, como regra, deverá vir líquida (CPC, art. 491), impondo um maior empenho dos juízes, por um lado, porém proporcionando mais efetividade ao processo do trabalho, de outro lado.

Haverá, decerto, um refinamento na elaboração das peças processuais, o que, sem dúvidas, contribuirá para o aperfeiçoamento do direito processual do trabalho.

Enfim, as mudanças projetadas no mundo dos fatos a partir da vigência da LRT abriram a possibilidade de reconstrução do processo do trabalho, a partir da atuação conjunta dos seu artífices, e, assim, quem sabe, ao cabo deste difícil percurso, o Direito Processual do Trabalho sairá fortalecido e reinventado.

6. REFERÊNCIAS

BARBA FILHO, Roberto Dala. Pedidos na petição inicial trabalhista após a reforma. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 98-104, jul./ago. 2017.

BERNARDES, Felipe. Petição inicial na reforma Trbalhista. Jota, 26/10/2017. Dispoível em: <https://www.jota. info/opiniao- e-analise /colunas/ reforma-trabalhista/peticao-inicial-na-reforma-trabalhista-26 102017>. Acesso em: 28/01/2018.

CALCINI, Ricardo Souza. TST e a Reforma Trabalhista: propostas de alterações de súmulas e orientações jurisprudenciais. Disponível em: <https://www.ricardocalcini.com/single-post/2018/01/29/TST-e-a-Reforma-Trabalhista-propostas-de-altera%C3%A7%C3%B5es-de-s%C3%BAmulas-e-orienta%C3%A7%C3%B5es-jurisprudenciais>. Acesso em: 29/01/2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 566.

FONSECA, Maíra Marques. Uma nova petição inicial? As formalidades exigidas para o pedido – Maíra Marques da Fonseca. Youtube, 25/08/2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=H2a1nvEHQzo&t=2194s>. Acesso em:27/01/2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MOLINA, André Araújo. Reforma trabalhista: Liquidação do Pedido e Sucumbência – Entrevista André Araújo Molina. Youtube, 18/12/2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UBgfSAaAMpA>. Acesso em 27/01/2018.

SANTOS, José Aparecido dos. *Uma nova petição inicial? As formalidades exigidas para o pedido* – Juiz José Aparecido dos Santos. Youtube, 25/08/2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Y7KsBRH5opk&t=541s>. Acesso em: 27/01/2018.

_____. Reforma trabalhista: Liquidação do Pedido e Sucumbência – Entrevista José Aparecido dos Santos. Youtube, 04/12/2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_CjWubsNHG4>. Acesso em: 27/01/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processos recebidos na Justiça do Trabalho já são 100% eletrônicos. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/pje/inicio/-/asset_publisher/eHI8/content/processos-recebidos-na-justica-do-trabalho-ja-sao-100-eletronicos?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Fpje%2Finicio%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_eHI8%26 p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D3>. Acesso em: 27/01/2018.

Impressões da reforma trabalhista de 2017 no direito coletivo do trabalho

Christianne Moreira Moraes Gurgel*

RESUMO: O presente artigo examina a relevância do direito coletivo do trabalho, inclusive sua posição de destaque no cenário internacional do direito laboral. O estudo passa pela evolução do Direito coletivo, como direito social, na história das constituições federais do Brasil, bem como o papel dos seus a importância da negociação coletiva de trabalho como instrumento de gerar melhorias na condição social. Em seguida, são avaliadas as impressões da Lei 13.467 de 2017 sobre o direito sindical. As alterações legislativas avaliadas são: a dispensa em massa sem negociação coletiva; a contribuição sindical facultativa; a representação dos trabalhadores na empresa; os poderes da negociação coletiva de trabalho; as matérias proibidas à negociação coletiva de trabalho; terceirização e o enquadramento sindical.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Coletivo do Trabalho. Lei 13.467/2017. Reforma Trabalhista. Impactos no direito sindical e sindicalismo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2 Direito coletivo do trabalho: 2.1. Notas introdutórias; 2.2 Ordem jurídica internacional do trabalho; 2.3 Direito social – constituições do Brasil; 2.4. Conflitos coletivos de trabalho. Negociação coletiva de trabalho. 3. A lei 13.467 De 2017 e os imapctos no direito coletivo do trabalho: 3.1. Notas introdutórias; 3.2. Dispensa em massa sem negociação coletiva; 3.3. Contribuição sindical facultativa; 3.4. A representação dos trabalhadores na empresa; 3.5 Os poderes da negociação coletiva de trabalho; 3.6. Materias proibidas à negociação coletiva de trabalho; 3.7. Terceirização e o enquadramento sindical. 4 Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A evolução do Direito do Trabalho está vinculada, também, ao fortalecimento do Direito Sindical que, por sua vez, responde pelo equilíbrio dos interesses divergentes defendidos por entes coletivos de trabalho. Tanto é assim o é, que fundamentos trabalhistas, do direito coletivo laboral, são valores considerados universais expressos na Declaração de Direitos Humanos de 48.

A comunidade internacional reconhece a negociação coletiva de trabalho como própria razão da existência e fortalecimento do Direito Sindical, reafirmando sua condição de direito fundamental ao bem-estar do ser humano. A liberdade e atuação sindical assumem papéis essenciais para o exercício da democracia e consolidação do diálogo social.

A Lei 13.467 de 2017, ao promover mudanças na legislação trabalhista, alcançou dispositivos legais, de grande relevância, do direito coletivo do trabalho. Estas alterações, promovidas no campo juscoletivo laboral, por certo, que avançam para as relações individuais, assim como produzem efeitos sociais e econômicos.

Evitar o enfraquecimento do sistema sindical, inclusive da organização e atuação das entidades sindicais, deve ser objeto de preocupação, análise e debate, tendo em vista que se trata de segmento do Direito laboral que reúne instrumentos indispensáveis para o equilíbrio das relações trabalhistas.

Relevante, pois, fomentar o estudo e reflexão das implicações dos seguintes pontos, objeto de da reforma/2017: a dispensa em massa sem negociação coletiva de trabalho (art.477-A inserido na CLT); a contribuição sindical que passou a ser facultativa(mudança no art.579 da CLT); a representação dos empregados na Empresa (art.510-A inserido na CLT); os a ampliação e os limites dos poderes da Negociação Coletiva de Trabalho (arts. 611-A e 611-B da CLT); o enquadramento sindical na Terceirização (Leis nº 13.429/17 e nº 13.467/17).

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo examinar pontos cruciais, correspondentes às alterações da reforma trabalhista de 2017, que causam implicações no direito coletivo do trabalho, inclusive no sistema sindical. O estudo propõe destacar a importância do direito coletivo, bem como provocar a reflexão sobre medidas que orientem o aperfeiçoamento do modelo sindical brasileiro, diante do cenário que foi posto com o advento da lei nº 13.467 /2017.

(*) Advogada Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Professora de Graduação e Pós-Graduação de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Universidade Católica do Salvador, Presidente da Comissão de Direitos Humanos do Instituto dos Advogados da Bahia.

2. DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

2.1. Notas introdutórias

Tomando como marco o início da Revolução Industrial, período de covarde exploração do trabalho das mulheres, crianças e adolescentes, a insegurança quanto ao futuro era uma constante no meio proletário. Confinados num mesmo espaço insalubre, os trabalhadores foram percebendo que não eram justas aquelas deploráveis condições laborais. O compartilhamento das agonias e precisões advertiu aos operários e operárias para a construção consciência de classe e luta coletiva.

A história do Direito Laboral, que se confunde com o próprio surgimento do Direito Coletivo do Trabalho, mostra que, somente através da organização coletiva, os trabalhadores podem alcançar condições trabalhistas menos indignas. Sobre o tema, vale o ensinamento dos mestres Orlando Gomes e Elson Gottschalk:

> Não obstante, o Direito Coletivo do Trabalho assegura ao empregado uma proteção real e efetiva, de maneira indireta, na ordem sociológica, e não estritamente jurídica, porquanto permite o agrupamento de grandes massas de trabalhadores nos sindicatos e dá aos mesmos, nas suas relações com os empregadores, a força que deriva do número, da disciplina, da organização técnica e do poder material. Com isso, atenua a inferioridade da condição econômica e coloca o empregado em pleno de igualdade com o empregador para a ação e negociação coletivas. Daí a superioridade deste ramo do Direito, sobre o que se limita a regular o contrato individual de trabalho[1].

Assim, ressalta-se a importância do surgimento do Direito Coletivo de Trabalho para reduzir as desigualdades sociais e, ao lado disso, permitir a participação dos cidadãos na construção das condições de vida digna.

Atualmente, as denominações Direito Coletivo do Trabalho e Direito Sindical concorrem pacificamente na seara do Direito Laboral. De uma forma ou de outra, este segmento do Direito Trabalho é responsável pelos institutos, normas e princípios que regulam e orientam as atuações dos seus entes coletivos.

A evolução do Direito Individual do Trabalho também encontra-se atrelada ao fortalecimento do Direito Sindical, até mesmo porque este último responde pelo equilíbrio dos interesses divergentes das categorias profissionais e econômicas. Assim, as alterações legislativas, em qualquer uma das frações do Direito do Trabalho, refletem em todos os seus ramos. As reformas que debilitam o direito individual do trabalho provocam reflexos no âmbito do direito coletivo. Da mesma forma, as mudanças que abalam o direito sindical, ou enfraquecem as entidades sindicais, têm reflexo no direito individual.

2.2. A ordem jurídica internacional

Os fundamentos que amparam o Direito Coletivo do Trabalho encontram-se na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 como valores universais, ou seja, indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade humana. O Código universal anuncia, ao mundo, que toda pessoa que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que assegure uma existência compatível com a dignidade humana, e que toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

A Declaração de 48 expressa a característica universal do Direito do Trabalho, inclusive do Direito Coletivo laboral. Para Mario DeLa Cueva,

> O direito internacional do trabalho quer ser algo distinto... Esta pretensão de universalidade obedece à essência mesma do direito do trabalho, em cuja entranha existe um autêntico conceito universal de justiça.[2]

Dentre os instrumentos internacionais, decisivos para o alargamento do Direito Internacional do Trabalho, encontra-se a Declaração da OIT, aprovada na Conferência da Filadélfia em 1944; além do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, sociais e Culturais, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1996. Não se pode olvidar, que outros importantes tratados internacionais impactam nas relações de trabalho, de forma especial nas relações coletivas de trabalho, como por exemplo a carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A internacionalização dos direitos fundamentais trabalhistas passa a ter destaque com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho

1. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. [1932-2014]. *Compêndio de direito sindical*. 8.ed. São Paulo: LTr, 2015.

2. CUEVA, Mario de La. *Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Porrua, 1943.

– OIT que, ao lado do Direito Humanitário e à liga das Nações Unidas, estabeleceu padrões internacionais de condições trabalho, reforçando os direitos coletivos laborais como direitos universais.

A Organização Internacional do Trabalho adotou a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho que, por sua vez, abrangem quatro áreas: liberdade sindical e direito à negociação coletiva, erradicação do trabalho infantil, eliminação do trabalho forçado e não discriminação no emprego ou ocupação.

Assim, a OIT reconhece a negociação coletiva de trabalho como própria razão da existência e fortalecimento do Direito Sindical, reafirmando sua condição de direito fundamental ao bem-estar do ser humano. A liberdade sindical, assim como a negociação coletiva, assumem papéis essenciais para o exercício da democracia e fortalecimento do diálogo social.

Como importante marco histórico do Direito Internacional Laboral, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, referindo-se às relações coletivas de trabalho (art,8º), compromete-se a garantir o direito de fundação e filiação a sindicatos, de livre escolha, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. Adverte, ainda, que o exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias.

O Direito Coletivo do Trabalho, portanto, compromete-se, diante da comunidade internacional, como instrumento de progressão dos direitos trabalhistas, sendo indispensável para estabelecimento da dignidade humana e paz social.

2.3. Direito social – constituições federais do Brasil

Na história das constituições brasileiras, o direito laboral buscou o seu merecido reconhecimento como autênticos direitos sociais.

A Constituição de 1934, além de ter sido a primeira Carta que registrou um título sobre a ordem econômica e social, adotou a independência e pluralidade sindicais, reconheceu as convenções coletivas de trabalho, embora nada tratando em relação à greve. Como bem assinala Carlos Henrique Bezerra Leite "[...] o diploma constitucional de 1934 era intervencionista e já mostrava sua preferência pelo WelfareState (estado do bem-estar).[3]

A Constituição outorgada por Getúlio Vargas, 1937, que criou a Justiça do Trabalho (atrelada ao Poder executivo), além de inaugurar intensa intervenção na ordem econômica e social, restringiu a autonomia privada coletiva e promoveu evidente retrocesso na história constitucional do trabalho coletivo. Com sua autonomia sucateada, os sindicatos passaram então a atuar como entidades assistencialistas, perdendo assim a sua principal marca de luta em defesa de melhores condições trabalhistas.

A Constituição de 1946 afirmou o trabalho como dever social, reconheceu as convenções coletivas e a greve como direito. Entretanto, passou para a legislação ordinária a atribuição de regular a organização sindical. Manteve a unicidade sindical e a contribuição obrigatória.

Por oportuno, relembre-se que foi a Carta de 46 que removeu a Justiça do Trabalho do Poder Executivo para o Poder Judiciário, atribuindo ao Tribunal Superior do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho o poder normativo para resolver os conflitos coletivos de trabalho.

Ainda na seara do direito coletivo, a Constituição de 1967 traz como marcas principais a proibição da greve nos serviços públicos e atividades essenciais, a diminuição da maioridade trabalhista de 14 para 12 anos e, no mais, conservou o modelo corporativista da Carta de 46.

Não houve avanço para do direito coletivo na Constituição de 69, uma vez que, quanto aos direitos sociais, foram mantidos o regime anterior.

Até aqui, as Constituições no Brasil confundiam a ordem social com a ordem econômica e, por isso, alguns doutrinadores, ao lecionarem sobre direitos sociais, expressam "da ordem econômica ou social". Realidade que durou até o advento da Constituição de outubro de 1988.

A Carta Magna de 88 estabeleceu no Capítulo II, do Título II, tratamento especial aos direitos sociais (art. 6º), como sendo a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Como primeira constituição, na história constitucional brasileira, emprestou dispositivo específico para o direito

3. LEITE, Carlos Henrique. *Constituição e Direitos Sociais do Trabalhador*. São Paulo: LTR, 1997.

individual do trabalho (art.7º), e Direito sindical (art.8º), no Capítulo dos Direitos Sociais, Título dos Direitos Fundamentais.

Como bem assinala Mauricio Godinho Delgado[4], a nova Constituição da República retirou do limbo e inércia factuais a dinâmica das negociações coletivas de trabalhistas em todo território brasileiro, abrindo-lhe espaço de desenvolvimento que ainda não experimentara no período histórico precedente a 1988.

2.4. Os conflitos coletivos de trabalho e a negociação coletiva

Os conflitos existentes nas relações de trabalho produzem efeitos que extrapolam as partes envolvidas, não raro chegam a deixar sequelas na própria sociedade. Os institutos do Direito coletivo laboral exercem grande importância para o abrandamento destas contendas e, dessa forma, colaboram com a paz social.

Apenas em casos extremos que capital e trabalho possuem interesses econômicos comuns. Os fatos sociais conduzem à conclusão de que as relações de trabalho são conflitivas por natureza, embora muitas vezes esta conflitualidade não se exteriorize, indicando um estado de normalidade nas relações entre empresários e trabalhadores.[5]

Na lição de Amauri Mascaro Nascimento:

> Os conflitos trabalhistas nascem em um conjunto de circunstâncias fáticas, basicamente econômicas, que alteram o equilíbrio das relações entre os trabalhadores e os empresários, causando a insatisfação daqueles quanto ao direito existente e que entendem não mais corresponder às pretensões que julgam cabíveis para que possam continuar fornecendo a energia de trabalho aproveitada no interesse da produção.[6]

Os métodos de solução dos conflitos coletivos de trabalho, por certo, amortecem as agitações nas relações individuais trabalhistas, sendo a negociação coletiva de trabalho o meio mais eficaz para o equilíbrio dessas forças antagônicas e, por isso mesmo, que qualquer reforma legislativa deve respeitar os fins e princípios que orientam este instrumento universal.

No Brasil, a negociação coletiva encontra-se disciplinada na Consolidação das Leis do Trabalho (Arts.611 a 625), sendo que as suas premissas magnas encontram-se na Constituição Federal (Arts.7º e 8º). A Carta de 88 atribui à negociação coletiva do trabalho importância de tal ordem que, no seu art.114, parágrafo 3º, a define como instrumento que deve preceder a qualquer outra forma de solução de conflito.

Diante dos anseios da classe trabalhadora, as entidades sindicais, por sua vez, devem acionar sua função maior de defesa dos interesses dos operários, iniciando procedimento embasado na lealdade e transparência, para que se alcance a celebração de convenções ou acordos coletivos de trabalho. Estes instrumentos jurídicos, resultados de uma negociação exitosa, são a garantia de dignidade na vida do trabalhador.

A negociação coletiva, portanto, aparece no Ordenamento jurídico pátrio como o instrumento mais diligente para solução das divergências de interesses entre as classes operária e econômica, por força mesmo do seu caráter autocompositivo.

Alfredo Ruprecht assinala que a negociação coletiva é a melhor forma de compor os conflitos entre capital e trabalho, pois os próprios sujeitos da negociação são os que melhor conhecem as suas dificuldades e possibilidades econômicas e sociais ao apresentarem suas propostas e assim resolverem os conflitos trabalhistas[7]. No mesmo passo, a Convenção nº 154 da Organização Internacional do Trabalho, ressalta a obrigação de estimular, entre todas as nações do mundo, programas que permitam alcançar o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, levando em consideração que tal princípio é plenamente aplicável a todos os povos.[8]

Princípios peculiares orientam a negociação coletiva de trabalho. O ponto de partida é o princípio do contraditório, pois, conforme leciona José augusto Rodrigues Pinto:

> [...], pois o diálogo tem que decorrer sempre da contradição de pretensões e teses que se busca harmonizar. A negociação

4. DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 7.ed., rev, atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

5. FURTADO, Sebastião Antunes *et al*. *Solução dos Conflitos Coletivos de Trabalho no Setor Privado – Estudos dos Sistemas do Brasil e da França*. Curitiba: Gênesis, 2004, p. 20.

6. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 18.ed.São Paulo, 2003.p. 993.

7. RUPRECHT, Alfredo J. *Relações Coletivas de Trabalho*. Tradução Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTR, 1995, p.261.

8. OIT. *Liberdade sindical y negociación colectiva:* estudio general de la comisión de expertos en aplicacion de convenios y recomendaciones. Ginebra- Suiza: Oficina Internacional del Trabajo, 1983, p. 121.

> coletiva sem contraditório de pretensões constitutivas de um contencioso a eliminar padece de um vazio absoluto de objeto.[9]

Como processo dialético que é, a negociação deve orientar-se pela garantia de que ambas as partes expressem as razões da defesa dos seus interesses, até mesmo porque estes interesses, quase sempre, são antagônicos.

Outro relevante Princípio é o da cooperação das vontades, que significa que os sujeitos da relação coletiva devem estar dispostos a trabalhar no sentido de solucionar um contraditório. Por seu turno, o Principio da boa-fé se estende a todos os tipos de contratos, sendo imprescindível para uma convivência pacifica entre as partes, no curso da negociação e, assim, implementar o espírito de justiça aristotélica, ou seja, "o dar a cada um o que é seu". Por fim, diferente do que se aplica na relação individual de trabalho, entende-se que há uma igualdade formal entre os entes coletivos de trabalho, o que define assim o princípio da equivalência entre os sujeitos da relação juscoletiva .

Enoque Ribeiro dos Santos[10] explica que, a função normativa revela-se como um dos mais ilustres papéis da negociação. Sim, pois além de ser expressão do pluralismo, afirma o poder através do diálogo social. O processo dialético é inerente à própria negociação juscoletiva, que provoca a capacidade de persuasão das partes para defesa dos interesses da categoria. Essa é a função política da negociação, que desponta como instrumento de estabilidade das relações entre empregado e empregador, justificando sua relevância para o equilíbrio social.

Ao participar os trabalhadores na administração da própria empresa, a negociação desempenha sua função social. Aqui está a expressão democrática deste instrumento coletivo, com repercussões pautadas nas próprias exigências e princípios constitucionais.

A função econômica da negociação coletiva de trabalho informa que a finalidade maior do instituto é a melhoraria as condições de trabalho e, assim, realizar o princípio constitucional da progressão social (art.7º da CF). A função econômica da negociação coletiva, portanto, se propõe a diminuir as desigualdades sociais, uma vez que se presta para tentar alcançar os anseios trabalhistas individuais e coletivos.

A imprescindibilidade do instrumento da Negociação coletiva, inclusive para a justiça e paz social, transcende o próprio Direito do Trabalho. Esta assertiva se extrai do contexto histórico dos principais países ocidentais, desde século IX, quando se percebe a efetividade da negociação coletiva como expressão da democracia. Em sentido contrário, nos regimes autoritários, constata-se a preponderância da solução de conflito pelo meio heterônomo, em detrimento da atuação sindical em situação de autocomposição.

Conclui-se, dessa forma, que a negociação coletiva é meio eficaz para reduzir as desigualdades sociais, ao mesmo tempo em que fortalece a participação dos cidadãos na construção da dignidade humana.

3. A LEI 13.467 DE 2017 E OS IMPACTOS NO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

3.1. Notas introdutórias

a reforma trabalhista promoveu efeitos diretos e indiretos no direito coletivo de trabalho. As mudanças diretas dizem respeito à reforma em dispositivos legais sobre a organização sindical. Os efeitos indiretos da reforma, sobre o direito sindical, referem-se às mudanças na seara do direito individual. Como registrado em linhas pretéritas, todas as alterações em prejuízo do trabalhador enfraquecem as próprias categorias profissionais e o sindicalismo.

A seguir serão apresentadas principais mudanças que causam implicações no direito coletivo de trabalho.

3.2. Dispensa em massa sem negociação coletiva de trabalho

O art.477-A, inserido na CLT pela Lei 13.467/2017, equiparou as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas, para todos os fins, afastando a necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação. Esta previsão inaugurou o tratamento, expresso em Lei, sobre a dispensa em massa.

A jurisprudência brasileira, que se consolidou na década de 2000, no sentido de tornar indispensável a negociação coletiva de trabalho para dispensa

9. PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

10. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. ***Direitos Humanos na Negociação Coletiva***. São Paulo: LTr, 2004, pp. 128-132.

plúrima, encontrava-se em sintonia com uma necessidade mundial de estabelecer mecanismos para evitar rescisões em massa.

Os prejuízos, decorrentes desta forma de despedimento, ultrapassam as fronteiras das relações individuais trabalhistas, pois envolvem fatores sociais e econômicos, o que provoca a reflexão de alguns autores de "quiçá, melhor seria se a mudança legislativa apresentasse regulamentação mais detalhada"[11].

A indispensabilidade da negociação coletiva, na jurisprudência, encontrava fundamento, ainda, no inciso I do art.7º da Constituição de 88. Embora não regulamentado, o referido dispositivo constitucional deixou claro que, para melhoria da condição social, é imperativa a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Além dos fundamentos expostos, ressalte-se que, no âmbito do direito coletivo de trabalho, a dispensa em massa não constitui poder potestativo do empregador e, por isso, exige a intervenção do sindicato da classe trabalhadora.

Eis o comentário do Juiz do Trabalho Homero Batista Mateus da Silva sobre o tema:

> A discussão reside precisamente em saber se esse microssistema de preservação dos postos de trabalho corresponde a uma mera liberalidade do empregador ou se, ao revés, ele detém a responsabilidade de adotar essas medidas, no todo ou em parte, ou, pelo menos, justificar seu desinteresse. Também será posto em questão se o empenho de recursos e energia das autoridades públicas e o sacrifício de parte da renda e do trabalho dos empregados são elementos consideráveis para a preservação dos empregos ou se são apenas movimentações secundárias, em caráter meramente persuasivo e não vinculante da decisão tomada pelo empregador.
>
> A melhor forma encontrada pela jurisprudência, até então, era exigir que a empresa explicasse perante a entidade sindical por que razão não adotou nenhuma estratégia preventiva ou paliativa antes de tomar a decisão da dispensa em massa, donde o entendimento de que esta modalidade agressiva de corte de postos de trabalho deveria ser previamente submetida à negociação coletiva.
>
> A reforma perdeu uma oportunidade preciosa de diferenciar a dispensa arbitrária – normalmente associada com atos de retaliação, caprichosas ou fruto de má administração empresarial – das modalidades de dispensa sem justa causa – mundialmente admitidas ara os casos de crise financeira e econômica, bem como alteração de técnica ou de tecnologia e inadequação do emprego ao posto de trabalho ou à arbitrariedade e suavizando o impacto indenizatório para as dispensas socialmente justificadas – expressas utilizando o impacto indenizatório para as dispensas socialmente justificadas –expressão utilizada em outros países para representar a rescisão inevitável e imprevisível.[12]

3.3. Contribuição sindical facultativa

A reforma trabalhista de 2017 dispensou a obrigatoriedade da contribuição sindical, regulada por décadas e décadas pela Consolidação das Leis Trabalhistas. A mudança no art.579 da CLT, passou a condicionar o desconto da referida receita sindical à uma autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal.

O Instituto Brasileiro Geográfico (IBGE) apresentou pesquisa, em 2017, que aponta percentual de sindicalizados menor que 20%, indicando como motivo principal o desconhecimento de qual sindicato representa a sua categoria. Este pequeno dado serve para demonstrar que grave será o impacto da necessária "autorização" para o desconto da contribuição sindical.

A despeito de todas as controvérsias que envolvem a compulsoriedade da contribuição sindical, sobretudo diante do princípio da liberdade prevista no art.8º, é certo que representa forte receita para o funcionamento do sistema sindical brasileiro, motivo pelo qual se deveria apresentar proposta de transição, com o fim de que as entidades sindicais pudessem se ajustar à nova realidade,o que não ocorreu. O legislado optou por extirpar a obrigatoriedade da duvidosa receita. Assim, para evitar danos ao desenvolvimento sindical, poder-se-ia estabelecer regra de transição para adequação e/ou substituição por outra fonte compulsória de custeio.

A fundamentação legal para adoção da última alternativa, ou seja, a substituição por outra espécie de receita está na Lei das Centrais sindicais. O art. 7º. da Lei 11.648/ 2008, prevê que os arts. 578 a

11. NAHAS, Thereza; PEREIRA, Leone; MIZIARA, Raphael. *CLT Comparada Urgente-Breves Comentários, Regras & Aplicação e Mapas Conceituais dos Artigos Reformados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 325.

12. SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários a Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.91.

610 da CLT vigorarão até que a lei venha a disciplinar a contribuição negocial, vinculada ao exercício efetivo da negociação coletiva e à aprovação em assembléia geral da categoria. O cumprimento do referido dispositivo legal, de certo modo, serviria de aprimoramento para o sistema de custeio do sindicalismo brasileiro, apoiando a manutenção e desenvolvimento das funções atribuídas às entidades sindicais, em especial à de representação da categoria.

Se o objetivo é o melhoramento do complexo sindical, indispensável passar pelo aprimoramento do seu sistema de custeio, o que encontra óbice numa reforma isolada. A eliminação da compulsoriedade de importante fonte de financiamento dos sindicatos, sem regulamentar qualquer outra forma democrática de passagem, produz implicações à organização, estrutura e atuação sindical.

3.4. A representação dos empregados na empresa

Inserto na CLT pela reforma de 2017, o art. 510-A permite que, nas empresas com mais de duzentos empregados, seja eleita uma comissão para representá-los, com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

A composição da comissão possui uma gradação, conforme o número de empregados na empresa e, no caso de 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. As atribuições da comissão estão descritas no art. 510-B. Dentre estas atribuições, encontram-se a de representar os empregados perante a administração da empresa; de promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos; buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais; além de encaminhar reivindicações.

A representação de empregados, no âmbito empresarial, já encontrava assento no art. 11 da Constituição Federal de 88. Com a finalidade exclusiva de promover o entendimento direto entre empregados e seus empregadores, a destacada norma constitucional assegura igual representação de trabalhadores.

O impacto encontra-se na vedação existente no § 1º do art.510-C. Sim, ao prever sobre a formação da comissão de organização e o acompanhamento do processo eleitoral da comissão, a regra legal proíbe expressamente a interferência da empresa e do sindicato da categoria.

A proibição da participação dos sindicatos, na formação desta comissão, provoca os seguintes questionamentos: a vedação servirá de aprimoramento para o diálogo intraempresarial? A proibição pode alimentar um clima inútil de concorrência, ou mesmo de afastamento dos trabalhadores das suas entidades representativas? Levando-se em conta o objetivo constitucional de criar melhorias na condição social dos trabalhadores (art.7º), há razão para excluir possível colaboração sindical?

Por outro lado, há que ser levada em consideração a finalidade do legislador em assegurar a autonomia, inclusive política, das respectivas comissões representativas de empregados, como lembram os mestres Rodolfo Pamplona Filho e Guilherme Levien Grillo (A **representação dos empregados na empresa: um novo instituto do direito coletivo brasileiro):**

> Um ponto digno de nota inicial diz respeito à criação de um título próprio às comissões de representantes na empresa, independentemente da atividade sindical, com a nítida finalidade de demarcar a posição política de autonomia em relação aos sindicatos. Nada obsta, contudo, inclusive por força da sua liberdade de atuação, que a comissão dialogue com o sindicato representativo da categoria, o que é natural em função das atribuições conferidas pelos itens VII e VIII do art. 510 – B, da CLT.[13]

Ressalte-se, entretanto, que a Convenção n. 135 da OIT, que trata da proteção de Representantes de Trabalhadores, estimula práticas democráticas no âmbito das empresas. Expressamente prevê no seu art. 3º que, sobre os termos "representantes dos trabalhadores" designam tanto representantes sindicais, como representantes livremente eleitos pelos trabalhadores da empresa.[14]

---

13. PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GRILLO, Guilherme Levien. *A representação dos empregados na empresa: um novo instituto do direito coletivo brasileiro = The worker representation in the company: a new institut of brazilian collective labour Law.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/114053>. Acesso em: 12 fev.2018.

14. Convenção 135 da OIT, vigorante no País desde o inicio dos anos de 1990:
"Art. 3º – Para os fins da presente Convenção, os termos 'representantes dos trabalhadores' designam pessoas reconhecidas como tais pela legislação ou a pratica nacionais, quer sejam: a) representantes sindicais, a saber, representantes nomeados ou eleitos por sindicatos por sindicatos ou pelos membros de sindicatos; b) ou representantes eleitos, a saber, representantes livremente eleitos

Ainda com objetivo de fortalecer a cooperação, a Convenção estabelece, no seu art.5º:

> Quando uma empresa contar ao mesmo tempo com representes sindicais e representantes eleitos, medidas adequadas deverão ser tomadas, cada vez que for necessário, para garantir que a presença de representantes eleitos não venha a ser utilizada para o enfraquecimento da situação dos sindicatos interessados ou de seus representantes e para incentivar a cooperação, relativa a todas as questões pertinentes, entre os representantes eleitos, por uma Parte, e os sindicatos interessados e seus representantes, por outra Parte.[15]

Assim, a referida norma internacional, em vigor em nosso país, não admite a depreciação ao sindicalismo na esfera do trabalho, incluindo aqui o âmbito interno das empresas.

Demais disso, relevante registrar que a Constituição Federal, atribui aos sindicatos a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (art.8º, inciso III). Necessário garantir a liberdade sindical, para que haja desenvolvimento na busca da igualdade, preservando a autonomia dos grupos, como bem advertiu os mestres citados.

Isto posto, a proibição da interferência sindical, na forma prevista no art. § 1º do art.510-C, deverá se entender com a premissa constitucional em evidencia, além da norma internacional (135) da OIT.

3.5. Os poderes da negociação coletiva de trabalho – Art. 611-A

Sempre foram constantes os debates acerca do negociado sobre o legislado. Com a inserção do art. 611-A na CLT, pela reforma trabalhista de 2017, essa temática se fará presente nas pautas de discussão e estudo. Sem dúvida, em razão da sua própria relevância, e impacto no Direito do Trabalho, haverá crescimento na discussão sobre essa matéria.

O novo dispositivo legal trouxe um extenso rol de tópicos, sobre os quais há prevalência das normas coletivas de trabalho sobre o legislado. Dentre estes temas estão: o pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; o intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; o 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; o enquadramento do grau de insalubridade; o prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho.

Em síntese apertada, a defesa do negociado sobre o legislado apresenta como fundamentação o reconhecimento constitucional das convenções e acordos coletivos como partes integrantes dos diretos trabalhistas. Além disso, os incisos, do art. 7º da CF, que permitem, por meio de negociação coletiva, a majoração de jornada (inciso XIX), a compensação de jornada (XIII) e, sobretudo, a redução salarial (VI).

> Nesse contexto, avançaram os entendimentos sobre o alcance da negociação coletiva e surgiram, ao longo dos anos pós-1988, clausulas as mais variadas nos acordos coletivos e convenções coletivas, para espanto de estudiosos do direito do trabalho. Muitas das clausulas já nascem fadadas à contestação ou à inconstitucionalidade, pois prejudicam terceiros, sabotam impostos e encargos, adulteram natureza jurídica de parcelas incontroversamente salariais e retiram direitos previstos na CF.
>
> Chega a ser inacreditável que, no repertorio de julgamento do TST, constem discussões sobre cláusulas que admitem o trabalho noturno de adolescentes, vedam o direto de greve ou fixam taxas diferenciadas para sindicalizados e não sindicalizados, mas essa é uma constante...
>
> Talvez premido por este festival gastronômico de cláusulas e obrigações criadas pelas normas coletivas mais ousadas, a jurisprudência do TST endureceu sua permissividade e passou a tratar com rigor, caso a caso, os abusos cometidos aqui e acolá16.

Para Gabriela Delgado e Mauricio Godinho:

---

pelos trabalhadores da empresa, conforme as disposições da legislação nacional ou de convenções coletivas, e cujas funções não se estendam a atividades que sejam reconhecidas, nos países interessados, como dependendo das prerrogativas exclusivas dos sindicatos".

15. BRASIL. *Decreto nº 131, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção n° 135, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre a Proteção de Representantes de Trabalhadores.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0131.htm>. Acesso em: 12 fev.2018.

16. SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários a Reforma Trabalhista*. Análise da Lei 13,467/2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

> [...] o novo diploma jurídico instiga o sindicalismo a se tornar potencial adversário dos trabalhadores, podendo suprimir ou atenuar, por meio da negociação coletiva trabalhista, largo numero de direitos imperativamente fixados na ordem jurídica heterônoma estatal (arts. 611 – A da CTL, por exemplo, conforme redação imposta pela Lei n. 13.467/2017).
>
> [...]
>
> Dessa maneira, é necessário acentuar que, embora a Lei sugira algo em sentido contrario ao mencionar a vedação à interferência do sindicato da categoria no processo eleitoral (§1º, in fine, do art. 510-C da CLT), não pode haver duvida sobre a licitude da participação, na disputa eleitoral, como candidatos ou apoiadores destes, de obreiros sindicalizados e/ou ligados à direção do Sindicato Profissional – sob pena, uma vez mais, de obvia discriminação e de regra e /ou conduta manifestamente antissindical. Conforme já foi explicitado, o referido preceito legal (art. 510-C, §1ª, in fine) foi escrito mediante expressão linguística inadequada, que não pode ser lida de modo gramatical e literalista, porem com o concurso dos métodos científicos lógicos-racional, sistemático e teleológico.17

Os poderes negociação foram ampliados de forma acentuada pela Lei n. 13.467/2017. O grande impacto encontra-se na possibilidade de flexibilizar regras que dizem respeito ao meio ambiente de trabalho, inclusive saúde e segurança do Trabalho. Como exemplo, desta assertiva, encontra-se a permissão (inciso XII do art.611-A) de que o enquadramento do grau de insalubridade seja definido por meio de negociação coletiva de trabalho. Não se pode transferir tal atribuição aos entes coletivos de trabalho, quando o art.195 da CLT deixa claro que 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.

Demais disso, as regras correspondentes à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, são imperativas estatais, ou seja, de indisponibilidade absoluta, conforme previsão na Carta Magna, art. 7º, XXII e XXII. Essa mesma indisponibilidade aplica-se ao inciso XIII do art.611-A, ou seja, prorrogação da jornada de trabalho em ambientes insalubres, dispensando a licença prévia do Ministério do Trabalho.

Nota-se, pois, que a Lei n. 13.467/2017 trouxe à tona o indispensável debate sobre os limites da negociação coletiva. Os sindicatos das categorias profissionais não poderão perder e vista o principio da adequação setorial negociada que, em apertada síntese, somente permite que as normas coletivas se sobreponham sobre as fontes estatais, quando implementem um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável, e quando transacionam setorialmente parcelas trabalhistas de indisponibilidade somente relativa.

Ainda na berlinda o art. 611-A, o seu § 1º ratifica e compartilha o Princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. O dispositivo estabelece que o exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º da CLT que, por sua vez, assim prevê:

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

A Ordem dos Advogados do Brasil, ao fazer análise das propostas da reforma trabalhista que afetavam diretamente os direitos sociais brasileiros, apontou como inconstitucional o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (art. 8º, § 3º, e art. 611-A, § 1º, CLT):

> [...] a proposta tenta restringir o exame, pela Justiça do Trabalho, do conteúdo de convenções e acordos coletivos, limitando essa análise, exclusivamente, aos requisitos formais do negócio jurídico, previstos no Código Civil, criando o "princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.
>
> Trata-se de dispositivo inconstitucional, haja vista a Constituição Federal determinar que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV). (acesso a justiça – inconstitucional)[18]

17. DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Alves. *Reforma Trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei 13.467/2017*. São Paulo: LTR, 2017.

18. OAB aponta inconstitucionalidades no texto da Reforma Trabalhista. *FENAVENPRO*. Disponível em: <http://fenavenpro.org.br/2017/07/03/oab-aponta-inconstitucionalidades-no-texto-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 10 jan.2018.

Da mesma, forma a OAB entendeu sobre a ausência de contrapartidas na negociação coletiva de trabalho (art. 611-A, § 1º, CLT). Assim dispondo:

> A jurisprudência do TST e do STF já se posicionou no sentido da necessidade de serem concedidas contrapartidas aos trabalhadores na hipótese de condições menos favoráveis aos empregados serem previstas em instrumentos coletivos. Trata-se de previsão inconstitucional, tendo em vista que a Constituição Federal não admite piora nas condições de trabalho e de vida para os trabalhadores, mas apenas melhoria, conforme determina o Caput do art. 7 da CF. (Inconstitucional: pela proibição de retrocesso social).

3.6. Matérias proibidas à negociação coletiva de trabalho

No art.611- B, o legislador de 2017 trouxe um rol, ao que parece taxativo, das matérias proibidas à negociação coletiva. Entre as matérias constantes no 19 incisos, muitas são de ordem pública, como a normas de identificação Professional, em espacial as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; o Salário-mínimo, que é inegociável; normas de proteção ao trabalho das mulheres, gestantes ou não, como por exemplo, a proibição de atestados de esterilidade e outras práticas discriminatórias (art. 373 –A); direito à rescisão indireta da gestante tratada com rigor excessivo (art.394); questões relacionadas com o trabalho da gestante em ambiente insalubre (art. 392-A); licença de duas semanas em caso de aborto (art. 395); direito à amamentação com duas pausas de 30 min cada uma (art. 396).

3.7. Terceirização

Outro ponto tormentoso, para o direito coletivo laboral, é o tratamento que a reforma trabalhista de 2017 deu ao enquadramento sindical na Terceirização, quando atribuiu às Empresas Prestadoras e Tomadoras a decisão de estender, ou não, ao terceirizado os direitos assegurados à sua correspondente categoria profissional.

Em 2017, foram sancionadas duas leis que regulamentam a terceirização, as leis nº 13.429/17 e nº 13.467/17, que modificaram e inseriram dispositivos na Lei que regulamentava o trabalho temporário, L. 6.019/74.

Embora tenha causado impactante alteração, ao permitir a terceirização de qualquer atividade da empresa (caput do art.4º –C), incluindo sua atividade principal, a Lei 13.467 de 2017 (no § 1º do mesmo art..4º-C) prevê que 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.

Frente à relevante alteração, em instituto tão importante e contumaz como a terceirização, por óbvio que não podia se deixar à margem o enquadramento sindical dos trabalhadores que executam atividade-fim da empresa tomadora. Além das graves consequências para o trabalhador, no plano do contrato individual, mais crítico ainda se dá na seara do direito coletivo. O isolamento dos trabalhadores; a criação de uma nova classe sem categoria profissional definida; o surgimento de grupos de trabalhadores, sem categoria organizada, à mercê da decisão dos seus contratantes para haver assegurados direitos que são considerados mínimos para sua profissão.

4. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a análise da necessidade de maior desvelo e atenção para o Direito Coletivo do Trabalho, em face mesmo das alterações produzidas pela reforma trabalhista de 2017. A importância, deste segmento do Direito do Trabalho, ultrapassa a relação entre os seus sujeitos e produz consequências sociais e econômicas, merecendo que medidas sejam adotadas para seu aperfeiçoamento, a partir das implicações provocadas pela Lei 13.4672017.

Constatou-se, pois, que a o Direito Sindical brasileiro, ao ratificar as convenções da OIT, comprometeu-se, diante da comunidade internacional, com a progressão dos direitos trabalhistas. As previsões legislativas, portanto, devem ser interpretadas à luz do Direito interno e internacional vigente em nosso País. O resultado também é de que, a peleja do Direito laboral, para consolidar-se como autentico direito social, atraiu para o direito coletivo do trabalho o dever de orientar-se pelos valores da liberdade e igualdade.

As impressões da reforma trabalhista sobre o direito sindical foram investigadas nos seguintes pontos: a dispensa em massa sem negociação coletiva de trabalho (art.477-A inserido na CLT) ; passando pelo fim da obrigatoriedade da contribuição sindical (mudança no art.579 da CLT); além das implicações do papel do sindicato na representação dos empregados na Empresa (art.510-A inserido na CLT); o estabelecimento de um amplo rol de poderes da Negociação Coletiva de Trabalho, do outro lado os limites impostos a este instrumento (arts. 611-A e

611-B da CLT); por fim, o enfraquecimento do sindicalismo diante da falta de enquadramento sindical na Terceirização (Leis nº 13.429/17 e nº 13.467/17).

A reforma do complexo sindical deve balizar-se no aperfeiçoamento e fortalecimento dos seus institutos e das entidades sindicais. As alterações promovidas pela Lei da Reforma Trabalhista devem ser conduzidas no sentido de aprimorar e fortalecer o Direito sindical, o que motiva a continuidade no aprofundamento do presente estudo, ampliando-se os seus resultados.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, F. R. A. *A Justiça do Trabalho na Ordem Judiciária Brasileira*. São Paulo: LTR, 1993.

ANGELO, Milton. *Direitos Humanos*. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. "*O Trabalho e a Dignidade do Trabalhador"*. Trabalho & Processo. São Paulo: Saraiva, dez/1995. p. 37

_____. *Comentários à Constituição Federal do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988-1999.

BICUDO, Hélio. *Direitos Humanos e sua Proteção*. São Paulo: FTD, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. *Decreto nº 131, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção n° 135, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre a Proteção de Representantes de Trabalhadores*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0131.htm>. Acesso em: 12 fev.2018.

CASTILLO, Santiago Pérez Del. *Introducción al Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo*. Montevidéu: Fundación de Cultura Universitária, 1995.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *MERCOSUL:* A Integração, o Direito os Conflitos Coletivos de Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CESARINO JR. Direito Social Brasileiro. Tomo I. Forense. 1963.

CUEVA, Mario de La. *Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Porrua, 1943.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7.ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Direito coletivo do trabalho*. 7.ed., rev, atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

_____; DELGADO, Gabriela Alves. *Reforma Trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei 13.467/2017*. São Paulo: LTR, 2017.

FURTADO, Sebastião Antunes *et al*. *Solução dos Conflitos Coletivos de Trabalho no Setor Privado – Estudos dos Sistemas do Brasil e da França*. Curitiba: Gênesis, 2004.

GOMES, Orlando; GOTTSHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

LEITE, Carlos Henrique. *Constituição e Direitos Sociais do Trabalhador*. São Paulo: LTR, 1997.

MANSUETI, Hugo Roberto. *Direito Sindical no Mercosul*. São Paulo: LTR, 2004.

NAHAS, Thereza; PEREIRA, Leone; MIZIARA, Raphael. *CLT Comparada Urgente-Breves Comentários, Regras & Aplicação e Mapas Conceituais dos Artigos Reformados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. [1932-2014]. *Compêndio de direito sindical*. 8.ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OAB aponta inconstitucionalidades no texto da Reforma Trabalhista. *FENAVENPRO*. Disponível em: <http://fenavenpro.org.br/2017/07/03/oab-aponta-inconstitucionalidades-no-texto-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 10 jan.2018.

OIT. *Liberdade sindical y negociación colectiva:* estudio general de la comisión de expertos en aplicacion de convenios y recomendaciones. Ginebra- Suiza: Oficina Internacional del Trabajo, 1983.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GRILLO, Guilherme Levien. *A representação dos empregados na empresa: um novo instituto do direito coletivo brasileiro = The worker representation in the company: a new institut of brazilian collective labour Law*. v. 106, n. 984, p. 189-204. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/114053>. Acesso em: 12 fev.2018.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Lomonad, 1998.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

RUPRECHT, Alfredo J. *Relações Coletivas de Trabalho*. Tradução Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTR, 1995.

SAN VICENTE, Osvaldo Mantero de. *Derecho Del Trabajo de los Países Del Mercosur – um Estudio de Derecho Comparado*. Primeira Parte. Montevidéu: Fundación de Cultura Universitária, 1996.

SANTOS, Cleber Mesquita. *Os Direitos Humanos, o Brasil e o desafio de um Povo*. São Paulo: LTR, 1997.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos Humanos na Negociação Coletiva*. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários a Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Reinaldo Pereira. *Direitos Humanos como Educação para Justiça*. São Paulo: LTR, 1998.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2000.

_____; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1999.

O preposto não empregado: um paradoxo aparentemente incontornável

Geovane de Assis Batista*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Da preposição no processo do trabalho. 2.1.2. A "extensa discórdia" 2.1.3. O preposto-não-empregado deve conhecer os fatos: o paradoxo. 2.2. A arte do conhecimento. 2.2.1. Presentação e re-presentação. 2.2.2. Verdade, mentiras e erro de percepção 2.3. Os modos de sensibilidade do preposto. 2.4. Do conhecimento re-presentativo judicial. 2.5. Um paradoxo aparentemente incontornável. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo tem por objeto a preposição da parte reclamada no processo do trabalho. Objetiva demonstrar que o legislador consolidado reformador, ao admitir a substituição do preponente por preposto-não-empregado que tenha conhecimento dos fatos, incorreu em um paradoxo com manifesto prejuízo à idealidade de Justiça em si, por si e para si.

PALAVRAS-CHAVE: Preposição. Re-presentação. Paradoxo. Ética. Justiça. Rousseau-Agostinho-Kant.

1. INTRODUÇÃO

Na esteira da técnica procedimental ou do princípio da oralidade, o legislador consolidado ainda defende a necessidade de reclamante e reclamado comparecem à audiência de instrução e julgamento para que (I) conciliem os conflitos de interesses resistidos, ou, uma vez frustrada a conciliação, (II) sejam ouvidos no interrogatório acerca das coisas fático-litigiosas, visando, com isso, obter uma confissão expressa ou ficta.

No processo do trabalho, o substituto ou representante legal do preponente é conhecido como preposto. A nova ordem consolidada o recepcionou com o favor legislativo de que poderá sê-lo, independentemente de ter ou não vínculo empregatício com o preponente, mas desde que tenha conhecimento dos fatos.

Frente ao direito posto, o presente artigo tem por objetivo demonstrar que o legislador reformador, ao consagrar a figura do *preposto-não-empregado* com a exigência de que *tenha conhecimento dos fatos*, incorreu em manifesto paradoxo e colocou em xeque a fenomenologia e a hermenêutica jurídicas sedimentadas em premissas aparentemente inquestionáveis no trato de conceitos como o da preposição e da Justiça.

Para consecução desse objetivo, o autor se valerá de um texto descritivo e explicativo, subdividido em três partes redutíveis entre si. Inicialmente, o leitor tomará conhecimento dos significados do verbete "preposição" na CLT (revogada e vigente), bem como da "extensa discórdia" hermenêutica que reinou em torno da necessidade ou não de o preposto ser empregado do preponente. Em seguida, o texto trará à luz o conceito *re-presentação* sob a perspectiva jurídica e filosófica, quando, nesta, dará ênfase aos pressupostos existenciais que podem auxiliar o juiz do trabalho na arte de evidenciar a verdade real (os *modos de sensibilidade:* tempo e espaço), haja vista a idealidade da verdade quedar, muita vez, velada por litigantes com fluxo vicioso no falseamento da verdade – seja quando agem culposa ou dolosamente ou por mero erro de percepção. Na última parte, a figura do *proposto-não-empregado* será analisada sob o véu do pragmatismo jurídico trabalhista para demonstrar que o paradoxo aparentemente incontornável vai de encontro ao ideal de Justiça – *pragma* odiosa que a eticidade judicial não poderia passar ao largo, sob pena de incorrer em opacidade deontológica e teleológica.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Da preposição no processo do trabalho

Preposição é "*ato ou efeito de* ***prepor***", isto é, de "*pôr antes ou diante*". *Preposição* é, pois, "nomear alguém para assumir (cargo de chefia)"[1], ou "designar alguém para assumir a direção de qualquer interesse"[2]. De uma perspectiva jurídica, a

(*) Juiz do Trabalho Substituto (Terceira Vara do Trabalho de Feira de Santana – TRT5-BA). Mestre e Doutorando em Filosofia (UCSF – Orientador: Dr. Juan Carlos Pablo Ballesteros).

1. HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 2289.

2. PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento: direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira, processo e procedimento, prática*. São Paulo: LTr, p. 301, 2001, 574 p.

preposição é bilateral, encontrando-se, de um lado, o *preponente*, e, d'outro, o *preposto.* Diz-se, portanto, *preposição* do:

> [...] contrato verbal ou escrito pelo qual um mandante ou preponente constitui outrem –o mandatário ou preposto – como seu subordinado e auxiliar direto, para que este, mediante uma remuneração, realize, em nome, por conta e sob a dependência do preponente, negócios relativos às atividades profissionais deste.[3]

O saudoso Wagner D. Giglio revela que o conceito de preposto vem do Código Comercial de 1850[4] e que fora "estruturado com base e levando em consideração as condições sociais e econômicas da época", sendo que essas "condições sofreram, até nosso tempo, profundas alterações"[5]. Para Giglio, não seria viável, hoje em dia, dar ao termo preposto o mesmo significado, "*máxime* quando inserido no conjunto da legislação do trabalho, produto de modificações econômicas e sociais muito posteriores, no Brasil, à entrada em vigor do Código Comercial".[6] De fato, repousando a vista sobre a proposição do § 1º, do art. 843, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943 e 2017, e a confrontando com as dos artigos 74 e 75 do Código Comercial de 1850[7], é fácil perceber a identidade funcional em ambos os códigos – a saber: *prepor* ou *representar* seus patrões ou preponentes. De modo que o caráter finalístico do preposto comercial ou trabalhista é o de sempre representar os interesses de outrem (pessoa física ou jurídica).

Guardando as devidas ressalvas, o legislador consolidado de 1943 exigia que reclamante e reclamado estivessem presentes à audiência de julgamento[8], facultando ao empregador a possibilidade de se fazer substituir pelo *gerente, ou qualquer outro preposto que tivesse conhecimento do fato, e cujas declarações obrigavam o preponente*.[9] A ausência poderia implicar sanção: o não-comparecimento do reclamante à audiência importaria arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado, revelia, além de confissão quanto à matéria de fato[10].

Diante da letra da lei, a hermenêutica trabalhista se revelou fria quanto aos efeitos, mas fervorosa quanto à causa: a possibilidade da substituição do empregador pelo *gerente, ou qualquer outro preposto que tivesse conhecimento do fato)* fez com que seus intérpretes fossem chamados a responder à grande questão: seria imperativa a qualidade de empregado do preposto na substituição do preponente?

2.1.2. A "extensa discórdia"

Debruçado sobre essa problemática, José Augusto Rodrigues Pinto já denunciava a existência de uma "*extensa discórdia*" em torno de saber quem poderia ser o preposto do empregador: se o seu empregado ou qualquer pessoa".[11] Doutrinariamente, registra o processualista, formaram-se duas correntes de pensamento, uma defendendo que a preposição poderia recair em pessoa livre do empregador, independentemente do vínculo com ele mantido; e outra, que somente teria lugar sob o véu do liame empregatício entre o preponente e o preposto.[12]

Da perspectiva jurisprudencial, os pretórios trabalhistas – não depois de também passar por uma "extensa discórdia" – alinharam-se à interpretação substanciada na imprescindibilidade da condição de empregado do preposto para substituir o preponente. Realmente, primeiro com a OJ nº 99 da SDI-I do TST, e depois com a conversão na Súmula nº 377, o TST veio de confirmar a exegética:

> Preposto. Exigência da condição de empregado. Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da |Lei Complementar nº 123/2006.

Na contramão dessa inteligência, o legislador reformador de 2017 entendeu por bem pôr uma pá

3. HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 2289.
4. *Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850:* (Arts 74 *usque* 86, Capitulo IV (Dos feitores, guarda livros e caixeiros).
5. GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, p. 213, 1993, 616 p.
6. *Ibidem*.
7. "Art. 74. Todos os feitores, guarda livros, caixeiros e outros quaisquer *prepostos das casas do comércio*, antes de entrarem em seu exercício, devem receber de seus *patrões ou preponentes uma nomeação por escrito*, que farão inscrever no Tribunal do Comércio (artigo nº 10, nº 2) [...].". "Art. 75. *Os preponentes são responsáveis pelos atos dos feitores*, guarda livros, caixeiros e *outros quaisquer prepostos*, praticados dentro de suas casas de comércio, que forem relativos ao giro comercial das mesmas casas, ainda que se não achem autorizados por escrito.".
8. *Caput* do art. 843 da CLT/1943.
9. § 1º, do art. 843 da CLT/1943.
10. *Caput* do art. 844, da CLT/1943.
11. PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento: direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira, processo e procedimento, prática,* p. 301.
12. *Ibidem*, p. 302.

de cal na "extensa discórdia" hermenêutica, cravando, no § 3º, do art. 843 da CLT, a seguinte advertência: "*O preposto [...] não precisa ser empregado da parte reclamada*.".[13]

Não parece irrazoável dizer que houve um momento em que o pragmatismo jurídico trabalhista encetou, com felicidade prática e ontológica, a realização da "Ideia de Justiça", na medida em que levou em conta a dupla funcionalidade do preposto no processo trabalhista – a saber: a *substituição* (do preponente) e a *re-presentação* (fática). Esse momento se deu na vigência da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, quando o percurso hermenêutico doutrinário-jurisprudencial elegeu a figura do *preposto-empregado* como representante legal mais próxima da inteligência do legislador e do ideal de Justiça.

Dessa mesma felicidade parece, contudo, não ter participado o pragmatismo legislativo e o realismo jurídico trabalhista hodiernos, quando, em detrimento da "Ideia de Justiça" (*Justiça em sí*, *por si*, *em sí* e *para sí),* fizeram renascer das cinzas um projeto ideológico sepultado exatamente por valorizar mais a *funcionalidade da substituição* da parte reclamada, e menos a *funcionalidade preposicional da re-presentação fática*.

Ora, se com a observância da dupla funcionalidade preposicional, o realismo jurídico radicado na hermenêutica da CLT de 1943 conseguiu pôr termo a uma "extensa discórdia" jurídica em torno da qualidade do preposto (se empregado, ou não), a verdade é que, com o advento da CLT de 2017, a deputação legislativa, reverenciada por parte do pragmatismo jurídico trabalhista, parece ter oxigenado aquela "discórdia", desafiando aos hermeneutas uma reação pragmática de igual magnitude, isto é, de uma força fundada em um terreno ontológico capaz de animar uma re-presentação fática com a função de evidenciar a verdade real. Essa nova "discórdia" – por mais paradoxal que possa parecer –, pode se revelar benfazeja, porquanto em jogo a defesa do caráter teleológico que deve animar todo o Judiciário: a perene e incansável tentativa de realizar a *Justiça.*

Mas se o pragmatismo jurídico brasileiro, ao agasalhar a tese da dispensabilidade da qualidade de empregado do preposto, conseguiu, por um lado, pôr fim à "extensa discórdia" implicada com o *status* da preposição no processo do trabalho, por outro, ao manter a exigência de que o preposto-não-empregado "*tenha conhecimento do fato",* incorreu em manifesto paradoxo.

> Art. 843 [...]. § 1º É facultado ao empregador **fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato**, e cujas declarações obrigarão o preponente. [...].
>
> § 3º **O preposto** a que se refere o § 1º deste artigo **não precisa ser empregado da parte reclamada.**[14]

2.1.3. O preposto-não-empregado deve conhecer os fatos: o paradoxo

Etimologicamente, o verbete paradoxo vem do grego *parádoksos* (*pará + dóksa*), onde *pará* significa "contra"; e o *dóksa*, "opinião", "julgamento", "crença". Diz-se, pois, *paradoxo*, a opinião ou julgamento ou crença contrária à comum, que apresenta aparente falta de nexo ou de lógica, revelando, muita vez, contradição.[15] Desde uma perspectiva filosófica, *paradoxo* significa o que é contrário à "opinião da maioria", ou seja, ao sistema de crenças comuns a que se fez referência, ou contrário a princípios considerados sólidos ou a proposições científicas[16].

De acordo com Simon Blackburn, um *paradoxo* surge quando um conjunto de premissas aparentemente inquestionáveis origina conclusões inaceitáveis ou contraditórias[17]. Nessa significação, parece mesmo que o dispositivo consolidado incorre em *paradoxo* quando, de um lado, afirma que o proposto não precisa ser empregado, e, de outro, exige que tenha conhecimento dos fatos.

Discorrendo sobre a cizânia doutrinária e jurisprudencial acerca do *status* do preposto, o processualista Rodrigues Pinto já entendia, em sua "modesta reflexão", despicienda a malfada "extensa discórdia" sob o fundamento de que "*a única exigência posta na lei para validade da preposição do empregador"* era de que o preposto tivesse *conhecimento do fato*, ou seja, "*aptidão para informar corretamente ao juiz sobre a lide, a fim de facultar-lhe a formação do convencimento para decidir*"[18].

Malgrado ter jogado pouca luz (ou nenhuma) sobre o *status* do preposto (se empregado, ou não),

13. § 3º, do art. 843, da CLT/2017.

14. Negrito nosso.

15. HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 2127

16. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 742,

17. BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p. 279, 1997.

18. PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento: direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira, processo e procedimento, prática*, p. 302.

não deixa de ser curioso o fato de a racionalidade rodriguesiana colocar em pauta a necessidade de o preposto ter "*aptidão para informar corretamente ao juiz sobre a lide".* E isso é relevante notar, já que, muita vez, o representante legal do reclamado (empregado, ou não) não reúne condições de possibilidade (temporal e espacial) para prestar informações verossímeis e/ou verdadeiras acerca das alegações fáticas articuladas pelas partes. Entrementes, agora é lei: o preposto não precisa ser empregado da parte reclamada para substituí-la em audiência. Para sê-lo, basta apenas que *tenha conhecimento do fato.* Sobre essa necessidade, Wagner D. Giglio já se antecipara obliquamente com a seguinte proposição minimalista:

> [...] impressiona-nos a exigência legal de que o representante do empregador deve ter conhecimento do fato, o que leva a concluir ser permitido ao empregador nomear preposto o gerente ou qualquer outra pessoa, pois exclusivamente seu é o risco de ser tido como confesso, caso essa pessoa declare ignorar os fatos.[19]

Sepultada a "extensa discórdia", não mais importa discutir acerca da natureza do vínculo jurídico entre preposto e proponente; tampouco sobre o dever ou não de o preposto conhecer dos fatos, por se tratar de matérias já contornadas pelo pragmatismo jurídico reformador. De modo que, hoje, a discussão deve passar por outras inquietudes, a saber:

a) quem se encontra mais habilitado para conhecer e falar dos fatos da lide ao juiz, a fim de lhe facultar a formação do convencimento para decidir: o *preposto-empregado* ou o *preposto-não-empregado*?

b) frente à indiferença do legislador ao fato de o preposto ser empregado ou não do preponente, ou ao fato de o preposto deter ou não a verdade ("real" ou "formal"), qual o depoimento mais apto a aproximar-se da idealidade de *Justiça*: o do *preposto-empregado* (presumivelmente, conhecedor da "verdade real"), ou o do *preposto-não-empregado* (conhecedor da "verdade formal")?

Perguntando de outra maneira: quem estaria mais propício a mentir ou falsear a verdade em juízo, o *preposto-empregado* (que vivenciou os fatos), ou o *preposto-não-empregado* (que não vivenciou os fatos)?

Conforme Blackburn, a resolução de um paradoxo implica mostrar que há um erro escondido nas premissas, ou que o raciocínio é incorreto, ou que a conclusão aparentemente inaceitável pode, afinal, ser tolerada.[20] De modo que, sobre a problemática aqui invocada, alguns podem responder, não sem certa razão, que pouco importa a resposta, sob o argumento de que o falseamento da verdade pode ser impulsionado tanto pelo preposto-empregado como pelo preposto-não-empregado – casuística que nega a possibilidade de se ter como certo a garantia de que o primeiro está fadado a falar a verdade e o segundo, a mentir, ou omiti-la. Outros, contudo, podem responder com o "silêncio eloquente" do pragmatismo jurídico reformador. Diriam: tudo está feito; não há mais o que se questionar; cumpra-se.

Mas para o essencialismo jurídico, as duas respostas (a primeira calcada no indiferentismo à causa eficiente da mentira, ou verdade; e a segunda no "silêncio eloquente") constituiriam flagrante e graciosa omissão conformativa. E não silenciar, significa transcender para o plano metafísico ou metafenoménico, inteligível, incorpóreo, imutável, objetivo e unitário que importa: o da idealidade da *Justiça* (*em si, por si e para si*) – paradigma apodítico (necessário, universal e inexorável) de todo juiz.

Antes, porém, de falar sobre essas coisas, cumpre registrar que a ênfase gnosiológica preposicional substanciada na necessidade da posse e/ou senhorio do conhecimento do fato pelo preposto não é do vertente trabalho e sim do legislador consolidado (originário e reformador), pois é ele que insiste em dizer que *qualquer outro preposto* deve ter *conhecimento do fato*. E disso não discorda a exegética. O problema reside, todavia, em saber qual o substituto do preponente que se encontra mais apto para evidenciar os fatos ao juiz: *o preposto-empregado* ou o *preposto-não-empregado*?

Transcendendo a omissão e/ou o silêncio, imperioso voltar às "coisas mesmas", (à figura do preposto), para desocultar o que parecia escondido: o caráter teleológico do preposto, isto é, a funcionalidade da preposição no processo do trabalho. Ora, como sabido, o preposto não tem apenas a função de *substituir* o empregador na audiência de instrução e julgamento, mas, também, e concorrentemente, *re-presentar* os *fatos* ou *atos* relacionados à coisa litigiosa. Portanto, além de *substituir* o preponente, o preposto tem que ter *aptidão* [conhecimento] *para informar corretamente ao juiz sobre a lide* [a coisa

19. GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1993, p. 213 (negrito nosso)

20. BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia,* p. 279

litigiosa: os fatos ou atos], *a fim de facultar-lhe a formação do convencimento para decidir*.

Dúplice é, pois, a função de "qualquer" preposto na audiência de instrução e julgamento no processo do trabalho: (I) "substituir" a pessoa física ou jurídica do empregador; e, concomitantemente, (II) "re-presentar" os fatos ou atos. *Substituir* e *re-presentar*: eis o binômio que conformaria uma representação autêntica capaz de legitimar uma vontade legislativa. É sempre bom lembrar: não há palavra vã no Direito.

Sucede que, enquanto no *múnus* da *substituição* parece não haver problema de ordem prática, já que qualquer pessoa, juridicamente capaz e indicada pelo preponente, pode figurar como preposto na audiência, no da *re-presentação fática,* revela-se, de uma perspectiva ética, como imperativo categórico o dever de o preposto dizer a verdade, pelo que se lhe exige o competente conhecimento presentativo, isto é, o *conhecimento dos fatos*.

2.2. A arte do conhecimento

Conhecimento... que é isso? É dado ao homem conhecer? Se sim, como conhece? De qual faculdade se vale para conhecer? Existe limite? Qual a importância? Os questionamentos acerca do fenômeno do conhecimento não são novos: há muito, curiosos e filósofos se espantaram e se encantaram e impulsionaram, da tradição à contemporaneidade filosófica, toda uma investigação acerca da natureza, origem e validade do conhecimento. Nesse mister, em contraponto à metafísica que advogava a transcendência e as verdades eternas, duas correntes gnosiológicas ou epistemológicas se destacaram e se revelaram importantes na busca do conhecimento ou da verdade. São elas: o empirismo e o racionalismo.

Para a primeira corrente (Bacon, Locke, Berkeley, Hume), o conhecimento humano é baseado e justificado na *experiência sensível* e a ela redutível. A experiência, enquanto "acumulação e organização progressiva de dados sensíveis passados ou presentes[21]", constituiria o único critério válido para se chegar ao conhecimento ou à verdade. Trata-se, portanto, do empirismo[22] ou da teoria epistemológica que considera como válido apenas o conhecimento obtido e fundamentado pela e na experiência, enquanto única fonte reveladora e justificadora do saber.

Os empiristas defendem que a realidade somente pode ser compreendida e alcançada pelo conhecimento sensível do mundo, por entenderem que o pensamento resulta unicamente da experiência sensível[23]. Para os simpatizantes dessa corrente, a *experiência sensível* seria mesmo capaz não só de unificar como também de se tornar o único critério ou limite intransponível de toda verdade ou saber humano, de tal sorte que a verdade emergiria somente da experiência sensível, cabendo à mente, como assevera David Hume, apenas *percepções* (impressões e ideias)[24].

Em contraponto à concepção empirista ou fenomênica, surge, com Francis Bacon, René Descartes e outros filósofos, o *racionalismo.* Essa corrente gnosiológica se notabilizou pela opção *imanentista*, isto é: no lugar de admitir "a prevalência do real e a necessidade de submissão da mente humana aos seus ditames", pretende construir todo "conhecimento pela faculdade da razão" como uma realidade necessariamente existente, afastando, com isso, a possibilidade do mistério, ou seja, de que haja realidades que superem a razão humana".[25]

Com o empirismo e o racionalismo, o conhecimento já não se fundava nas verdades eternas, isto é, no conhecimento positivado pelo mundo suprassensível. O homem passou a ser a referência com esteio na experiência sensível e na razão. Embora embasadas em teses contrárias, a lógica diz que ambas não eram contraditórias entre si, apenas se relacionam entre si sob a órbita, por assim dizer, de uma *antinomia*.

Numa tentativa aglutinadora do pensamento das duas correntes gnosiológicas, estudiosos da teoria do conhecimento atribuem a Immanuel Kant (1724-1804), não com isolados registros, a responsabilidade pela síntese entre o empirismo e o racionalismo por meio do emprego de uma filosofia crítica capaz de encontrar condições factíveis para o conhecimento humano acerca do mundo.

> Kant escreveu que o ano de 1769 lhe trouxera "uma grande luz". E essa grande luz consistiu no descerrar-se da perspectiva revolucionária, ou seja, daquela que ele chamaria "revolução copernicana", que lhe permitiria tanto a superação do racionalismo como do empirismo, tanto do

21. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*, p, 485.

22. Do grego *empeiría* com o significado de *experiência*.

23. BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*, p. 264.

24. FILHO, Ives Gandra Martins. *Manual esquemático de história da filosofia.* São Paulo*: LTR, p. 169, 2004.*

25. *Ibidem*, p. 147.

> dogmatismo como do ceticismo, abrindo nova era para o filosofar. [26]

Realmente, de acordo com Giovanni Reale, Kant descobriu que a natureza do conhecimento científico (a natureza do verdadeiro conhecimento) consiste em ser uma "*síntese a priori*". Impulsionado por tal proposição, Kant continuou investigando o fundamento que poderia tornar factível essa "*síntese a priori*". Para consecução dessa empreitada, elegeu *os juízos analíticos* e *sintéticos.* Os primeiros, para indicar quando o conhecimento é formulado a *priori*, ou seja, sem que se faça necessário recorrer-se à sensibilidade, ao mundo fenomênico (visível, sensível), enfim, à experiência. Os segundos (sintéticos), para afirmar que a formulação do conhecimento tem como base a própria experiência.

Para Kant, considerados isoladamente os juízos analíticos e sintéticos, não há como conformar *o caráter universal e necessário* (apodítico), exatamente porque presente nos *analíticos,* e ausente nos *sintéticos.* Para Kant, conforme acentua Reale, a ciência só pode ter por base um terceiro tipo de *juízos;* de um *tertium genius* que, a um só tempo, una a *aprioridade* (a universalidade e a necessidade) à *fecundidade* (a *sinteticidade, o encontro dos juízos analíticos e sintéticos*). A partir dessa via, Kant passa a entender que os juízos constitutivos do conhecimento seriam os *juízos sintéticos a priori.*

Segundo o criticismo Kantiano, o fundamento dos *juízos sintéticos a priori* reside precisamente no próprio sujeito que sente e pensa; no sujeito com as leis da sua sensibilidade e do seu intelecto. Trata-se da *estética transcendental* kantiana, isto é, da doutrina do conhecimento sensível e de suas formas *a priori*. Trata-se, pois, de todo conhecimento que não guarda relação com objetos, mas sim com o modo de o homem conhecer os objetos, enquanto for possível *a priori*.[27] Mas para Kant, as *formas da sensibilidade ou da experiência* não bastam em si mesmas para o homem conhecer, sendo mesmo a elas necessário relacioná-las com o entendimento (razão), enquanto faculdade capaz de levar a cabo a síntese apriorística, formando, com isso, os chamados *juízos sintéticos a priori.*

A partir desses pressupostos, Kant demonstra que o homem é dotado de *modos de sensibilidade* ou *categorias*[28] que lhe oferecem condições de possibilidade para acessar a toda experiência. Mas para o filósofo de Königsberg, as categorias não podem prescindir do mundo sensível, isto é, da imensurável teia da experiência; enfim, do mundo fenomênico. Para ele, é a partir do mundo, que se revela ao homem, que se opera o conhecimento pela *presentação* e/ou *re-presentação* das coisas fenomênicas.

2.2.1. Presentação e re-presentação

O conhecimento do mundo fenomênico pode ocorrer pela faculdade da *presentação ou* da *representação.* Nicola Abbagnano informa que *presentação* é o conhecimento empírico, imediato ou direto por meio da percepção ou intuição[29]. Segundo esclarece, esse termo foi introduzido por Spencer, a quem coube fazer a distinção entre *conhecimento presentativo* e *conhecimento representativo.* Assim, diz-se do primeiro (presentativo ou por presentação), o conhecimento obtido quando "o *conteúdo de uma proposição é a relação entre os termos, ambos diretamente presentes, como, por exemplo, "quando machuco o dedo e estou simultaneamente ciente da dor e da sua localização*", de tal sorte que a percepção ou apreensão do fato, do ato ou do objeto (físico ou mental) da experiência pessoal se dá de modo imediato, certo e direto.

Já no *conhecimento representativo* (ou *por re-presentação*)[30], a cognição do objeto dado à sensibilidade e à razão ocorre de forma mediata ou remota ou indireta acerca de um conhecimento anterior. É dizer: a percepção ou apreensão das coisas do mundo não se dá à primeira vista, imediatamente – como no conhecimento presentativo –, e sim por mediação de outro conhecimento que lhe antecede, de tal sorte que o conhecimento sobre o fato será sempre objeto de experiência alheia e anterior, trazida à luz pela mente ou memória. Sim, é pela mente ou memória ou lembrança que o homem *re-presenta* as coisas do plano sensível ou visível.

Com efeito, como um pintor que re-presenta na tela a natureza viva; ou como um turista que re-presenta, por meio do click da máquina fotográfica, o belo ponto turístico de uma cidade nordestina, *o homem é capaz de reter na mente ou na memória tanto um fenômeno natural* (o "pôr do sol", o movimento de um tornado, a correnteza de um rio, a erupção de um vulcão, as ondas de um tsunami) ou artificial

26. REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*, p. 865.
27. *Ibidem*, p. 872.
28. Diz-se de ''*conceitos puros do intelecto*".
29. REALE & ANTISERI. *História da Filosofia*, p. 893.
30. Cf.: SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e como representação.* São Paulo: Unesp, 2005.

(artefato humano: a explosão nuclear em Hiroshima e Nagasaki, por exemplo).

Retido ou apreendido ou percebido ou re-presentado o mundo fenomênico, é da faculdade da memória que a mente se vale para trazer para o presente das coisas presentes o fato ou ato ou acontecimento do passado. A mente guarda na memória a re-presentação das coisas passadas ou experienciadas. É por meio da mente e da memória que o homem *atualiza* o passado. Logo, a *atualização* constitui a *presentificação* das coisas passadas por meio da memória localizada na mente.

> Chego aos campos e vastos palácios da memória, onde estão tesouros de inumeráveis imagens trazidas por percepções de toda espécie... Ali repousa tudo o que a ela foi entregue, que o esquecimento ainda não absorveu nem sepultou... Aí estão presentes o céu, a terra e o mar, com todos os pormenores que neles pude perceber pelos sentidos, exceto os que esqueci. É lá que me encontro a mim mesmo e recordo das ações que fiz, o seu tempo, lugar e até os sentimentos que me dominavam ao praticá-las. É lá que estão também todos os conhecimentos que recordo, aprendidos pela experiência própria ou pela crença no testemunho de outrem.[31]

Santo Agostinho (354-430) preconiza que o destino das coisas passadas é a memória. De modo que o objeto da memória é o passado. Realmente, Berti[32] diz que "La memoria, por tanto, es cosa de lo ya ocurrido [...] es la faculdade del alma que permite conocer el passado". Aliás, é Berti quem traz a lume a definição de Aristóteles, segundo a qual:

> La memoria no es ni una sensación ni un juicio, sino un estado o affeción de uno de los dos cuando há passado un tiempo. No hay memoria del ahora en un ahora [...], sino que de lo presente hay sensación, de lo venidero expectativa, y de lo ocurrido recuerdo. [33]

Fred Carlos Trevisan[34] conclui que quando:

> [...] nos referimos às coisas passadas, referimo-nos a uma impressão deixada pelos acontecimentos que, ao passar pelos sentidos, imprimem na alma: "quando se refere aos acontecimentos verídicos já passados, a memória se refere não aos acontecimentos mesmos, que já ocorreram, mas sim às palavras concebidas pelas imagens daqueles fatos, os quais, ao passarem pelos sentidos, imprimem na alma uma espécie de vestígio.

Para Marilena Chauí[35], a memória é inseparável do sentimento do tempo ou da percepção/experiência do tempo como algo que escoa e passa: "É uma atualização do passado ou a presentificação do passado; e é também registro do presente para que permaneça como lembrança.". Seguindo Henri Bérgson, a filósofa diz existir três tipos de memória – a saber: a *memória-hábito*: a simples fixação mental obtida à força pela repetição da mesma coisa; a *memória pura* ou *memória propriamente dita*: aquela que não precisa da repetição para conservar uma lembrança:

> Pelo contrário, é aquela que guarda alguma coisa, fato ou palavra únicos, que não podem ser repetidos, e que são mantidos por nós por seu significado especial, afetivo, valorativo ou de conhecimento. É por isso que guardamos na memória aquilo que possui maior significância ou maior impacto em nossa vida, mesmo que seja um momento fugaz. Curtíssimo e que jamais se repetiu ou se repetirá[36].

No *largo campo e nos vastos palácios da memória,* Santo Agostinho admite, nas *Confissões,* ter descoberto maravilhas "onde se encontram os inúmeros tesouros de imagens de todos os gêneros, trazidas pela *percepção* ou *re-presentação*, onde é depositada toda a atividade da nossa mente, que aumenta, diminui ou transforma, de modos diversos, o que os sentidos atingiram, e também tudo o que foi guardado e ainda não foi absorvido e sepultado no esquecimento. Quando aí me encontro, diz o Santo, posso convocar as imagens que quero.

> Algumas se apresentam imediatamente; outras fazem-se esperar por mais tempo e parecem ser arrancadas de repositórios mais recônditos. Irrompem as outras em turbilhão no lugar daquela que procuro, pondo-se em evidência, como que a dizerem: "Não somos nós talvez o que procuras"? Afasto-as da memória com a mão do meu espírito; emerge então aquela que eu queria, surgindo das sombras. Outras sobrevêm dóceis em grupos ordenados, à

31. CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo; Ática, p. 138, 2005.

32. BERTI, Enrico. *Ser y tiempo en Aristóteles* – 1ª edição. Buenos Aires: Biblios, p. 74, 2011.

33. *Ibidem*.

34. TREVISAN, Fred Carlos. *A questão do Tempo em Agostinho*. OLHAR/CENTRO DE EDUCAÇÃO E CIÊNCIAS HUMANAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS. – Ano 6, n. 10-1 (jan. – jul e ago-dez/2004). São Carlos: UFSCar, p. 89, 2004.

35. CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*, p. 138-140.

36. *Ibidem*, p. 141.

> medida que as conclamo, uma após outra, as primeiras cedendo lugar às seguintes, e desaparecendo para reaparecer quando quero. Eis o que sucede quando falo da memória. [37]

Santo Agostinho[38] sugere que a memória também é "espírito", como soi ocorrer quando se recorda a alguém que grave algo na memória, diz: "*Vê lá! Grava-o no espírito!*". E quando se esquece, exclama: "*Não conservei no espírito!*"; ou ainda: "*Fugiu-me do espírito!*". É assim que se chama justamente a memória de espírito. Daí convencer-se Agostinho de que, na memória, estão também os sentimentos da alma, de tal sorte que, no seu entendimento, o tempo seria uma distensão ou extensão da alma.

Mas a memória é *memória do passado* e a *antecipação do futuro,* que, segundo Agostinho, estariam ligadas ao presente. É o que Henri Bérgson, segundo Ives Gandra Martins Filho[39], vai cunhar de *consciência:* consciência, porque coloca o *"eu"* como a *"unidade no devir",* como o *"tempo da consciência",* ou, de outra forma, como a *"duração".* É dizer*:* o *presente das coisas passadas*, o *presente das coisas presentes* e o *presente das coisas futuras* (a *duração vivida*, portanto) somente seria captado através da *intuição.*

Para Henri Bérgson, a duração interior é a vida contínua de uma memória que prolonga o passado no presente, seja porque o presente encerra distintamente a imagem incessante crescente do passado; seja, mais ainda, porque testemunha carga sempre mais pesada que o homem arrasta atrás de si à medida que envelhece. Sem esta sobrevivência do passado no presente, acrescenta, não haveria duração, mas somente instantaneidade.

Nesse contexto, *re-presentar* (com *hífen* mesmo!) é, pois, *presentar* ou *presentificar* o passado (estado dos fatos ou atos experienciados e conhecidos pela mente ou consciência), mediante o recurso da memória. É como se existissem dois presentes: um substanciado no *presente das coisas presentes* (quando o preposto conhece ou presencia o momento da agressão física sofrida pelo Reclamante); e outro, no *presente das coisas passadas* (quando, em audiência, reclamante e preposto narram ao juiz como ocorrera a agressão). Em suma: no *presente das coisas presentes*, tem-se a *presentação* ou *conhecimento presentativo;* e no *presente das coisas passadas,* a *re-presentação* ou *conhecimento representativo*.

37. AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. São Paulo: Paulus, Livro X, 8, p. 274, 2004.

38. *Ibidem*, Livro X, 21, p. 280-281.

39. *Ibidem*, p. 322-325.

Nessa pragmática, não é forçoso perceber a lógica de a *presentação* sempre preceder a *re-presentação*. Dito de outro modo: o conhecimento presentativo precede o conhecimento re-presentativo. Primeiramente, conhece-se o fato ou o ato; depois, representa-o. De sorte que, não havendo fato ou ato não há falar em re-presentação, mas mera ficção ou invenção fática.

2.2.2. Verdade, mentiras e erro de percepção

De acordo com a filosofia moral de Jean-Jacques Rousseau (1712-1289), a *verdade geral e abstrata* é o mais precioso de todos os bens. Sem ela, sentencia, o homem é cego. A *verdade* é o olho da razão. É através dela, aduz o genebrino, que o homem aprende a se portar, a ser o que deve ser, a fazer o que deve fazer, a rumar para o seu verdadeiro fim.[40]

Sucede que, malgrado a necessitação da verdade e a existência incomensurável de normas morais, religiosas e legais contrárias ao vício da mentira, o homem é um ser de paixões positivas e negativas; e quando tonalizado pelas primeiras por meio de máximas universalizadas, serve à verdade; mas quando sob "*a mancha podre da natureza humana*"[41], enfim, sob a pulsão negativa da mentira, silencia ou falseia a verdade.

Na linguagem corrente, mentir é dizer ou afirmar ser verdadeiro aquilo que se sabe falso; ou dar informação falsa (a alguém) a fim de induzir ao erro; ou dissimular a verdade, enganar, iludir; ou não revelar ou esconder ou ocultar a verdade; ou deixar de ser legítimo ou verdadeiro[42]. Mentir, vale a redundância, é contar mentira. E mentira é enganar, ludibriar, maquinar ou falsear a verdade.

Na obra autobiográfica *Os devaneios do caminhante solitário,* Rousseau lembra de ter lido em um livro de filosofia que *mentir é esconder uma verdade que se deve revelar.*[43] Já no *Emílio ou da educação*, diz haver dois tipos de mentira: uma *de fato* e outra, *de direito*. No seu dizer, a *mentira de fato* diz respeito

40. ROUSSEAU, J.-J. *Os devaneios do caminhante solitário;* tradução Julia da Rosa Simões. Porto Alegre, RS: L & PM, p. 46, 2009.

41. Kant *apud* LOPARIC, Zeljko. *Kant e o pretenso direito de mentir*. In: *Verdades e mentiras*: 30 ensaios em torno de Jean-Jacques Rousseau. Org. José Oscar de Almeida Marques. Ijuí (RS): Unijui, p. 78, 2005.

42. HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 189.

43. ROUSSEAU, J-J. *Os devaneios do caminhante solitário,* p. 45.

ao passado: acontece quando se nega ter feito o que se fez; ou quando se afirma ter feito o que não se fez; e, em geral, quando se fala conscientemente contra a verdade das coisas. Já a *mentira de direito* é aquela relacionada ao futuro: ocorre quando se promete o que não se planeja cumprir; e, em geral, quando se mostra uma intenção contrária à que se tem.

Rousseau advoga haver situações em que as mentiras de fato e de direito podem se reunir em uma só, quando, por exemplo, "[...] o acusado de uma má ação, o culpado se defende dizendo ser um homem de bem. Ele mente, então, de fato e de direito"[44]. Seria o caso, também, daquela testemunha que, antes do deferimento do compromisso, promete dizer a verdade e, no depoimento, na esteira de uma promessa graciosa e desenraizada de compromisso moral, mente descaradamente sobre os fatos ardilosamente representados; mente de direito, quando promete ao juiz dizer a verdade; e de fato, quando, conscientemente, fala contra a verdade dos fatos.

Para o filósofo de Genebra, a "mentira de fato não é natural"[45]; tampouco o é a de direito, já que as promessas de fazer ou de se abster são atos convencionais que não pertencem ao estado de natureza e derrogam a liberdade. O genebrino acredita que o homem passou a mentir somente quando, abandonando o estado de natureza, ingressara no civil. Isso porque, para Rousseau, é a sociedade que corrompe o homem, apresentando-lhe o vício da mentira, e que dela conscientemente se vale para confrontar a verdade, falseando-a.

Fernando Rey Puente[46] ressalta que, a fim de definir a mentira, Santo Agostinho diz ser necessário saber o que se passa na mente do mentiroso, já que o mentiroso *"[...] deve ser julgado pela intenção (sententia) de sua mente, e não pela verdade ou falsidade do que diz"*. Mente, continua, aquele que, tendo algo no espírito, expressa verbalmente algo distinto disso. Seguindo o Santo de Hipona, sintetiza que "é a intenção que decide o caráter falacioso ou não de um enunciado"[47]. Ainda segundo Fernando, Agostinho diferencia oito tipos de mentira – a saber:

> [...] a mentira relativa à doutrina religiosa [...]; a que prejudica alguém, sem favorecer a ninguém; a que favorece alguém, mas prejudica uma outra pessoa; a que é cometida pelo puro prazer de mentir e enganar (é a mentira propriamente dita); a que se comete por querer agradar em uma conversação; a que ajuda alguém sem prejudicar ninguém [...]; a que, sem prejudicar ninguém, favorece alguém [...]; e por fim, a que, sem prejudicar ninguém, presta serviço a uma outra pessoa ao preservá-la de um atentado impuro contra seu corpo.[48]

Na *Metafísica dos costumes*, Kant diz que a mentira é a "maior violação do dever do homem para consigo mesmo, considerado meramente enquanto ser moral".[49]

> [...] na ética, toda inverdade proposital na expressão de seus pensamentos não pode recusar esse duro nome (o qual na doutrina do direito só lhe é aplicado se violar o direito de outrem), já que a ética não deduz nenhuma autorização a partir da ausência de danos.[50]

A mentira, acrescenta Kant, pode ser externa (*mendacium externum*) ou também interna. Com a primeira, explica, "o mentiroso faz de si mesmo um objeto de desprezo moral aos olhos de outrem", já que, com esta (a mais grave), "faz de si mesmo objeto de desprezo moral aos seus próprios olhos e viola a dignidade da humanidade em sua pessoa". É, por assim dizer, "aniquilação da dignidade humana"; a "recusa à personalidade"; um "crime do homem contra sua própria pessoa". Trata-se, continua, de uma "contradição o ato de o homem enganar a si mesmo propositalmente"[51]. Nessa perspectiva kantiana, seria o caso da re-presentação (obreira, preposicional ou testemunhal) eivada de mentiras agitadas pela intenção e vontade espiritual de mentir em juízo.

Não obstante, muita vez, a *re-presentação preposicional* passa ao largo da verdade sem o fluxo da mentira, podendo ser afetada por um *erro de percepção. Esse* fenômeno significativo pode ter sede tanto na re-presentação errônea do reclamante ou do reclamado ou da testemunha, como na de um juiz, quando, por exemplo, na interpretação da re-presentação fática preposicional, ou na interpretação da lei. E quando a sentença se encontra fundamentada numa *re-presentação* afetada pelo *erro*

44. ROUSSEAU, J.-J. *Emílio ou da educação.* São Paulo: Martins Fontes, p, 110, 2004.

45. *Ibidem*.

46. PUENTE, Fernando Rey. *Confissões: a verdade e as mentiras; notas para um confronto entre Agostinho e Rousseau*. In: *Verdades e mentiras: 30 ensaios em torno de Jean-Jacques Rousseau*. Org.: José Oscar de Almeida Marques. Ijuí (RS): Unijui, p. 69, 2005

47. *Ibidem*.

48. *Ibidem*, p. 69-70.

49. KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes.* Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, p. 241, 2013.

50. *Ibidem*.

51. *Ibidem*, p. 242.

de percepção, isso não significa dizer que litigantes, testemunha e juiz mentiram acerca dos fatos.

Posto colidentes com a verdade real, a mentira e o erro de percepção não são redutíveis entre si; não se confundem: são apenas modo de escamotear a verdade, com a diferença de que, no *erro de percepção*, o agente não tem intenção de fazê-lo, apenas incorre em má intuição, percepção, apreciação, re-presentação ou interpretação dos fatos.

Cunha Gonçalves ensina que *erro* é juízo incorreto acerca de uma coisa, de um fato ou de uma pessoa, derivado da ignorância ou do imperfeito conhecimento da realidade das circunstâncias concretas ou dos princípios jurídicos aplicáveis.[52] Para Galdino Siqueira, o *erro* seria a falsa noção sobre um objeto, ou melhor, a não conformidade entre a *re-presentação* e a realidade.[53] Nessa mesma linha, Antonio Houaiss diz que o *erro* ocorre quando o juízo ou julgamento é realizado em desacordo com a realidade observada. O *erro* seria um engano ou qualidade daquilo qué inexato, incorreto ou irregular[54].

Aristóteles assevera que "*O erro é a negação do que é ou a afirmação do que não é.*[55] Assim também erram, acrescenta Santo Agostinho, quando acham que o sol está próximo, porque são ativados pela ação do sol, mas ignoram sua distância real.[56] Parecendo seguir a fenomenologia do Santo de Hipona, Kant assevera que um juízo errôneo é o que confunde a aparência da verdade com a verdade, isto é, a aparência da realidade com a própria realidade. Kant acredita que o homem não tem como evitar a influência oculta da sensibilidade sobre o intelecto,[57] de tal sorte que, ao perceber as coisas que se lhe apresentam, pode incorrer em erro de percepção.

Nesse contexto, o erro é fruto da percepção. Diz-se *percepção* a faculdade ou ato ou o efeito de perceber ou apreender por meio do sentido ou da mente; diz-se igualmente, da função mental de representação de objetos; ou, também, da operação ou representação intelectual instantânea, aguda, intuitiva[58]. Esse também é o ponto de vista dos estoicos, segundo o qual a percepção expressaria "*o ato cognitivo objetivo, que apreende ou manifesta um objeto real determinado (físico ou mental)*"[59], de tal modo que a percepção constituiria o conhecimento empírico, imediato, certo e exaustivo do objeto. Nesse sentido mais restrito, *percepção* é *presentação* ou *conhecimento presentativo*. Em sentido mais largo, seria a *re-presentação* ou *conhecimento re-presentativo* do objeto (fato ou ato ou circunstâncias) apreendido pelas faculdades mentais.

Conforme a síntese de Abbagnano acerca dos vários sentidos atribuídos, a *percepção* não seria o conhecimento exaustivo e total do objeto, mas uma interpretação provisória e incompleta, fundamentada em indícios ou sinalização. Acresce que a *percepção* não implica garantia de validade, nem certeza; ao contrário: mantém-se na esfera do provável, de tal sorte que precisa ser submetida à prova, sendo então confirmada ou rejeitada. Por fim, a *percepção* não seria um conhecimento perfeito e imutável, e, por isso, possui a característica da corrigibilidade.

Ao presenciar o fato, objeto de investigação judicial, pode acontecer de o preposto incorrer em *erro de percepção.* E quando tal ocorrer, seu depoimento em juízo não pode ser considerado uma mentira, já que, ao incorrer em *erro de percepção* ou de má *re-presentação*, não se valera de *animus* volitivo para falsear a verdade. Para Santo Agostinho, é a partir da concordância ou não do que é expresso mental e verbalmente que se depreende a mentira, pois "*quem expressa o que crê ou opina interiormente, ainda que isso seja falso, não mente*".[60]

Ao contrário, ao depor conforme a *re-presentação* ou *percepção errônea*, significa apenas que se equivocara quanto à realidade que se lhe apresentara. A realidade por ele imaginada não passara de uma aparência. A propósito, um preposto romântico incorreria em *erro de percepção* ao declarar que presenciara o "pôr do sol", malgrado sabido com a teoria heliocêntrica que o sol não se põe – já que posto: cabendo à terra cotejá-lo com seus movimentos orbitais de rotação e translação. Já na seara trabalhista, um preposto incorreria em *erro de percepção* ao declarar em juízo, por exemplo, que o reclamante se valera de uma arma de fogo (revolver), quando previamente a perícia já tinha atestado ser de brinquedo.

52. *Apud NAÚFEL, José. Novo dicionário jurídico brasileiro*. São Paulo: Parma, p, 517-518, 1984.

53. *Ibidem*.

54. HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p.1190.

55. *Apud* ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 341.

56. *Ibidem*, p. 343.

57. *Ibidem*.

58. HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 2183.

59. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 753.

60. *Apud:* PUENTE, Fernando Rey. *Confissões: a verdade e as mentiras; notas para um confronto entre Agostinho e Rousseau*, p. 69.

Registre-se, por oportuno, que, no modo de perceber os fatos e os fundamentos jurídicos, o juiz também pode incorrer em *erro de percepção ou erro de fato* (*error facti),* consistente no engano sobre uma circunstância material, ou em falsa noção dos fatos ou das condições em que se aplica a regra de direito, quando, por exemplo, toma por autoridade pessoa que não é[61]. Pode, também, incorrer em *erro de direito* (*error juris*), consistente numa falsa opinião ou conceito sobre aquilo que está contido na norma jurídica. Em uma e outra hipóteses, diz-se que o juiz incorreu em *error in judicando*, isto é, incorreu em má apreciação dos fatos ou das provas[62]ou do direito positivado.

E porque a *re-presentação* não pode ser significado como um conhecimento perfeito, a percepção errônea emergente das partes ou da testemunha ou de um juiz pode e deve ser corrigida pelo tribunal. De modo que, o que se condena, aqui, não é o *erro de percepção,* malgrado possa levar o julgador a não fazer a justiça proporcional. Condena-se, sim, o absurdo da pretensa primazia da falsa *re-presentação preposicional* radicada na mentira consciente e falseadora da verdade, com manifesto prejuízo à moralidade e à justiça.

Mas o presente artigo não tem a intenção de erradicar os *erros de percepção*, tampouco a *mentira.* Seria uma absurdidade se assim pretendesse, já que, antes, teria que necessariamente erradicar o homem, que, malgrado portador de virtudes inatas (bondade, piedade, amor de si, consciência), é nele que o vício da mentira encontra agasalho; é nele que, apesar de senhor possuidor das faculdades sensitivas e intelectuais, repousa a falibilidade humana involuntária (*erros de percepção*) ou voluntária (a *mentira*).

Ora, posto que o homem se encontra implicado com vícios sociais radicados e fomentados pelo *amor próprio*[63], o desejo é apenas o de apresentar alguns preservativos contrários ao incremento de depoimentos preposicionais contaminados pelo vício da mentira; subsídios ou aportes teóricos que, bem compreendidos e apreendidos, em muito colaborarão para tornar o processo de conhecimento um celeiro de *re-presentações preposicionais* mais consentâneas com a verdade e a justiça. Eis a utopia apodítica (necessária e universal) que o pragmatismo jurídico reformador insiste em passar ao largo, ao assegurar à parte reclamada o direito se fazer substituir por um *preposto não-empregado* – muita vez, carente de condições temporal e espacial para conhecer e bem re-presentar os fatos.

Seguindo essa utopia, cumpre então recordar que o juiz é o destinatário direto do depoimento preposicional, cabendo-lhe interrogar ou inquirir sobre os fatos articulados na causa; recordar, igualmente, que a matéria de interrogatório se circunscreve aos fatos ou circunstâncias susceptíveis de conhecimento sensível[64], porque o preposto é também pessoa física dotada de *sentidos e razão* capazes de habilitá-lo à captação de fatos e à transmissão em sua projeção jurídica[65]. Nessa mirada, mister que o preposto tenha conhecimento (direto[66] ou indireto[67]) ou captação dos fatos da lide. De sorte que a validade do seu depoimento acerca dos fatos constitui a chamada "credibilidade histórica". E para avaliar essa credibilidade, Hamilton[68] diz ser preciso inicialmente considerar a "fidedignidade do testemunho", isto é, a sinceridade e competência [do preposto]; é preciso, acresce, considerar, também, a "probabilidade objetiva" do fato, isto é, a possiblidade absoluta e relativa do próprio fato.

Na perspectiva do presente estudo, a *estética transcendental kantiana* (doutrina do conhecimento sensível e de suas formas *a priori*) também poderia concorrer como aporte axiológico positivo para

61. NAÚFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro,* p 519.

62. *Ibidem*.

63. De acordo com Jean-Jacques Rousseau, se, no estado de natureza, o homem nasce livre e vive sob o condão do *amor de si*, ao ingressar no estágio civil, passa a conhecer e a coexistir com outra paixão: o *amor próprio* – amor esse que não se confunde com o *amor de si* (amor voltado para defesa e autopreservação de si ou de outrem). No *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens,* Rousseau evidencia a impossibilidade de confusão entre essas duas espécies de amor, porque distintos entre si e em seus efeitos. Explica o genebrino que o amor de si mesmo é um sentimento natural que leva todo e qualquer animal a cuidar de sua própria preservação e que, guiado no homem pela razão e modificado pela compaixão, cria humanidade e virtude.

64. SANTOS, Moacir Amaral. *Comentários ao Código de Processo civil,* Lei nº 5. 869, de 11 de janeiro de 19373, vol. IV: arts 332-475. Rio de Janeiro: Forense, p. 298-299, 1988.

65. PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento,* p. 413.

66. De testemunhas *oculares, ou de vista,* ou *de visu ("testis oculatus"): daquelas que assistiram ao fato sobre o qual vão depor.* (Cf.: NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*, p. 834).

67. De testemunhas *auriculares,* ou *por ouvir dizer, ou de ouvida alheia: aquelas que sabem do fato por lhes ter sido narrado por outrem.* (*Ibidem*).

68. Apud ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 958.

verificação e validação inicial da "credibilidade histórica" da *re-presentação preposicional* no processo do trabalho.

2.2.3. Os modos de sensibilidade do preposto

De acordo com os estudos de Giovanni Reale e Dario Antiseri, Kant define o termo *transcendental* como sendo "[...] todo conhecimento que não se relaciona com objetos, mas sim com o *nosso modo de conhecer os objetos*, enquanto for possível a *priori.* "[69]. Aduzem que os "*modos de conhecer a priori do sujeito*" são a sensibilidade e o intelecto. Nesse contexto, *transcendentais* seriam *os modos da sensibilidade do intelecto*. Esses *modos* são *estruturas a priori*, porque próprias ao sujeito e não ao objeto. Logo, "transcendental" é *aquilo que o Sujeito põe nas coisas no ato mesmo de conhecê-las*.

Na linha da doutrina do conhecimento sensível e de suas *formas a priori* sob a perspectiva kantiana, tem-se que o homem conhece pelos sentidos e pelo intelecto. O que significa dizer que os objetos são "dados" ao homem pelos sentidos, e pensados pelo intelecto.[70] Conforme Reale e Antiseri, a doutrina do sentido e da sensibilidade, Kant chama de "estética", não no sentido hoje usual do termo, mas no seu significado etimológico, em grego, *aísthesis*, de "sensação" e "percepção sensorial". Tem-se, por conseguinte que a "estética transcendental" é a doutrina que estuda *estruturas da sensibilidade*, ou seja, os modos como o homem recebe as sensações e como se forma o conhecimento sensível[71].

> A "**sensação**" é pura modificação ou impressão que o sujeito recebe (passivamente) pela ação do objeto (como, por exemplo, quando sentimos calor ou frio, vemos vermelho ou verde, provamos doce ou amargo [...]. A "**sensibilidade**" é a faculdade que temos de receber as sensações, ou seja, a faculdade através da qual somos suscetíveis de sermos modificados pelos objetos. O objeto da intuição sensível chama-se "**fenômeno**", que significa (do grego phainómenon) "aparição" ou "manifestação" [...] No conhecimento sensorial, não captamos o objeto como é em si mesmo, mas, precisamente, tal como "aparece" para nós [...]. A "**intuição**" é o conhecimento imediato dos objetos. As "**intuições puras**" ou "**formas** da sensibilidade são somente duas: o espaço e o tempo.[72]

Explicando a estética kantiana, Reale e Antiseri defendem que as "**intuições puras**" ou "**formas *da sensibilidade***" (espaço e o tempo) são ***modos e funções próprios do Sujeito***, "***formas puras da intuição sensível como princípios do conhecimento***". Por essa razão, entendem ser evidente que o homem não deve sair de si mesmo para conhecer as "formas" sensíveis dos fenômenos (espaço e tempo), porque já as possui nele mesmo "*a priori*".

De acordo com Kant, explicam, o ***espaço*** *é a forma* (o modo de funcionamento) do sentido externo, ou seja, a condição à qual deve satisfazer a representação sensível de objetos externos; já o ***tempo*** *é a forma* (o modo de funcionamento) do sentido interno (e, portanto, a forma de todo dado sensível interno enquanto por nós conhecido). Nessa medida, concluem com Kant que ***o espaço*** *abarca todas as coisas que podem aparecer* ***exteriormente***[73], e ***o tempo*** *abarca todas as coisas que podem aparecer* ***interiormente***[74]. De modo que o homem só capta as coisas como ***espacial e temporalmente determinadas*** porque tem uma sensibilidade assim configurada. Para Kant, o *espaço* é:

> [...] uma representação necessária a priori, que subjaz [serve de fundamento para todas] as intuições externas. Jamais é possível fazer-se uma representação de que não haja espaço algum [nunca se pode formar a representação da inexistência do espaço], ainda que se possa perfeitamente pensar que não se encontre objeto algum nele. Ele [o espaço] é, portanto, considerado a condição de possibilidade dos fenômenos, e não como uma determinação dependente destes; é uma representação a priori que está necessariamente no fundamento dos fenômenos externos.[75]

E o *tempo*:

> [...] não é um conceito empírico abstraído de qualquer experiência. [...] é uma representação necessária subjacente a todas as intuições [...]. O tempo é, portanto, dado a priori [sem experiência]. Só nele é possível todas as realidades dos fenômenos. Estes podem todos em conjunto desaparecer,

69. REALE & ANTISERI. *História da Filosofia*, p. 873.
70. *Ibidem*, p. 872
71. *Idem*.
72. *Ibidem*, p. 874.
73. Como o instrumento perfurocortante que provocou a cicatriza facial queloidiana.
74. O momento em que a visão da testemunha autoriza a representação da agressão ao Reclamante.
75. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Nova Cultural, p. 73-74, 2005.

> mas o próprio tempo (como a condição universal da sua possibilidade) não pode ser supresso.[76]

Ao espantar-se com o tempo, Santo Agostinho confessa que "*Se ninguém me pergunta, eu sei. Porém, se quero explicá-lo a quem me pergunta, então não sei.".* [77] Mas de pronto o musicista baiano Jauperi explica que o tempo é uma antinomia, porque… "*Vixe mainha… O tempo é tudo; o tempo é nada*". E Para quem se associa à lei segundo a qual o "tempo é tudo", parece não haver dúvida quanto à crença na existência de três formas temporais – a saber: um *tempo passado* (como as frases e orações até aqui formuladas), um *tempo presente* (a leitura das palavras nestes parênteses) e um *tempo futuro* (as locuções e argumentos jurídico-filosóficos a serem articulados e analisados nos parágrafos que serão construídos sobre a temática do pragmatismo jurídico). A essas três fases, onde o tempo "é tudo" (passado, presente e futuro), o senso comum e a tradição filosófica costumam chamar de tempo objetivo, físico, mecânico, medível, cósmico, quantitativo, contábil, enfim, como prefere Aristóteles, o tempo cronológico.

Mas quando, nas *Confissões,* Santo Agostinho declara não saber explicar o tempo a quem lhe pergunta, a confissão negativa é mais aparente do que real, não passando de mera licença socrática [78], já que o santo africano bem sabia falar sobre o tempo. Contudo, ao cuidar do tempo, embora levasse em conta o tempo quantitativo ou cronológico (o passado, o presente e o futuro), preferiu significá-lo sob uma perspectiva *qualitativa* ou *espiritual ou psicológica,* [79] já que tomou o tempo como um fenômeno que revela *a impressão do antes e do depois que as coisas geram no espírito*; sobre o tempo que representa o sentimento de presença das imagens que sucederam, ou sucedem ou que hão de suceder.

Na intencionalidade agostiniana, [80] o tempo seria então uma *expectação do futuro*, uma *atenção ao presente*, ou uma *memória do passado*. O tempo seria uma *distensão da alma* que possibilita a existência do futuro, do pretérito e do presente na *mente*. Como no gerúndio, o homem retém na mente o *presente das coisas passadas*, o *presente das coisas presentes* e o *presente das coisas futuras.* Em suma, o tempo sob a perspectiva agostiniana é *um durante do antes*, *um durante do agora* e *um durante do que virá.*

Vê-se que um do*s modos de sensibilidade* kantianos (o tempo) pode ser compreendido nas duas dimensões temporais significadas por Aristóteles (o tempo cronológico: o do relógio) e Santo Agostinho (o tempo espiritual: o tempo da mente). E isso é importante reter, porque, sem se dar conta desses fenômenos temporais, o preposto há de ter participado tanto do *tempo cronológico* (já que necessariamente teria que ter vivenciado ou presenciado ou assistido ao fato) como do *tempo espiritual* (quando, em juízo, *re-presenta* os fatos, trazendo para o presente das coisas presentes (o momento em que ocorre o depoimento em audiência) as coisas passadas (os fatos, atos e/ou circunstâncias).

Indubitavelmente, o preposto deve experimentar o *tempo presentativo* (o cronológico) e o *tempo re-presentativo* (o espiritual). Nessa lógica temporal, é força concluir que a *re-presentação preposicional* se encontra sob a órbita do tempo agostiniano (isto é, do tempo espiritual ou psicológico, enfim, do tempo que deve ter lugar na mente ou memória do preposto), já que o tempo aristotélico (o cronológico) não existe mais, conquanto dele a preposição tenha que ter a posse e o senhorio, enquanto modo de sensibilidade ou condição da possibilidade fenomênica (o fato em análise) com vistas ao aclaramento da verdade.

Logo, conquanto os *modos de sensibilidade* (o tempo e o espaço) constituam condição formal *a priori* de todos os fenômenos – já que estes (os fenômenos) somente existem no espaço e no tempo –, é imperioso dizer que necessariamente concorrem para a "realidade empírica", na medida em que nenhum objeto pode ser dado aos nossos sentidos sem se submeter a eles; e têm "idealidade transcendental" porque *não são* inerentes às coisas como suas condições, mas são apenas "formas da *nossa* intuição sensível"; não são formas do objeto, mas sim formas do Sujeito.[81]

76. *Ibidem*, p, 77.

77. AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. São Paulo: Paulus, Livro XI, 17, p. 338, 2004.

78. "Só sei que nada sei.": Sócrates (470-399) se valia do método maiêutico (maieutikos: o que age como uma parteira), para extrair as ideias por meio de perguntas, cujas respostas já se encontram na mente do sujeito.

79. "Psicológico. "[…] o que se refere à consciência do indivíduo, ou seja, às atitudes ou às valorações individuais. Nesse sentido, diz-se, p.ex., que se trata de uma questão puramente psicológica, quando diante de uma questão cuja base não pode ser encontrada nos fatos ou no âmbito de determinado universo de discurso (p.ex. científico, lógico, etc.)." (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia,* p. 811).

80. AGOSTINHO, Santo. *Confissões*, Livro X, p. 355.

81. REALE & ANTISERI. *História da Filosofia*, p. 875.

Enquanto homem (ou *sujeito* – como prefere Kant), o preposto deve se encontrar necessariamente implicado com as "**intuições puras**" ou "**formas"** ou **"modos"** da sensibilidade"; em uma palavra: implicado com o espaço e com o tempo. De tal sorte que os objetos (fatos, atos ou circunstâncias) "dados" aos seus sentidos revelam condições de possibilidade para serem *re-presentados* com esteio numa "realidade empírica", precisamente porque é essa "realidade empírica" ("intuições puras", "formas" "modos de sensibilidade": o espaço e o *tempo*) que qualifica e legitima a "credibilidade histórica" da *re-presentação preposicional.*

A "credibilidade histórica", substanciada pela "realidade empírica" e pelos "modos de sensibilidade" do preposto, impõe-se ao juiz como pressuposto válido de verificação *a priori* (sem experiência) acerca das condições de possiblidade de a *re-presentação preposicional* constituir o conhecimento ou o cabedal de informações contemporâneas aos acontecimentos fáticos sem prejuízo da verdade e, na via oblíqua, da Justiça.

O preposto que carece dos *modos de sensibilidade* (tempo e espaço) da realidade empírica articulada nos autos do processo é indiciário de que concorrerá em juízo para calar ou falsear a verdade; em uma palavra: mentir. Por ilustração, tome-se o caso de uma reclamação trabalhista, onde a inicial declara que o reclamante laborara como motorista de caminhão e que viajava sozinho nas rodovias federais, realizando entregas de mercadorias, sob a alegação de que não lhe era concedido intervalo intrajornada. Imagine-se que, em substituição ao patrão ou mandante ou preponente, o preposto que comparece à audiência não seja empregado da empresa reclamada, mas, vá lá, mero advogado (autônomo ou empregado) ou contador (autônomo ou empregado) ou "preposto profissional". Ora, porque não-empregado e por nunca ter exercido as atividades funcionais do reclamante nas rodovias dirigindo caminhão, salta aos olhos que esse preposto não possui condições de possibilidade para falar sobre o gozo ou não do intervalo; não dispõe, enfim, dos *modos de sensibilidade* (espaço e tempo) para prestar informações sobre a "realidade empírica".

Mas se, não obstante, o preponente insiste na representação desse preposto não-empregado – malgrado haja dentro dos parâmetros legais desenhados pelo legislador-reformador –, certamente estará concorrendo para consecução da mentira em detrimento da verdade e, por corolário lógico, da justiça a ser aplicada ao caso concreto. Na hipótese, tratar-se-ia de *re-presentação preposicional* carecedora de *fidedignidade ou sinceridade do depoimento* ou da *probabilidade objetiva*.

Tomando em conta essa ilustração, talvez seja possível encontrar aí a justificativa ou simpatia judicial pelo chamado *preposto-empregado* (*Idem* com relação as *testemunhas instrumentárias oculares* – ou *de visu)*, já que goza da possibilidade de ter presenciado, vivenciado ou assistido ao fato sobre o qual prestará informação em juízo, já que parece gozar de "credibilidade histórica" e conhecimento da "realidade empírica" substanciada nos "modos de sensibilidade", e, portanto, com manifesta capacidade para falar dos fatos ao juiz – estruturas da sensibilidade certamente ausentes em um *preposto-não-empregado*, já que não teria condições de *re-presentar* fatos, mas tão somente ratificar alegações formais, tal qual um ator teatral que decora o texto de sua personagem. Nessa hipótese, a *re-presentação* do *preposto-não-empregado* não passaria de uma teatralidade capaz de fomentar e viabilizar o descarado trânsito da mentira.

Não por outra razão que (embora doutrina e jurisprudência entendam desnecessária, sob o fundamento de que o preposto não se encontra compromissado com a verdade – diferentemente da testemunha –, já que não teria o dever de conhecer da verdade real), muitos juízes se valem da metodologia investigativa de introduzir no interrogatório preposicional perguntas acautelatórias, tais como: se "trabalhou para a Reclamada?", "em qual o período?", "qual função ou atividade?" "qual o local da empresa onde foram executadas?", "qual horário de trabalho?", "viu ou presenciou o fato alegado, ou o conheceu por meio de terceiros?" – tudo, com o fim de saber se o preposto indicado para depor possui ou não condições de possibilidade para prestar informações acerca da realidade histórica; se possui, ou não, os *modos de sensibilidade* ou as *formas a priori* para re-presentar os fatos.

O método judicial se revela necessário e valioso, na medida em que capacita o juiz para a árdua empreitada de extrair da *re-presentação preposicional* os signos ou vestígios que chancelam ou rechaçam "*a mancha podre da natureza humana*"[82]; e que possui o condão de fazer com que também conheça, minimamente, da retidão moral do preponente e de seu

82. Kant *apud* LOPARIC, Zeljko. *Kant e o pretenso direito de mentir*. In: *Verdades e mentiras*: 30 ensaios em torno de Jean-Jacques Rousseau. Org. José Oscar de Almeida Marques. Ijuí (RS): Unijui, p. 78, 2005.

preposto; igualmente, o condão de retirar do preposto o *status* negativo de hospedeiro da mentira, além de imprimir um modo profilático de evitar, eliminar ou minimizar as garras da vetusta e infeliz expressão atribuída à testemunha: a de "prostituta das provas".

2.3. Do conhecimento re-presentativo judicial

Viu-se alhures que o homem é capaz de *conhecimento presentativo* e de *conhecimento re-presentativo*. O juiz é homem; logo, goza da potencialidade sensível e intelectual de conhecer a verdade. Seu campo investigativo cognitivo tem um *locus* específico: o mundo dos autos e a sala de audiências. É neles que terá lugar a *re-presentação fática* dos litigantes.

O mundo dos autos é – nada mais, nada menos – que o do pro*cesso de conhecimento*. Moacyr Amaral Santos ensina que o *Processo de Conhecimento* se desenvolve entre dois termos: a petição inicial e a sentença. Nessa fase processual, explica o saudoso processualista, são realizados numerosos atos das partes com vistas à tutela jurisdicional: atos consistentes em afirmações de fatos, de normas jurídicas; pedidos e produção de provas[83].

Na esteira da produção das provas relacionadas às alegações fáticas (constitutivas, modificativas, impeditivas ou extintivas do direito alegado) com vistas ao conhecimento da verdade pelo juiz, as partes podem se valer de vários meios em Direito admitidos. Dentre eles, importa ao presente artigo o alusivo ao interrogatório, isto é, ao momento em que a prova é colhida por meio do depoimento do reclamante e/ou do reclamado. De fato, para provar o alegado em juízo, os litigantes podem se valer do recurso à experiência alheia ou às asserções alheias (testemunhos) como método de prova para as proposições que expressam fatos[84]. Aristóteles já observara que é possível referir-se "a questões de fato ou a questões de caráter pessoal", que também são questões de fato. Acrescenta o estagirita[85] que o valor do testemunho nesse sentido é reconhecido pela *Lógica* de Port- Royal:

> Para julgar da verdade de um conhecimento e decidir-se a crer ou a não crer nele, não é preciso considerá-lo em si, como se faria com uma proposição de geometria, mas é preciso considerar todas as circunstâncias que o acompanham, internas ou externas. Denomino internas as circunstâncias que pertencem ao fato em si, e externas as que dizem respeito às pessoas por meio de cujo testemunho somos levados a crer nele.

Nesse sentido, compreende-se por *testemunho* ou *depoimento* ou *afirmação* ou *declaração*, a prova que se faz por meio do depoimento das partes (ou testemunhal) acerca de um fato ou ato. Mas sobre *o fato litigioso em si*, o juiz carece de conhecimento empírico. A cognoscibilidade fática não lhe é direta ou imediata, mas, ao contrário, remota ou mediatizada, já que, para alcançá-la e desocultar a verdade, precisa da mediação cognitiva de terceiros (partes e testemunhas).

Realmente, no processo de conhecimento, salvo no caso de inspeção, o juiz não tem o *conhecimento presentativo,* mas o meramente *re-presentativo*. Elementar: o juiz não conhece dos fatos, mas apenas das alegações fáticas deduzidas pelas partes. Tome-se, a propósito, uma demanda trabalhista persecutória de indenização por danos estéticos (cicatrização queloidiana[86], por exemplo), ao repousar a vista sobre o rosto do reclamante que adentra a sala de audiências, o juiz de logo tomará conhecimento da marca facial resultante do dano físico. Nesse caso, diz-se que o conhecimento da cicatriz é, da perspectiva judicial, *presentativo*, já que se opera no exato momento em que o juiz mantém contato com o reclamante; portanto, trata-se de conhecimento que se dá no *presente das coisas presentes*.

Mas ainda que conheça da cicatriz, o juiz não dispõe do conhecimento presentativo das razões fáticas que a motivaram; não sabe "como", "onde" ou "por quem" ou "por quê" os fatos aconteceram. De tal sorte que, sem embargo da narrativa constante da proemial e da peça defensiva, são as partes (inicialmente) as portadoras do *conhecimento presentativo,* do qual o juiz se servirá (e, quando for o caso, do depoimento testemunhal) para escrutar a verdade real. E porque ao informá-lo em audiência, o preposto já não se encontra diante do fato, somente poderá trazê-lo à tona por meio ou da memória ou da lembrança ou, enfim, da *re-presentação fática*.

Diz-se *re-presentativo* o conhecimento do preposto porque a agressão sofrida pelo reclamante já

83. SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, p. 276, 1985.

84. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo. Martins Fontes, p. 958, 2003.

85. *Ibidem*.

86. Diz-se de uma de uma cicatriz grossa, endurecida, avermelhada, e em alto relevo, e que geralmente provoca muita coceira e dor. (Cf.: efisio.blogspot.com.br).

não mais existe senão na mente ou memória deles. E o juiz, porque não presenciara o fato – carecedor, portanto, do *conhecimento presentativo* –, somente passará a dele tomar conhecimento, quando seja, por meio da *re-presentação preposicional* (como também soe ocorrer por meio da representação obreira e/ou testemunhal). De modo que é pela *re-presentação* que se dá ao juiz a presentificação das coisas passadas; é pelo fenômeno da *re-presentação* que o passado volve ou pode volver ao presente; é pela *re-presentação* que as partes, testemunha e juiz vivem, no presente das coisas presentes (durante a audiência de instrução e julgamento), as coisas passadas. A diferença é que, enquanto os litigantes podem gozar[87] do privilégio dos dois conhecimentos (*presentativo* e *re-presentativo*), o juiz gozará apenas do conhecimento *re-presentativo*.

Todavia, não sem muito esforço filosófico, o *conhecimento re-presentativo preposicional* [88]pode ser significado, da perspectiva de quem julga, como objeto de *conhecimento presentativo judicial*. Explica-se: como o juiz não tem a percepção dos fatos, a *re-presentação preposicional* passa a constituir para ele um conhecimento, por assim dizer, primacial, de forma que os fatos estariam para o preposto, assim como a *re-presentação preposicional,* para o juiz. Por essa abstração, seria possível dizer que o juiz também gozaria do *conhecimento presentativo.*

Nessa semiótica, a lógica parece autorizar a intelecção de que, assim como o conhecimento do fato pelo preposto significa *conhecimento presentativo*, o conhecimento da *re-presentação preposicional* pelo juiz poderia ser significado também como *conhecimento presentativo*, porque, em um e em outro modo de conhecer, a pedra de toque distintiva é o modo como se dá o primeiro contato com o objeto cognitivo preposicional e judicial. Vê-se que o juiz presentifica o conhecimento fático por meio das declarações ou proposições do preposto, de tal sorte que a *re-presentação preposicional* constituiria a *presentação* ou, por assim dizer, o *conhecimento presentativo judicial.*

A inflexão assim posta parece disfrutar de razoabilidade, na medida em que o chamado *conhecimento presentativo judicial* encontra agasalho na pragmática[89] filosófica contemporânea, acerca da investigação que tem por objeto de estudo a relação dos signos com os intérpretes. É na esteira dessa pragmática que se pode dizer que as proposições afirmativas e/ou negativas constantes do depoimento preposicional passam a constituir o *conhecimento presentativo judicial*. É dizer, o preposto (quando) conhece diretamente dos fatos e o juiz, diretamente das proposições sobre os fatos, de tal modo que ambos gozam do conhecimento presentativo.

Sem embargo, via de regra, o conhecimento do juiz sobre os fatos seria sempre[90] um *conhecimento re-presentativo*, sobremaneira quando para conhecer dos fatos não prescinde da *re-presentação preposicional.* Com efeito, em Além *do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro* (1886) bem como na *Genealogia da moral: uma polêmica* (1887), Friedrich Nietzsche (1844-1900) diz que o conhecimento é fruto da vontade de poder, vontade essa que aspira interpretar. Mas para esse filósofo "humano demasiado humano", o que essa vontade interpreta não é a realidade ou a totalidade fática, mas, sim, parte da realidade que se apresenta. O que significa dizer que a parte representada não passa de uma interpretação ou perspectiva da realidade. Daí seu duro perspectivismo: não há fatos, mas tão somente interpretações; onde os homens veem fato, Nietsche vê interpretações dos fatos. Mas seja pelo senso comum ou pelo viés nietzschiano, parece certo concluir que o juiz não vê os fatos, mas apenas os interpreta a partir da percepção ou re-presentação fenomênica obreira, preposicional ou testemunhal.

E posto que o conhecimento se dá por via da *re-presentação preposicional*, a interpretação judicial não passaria de uma *re-presentação da re-presentação.* Numa visada platônica, é como se a *re-presentação preposicional* significasse uma fotografia ou cópia mental do fato; e a *re-presentação ou interpretação judicial*, um simulacro, isto é, uma cópia da cópia ou, melhor, uma *re-presentação da re-presentação*; ou, numa linguagem nietzschiana, querendo, *interpretação da interpretação*. Por conseguinte, no

87. Diz-se "podem gozar" ante a possiblidade factível de a coisa litigiosa não passar de invencionice do reclamante, ou de objeção patronal substanciada numa mentira ou numa verdade formal, situações em que não há fatos, mas meras alegações fáticas.

88. Que também se aplica à re-presentação fática obreira e testemunhal.

89. A "pragmática", a "sintaxe" e a "semântica" são partes constitutivas da "semiótica" (estudo geral dos sistemas simbólicos, como a linguagem). A "pragmática" é a parte da teoria semiótica que cuida das relações entre os locutores ou intérpretes e os signos (símbolo, sintoma, vestígio ou aviso) que eles usam para representar as coisas ausentes. (Cf.: BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*; tradução de Desidério Murcho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p 307, 1997).

90. Já se fez registrar alhures a exceção para os casos de inspeção judicial.

caso do depoimento preposicional, o juiz não *presenta* nem *re-presenta* o fato ou ato; representa sim a re-presentação fática do preposto; ou, por assim dizer, interpreta a intepretação fática preposicional.

Note-se que, se a *re-presentação judicial* da *re--presentação preposicional* se encontrar pavimentada com o amálgama da verdade (subsunção coerente, necessária e universal dos fatos à declaração do preposto), a sentença nela transitada não fará outra coisa senão realizar a causa final esperada: a concretude da idealidade da Justiça – pois que, na hipótese, seria exarada em conformidade com a realidade fática representada.

Não obstante, pode acontecer, e não raramente acontece, de a sentença se valer de uma *re-presentação fática preposicional* contaminada pelo vício da mentira, isto é, por afirmações falsas que negam ou calam a verdade no processo judicial. A prevalecer esta hipótese, a *re-presentação* ou *interpretação* judicial consubstanciada na sentença também não passaria de uma declaração mentirosa, e, por conseguinte, de uma *não-justiça*, já que daria a alguém a proporção que não lhe cabia, e que, de outro modo, não lhe caberia se a *re-presentação preposicional* estivesse em sintonia com a verdade real.

Verifica-se, assim, que, em uma e outra representações judiciais, a sentença poderá conforma-se com a verdade real ou com a verdade formal. E quando um e outro fenômenos ocorrem, não se trata de determinismo judicial, já que, por mais experiência e acuidade técnico-profissional que um juiz possa ter, certamente não passará ao largo da fortuna de uma *re-presentação preposicional* em descompasso com a realidade. Afinal, não é da propriedade do juiz a chave da verdade ou da mentira, e sim dos litigantes, de cujos depoimentos queda refém para captar a verdade e resolver os conflitos de interesses resistidos, declarando a proporção de cada.

Posto que, muita vez, não consiga *re-presentar o fato ou ato* tal qual ocorrera – seja por força da falibilidade humana (má interpretação ou deformação na percepção dos fatos por ela experienciados); ou por vontade própria (por dolo, ou torpeza ou por animação de outros vícios morais e sociais) para auto beneficiar-se (no caso das partes) ou prejudicar uma das partes em troca de vantagem numerária[91](no caso da testemunhas) ou ainda por injunção ou instigação ou maquinação da parte que a arrola[92] –, o imperativo categórico é no sentido de que, seja do ponto de vista religioso, ético ou moral e legal, o preposto, além de conhecer dos fatos, tem sempre o dever de dizer a verdade. É verdade que realiza a Justiça. Re-presentação fática estribada na verdade: eis também o binômio ético-jurídico que importa observar para atualização da "Ideia de Justiça".

2.4. Um paradoxo aparentemente incontornável

Desde de uma perspectiva pragmática normativa, a prescrição consolidada no sentido de que o *preposto-não-empregado tenha conhecimento dos fatos* parece mesmo revelar um paradoxo aparentemente incontornável. Contornável, contudo, poderá ser a proposição preposicional positiva se o pragmatismo encetado pelo juiz não olvidar do vetor que lhe move: a essencialidade da ideia de Ética e de Justiça.

Com efeito, de acordo com Vicente de Paulo Barreto, o pragmatismo jurídico exige que o aplicador do Direito "adote um ponto de vista experimental, secular, sediado em um contexto histórico particular, instrumental e progressivo, isto é, orientado para o futuro".[93] No seu sentir, o juiz, enquanto "servo das necessidades humanas e sociais", pode ser um intérprete pragmatista, isto é, ser um juiz "criador do Direito"[94], e, enquanto artífice, está condenado a dar "primazia às possíveis consequências do seu julgamento." [95]

Ora, de que um juiz pragmático deve ser progressista, não se duvida. Mas há casos em que não pode e não deve sê-lo. Com efeito, depois da edição da CLT reformadora, *o Juiz do Trabalho não pode mais agir pragmaticamente acerca da funcionalidade preposicional radicada na substituição;* não poderá, em nome de um agir "instrumental e progressista", inovar, exigindo do preposto presente à audiência a qualidade de empregado, que a lei dispensa. Fazê--lo, seria ilegítimo e antijurídico, além de revelar odiosa *pragma* exegética *contra legem.* Aliás, não poderá fazê-lo ainda que o argumento pragmático tenha como aporte a funcionalidade preposicional

91. Eis por que o meio probatório testemunhal é conhecido como "*prostituta das provas*", já que negocia, comunica, vende ou prostitui a verdade em troca de algo.

92. E quando assim consente, a testemunha não pode justificar a mentira responsabilizando a parte que a instruiu. Fazê--lo é incorrer, por assim dizer, "má-fé" sartriana, já que o único responsável pela escolha entre falar ou falsear a verdade perante o juiz.

93. BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*, p. 657.

94. *Ibidem*.

95. *Idem*.

substanciada na re-presentação fática; fazê-lo, também seria agir *contra legem escriptam,* porque onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete "orientado para o futuro" distinguir. Aliás, essa é a reflexão de *Antonio Umberto de Souza Júnior:*

> Seguindo a lógica da atualização da Súm. nº 377 com base na disposição expressa da LC nº 123/2006, o TST deve cancelar a Súm. Nº 377 após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, porque a interpretação nela consubstanciada passará a ser contra legem.[96]

Mas o juiz se diz de vários modos. O ser ético é um deles. Dizendo deste modo, concede-se – absurda e acidentalmente – a possibilidade existencial de um juiz pragmatista aético. Entretanto, a regra apodítica (essencial, universal) é de que um juiz (pragmatista, ou não) seja necessariamente ético. Nessa lógica, a eticidade, enquanto aporte da Justiça, haverá sempre de preceder a *pragma* que a fere de morte.

Nessa linha, o juiz ético deve sempre desconfiar de uma prática que, aprioristicamente, tenha o condão de falsear a verdade, como, aliás, parece ser o caso da substituição do preponente por um *preposto-não-empregado* – seja porque esse *preposto n*ão tenha vivenciado ou conhecido os fatos diretamente, ou por deles conhecer remotamente, isto é, por mediação de outra pessoa (muita vez) carecedora de cognição fática para informar sobre os fatos da lide, de modo que, no caso, a verdade será apenas uma aparência, uma abstração ou uma forma. O depoimento de um preposto carecedor de cognição fática só tende a ferir de morte a verdade, a ética e, por via oblíqua, o ideal de Justiça.

É verdade que, para um juiz pragmatista que afrouxa a ética, o Direito posto lhe é suficiente, sobretudo quando esse direito dito positivo emerge de um pragmatismo legislativo divorciado de qualquer vetor moral e social; onde as noções do justo e injusto são irrelevantes ou indiferentes ao conceito de Justiça.

Para John Dewey – registram Reale e Antiseri –, mostra-se irrelevante a distinguibilidade entre meios e *fins*. Para Dewey, "todo fim é também meio e todo meio para atingir um fim é desfrutado ou percebido também como fim[97]". Se a proposição deweyana vem à luz para ratificar a metafísica aristotélica (*ser-em-portência* e *ser-em-ato*), onde toda *potência* (meio) é abertura para a *atualização* (fim) e esta, novo meio (potência) para consecução de um novo fim (atualização), como num infinito ciclo de causalidade, nada a discordar desse entendimento.

Mas se, ao contrário, visa justificar, sem considerar o aspecto ético do meio empregado, então é preciso deizer que é função da filosofia e da ética promover a continua revisão crítica, voltada para conservação e o enriquecimento dos valores do direito ("bem racionalmente desejáveis")[98]. A Justiça é um desses valores imutáveis, que o juiz pragmático e ético não deve prescindir, malgrado tenha o dever legal de observar o cumprimento de normas muita vez desenraizadas do chão da ética e da Justiça.

Kant diz que o homem pode ser coagido por outrem à prática de ações que, enquanto meio, são dirigidas a um fim. Entretanto, esse mesmo homem jamais poderá ser coagido a *ter um fim*. No máximo, diz o crítico, poderá propor-se algo como fim. Mas esse fim tem que ser de tal tonalidade que seja capaz de servir como contraposto a qualquer outro fim proveniente de impulsos sensíveis. E é exatamente esse fim divorciado de inclinações ou determinações sensíveis que Kant considera como um fim, *que é em si mesmo um dever*; ou, por assim dizer, um *fim-dever* ("o fim que é ao mesmo tempo dever"[99]) que não pode pertencer à doutrina do direito, mas tão somente à da ética.

> [...] outrem pode me coagir a fazer algo que não é meu fim (mas antes apenas meio para o fim de outrem), mas não a que eu me proponha isso como um fim, e, de fato, não posso ter nenhum fim sem que eu o proponha a mim. Isto é uma contradição em si mesma: um ato da liberdade que, contudo, ao mesmo tempo não é livre. Porém, pôr a si mesmo um fim que é ao mesmo tempo dever não é uma contradição, pois nesse caso eu mesmo me coajo, o que coexiste muito bem com a liberdade.[100]

Portanto, na doutrina do direito, a lei que se impõe ao homem se dá por inclinação ou determinação alheia à sua vontade ou liberdade de fazê-lo; impõe-se lhe, por consequente, de *fora para dentro.* Note-se que, sendo um direito posto, a vontade só pode ser a vontade de um imperativo alienígena. Mas na doutrina da ética, o imperativo só pode ser endógeno: o dever de obediência à lei se impõe por autodeterminação – portanto, de *dentro para fora*, por assim dizer.

96. JUNIOR, Antonio Umberto de Souza (et al). *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017.* São Paulo: Rideel, p. 419, 2017.

97. *Ibidem* 512

98. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*, p. 511.

99. *Ibidem*, p. 201.

100. *Ibidem*, p. 191.

A lei que o homem germina e a impõe a si mesmo para tocar a existência na sociabilidade, deve ocorrer desatrelada de qualquer mandamento externo. O imperativo a ser obedecido não se dar por inclinação, mas *por dever.* E somente quando observar esse *modus operandi* é que o imperativo terá um "valor propriamente moral". [101]

Vê-se, pois, que, na perspectiva da ética kantiana, o *conceito de dever* conduz a máximas e a fins que o homem (juiz) deve se impor de tal modo que sejam fundados segundo princípios morais.[102] A ética kantiana[103] prescreve que "não dá leis para ações (o *ius* o faz), mas, antes e tão somente, para as máximas das ações" – é o que vê no princípio formal do dever substanciado no imperativo categórico, segundo o qual o homem deve agir de tal modo que a máxima de sua ação possa tornar-se uma lei universal: "Ame os outros como você ama a você mesmo.". [104]

Kant chama a atenção para o fenômeno volitivo de que, [105] na ética, a lei universal deve ser pensada como a lei de sua própria vontade, e não da vontade em geral, que também poderia ser a vontade de outros, e, se assim fosse, seria fornecido um dever jurídico que não pertence ao campo da ética. Por conseguinte, as máximas devem ser consideradas como princípios subjetivos que meramente se *qualificam* para uma legislação universal[106], da mesma forma que a vontade particular é qualificada para vontade geral.

Segue-se que, em Kant, o agir *por dever* tem seu valor moral não no fim que se tem em vista por meio dele, e sim na máxima segundo a qual é decidida; máxima que decorre menos da realidade efetiva do objeto da ação, do que do "[...] *princípio do querer*, segundo o qual a ação ocorreu, abstração feita de todos os objetos da faculdade apetitiva.".[107]

Em conformidade com a deontologia kantiana, "[...] *o dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei"*[108]. É por esse *agir por respeito à lei,* seguindo o princípio do querer ou da vontade, que a ética se revela distinta do direito positivo. Um a*gir por dever* – e não *conforme o dever*, como sói ocorrer na pragma do preposto-não-empregado –, "[...] deve pôr à parte toda influência da inclinação e com ela todo objeto da vontade.". E com tal expurgo, arremata Kant, "[...] nada resta para a vontade que possa determiná-la senão, objetivamente, a *lei* e, subjetivamente, *puro respeito* por essa lei prática".[109]

> O que reconheço imediatamente como lei para mim, reconheço-o com respeito, o qual significa meramente a consciência da subordinação de minha vontade a uma lei, sem mediação de outras influências sobre o meu sentido. A determinação imediata da vontade pela lei e a consciência da mesma chama-se respeito, de tal sorte que este é considerado como efeito da lei sobre o sujeito e não como causa da mesma. [110]

Para Kant, o respeito é propriamente a representação de um valor que derroga o *amor-de-mim-mesmo.* Assim, o *objeto* do respeito é *unicamente a lei* e, na verdade, "aquela que impomos *a nós mesmos"* e, no entanto, "como necessária em si". Enquanto lei, o homem se encontra submetido a ela sem consultar o amor de si; enquanto "imposta a nós por nós mesmos", ela é, no entanto, "consequência de nossa vontade". [111]

Nessa perspectiva kantiana, tem-se que o valor moral da ação não está no efeito que dela se guarda, pois nada "senão a *representação da lei* em si mesma" pode constituir o bem tão excelente, a que Kant chama moral: bem esse que já se encontra na pessoa mesma que age segundo a representação dessa lei.[112]

Assim, ao privar-se a vontade de todas as inclinações, não restaria outro caminho senão a legalidade universal das ações, legalidade essa que sirva sozinha de princípio à vontade, isto é, a de que nunca se deve proceder de outra maneira senão de tal sorte que se possa também querer que *"a minha máxima se torne uma lei universal.".*[113]

> [...] se trata da estima de um valor que de longe prepondera sobre todo valor daquilo que é encarecido pela inclinação, e que a necessidade de minhas ações por puro respeito pela lei prática é aquilo que constitui o dever, ao qual tem de ceder qualquer outro motivo, porque ele é a condição de uma vontade boa em si, cujo valor tudo supera.[114]

101. *Ibidem*, p. 125.
102. *Ibidem*, p. 192.
103. KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes,* p. 200, 2013.
104. BIBLIA SAGRADA, *levítico* 19.18, p. 118.
105. KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes, p. 200*.
106. *Ibidem*.
107. *Idem*.
108. *Ibidem*, p. 127.
109. *Ibidem*, p. 129.
110. *Ibidem*, p. 131.
111. *Ibidem*, p. 131.
112. *Ibidem*.
113. *Ibidem*, p. 133.
114. *Ibidem*, p. 139.

Em suma, a deontologia kantiana informa a existência de princípios práticos *erga omnes* (imperativo categórico) e relativos (imperativo hipotético), onde os primeiros pertencem ao *reino dos fins* (o agir *por dever* e segundo o *princípio do querer:* atualizar a justiça) e os segundos, ao *reino dos meios* (o agir por *inclinação* ou *determinação* de um objeto estranho à vontade do agente); informa, igualmente, que o *reino dos fins* tem primazia e hegemonia sobre o *reino dos meios.*

É forçoso concluir que o reino da Justiça tem primazia e hegemonia sobre o reino da Lei. De forma que, para um juiz (ético e justo), a opacidade pragmática (aética e injusta) que objetiva afrouxar a autêntica luz do Ideal de Justiça, é erva daninha a ser radicada, cuja impossibilidade de fazê-lo no presente das coisas presentes, minimamente, não impede no presente das coisas futuras – malgrado goze a Justiça do caráter da *perseidade* ("*em si*" e "por si") , sendo mesmo absolutamente objetiva e atemporal, isto é, sem passado, sem presente e sem futuro. A Justiça simplesmente é, e não pode deixar de ser, ainda que paradoxos legislativos tentem feri-la de morte, como soe ocorrer com a prescrição de substituição do preponente por um preposto-não-empregado carecedor de conhecimento fático. Há quem possa objetar com a assertiva de que a verdade formal ou aparente deduzida em juízo por preposto-não-empregado não enseja paradoxo, sob o argumento de que o legislador exige apenas que o preposto tenha conhecimento do fato, independentemente de a re-presentação substanciar-se numa verdade real, ou formal. De fato, a prevalecer tal absurdidade, não há como realmente falar em paradoxo, menos ainda em paradoxo incontornável, pois nada haveria a ser contornado.

Mas se, ao contrário, prevalecente for a tese de que a re-presentação tem que trazer à luz a verdade real, revelar os fatos ou atos da lide, presentificar o passado empírico tal como ocorrera, não há como não negar à linguagem do texto consolidado reformador manifesto paradoxo, porquanto não parece razoável a crença de que o preposto-não-empregado possa ter conhecimento presentativo de realidade que ele sequer habita. Não obstante, pelo menos aprioristicamente, cumpre antecipar que esse paradoxo é apenas aparentemente incontornável. Cumpre ao devir de homens éticos e justos contorná-lo: se não agora, em um futuro muito próximo. O caos pode ser uma escada transformadora.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A verdade e a mentira são paixões humanas que transitam no processo de conhecimento trabalhista. A disposição recorrente do senso comum, da ciência jurídica e da filosofia é de que a verdade sempre se sobreponha à mentira, erradicando-a. Mas porque entranhada na sociabilidade humana precarizada pelo individualismo que fomenta o flagelo da *reificação* das relações humanas, a erradicação da mentira não parece passar apenas pelo viés jurídico-processual, senão também se somando ao fluxo da eticidade. Eis o desafio que se impõe à sociabilidade sob o véu benfazejo da perfectibilidade humana.

Inegavelmente, a percepção ou representação axiológica dos operadores do direito processual do trabalho (advogados, procuradores e juízes) acerca da preposição da parte reclamada por *preposto-não--empregado*, certamente não terá o condão de erradicar a mentira, a imoralidade nos depoimentos, mas pode perfeitamente constituir um preservativo ético-moral capaz de minimizar os nefastos efeitos proporcionados pelos arautos da ideologia capitalista (sim... "Capital" também é uma idealidade, enfim, uma Ideia) pragmaticamente contrários aos ideias de quem não detém a propriedade da produção e, pior, à idealidade de Justiça.

Parece que a "extensa discórdia" hermenêutica não tem fim. Sua infinitude reclama uma luta de duas frentes: uma incrivelmente pragmática (a persistente crítica a um modelo de representação legislativa arcaica e ilegítima); e outra necessariamente ontológica, essencialista ou metafísica (incorpórea, plena, imutável, objetiva e una) na intransigente defesa da Justiça, enquanto caminhos factíveis para transcendência de um paradoxo aparentemente incontornável.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. São Paulo: Paulus, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de Antonio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Política.* Tradução do grego por Therezinha Monteiro Deutsche Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2004. (Os Pensadores).

BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo (RS): Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BÉRGSON, Henri. *Cartas, conferências e outros escritos*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

BERTI, Enrico. *Ser y tiempo en Aristóteles* – 1ª edição. Buenos Aires: Biblios, 2011.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*; tradução de Desidério Murcho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BIBLIA SAGRADA*: nova tradução na linguagem de hoje*. São Paulo: Paulinas Editora, 2005,1472 p.

BRASIL. *Código de Processo* Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em. Acesso em 20.07.2017.

_____. *Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/. Acesso em 20.07.2017.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/. Acesso: 20.07.2017.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/. Acesso: 10.01.2017.

CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo; Ática, 2005.

FILHO, Ives Gandra Martins. *Manual esquemático de história da filosofia.* São Paulo*: LTR, 2004.*

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, 616 p.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUNIOR, Antonio Umberto de Souza. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017.* São Paulo: Rideel, 2017.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes.* Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.

_____. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Nova Cultural. 2005.

LOPARIC, Zeljko. *Kant e o pretenso direito de mentir*. In: *Verdades e mentiras: 30 ensaios em torno de Jean-Jacques Rousseau*. Org. José Oscar de Almeida Marques. Ijuí (RS): Unijui, 2005.

MARITAIN, Jacques. *Introducción General a la Filosofia.* Sesma, F. Leandro de (traductor). Buenos Aires*:* Biblioteca Argentina de Filosofia. Club de Lectores. 1944.

NAÚFEL, José. Novo dicionário jurídico brasileiro. São Paulo: Parma,1984.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2001.

PUENTE, Fernando Rey. *Confissões: a verdade e as mentiras; notas para um confronto entre Agostinho e Rousseau*. In: *Verdades e mentiras: 30 ensaios em torno de Jean-Jacques Rousseau*. Org.: José Oscar de Almeida Marques. Ijuí (RS): Unijui, p. 69, 2005.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. São Paulo: Paulus, 2003.

ROUSSEAU, J.-J. *Os devaneios do caminhante solitário;* tradução Julia da Rosa Simões. Porto Alegre, RS: L & PM, 2009.

_____. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; t*radução de Lourdes Santos Machado; 2ª ed.; São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Coleção os Pensadores).

_____. *Emílio ou da educação*; tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e como representação.* São Paulo: Unesp, 2005.

SANTOS, Moacir Amaral. *Comentários ao Código de Processo civil,* Lei nº 5. 869, de 11 de janeiro de 19373, vol. IV: arts 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1985.

TREVISAN, Fred Carlos. *A questão do tempo em Agostinho*. OLHAR/CENTRO DE EDUCAÇÃO E CIÊNCIAS HUMANAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS. – Ano 6, n. 10-1 (jan – jul e ago-dez/2004). São Carlos: UFSCar, 2004.

Salvador, 27 de janeiro de 2017.

Ainda sobre a reforma trabalhista... Uma análise crítica constitucional

Geovane de Mori Peixoto*

RESUMO: Ainda é necessária a discussão da última reforma trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/2017. A proposta deste artigo é realizar uma análise constitucional geral da reforma, utilizando o método crítico, que se vale da transcendência do discurso jurídico por intermédio de outros campos do conhecimento. Defende a inconstitucionalidade das medidas que representam um retrocesso do direito fundamental social do trabalho na proteção do trabalhador e de sua dignidade, como impõe a Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista, constitucionalidade, análise crítica.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Sentido do Trabalho no Contexto Neoliberal e a Reforma Trabalhista; 3. A Proteção Constitucional do Trabalho; 4. Análise Crítica Constitucional da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) à Guisa de Conclusão; Referências

1. INTRODUÇÃO

Múltiplos foram os debates e teses sustentados nos últimos tempos em decorrência da denominada "Reforma Trabalhista", diante da edição da Lei nº13.467/2017. Ainda há, porém, espaço para o aprofundamento crítico acerca da temática, o que se fará nesse artigo sob o prisma constitucional.

Não é possível, todavia, realizar essa tarefa sob o viés crítico sem amplificar o horizonte de análise, o que requer, por sua vez, estabelecer um diálogo com outros campos do saber, como a sociologia e a economia. Sem adentrar nesses campos corre-se o risco de cair na armadilha de teorias argumentativas que não possuem outro escopo que não seja o mero convencimento retórico.

É importante salientar, desde já, que o objetivo deste trabalho não é analisar pontos específicos e pormenores da reforma, mas avaliar em sentido amplo o seu sentido e, assim, avaliara a sua constitucionalidade.

Para isso, o texto será fracionado em três pontos:

a) o sentido do trabalho no contexto neoliberal;

b) a proteção constitucional do trabalho; e

c) uma análise crítica constitucional da reforma trabalhista.

2. O SENTIDO DO TRABALHO NO CONTEXTO NEOLIBERAL E A REFORMA TRABALHISTA

Antes de se discutir qualquer aspecto acerca do trabalho por um viés jurídico, faz-se imperativo entender o seu *sentido*, notadamente em uma sociedade capitalista. Há um impacto claro do *neoliberalismo* no *sentido do trabalho*, com a consequente flexibilização, precarização, etc., que impõe a necessidade de compreensão desse processo para que se compreenda a reforma jurídica[1].

Em um plano global há um desmantelamento do denominado Estado de *bem-estar social*, que abre as portas para o *neoliberalismo*, assim:

> Depois de décadas (de promessas) de Estado de bem-estar social, em que os cortes financeiros se limitavam a curtos períodos e se apoiavam na promessa de que tudo logo voltaria ao normal, entramos num novo período em que a crise, ou melhor, um tipo de estado de emergência econômica, que necessita de todos os tipos de medidas de austeridade (corte de benefícios, redução de serviços gratuitos de saúde e educação, empregos cada vez mais temporários etc.), é permanente e está em constante transformação, tornando-se simplesmente um modo de viver.[2]

Trata-se de um processo de escala *global*, é inocência tentar entender a modificação do sentido do trabalho sem que isso esteja contextualizado em

---

(*) Doutor em Direito (UFBA). Professor da UFBA, UNIFACS e Faculdade Baiana de Direito.

1. Como sustentava Lassalle, não é possível compreender um fenômeno constitucional sem entender os *fatores reais de poder* (vide LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001), que por sua vez requer a análise sócio, política e econômica do problema.

2. ZIZEK, Slavoj. *Primeiro como Tragédia, Depois como Farsa*. São Paulo: Boitempo, 2011, p.7.

escala mundial. Para isso é preciso "saber combinar as forças externas, em especial o mercado e o Estado, com os *processos internos* (...), a fim de avaliar precisamente a contradição entre a acumulação capitalista e o comportamento político da classe trabalhadora em escala global"[3].

Uma das primeiras consequências deste processo de entronização do ideário *neoliberal* no "mundo do trabalho", decorrente de avanços tecnológicos, principalmente no acesso à informação e nas redes de comunicação, é a flexibilização do trabalho.

> A flexibilização constitui um gigantesco processo de alcance mundial de desconstrução do trabalho pela retirada de direitos, conquistas realizadas em séculos de lutas de trabalhadores e de trabalhadoras à custa de sangue, quando não da vida.[4]

Este processo, por óbvio, está associado ao fim primeiro (e talvez único) do empresário: o lucro; pois "o capitalista, quando vai ao mercado de trabalho e contrata mão de obra, determina sua escolha conforme as estratégias empresariais de maximizar lucros"[5].

Esse modelo *flexível*, motivado pela crise do *capital*, fez com que este "implementasse um vastíssimo processo de reestruturação, visando recuperar o seu ciclo produtivo e, ao mesmo tempo, repor o seu projeto de dominação societal, abalado pela confrontação e conflitualidade do trabalho"[6], uma vez que este sempre questionou esses mecanismos de dominação.

Diante do quadro apresentado, então, pode-se afirmar que:

> O mundo do trabalho viveu, como resultado das transformações e metamorfoses em curso nas últimas décadas, particularmente nos países capitalistas avançados, com repercussões significativas nos países do terceiro Mundo dotados de uma industrialização intermediária, um processo múltiplo: de um lado verificou-se uma *desproletarização* do trabalho industrial, fabril, nos países de capitalismo avançado. Em outras palavras, houve uma diminuição da classe operária industrial tradicional. Mas, paralelamente, efetivou-se uma significativa *subproletarização* do trabalho, decorrência das formas diversas de trabalho parcial, precário, terceirizado, subcontratado, vinculado à economia informal, ao setor de serviços, etc.[7]

Como o *neoliberalismo* impõe as suas regras em um plano mundial, não se pode admitir que essas mudanças não sejam também implementadas por países do capitalismo periférico, como é o caso do Brasil. Chega-se, assim, a um dos motes (senão o principal) da denominada "Reforma Trabalhista", adaptar o nosso sistema legislativo a essa realidade do trabalho flexível, parcial, precário, terceirizado, etc. A Lei nº 13.467/2017 legitima e legaliza a adoção da nova realidade do trabalho, num contexto *neoliberal.*

Ademais, a própria condição sócio-política-econômica do Brasil torna-o mais vulnerável para a implementação das medidas necessárias para adequação do modelo *neoliberal*, principalmente em função da alta taxa de desemprego, uma vez que:

> (...) a escolha geográfica por locais onde a força de trabalho seja mais vulnerável. Nessas circunstâncias, as empresas podem impor condições rígidas até mesmo para o enfrentamento das demissões voluntárias, pois os trabalhadores, ao deixarem a empresa, correm o risco de aceitar uma proposta mais baixa ou de enfrentar o desemprego. O medo de perder o emprego abre caminhos para uma maior disciplina do trabalho, fazendo com que o próprio trabalhador se ajuste ao sistema de exploração.[8]

Esses processos de flexibilização, de terceirização, desregulação, precarização do trabalho se iniciou no governo de Fernando Collor, teve seguimento, com mais força, registre-se, no governo de Fernando Henrique Cardoso, e retomou com toda força no governo de Michel Temer, que capitaneou a última reforma, aqui sob análise.

Esse processo também impactou sobre o *movimento sindical*, uma vez que:

> Essa nova realidade arrefeceu e *tornou mais defensivo o novo sindicalismo*, que se encontrava, de um lado, diante da emergência de um sindicalismo neoliberal,

3. BRAGA, Ruy, *A Rebeldia do Precariado: Trabalho e neoliberalismo no sul global.* São Paulo: Boitempo, 2017, p.37/38.

4. ROSSO, Sadi Dal. *O Ardil da Flexibilidade: Os trabalhadores e a teoria do valor*. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 265.

5. *Idem, Ibidem, loc. cit.*

6. ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho.* 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2009, p.49.

7. *Idem, Ibidem*, p. 205.

8. ALVES, Silvia Neli de Lima Guedes. *Responsabilidade social: um pacto entre estado e sociedade civil no enfretamento do caráter destrutivo o capitalismo.* 2009. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Maceió: UFAL, 2009, p.34.

> expressão da *nova direita*, sintonizada com a onda mundial conservadora (...)[9]

Entendendo que entre os papéis fundamentais assumidos pelos sindicatos, além da defesa da classe trabalhadora, e como consequência dessa função, estão as missões de enfrentamento dos setores monopólicos, contraditar a hegemonia do capital financeiro, lutar pela limitação das formas de expansão e especulação do capital, para alcançar o objetivo maior de *justiça social*.

Por esse motivo, a reforma também interferiu no movimento sindical, com o claro objetivo de enfraquecer a luta coletiva dos trabalhadores, e anular a oposição à reforma, em momento crucial, diante da necessidade urgente de contraditar o retrocesso imposto pela alteração de regras do sistema jurídico trabalhista.

Empreender esforços para analisar a reforma trabalhista sem essa contextualização é esforço inútil (para não chamar de infantil). A alteração legislativa que chancela o processo de reforma não pode ser compreendida a partir de uma visão dogmática jurídica, presa essencialmente ao valor semântico do texto (ainda não superamos o positivismo, essa é a verdade), mas somente diante desse contesto sócio, político e econômico, que se desenvolve em um plano mundial.

Trata-se de um complexo "jogo", que, por sua vez, só pode ser jogado por quem conhece todas as suas regras. Uma visão parcial dá uma dimensão equivocado e o "jogador" acabará cometendo erros, que por sua vez comprometerão o resultado final do "jogo". Nesse caso, porém, quem perde ao final não é o "jogador", mas a parcela mais vulnerável da sociedade, que não tem participado do "jogo", mas tão somente contemplado e suportado o resultado.

O nosso "jogador" (profissional do Direito – juízes, advogados e procuradores do trabalho), portanto, tem uma extrema responsabilidade, qual seja a de proteger essa parcela em condição de vulnerabilidade, e para isso precisa conhecer o "jogo" como um todo, para além da visão parcial e, muitas vezes, manipulada do direito. É preciso, portanto, uma visão crítica que permita entender qual a base que fundamentou a construção do "jogo".

Não podemos, todavia, ignorara a existência de uma programação jurídica, que requer, assim, uma análise específica da sua dimensão de possibilidade dentro desse "jogo". É o que se fará adiante, sob a ótica da existência de um sistema constitucional que define esse âmbito.

3. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

Ideologicamente a Constituição Federal de 1988 define o Brasil como um Estado de bem-estar social. Isso tem consequência direta sobre a interpretação de todo o sistema jurídico, que não pode desconsiderar esse fato. É uma definição axiológica, de sorte que:

> O *espírito da Constituição Federal de 1988*, portanto, é emancipatório, focado na proteção das pessoas mais fracas. Qualquer interpretação de dispositivos constitucionais deve respeitar essa ideologia de bem-estar social, imanente ao texto constitucional como um todo, sob pena de ideológica deturpação da *ratio* (a razão de ser) da Constituição como um todo.[10]

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, portanto, de essência social democrata, nesse sentido de proteção dos mais frágeis e vulneráveis, além de trazer um conjunto de regras aplicáveis às relações trabalhistas, vai além, e estabelece o trabalho como um valor do Estado Democrático de Direito, consoante se depreende da dicção do art. 1º, inciso IV[11].

Mais adiante, o mesmo texto constitucional, estabelece no art. 170, em seu *caput*, que a ordem econômica deve ter como um de seus valores norteadores a *valorização do trabalho humano*[12]. E ao disciplinar a ordem social, define em seu art. 193 que uma de suas bases é o *primado do trabalho*[13].

Não resta dúvida acerca da importância axiológica dispensada pelo texto constitucional ao *trabalho*, que se impõe como um valor primordial do nosso Estado. O efeito disso é que:

---

9. ANTUNES, *Op. cit.*, p. 236.

10. IOTTI, Paulo. *Precarização Trabalhista de Temer Viola nosso Constitucionalismo Social.* Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/13/precarizacao-trabalhista-de-temer-viola-nosso-constitucionalismo-social/. Acesso em 06/02/2018.

11. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

12. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

13. Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

> Valorização do trabalho humano e reconhecimento do valor social do trabalho consubstanciam cláusulas principiológicas que, ao par de afirmarem a compatibilização – conciliação e composição – (...) portam em si evidentes potencialidades transformadoras. Em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica, podendo, inclusive, se induzidos pela força do regime político, reproduzir em atos, efetivos, suas potencialidades transformadoras.[14]

Em consonância com o valor definido pela ordem econômica, a ordem social ratifica a importância da proteção ao trabalho no nosso Estado Democrático de Direito, no já citado art. 193, e "como a Constituição não contém palavras inúteis, parece-nos claro que o artigo em, análise define bem o que é nuclear à ordem social: o primado do trabalho"[15].

Sobre o fim da nossa ordem social, comprometida com a social democracia, com o bem-estar social e com a emancipação do ser humanos, Marcus Orione leciona que:

> Somente uma nova forma de encarar o trabalho, com a busca da efetiva liberdade do trabalhador, poderá modular o nível da supressão da humanidade desse, fazendo, com isto, que sejam resgatados os propósitos humanistas dos direitos sociais. Para o aumento do grau de tal liberdade, no entanto, é indispensável que o Direito propicie, acima de tudo, o aumento do nível de solidariedade existente no mundo do trabalho. É necessário que, pelo Direito, não se formulem soluções que aumentem ainda mais a ruptura entre os interesses do trabalhador, considerando especialmente o mundo competitivo gerado pela diminuição dos empregos e pelas novas formas de organização do trabalho.[16]

Inobstante as questões já discutidas, e o sentido de resistência defendido para a proteção constitucional do trabalho, que será melhor desenvolvido adiante, é preciso rever a tradição liberal (e neoliberal) que defende uma perspectiva individualista de dignidade humana, uma vez que este é um dos fundamentos principiológicos que sustenta a proteção constitucional, como se pode depreender do já citado art. 170 da Constituição Federal. Esse valor fundamental para o humanismo deve ser reinterpretado em um sentido de solidarismo.

A Carta Política de 1988 estabelece a *dignidade humana* como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), o que "permite reconhecer que mesmo a ordem jurídica impõe a proteção de cada ser humano, não em razão de sua individualidade, mas enquanto parte de uma comunidade"[17], sustentando-se então a noção (neo)liberal de *dignidade* para além do tradicional individualismo, numa dimensão de solidariedade.

Diante desse perspectiva, Valdete Severo Souto assevera que:

> O reconhecimento disso, que passa inclusive pela compreensão da ideologia que sustenta o discurso individualista, não compromete a possibilidade de lutar pela efetividade do discurso constitucional até suas últimas consequências, mas tem por parâmetro esse fundamento que o próprio Estado reconhece para si: o respeito à dignidade humana. Quando a Constituição brasileira refere que a ordem econômica "tem por fim assegurar a todos existência digna, *conforme os ditames da justiça social*" abre caminho para que a própria forma de (re)produção capitalista seja questionada.[18]

A tutela constitucional do trabalho, portanto, confere alguns sentidos próprios à sua juridicização, como a de representar um valor de inclusão, de redistribuição, de efetivação da igualdade material, mas, nesse momento, principalmente de *resistência*. Em uma relação dialética com o sistema econômico, a proteção constitucional do trabalho atribui aos trabalhadores (parte vulnerável da relação) condição de firmar oposição ao sistema capitalista, uma tentativa de impor equilíbrio ao "jogo", considerando uma dimensão solidária das relações sociais.

A Constituição de 1988, assim, representa um marco na proteção ao trabalho e, principalmente, ao trabalhador, na sua missão de programar um Estado

14. Comentários de Eros Roberto Grau ao art. 170, da Constituição Federal de 1988 *in* CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 1.791.

15. Comentários de Marcus Orione Gonçalves Correia ao art. 193, da Constituição Federal de 1988 *in* CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 1.899.

16. *Idem, Ibidem,* p. 1.902.

17. SOUTO, Valdete Severo. *Elementos para o uso transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as relações sociais do trabalho no brasil e a função do Direito diante das possibilidades de superação da forma capital.* São Paulo: LTr, 2016, p. 102.

18. *Idem, Ibidem, loc. Cit.*

de bem-estar social, de proteção dos vulneráveis, na luta pela emancipação[19].

Merece registro, ainda, que o legislador constituinte atribuiu ao direito do trabalho a condição de *direito fundamental social*, consoante o art. 6º, da Constituição Federal de 1988. Esse fato confere a esta categoria jurídica, diante agora de sua *fundamentalidade*, todas as proteções inerentes a essa opção da Constituinte.

Dentre as consequências desta atribuição constituinte merece especial registro, para os fins deste artigo, a impossibilidade de retrocesso que atingem os direitos fundamentais, conforme os ditames da *lex legum*.

> Se tomarmos a ideia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, que significa toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do Poder Público, com destaque para o legislador e o administrador que tenham por escopo a supressão ou mesmo a restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais ou não), constata-se que a nossa ordem jurídica, ainda que não sob esse rótulo, de há muito já consagrou a noção, pelo menos em algumas de suas dimensões.[20]

Na luta contra o ideário e os "valores" (deveríamos chamar de preço[21]) neoliberais, representa, portanto, um conjunto de garantias que repele qualquer tentativa de retrocesso social, notadamente aquelas que se pautam na supressão de direitos fundamentais sociais, como é o caso da proteção do trabalho/trabalhador pautada pela Carta Política de 1988.

Diante do abrigo constitucional conferido ao trabalho e ao trabalhador, consoante se desenvolveu nesse tópico, e aplicando o método crítico, conclui-se que:

> Normas trabalhistas comprometidas com a proteção do trabalhador são construídas a ferro e fogo, em face da atuação da classe trabalhadora e, ao mesmo tempo, das necessidades do capital. Constituem a demonstração empírica de que a construção moderna do Direito sob a perspectiva do indivíduo é um engodo.[22]

Dois destaques. Primeiro o registro de que a conquista de direitos sociais depende uma "luta", nesse caso específico, dos trabalhadores, uma vez que o direito tem sido programado pela lógica do sistema neoliberal capitalista, que, por sua vez, defende os interesses dos detentores do sistema de produção, que ao consignarem direitos trabalhistas o fazem pela lógica dos seus interesses. Esse é, inclusive, o segundo registro. O sistema capitalista defende a sua conveniência, logo a previsibilidade de direitos trabalhistas se dá nesse contexto, sem desconsiderar, todavia, a contraposição dialética que a força dos movimentos sociais e da "luta" da classe trabalhadora impõe para equilibrar o "jogo".

A "luta" política, nessa lógica, é quem pode garantir aos trabalhadores que a Constituição social se efetive. Não se pode esperar um "milagre" que o texto por si próprio o faça. Isso nunca acontecerá. A garantia semântica dos valores e os limites impostos pelo texto constitucional não são suficientes, uma vez que existe um jogo político-econômico que transcende o âmbito jurídico, e, como já foi dito, não pode ser desconsiderado. A participação política do trabalhador torna-se imprescindível para a efetivação dos direitos sociais, bem como para sua garantia e limitação das esferas pública e econômica.

Após a exposição da proteção constitucional ao trabalho, seguindo a formulação proposta para esse escrito, por último, far-se-á a análise crítica constitucional da reforma trabalhista, promovida pela Lei nº 13.467/2017.

4. ANÁLISE CRÍTICA CONSTITUCIONAL DA REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467/2017) À GUISA DE CONCLUSÃO

Inicialmente é preciso advertir o leitor, mais uma vez, que a proposta aqui não será analisar ponto por ponto as alterações promovidas pela legislação

19. Embora haja quem conteste, como Valdete Severo Souto, quando sustenta que: "A adoção de regras que tenham como pano de fundo a preservação de quem trabalha está inscrita na lógica do capital. Disso se conclui que efetivamente não há pretensão emancipadora no fundamento do Direito do Trabalho. Mesmo assim, a submissão dessas normas de proteção a um fundamento racional diverso daquele tipicamente moderno, pode conferir potencialidade transformadora às normas trabalhistas." (*Idem, Ibidem*, p. 103)

20. SARLET, Ingo Wolgang. *Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso: Revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In* CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74.

21. Na lógica neoliberal capitalista os *valores* perdem o seu sentido e significado para serem *precificados*, de sorte que tudo passa a ser avaliado por um preço monetário, como, por exemplo, a *patrimonialização* da moral para fins indenizatórios.

22. SOUTO, *Op. cit.*, p. 104.

na última reforma trabalhista, mas sim promover uma análise geral desse processo.

A conclusão, por sua vez, já deve ser imaginada, também, é que a reforma, em sentido amplo, é inconstitucional, pois representa um retrocesso, na medida que, impõe, diversamente do que defende a Constituição, uma série de restrições, supressões e involução na proteção ao trabalhador, em frontal agressão à sua dignidade e em favor do capital.

Não se pode admitir que uma reforma trabalhista que afetará os trabalhadores, impondo-lhes um claro retrocesso na regulação desse tipo de relação sócio-jurídica-econômica, possa ser aprovada sem um amplo debate, como aconteceu, bem como sem a consulta popular, necessária em um Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição Federal de 1988), bem como, inclusive, determina a Convenção nº 144, da Organização Internacional do Trabalho, ou seja, além de inconstitucional, ela é ilegítima do ponto de vista democrático.

O Ministério Público do Trabalho, somente a título de exemplo, apontou doze pontos inconstitucionais da reforma em Nota Técnica[23], sendo eles os seguintes:

a) a "pejotização", contratação de autônomos por pessoa jurídica em supressão à relação trabalhista,

b) a terceirização,

c) pagamento abaixo do salário mínimo e redução do FGTS,

d) flexibilização da jornada de trabalho,

e) redução da responsabilidade do empregador,

f) negociação individual para quem ganha acima de onze mil reais,

g) prevalência do negociado sobre o legislado,

h) supressão do papel dos sindicatos com representantes dos trabalhadores em empresas com mais de duzentos empregados,

i) redução das horas de descanso do trabalhador,

j) delimitação da faixa de valores para indenização por danos morais proporcional à remuneração do trabalhador,

k) medidas de restrição ao acesso à Justiça do Trabalho,

l) um rito específico para que a Justiça do Trabalho aprove decisões que criam jurisprudência e aceleram processos semelhantes em instâncias inferiores.

Questiona-se, todavia, qual deve ser o papel do Direito nesse processo. Recorre-se para responder aos ensinamentos de Marcus Orione, ao explicar que:

> Não se está aqui a vindicar para o direito o papel de único e mais relevante desarticulador da consciência da classe que hoje detém o poder. Isso seria ridículo, na medida em que dois dos maiores mitos da classe dominante (a liberdade e a igualdade) constituem a base da construção do pensamento jurídico hodierno. Tudo isso é obra que vai além do direito, sendo este apenas um dos espaços em que seria possível a desarticulação do mesmo sistema que o gerou.[24]

Renova-se aqui a necessidade, assim, de uma "luta" política no "jogo" que vai além da "força" do direito. Não se pode, todavia, deixar de consignar a possibilidade das instâncias jurídicas realizarem um enfrentamento possível de equilibrar esse "jogo". A resistência que se salientou reiteradamente nesse escrito.

O sistema jurídico constitucional pátrio admite o controle incidental ou difuso de constitucionalidade diante de casos concretos, admitindo, assim, que a Justiça do Trabalho em todas as suas instâncias realizem a requerida *resistência*. Consoante se defendeu e demonstrou aqui, todos os dispositivos da reforma que representem retrocesso, pela imposição de supressão, restrição e/ou flexibilização de direitos do trabalhador poderão ser declarados inconstitucionais pela Justiça do Trabalho.

O "jogo" está posto, os "jogadores" posicionados, as regras determinadas, agora é esperar que a resistência seja realizada, sob pena de mais um triste momento histórico de retrocesso em nosso país. A "luta" política do trabalhador não pode, porém, parar, deve se fortalecer nesse momento. No mais, que Oxalá nos proteja!

23. Disponível em http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/c6d5ffb6-5285-4f96-87f3-6a02340ded33/notatecnica_76-2017.pdf?MOD=AJPERES&CVID=lK1fF.1. Acesso em 06/02/2018.

24. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Interpretação dos Direitos Fundamentais Sociais, Solidariedade e Consciência de Classe. In* CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

REFERÊNCIAS

ALVES, Silvia Neli de Lima Guedes. *Responsabilidade social*: um pacto entre estado e sociedade civil no enfretamento do caráter destrutivo o capitalismo. 2009. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Maceió: UFAL, 2009.

ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho*: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

BRAGA, Ruy. *A Rebeldia do Precariado*: Trabalho e neoliberalismo no sul global. São Paulo: Boitempo, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos Direitos Fundamentais Sociais, Solidariedade e Consciência de Classe. In CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

IOTTI, Paulo. *Precarização Trabalhista de Temer Viola nosso Constitucionalismo Social*. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/13/precarizacao-trabalhista-de-temer-viola-nosso-constitucionalismo-social/. Acesso em 06/02/2018.

ROSSO, Sadi Dal. *O Ardil da Flexibilidade*: Os trabalhadores e a teoria do valor. São Paulo: Boitempo, 2017.

SARLET, Ingo Wolgang. Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso: Revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUTO, Valdete Severo. *Elementos para o uso transgressor do Direito do Trabalho*: Compreendendo as relações sociais do trabalho no brasil e a função do Direito diante das possibilidades de superação da forma capital. São Paulo: LTr, 2016.

ZIZEK, Slavoj. *Primeiro como Tragédia, Depois como Farsa*. São Paulo: Boitempo, 2011.

A eficácia temporal da Lei 13.467/2017 e o princípio constitucional da segurança jurídica

Guilherme Guimarães Ludwig*

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira**

RESUMO: O presente artigo se propõe a problematizar o alcance da aplicabilidade da reforma trabalhista, advinda da Lei 13.467/2017 e da posterior Medida Provisória 808/2017, no campo nos âmbitos material e processual, quanto à incidência de efeitos sobre os contratos de trabalho e as reclamações trabalhistas em curso em 11 de novembro de 2017. O texto analisa o debate do direito intertemporal sob a perspectiva dos preceitos constitucionais da irretroatividade e segurança jurídica e também de acordo com o princípio trabalhista da proteção.

PALAVRAS-CHAVE: reforma trabalhista – eficácia temporal da norma – segurança jurídica – princípio da proteção.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Inaplicabilidade da reforma trabalhista aos contratos de trabalho em curso. 3. Inaplicabilidade da reforma trabalhista aos processos trabalhistas em curso. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 13.467/2017 e da posterior Medida Provisória 808/2017, foram acrescidos, alterados e revogados centenas de dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho, além de outras leis trabalhistas e previdenciárias. Para além do enorme desafio de interpretar e aplicar uma modificação desta magnitude e velocidade de tramitação legislativa, a partir de uma concepção harmônica com todo o sistema normativo trabalhista vigente, incluindo a própria Constituição Federal e as Normas Internacionais, torna-se necessário resolver uma questão prévia: quais os limites da eficácia temporal da reforma trabalhista.

O presente artigo se propõe a problematizar o alcance da aplicabilidade da reforma trabalhista nos âmbitos material e processual. Noutros termos, busca investigar se os novos dispositivos legais geram ou não efeitos sobre os contratos de trabalho e as reclamações trabalhistas em curso em 11 de novembro de 2017, a partir de uma leitura constitucional do princípio da segurança jurídica.

2. INAPLICABILIDADE DA REFORMA TRABALHISTA AOS CONTRATOS DE TRABALHO EM CURSO

Conforme a MP 808/2017, *"aplicam-se aos contratos de trabalho vigentes, na integralidade, os dispositivos da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (art.2º)"*. O dispositivo em questão, todavia, aparenta violar a Constituição Federal.

De acordo com o texto constitucional em vigor, *"a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"* (CF, art. 5º, XXXVI), dispositivo este que consubstancia o princípio geral da irretroatividade da lei, por seu turno, corolário dos princípios da segurança jurídica e da confiança. Segundo Gomes Canotilho:

> O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico (2003, p.257).

Por outro lado, de acordo com a clássica divisão de Matos Peixoto (1948, p. 464-468), a retroatividade legal pode ser:

a) máxima, quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados;

b) média, quando a lei nova atinge efeitos **pendentes** de atos jurídicos verificados antes dela; e

c) mínima, quando a lei nova atinge efeitos dos atos jurídicos que lhe sejam anteriores, mas

(*) Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP, Professor de Direito e Processo do Trabalho na Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Juiz Titular da Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa/BA.

(**) Juiz do Trabalho na Bahia e Professor Adjunto da UFBA, Especialista e Mestre em Direito pela UFBA, Doutor em Direito pela UFPR, Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho – IBDT. murilosampaio@yahoo.com.br.

produzidos após a data em que ela entra em vigor.

A retroatividade mínima é a que seria verificada, por exemplo, caso fosse aplicada a Lei 13.467/2017 aos contratos de emprego em curso na data do início de sua vigência. Esta hipótese, entretanto, também é vedada pela Constituição Federal por violar o princípio da irretroatividade da lei (CF, art. 5º, XXXVI) e, consequentemente, os princípios da segurança jurídica e da confiança.

O ordenamento jurídico brasileiro protege o equilíbrio contratual e a confiança. Por ocasião do ajuste das cláusulas contratuais, é evidente que os pactuantes levaram em consideração especialmente a legislação trabalhista então vigente, não podendo adiante ser surpreendidos, em plena execução contratual, com alterações das premissas do contrato, vale dizer, a própria causa que gerou aqueles efeitos jurídicos.

De acordo com Orlando Gomes (1988, p.4), "todas as consequências de um contrato concluído sob o império de uma lei, inclusivamente seus efeitos futuros, devem continuar a ser reguladas por essa lei em homenagem ao valor da certeza do direito e ao princípio da tutela do equilíbrio contratual". No mesmo sentido, a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2005, p.331), segundo os quais "os vínculos negociais e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se celebraram, regra esta que não deve ser interpretada somente para a aplicação das regras codificadas civis, mas também para todas as demais relações jurídicas não penais".

Por outro lado, ao apreciar a possibilidade de imediata aplicação da MP nº 32/89, convertida na Lei nº 7.730/89, aos efeitos futuros de contratos de depósito em caderneta de poupança, celebrados ou renovados em momento anterior ao do início de sua vigência, o Supremo Tribunal Federal (STF, AI 244578/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.08.1999) decidiu que:

> O acolhimento da postulação recursal deduzida pela instituição financeira importaria em inaceitável transgressão ao princípio constitucional da intangibilidade do ato jurídico perfeito, tal como enunciado pelo art. 5º, XXXVI, da Lei Fundamental da República.
>
> Cumpre ter presente, neste ponto, que o contrato de depósito em caderneta de poupança, enquanto ajuste negocial validamente celebrado pelas partes, qualifica-se como típico ato jurídico perfeito, à semelhança dos negócios contratuais em geral (RT 547/215), submetendo-se, por isso mesmo, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua estipulação. A pretensão jurídica manifestada pela instituição financeira conflita, de modo frontal, com a norma inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Federal, que consagra princípio fundamental destinado a resguardar a incolumidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas. (...)
>
> Vê-se, portanto, que uma lei nova não pode estender-se, com a finalidade de regê-los, aos efeitos futuros de contratos anteriormente pactuados, pois, se tal situação se revelasse possível, o Estado passaria a dispor de um temível poder de intervenção na esfera das relações contratuais privadas em curso de execução, afetando, em seus aspectos essenciais, a própria causa geradora daquelas conseqüências jurídicas. (...)
>
> A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico, por sua vez, não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro, notadamente os princípios – como aquele que tutela a intangibilidade do ato jurídico perfeito – que se revestem de um claro sentido de fundamentalidade. Motivos de ordem pública ou razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade – não podem ser invocados para viabilizar o descumprimento da própria Constituição, que, em tema de atuação do Poder Público, impõe-lhe limites inultrapassáveis, como aquele que impede a edição de atos legislativos vulneradores da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada.

Também assim, ao apreciar a constitucionalidade da Lei 8.177/91, no que se refere à aplicação taxa de atualização monetária a contratos anteriores à sua vigência, o Supremo Tribunal Federal (STF, ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 04.09.1992) entendeu que:

> Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. O disposto no art. 5º, XXXVI, da CF se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público

> e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF. Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido.

Observe-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal excepciona:

> [...] as normas que alteram padrão monetário e estabelecem os critérios para conversão dos valores em face dessa alteração se aplicam de imediato, alcançando os contratos em curso de execução, uma vez que elas tratam de regime legal de moeda, não se lhes aplicando, por incabíveis, as limitações do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (...) (STF, RE 114.982, T1, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 01.03.1991).

No mesmo sentido, mais recentemente, o julgamento no RE 212.136 AgR, 2T, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ de 21.02.2003. O raciocínio básico é que inexiste direito adquirido a padrão monetário, sendo que as normas de conteúdo monetário destinam-se a garantir a estabilidade do sistema e o próprio equilíbrio econômico do país. Não é este o caso, entretanto, da Lei 13.467/2017, razão pela qual não lhe cabe sequer a retroatividade quanto aos efeitos futuros dos contratos celebrados antes de sua vigência.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, por seu turno, há entendimento sumulado em sentido da inaplicabilidade da lei nova aos contratos de emprego em curso:

> A alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário promovida pela Lei nº 12.740/2012 atinge somente contrato de trabalho firmado a partir de sua vigência, de modo que, nesse caso, o cálculo será realizado exclusivamente sobre o salário básico, conforme determina o § 1º do art. 193 da CLT (Súmula 191, III do TST).

É que, com a Lei 12.740/2012, a disciplina do adicional de periculosidade passou a ser regido no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho, incidindo o correspondente adicional apenas sobre o salário-base; ao invés de todo conjunto de parcelas de natureza salarial, pela interpretação da Lei 7.369/85 constante da anterior redação da Súmula 191 do TST, conferida pela Res. 121/2003.

Por fim, igualmente o Superior Tribunal de Justiça se posiciona quanto ao tema, asseverando que, na seara contratual, os acordos e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se celebraram. Ao apreciar matéria relativa à retroatividade das Leis 8.004/90 e 8.100/90 a contrato de mútuo, foi decidido que (REsp/650136/RS, T1, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 24.10.2005):

> [...] 2. Consoante as regras de direito intertemporal, as obrigações regem-se pela lei vigente ao tempo em que se constituíram, quer tenham elas base contratual ou extracontratual. No campo dos contratos, os vínculos e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se celebraram.
>
> 3. A cobertura pelo FCVS – Fundo de Compensação de Variação Salarial, é espécie de seguro que visa a cobrir eventual saldo devedor existente após a extinção do contrato. O saldo devedor, por seu turno, é um resíduo do valor contratual causado pelo fenômeno inflacionário. Embora o FCVS onere o valor da prestação do contrato, o mutuário tem a garantia de, no futuro, quitar sua dívida desobrigando-se do eventual saldo devedor, que, muitas vezes, alcança o patamar de valor equivalente ao próprio.
>
> 4. *In casu*, à época vigia a Lei n.º 4.380/64, que não excluía a possibilidade de o resíduo do financiamento do segundo imóvel adquirido ser quitado pelo FCVS, mas, tão-somente, impunha aos mutuários que, se acaso fossem proprietários de outro imóvel seria antecipado o vencimento do valor financiado.
>
> 5. É direito do mutuário a manutenção da cobertura do FCVS e, por consequência, a liquidação antecipada do saldo devedor, com desconto de 100% pelo Fundo, desde que o contrato tenha sido celebrado até 31 de dezembro de 1987 (art. 2º, §3º, da Lei n.º 10.150/00), ainda que haja novação dos débitos fundada em edição anterior da Medida Provisória 1.981-52/2000, cujas regras foram mantidas quando convertida na Lei 10.150/2000.
>
> 6. Precedentes do STJ (REsp 638132/PR Relator Ministro FRANCIULLI NETTO DJ 06.09.2004; REsp 572148/RS Relator Ministro JOSÉ DELGADO DJ 22.03.2004). (...).

Diante destes elementos, conclui-se que, considerando o princípio da irretroatividade da lei (CF, art. 5º, XXXVI) e, consequentemente, os princípios da segurança jurídica e da confiança, a Lei 13.467/2017 não se aplica aos contratos de emprego em curso na data do início de sua vigência.

Esse debate sobre a temporalidade das regras trabalhistas deve, de igual modo, ser harmonizado com os princípios do Direito do Trabalho, como consta no caput do art. 8º da CLT, mesmo após a reforma. Na principiologia trabalhista, o princípio da proteção, é o critério fundamental de orientação do Direito do Trabalho, do qual se extrai o critério do

in dubio pro operário que assim sinaliza: "*no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador*" (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 107). Ou seja, o princípio tutelar também incide na questão do direito intertemporal, corroborando uma interpretação favorável ao trabalhador.

Justamente com amparo em Plá Rodriguez, Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto (2017) defendem a inaplicabilidade das novas regras da reforma trabalhista para os contratos em curso:

> [...] os dispositivos de direito material que criem novas figuras, eliminem direitos ou criem condições desfavoráveis aos trabalhadores somente valham para as relações de emprego inauguradas no novo ambiente normativo da Lei n. 13.467/2017.
>
> [...]
>
> De toda a sorte, direitos anteriormente assegurados por lei e abolidos ou transformados em sua natureza jurídica persistirão quando previstos em contrato individual, regulamento empresarial, norma coletiva ou sentença normativa, por possuírem fundamento independente da fonte normativa primária heterônoma (SOUZA JÚNIOR; SOUZA; MARANHÃO; AZEVEDO NETO, 2017: p. 520-521).

À luz do princípio protetivo do Direito do Trabalho e seus critérios de interpretação, as antigas vantagens previstas na legislação foram incorporadas ao contrato de emprego. Na regra da condição mais benéfica, há pluralidade de normas no processo de sobreposição temporal (sucessão). "Daí o entendimento de que o princípio da condição mais benéfica resolve o fenômeno de direito transitório ou intertemporal" (SILVA, 1999, p. 99).

O ordenamento jurídico brasileiro consagra expressamente a regra da condição mais benéfica, com arrimo no direito adquirido, com fulcro no artigo quinto, inciso XXXVI, e sétimo caput da Constituição de 1988. A legislação infraconstitucional trabalhista instituiu a vedação das alterações contratuais lesivas por meio do artigo 468, o que representa a conseqüência do princípio da condição mais benéfica.

3. INAPLICABILIDADE DA REFORMA TRABALHISTA AOS PROCESSOS TRABALHISTAS EM CURSO

É corrente considerar que as leis regem, ordinariamente, as situações fático-jurídicas presentes. Todavia, a ocorrência de uma sucessão de regras jurídicas enseja um delicado debate sobre a aplicação da lei nova para situações jurídicas em curso e iniciadas na vigência na lei antiga. Discutir os efeitos temporais da sucessão legislativa é o objeto do direito intertemporal.

A máxima "*tempus regit actum*" perdura soberana quando se cogita a aplicação temporal do direito. Ancorada na ideia de estabilidade e segurança, o sistema jurídico brasileiro aponta, como regra, a eficácia imediata da nova lei, todavia veda sua incidência pretérita, confirmando outro brocárdo jurídico: "*lex prospicit, no respicit*".

No ordenamento jurídico nacional, a norma constitucional estabelece como garantias fundamentais que "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*", consoante art. 5º, inciso XXXVI, dando concretude aos seus valores-princípios de estabilidade e segurança jurídica. No campo do processo laboral, a CLT já disciplinava o tema no XI título de "*disposições finais e transitórias*". Trata-se dos dispositivos constantes dos artigos 912, 915 e 916. Particularmente, o art. 915 consagra a inaplicabilidade do regime recursal novo ao recurso já iniciado, mesclando efeito imediato, mas impondo o respeito às situações processuais em andamento.

Como complemento à CLT na forma do art. 15 do CPC, o processo civil segue essa diretriz de imediatidade e irretroatividade. O CPC/2015 trata do tema nos artigos 14, 1.046 e 1.047, estabelece algumas ressalvas e regras de transição, como se vê abaixo:

> Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada. [...]
>
> Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
>
> § 1º. As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.
>
> § 2º. Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.
>
> § 3º. Os processos mencionados no art. 1.218 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de

> 1973, cujo procedimento ainda não tenha sido incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código. [...]
>
> Art. 1.047. As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência (Código de Processo Civil).

Para o problema teórico sobre o que seria irretroatividade, processo pendente e relação não consumada, a lei, doutrina e jurisprudência elegeram a teoria do "*isolamento dos atos processuais*", recusando as teorias da "*unidade do processo*" e *"autonomia das fases*".

A teoria prevalecente, designada como *"isolamento dos atos processuais"*, considera que é o ato processual individualizado a grande referência para a aplicação da lei nova regra. O art. 14 do CPC e art. 915 da CLT tomam como referência atos processuais isolados, o que justifica a ideia doutrinária de que a própria legislação acolheu essa teoria. Também se percebe que a fase decisória deve observar o procedimento iniciado à época da fase postulatória (§ 1º do art. 1.046 do CPC), sendo a prolação da sentença a referência temporal para fins de entendimento do conceito de "*situação jurídica consolidada*".

O julgado do Tribunal Superior do Trabalho abaixo cuida deste debate de direito intertemporal sobre a incidência do CPC em sede recursal e revela a adoção expressa do critério do isolamento dos atos processuais para fins de direito intertemporal:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PRECEDÊNCIA DAS NORMAS DO CPC DE 1973 FRENTE AO CPC DE 2015. INCIDÊNCIA DA REGRA DE DIREITO INTERTEMPORAL SEGUNDO A QUAL TEMPUS REGIT ACTUM. I – O agravo de instrumento foi interposto em 23/03/2016 contra decisão que denegara seguimento a recurso de revista manejado em face de acórdão proferido na sessão de julgamento ocorrida em 25/11/2015. II – Não obstante a vigência do novo Código de Processo Civil tenha iniciado no dia 18/03/2016, conforme definido pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça, aplicam-se ao presente feito as disposições contidas no CPC de 1973. III – É que embora as normas processuais tenham aplicação imediata aos processos pendentes, não têm efeito retroativo, por conta da regra de direito intertemporal que as preside, segundo a qual tempus regit actum. IV – Esse, a propósito, é o posicionamento consagrado no artigo 14 do CPC de 2015 de que "a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada". V – Como a lei processual superveniente deve respeitar os atos praticados sob o domínio da lei revogada, a indagação que se põe, em sede recursal, diz respeito ao marco a partir do qual se aplicará a lei revogada ou a lei revogadora, propendendo a doutrina pela data da sessão em que proferida a decisão objeto do apelo. Precedentes do STJ [...]". (AIRR – 1760-90.2013.5.10.0012, Relator Desembargador Convocado: Roberto Nobrega de Almeida Filho, Data de Julgamento: 23/08/2017, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/08/2017)".

Nesta direção de inaplicabilidade, convém registrar que o próprio Superior Tribunal de Justiça vem recusando a aplicação imediata de honorários advocatícios recursais nos processos cujo recurso tenha sido anterior vigência do CPC. Trata-se do Enunciado Administrativo n. 7, que assim dispõe: "*Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais* ***recursais****, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC*".

Como consta no precedente judicial do STJ, a questão dos honorários advocatícios – inclusive pela sua natureza jurídica bifronte – e as regras processuais novas de gratuidade da justiça devem ser examinadas ao tempo da postulação. Note-se que, mesmo os pedidos anteriores de honorários sucumbenciais, estavam baseados na ordem jurídica anterior (CPC e CF), ou seja, caso se entenda por tal direito, a base normativa deste não é a Lei 13.467/2017. Destarte, aplicar os honorários sucumbenciais da reforma trabalhista com base em pedido de honorários lastreado no CPC é julgar de modo diverso daquele postulado.

Na mesma direção, o Tribunal Superior do Trabalho já fixou orientação jurisprudencial de que é a data e o sistema processual da propositura da ação que fixam o direito aos honorários:

> HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO OU DE DOENÇA PROFISSIONAL. AJUIZAMENTO PERANTE A JUSTIÇA COMUM ANTES DA PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. POSTERIOR REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 85 DO CPC DE 2015. ART. 20 DO CPC DE 1973. INCIDÊNCIA. A condenação em honorários advocatícios nos autos de ação de indenização

> por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho ou de doença profissional, remetida à Justiça do Trabalho após ajuizamento na Justiça comum, antes da vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004, decorre da mera sucumbência, nos termos do art. 85 do CPC de 2015 (art. 20 do CPC de 1973), não se sujeitando aos requisitos da Lei nº 5.584/1970. Ademais, seria flagrante decisão surpresa tomar como referência novas regras processuais, notadamente aqueles de natureza punitiva, sem qualquer contraditório prévio das partes (OJ 421 da SDI1).

Mantendo a tradição deste entendimento, a 2ª Jornada Nacional da Anamatra, realizada em 2017, aprovou o seguinte enunciado:

> 98 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO.
>
> EM RAZÃO DA NATUREZA HÍBRIDA DAS NORMAS QUE REGEM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (MATERIAL E PROCESSUAL), A CONDENAÇÃO À VERBA SUCUMBENCIAL SÓ PODERÁ SER IMPOSTA NOS PROCESSOS INICIADOS APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 13.467/2017, HAJA VISTA A GARANTIA DE NÃO SURPRESA, BEM COMO EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE, UMA VEZ QUE A EXPECTATIVA DE CUSTOS E RISCOS É AFERIDA NO MOMENTO DA PROPOSITURA DA AÇÃO.

Na mesma direção, o Tribunal Superior do Trabalho, em um dos primeiros Acórdãos em enfrentar a questão, entendeu o seguinte:

> RECURSO DE REVISTA. QUESTÃO PRELIMINAR. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. DESPACHO DE ADMISSIBILIDADE PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA IN 40 DO TST. [...] HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. A Corte Regional deferiu o pedido de pagamento de honorários advocatícios sem que o reclamante estivesse assistido por sindicato da categoria. Até a edição da Lei 13.467/2017, o deferimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho estava condicionado ao preenchimento cumulativo dos requisitos previstos no art. 14 da Lei 5.584/70 e sintetizados na Súmula nº 219, I, desta Corte (sucumbência do empregador, comprovação do estado de miserabilidade jurídica do empregado e assistência do trabalhador pelo sindicato da categoria). A Lei 13.467/2017 possui aplicação imediata no que concerne às regras de natureza processual, contudo, a alteração em relação ao princípio da sucumbência só tem aplicabilidade aos processos novos, uma vez que não é possível sua aplicação aos processos que foram decididos nas instâncias ordinárias sob o pálio da legislação anterior e sob a qual se analisa a existência de violação literal de dispositivo de lei federal. Verificada contrariedade ao entendimento consagrado na Súmula n.º 219, I, do TST. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (A C Ó R D Ã O 6ª Turma – Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos – PROCESSO Nº TST-RR-20192-83.2013.5.04.0026 – Plublicado no DJE: 15/12/2017)

A tramitação do efeito pelas regras antigas da CLT revela-se, então, como situação jurídica consolidada, e, por tal motivo, merece a proteção jurídica, a fim de se evitar surpresas. Aplicar as regras processuais da reforma trabalhista aos feitos já instruídos configuraria ofensa direta ao devido processual legal substancial (Inciso LV do art. 5º da CF) e colisão com as regras dos arts 9º e 10 do CPC/2015. Isto porque o feito vem transcorrendo sob a égide das regras processuais anteriores à Lei 13.467/2017, sendo impossível às partes, pela temporalidade das mudanças, antever quais regras processuais vigentes à época da prolação da decisão.

Por consequência, nenhumas das alterações processuais (a exemplo de honorários advocatícios sucumbenciais, restrição da gratuidade da justiça, etc) ou mesmo aquelas de natureza material com incidência processual (a exemplo do novel capítulo de dano extrapatrimonial) são aplicáveis em processo ajuizado anteriormente à vigência da Lei 13.467/2017, em atenção as regras citadas acima, em observância às garantias constitucionais e aos valores jurídicos da estabilidade e da segurança.

4. CONCLUSÕES

As reformas trabalhistas – Lei 13.467/17 e MP 808/2017 – na legislação material apontam para um novo modelo de legislação trabalhista, de cunho mais liberal e negocial. Independentemente do necessário e polêmico debate da constitucionalidade e convencionalidade deste conjunto de alterações legislativas, é preciso demarcar temporalmente que a incidência destas novas normativas trabalhistas não alcança os contratos já vigentes, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei, da segurança jurídica e da confiança, além da reiteração do princípio protetivo com suas ideias de regra e condição mais favorável.

No campo processual, também se verifica um conflito de paradigmas entre o antigo modelo de

amplo acesso e gratuidade da Justiça e as alterações processuais que restrigem o acesso à justiça e atrasam a duração do processo. Muito embora existam mais argumentos teóricos-abstratos para a incidência das inovações nos processos em curso, nas ações ajuizadas anterioremente à 11 de novembro de 2017 as regras de honorários e gratuidade devem ter seu processamento conforme as normas vigentes à epóca da propositura da ação, por respeito aos preceitos constitucionais, especialmente a segurança jurídica.

5. REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. reimp. da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. v.IV. *Contratos*. t.1. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. *Questões Mais Recentes de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1988.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. Limite temporal da lei. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 173, n. 576, 1948, p. 459-485.

SILVA, Luiz Pinho Pedreira de. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma Trabalhista:* Análise comparativa e crítica da Lei 16.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017.

Ônus da prova à luz da Reforma Trabalhista

José Affonso Dallegrave Neto*

SUMÁRIO: 1. Direito fundamental de prova; 2. Redução do poder de convencimento do julgador no CPC/15; 3. Distribuição estática e dinâmica do ônus da prova; 4. Critérios e momento para inversão do *onus probandi*; 5. Ônus da prova na responsabilidade contratual.

1. DIREITO FUNDAMENTAL DE PROVA

Quando se fala em produção de prova em juízo, está-se referindo à formação do convencimento por parte do juiz acerca da existência de fatos relevantes do processo[1]. Não por acaso que o art. 369 do novo CPC[2] assegura às partes o direito de provar "a verdade dos fatos" em que se funda a pretensão (pedido ou defesa), objetivando "influir eficazmente na convicção do juiz".

Com efeito, o destinatário direto e principal da prova é sempre o julgador. Todavia, as partes também são destinatárias da prova, e assim não apenas quando visam resultados futuros (*vg:* procedimento judicial prévio ou cautelar), mas como interessadas no reconhecimento jurisprudencial de seus direitos. Pode-se dizer que até mesmo a sociedade é destinatária indireta da prova que levará o (in)deferimento da sua pretensão material. Não por acaso que o Fórum Permanente de Processo Civil, FPPC de Salvador, editou o Enunciado n. 50, assim:

> Os destinatários da prova são aqueles que poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz.

O tema ganha relevo em tempos de aplicação da nova teoria dos precedentes, introduzida pelo CPC/15, onde a *ratio decidendi* integrará um catálogo disponível para ser utilizado em casos análogos.

A propósito do novo paradigma que busca a *unidade do direto* por intermédio da atribuição de força à jurisprudência uniforme das Cortes de Justiça (TRF, TJ e TRT) e dos precedentes das Cortes Supremas (STF, STJ e TST), cabe observar que novo CPC continua a adotar *técnicas repressivas* para atingir a unidade do direito (a exemplo do recurso extraordinário, recurso de revista, embargos de divergência para SDI) e uniformizar a sua aplicação (a exemplo do recurso ordinário, agravo de instrumento e agravo interno).

A novidade introduzida pelo CPC/15 reside justamente em aliar a tradicional técnica repressiva com o alargamento da função das Cortes Supremas e das Cortes de Justiça. Daniel Mitidiero observa o novo viés adotado:

> Nada obstante, o que sobressai da sua leitura é o dever de as Cortes Supremas outorgarem unidade ao direito a fim de que a ordem jurídica passe a ser segura e capaz de prover liberdade e igualdade de todos perante o direito (art. 926), sendo instrumento para tanto o precedente (art. 927). Avulta da sua leitura ainda o dever de as Cortes de Justiça uniformizarem a interpretação de questões relevantes (art. 947) e repetidas (arts. 976 a 987), sendo instrumento para tanto a jurisprudência. Em ambos os casos, precedente e jurisprudência poderão ser objeto de súmulas (art. 926, parágrafos 1º e 2º). Além disso, manteve e ampliou os poderes do relator para estimular a adesão aos precedentes e à jurisprudência (art. 932)[3].

Considerando ser o êxito da produção da prova que levará o reconhecimento da pretensão, a sua importância salta aos olhos. Por tais razões, a prova constitui ao mesmo tempo um direito e uma garantia fundamental decorrente do devido processo legal (*due process of law*), o qual assegura o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF[4]). Com

---

(*) Advogado, Mestre e Doutor pela UFPr; Pós-doutorando pela Universidade de Lisboa (FDUNL); Professor da Escola Judicial da Magistratura Trabalhista do Paraná e PUC/Pr.

1. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3, p. 109.

2. Art. 369 do CPC/2015: *As partes têm o direito de empregar todos os meios legais*, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa *e influir eficazmente na convicção do juiz*.

3. MITIDIERO, Daniel. Precedentes: Da persuasão à vinculação. SP: Editora Revista dos Tribunais. 2016, pág. 85.

4. Art. 5º, LIV: – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
Art. 5º, LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

efeito, a produção da prova independe de requerimento das partes na petição inicial ou contestação[5]. Ao juiz caberá propiciar não só a ciência da prova, mas a manifestação efetiva do *ex-adverso,* sob pena de nulidade processual.

A prova é sempre das alegações dos fatos e não da norma legal, até porque o direito cabe ao juiz conhecer (*iura novit curia*)[6]. Com base no regramento processual e na melhor doutrina sobre o tema, é possível apontar três classes (cumulativas) de fatos sujeitos à prova judicial:

- fatos *controvertidos*, aqueles afirmados por uma parte e contestados especificamente pela outra, dentro da chamada *listiscontestio*[7] (arts. 341 e 374 do CPC/15);
- fatos *relevantes* ao deslinde dos pedidos, prescindindo de prova os fatos notórios (art. 374, CPC/15);
- fatos *determinados,* aqueles identificados no tempo e no espaço, não se concebendo prova sobre fatos genéricos, vez que nem mesmo o pedido poderá ser indeterminado (art. 324 do CPC[8]).

O sistema processual pátrio, em matéria de prova, adota o Princípio do Convencimento Motivado nos Autos, também chamado de Princípio da Persuasão Racional. Assim, ao magistrado cabe formar o seu convencimento com esteio nos elementos que constam dos autos, cabendo invocar aqui a parêmia *quod non est in actis nos est in mundo* (o que não consta nos autos não consta no mundo). Aludida premissa restou acolhida pelo Código de Processo Civil anterior (art. 131, CPC/73) e também no atual:

> Art. 371, CPC/15: O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Conforme se demonstrará a seguir, houve sutil alteração acerca da redução da amplitude do convencimento do julgador na apreciação da prova, a partir do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15).

2. REDUÇÃO DO PODER DE CONVENCIMENTO DO JULGADOR NO CPC/15

O sistema processual pátrio, em matéria de prova, adotava o Princípio do Livre Convencimento Motivado nos Autos. Assim, com espeque no art. 131 do CPC/73, ao magistrado caberia formar o seu convencimento, de *forma livre e pessoal*, mas desde que com fundamento nos elementos dos autos.

Com o advento do novo CPC, a redação sofreu alteração, eliminando-se a expressão "livremente" (*apreciará livremente a prova*[9]). Para boa parte dos juízes e da doutrina nada restou alterado, vez que o livre convencimento motivado remanesce, conforme atestam as regras dos arts. 371 e 372 do CPC/2015, no sentido de que "o juiz apreciará a prova atribuindo-lhe o valor que entender adequado (ora, isso não é livremente?)", questiona Fernando Gajardoni[10].

---

5. Nesse sentido é a dicção do Art. 852-H, CLT: "Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, *ainda que não requeridas previamente*".

6. Ao julgador cabe conhecer o direito federal, devendo o direito estadual, municipal ou estrangeiro ser provado pela parte interessada nos termos do art. 376 do CPC/15. É verdade que são raros os direitos trabalhistas oriundos de normas que não sejam da União Federal, uma vez que é ela quem detém a competência privativa para legislar sobre direito do trabalho, nos termos do art. 22 da CF. Contudo, é possível em alguns casos especiais que uma norma municipal irradie efeitos sobre o contrato de trabalho. Um exemplo disso é a previsão de feriado previsto em lei municipal para efeitos de RSR ou mesmo, na órbita processual, para efeitos de comprovação de prorrogação de prazo recursal por parte do recorrente interessado. A propósito deste casuísmo, invoque-se a Súmula n. 385, I do TST: "I – Incumbe à parte o ônus de provar, quando da interposição do recurso, a existência de feriado local que autorize a prorrogação do prazo recursal (art. 1.003, § 6º, do CPC de 2015). No caso de o recorrente alegar a existência de feriado local e não o comprovar no momento da interposição do recurso, cumpre ao relator conceder o prazo de 5 (cinco) dias para que seja sanado o vício (art. 932, parágrafo único, do CPC de 2015), sob pena de não conhecimento se da comprovação depender a tempestividade recursal".

7. "LITISCONTESTATIO. LIMITES DE SENTENÇA. A *litiscontestatio* é formada pela postulação contida na petição inicial e na defesa, não podendo o Juiz apreciar questão nela não suscitada, ao menos sem violar os arts. 128 e 460, do CPC/73, e, em última medida, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88)." (TRT 5ª R.; RO 84400-21.2009.5.05.0016; Primeira Turma; Relª Desª Marama dos Santos Carneiro; DEJTBA 25.1.2011)

8. Art. 324, CPC/15: O pedido deve ser determinado. § 1º É lícito, porém, formular pedido genérico; I – nas ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados; II – quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III – quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. § 2º O disposto neste artigo aplica-se à reconvenção.

9. Art. 131, CPC/73: O juiz apreciará *livremente a prova*, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

10. Nesse sentido escreveu Fernando da Fonseca Gajardoni, professor de Direito Processual Civil e Arbitragem da FDRP-USP: o autor acrescenta: "Diversamente do almejado por

Em sentido oposto, outro segmento doutrinário no qual filiamos, sustenta que, ao se retirar do ordenamento processual a expressão "o juiz apreciará *livremente* a prova", reduziu-se a amplitude do poder de convencimento do julgador. A propósito, Delfino e Lopes, apoiados na doutrina de Lênio Streck, observam com acerto:

> A verdade é que o "princípio" do livre convencimento motivado não se sustenta em um sistema normativo como o novo CPC, que aposta suas fichas no contraditório como garantia de influência e não surpresa e, por isso, alimenta esforços para se ajustar ao paradigma da intersubjetividade, em que o processo é encarado como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho na qual todos os sujeitos processuais atuam em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade na construção e efetivação dos provimentos judiciais. O que se quer do juiz não é que se torne *simples estátua na proa do navio* (ou um *robô*), em recuo ao liberalismo processual, mas sim que assuma definitivamente sua *responsabilidade política*. Suas pré-compreensões, seu pensar individual ou sua consciência não interessam aos jurisdicionados. Pertencem a ele e interessam a si próprio e àqueles com quem convive ou que com ele pretendam coexistir. A jurisdição tem por escopo resolver conflitos conforme o direito, a surgir da interpretação das leis, dos princípios constitucionais, dos regulamentos e dos precedentes com DNA constitucional.[11]

De nossa parte, cabe registrar que o problema está em distinguir duas expressões sutis, porém diversas. Uma coisa era a previsão legal para o juiz apreciar *livremente* a prova (art. 131, CPC/73). Até aqui havia liberdade para decisões exageradamente subjetivas como esta prolatada pelo STJ:

> Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros dec*Idem* assim, porque pensam assim. (Min. Humberto Barros do STJ)[12].

Situação diversa decorre da nova previsão que retirou a expressão "livremente", reduzindo-se assim o amplo poder discricionário do julgador na valoração da prova. Doravante, o juiz deverá apreciar as provas constantes dos autos e, ao atribuir maior valor a uma em detrimento de outra, fundamentar sua posição com a conjugação de todos os elementos dos autos (§ 3º do art. 489, CPC[13]).

Mencione-se exemplo recorrente do juiz que considera a prova testemunhal do reclamante em detrimento daquela produzida pelo reclamado (ou vice-versa). Neste caso, o julgador deverá fundamentar seu convencimento, mas não de forma livre ou por exclusiva convicção pessoal. Caberá, pois, apontar as eventuais fragilidades e contradições da prova que rejeitou em confronto com os demais elementos que prevaleceram em sua convicção pessoal. Vale dizer, não se admite mais a valoração feita por simples subjetivismo do juiz (solipsimo)[14], cabendo aqui a lembrança da célebre expressão de Benthan: "a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas"[15].

Além da já mencionada máxima *quod non est in actis non est in mundo,* é preciso invocar o princípio do dispositivo, o qual impõe à parte interessada o ônus de provar os fatos alegados. Com efeito, ao

---

alguns "hermeneutas" do Novo Código, o CPC/2015 não "coisificou" ou "robotizou" o julgador, tolhendo qualquer espaço de liberdade decisória. Além da autonomia na valoração motivada da prova, mesmo em matéria de interpretação do Direito há espaço para a liberdade de convicção". Fonte: http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado--nao-acabou-no-novo-cpc

11. In: *A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas.* Fonte: http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais--a-razao-esta-com-os-hermeneutas/

12. Retirado do artigo, cuja fonte está em http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento--motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/

13. Art. 489, CPC/15: São elementos essenciais da sentença: (...) § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

14. Decisões solipsistas, como esta, ofendem a nova ordem processual: "*Inadmissível em nosso sistema jurídico se apresenta a determinação ao julgador para que dê realce a esta ou aquela prova em detrimento de outra.* O princípio do livre convencimento motivado apenas reclama do juiz que fundamente sua decisão, em face dos elementos dos autos e do ordenamento jurídico." (STJ – RESP nº 400977/PE, 4ª T, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, D.J. 03.06.02).

15. BENTHAN, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. E. Dumont (org.). Trad: Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Valletta, 1971, v. 01.

autor caberá demonstrar os fatos constitutivos e, ao réu, os impeditivos, modificativos e extintivos do direito em disputa (art. 818 da CLT combinado com o art. 373 do CPC)[16].

3. DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA E DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

No terreno das provas produzidas em juízo há uma aparente contradição (antinomia) entre a garantia de imparcialidade do julgador e o princípio de proteção ao empregado. Não se negue que o processo é um instrumento de atuação do direito material. Logo, sendo a pretensão de natureza trabalhista, não há como negar que nela se encontra arraigada a tutela do trabalhador demandante. Por outro lado, ambas as partes têm direito ao chamado juiz natural (art. 5º, XXXVII), o qual pressupõe a imparcialidade do julgador.

Com efeito, pode-se concluir que a proteção ao empregado se espraia no campo processual, tendo como limite a imparcialidade do magistrado. Vale dizer: o juiz não poderá ser tendencioso, mas apenas tuitivo no limite da estrita aplicação da lei material e seus princípios. O tratamento formal dispensado pelo magistrado às partes deve ser igualitário (art. 139, I, CPC[17]), exceto nas situações em que o próprio legislador conferiu tutela ao demandante hipossuficiente como, por exemplo, nas presunções (Súmula n. 212, TST[18]) ou na inversão do ônus da prova (art. 373, § 1º, CPC[19] e Súmula n. 338, TST[20]).

Sobre este tema, impende transcrever a atenta advertência de Estêvão Mallet que denuncia o anacronismo da concepção de neutralidade do julgador e da noção de igualdade meramente formal que vulnera o pronunciamento jurisdicional efetivo:

> A ideia de dever o Processo permanecer neutro (indiferente à condição peculiar dos litigantes) não se sustenta e contrasta com o reconhecimento, hoje pacífico, da insuficiência da igualdade meramente formal para um pronunciamento jurisdicional efetivo e pacificador com justiça. Todavia, ao revés, a legislação processual do trabalho brasileira acha-se ainda presa a tal concepção. Disso resulta o agravamento, no plano processual, das desigualdades já existentes no plano material, com sensível discriminação do litigante dotado de menor capacidade econômica. Há que se reformular tanto o pensamento quanto a estrutura do Processo do trabalho, de modo a combater essa discriminação, indesejável sob qualquer prisma que se queira adotar. Trata-se, no fundo, não de mera faculdade, mas de autêntico dever imposto ao legislador, como resulta do já citado art. 3º, III, da Constituição Federal.[21]

Na mesma toada crítica, no sentido de conciliar os princípios da imparcialidade do juiz e da proteção axiológica do demandante, Julio César Bebber assevera com precisão:

> A imparcialidade que se exige do juiz é objetiva (CPC/73, arts. 134 e 135; CLT, art. 801)[22], e não subjetiva, podendo ser resumida na ausência de interesse particular na causa. Imparcialidade não significa indiferença axiológica, e juiz imparcial não é sinônimo de juiz insensível ou inerte, mas sim, de juiz que dirige o processo sem interesse pessoal. É juiz comprometido com os ideais de justiça; juiz que não se deixa influenciar por fatores estranhos aos seus

16. Registre-se que pelo novo CPC, esta distribuição estática da lei acerca do ônus da prova pode ser modificada diante de peculiaridades da causa relacionadas à chamada prova diabólica ou impossível, conforme regula os § 1º e 2º do art. 373.

17. Art. 139, CPC/15: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

18. Súmula n. 212: "O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado".

19. Art. 373 do CPC/15: O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

20. Súmula n. 338: I – "É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir".

21. MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coords.). *Discriminação e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 159.

22. As regras citadas foram recepecionadas e alargadas pelo CPC/15 em seus artigos 144 e 145.

> conhecimentos jurídicos, e dá ao caso o desfecho que corresponde ao que é justo.[23]

Com efeito, ao fixar o *onus probandi,* o magistrado deve ater-se à regra de distribuição prevista na nova redação do art. 818 da CLT, inspirada no art. 373 do CPC, sendo do autor o encargo dos fatos constitutivos, e do réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Ao perpassar essa regra distributiva, caberá delimitar os já mencionados fatos que não dependem de prova (arts. 341 e 374 do CPC) e o cabimento do princípio da aptidão da prova.

Segundo Manoel Antônio Teixeira Filho, pelo princípio da aptidão para a prova, competirá ao julgador verificar, em concreto, "quem estava *apto a produzir a prova,* segundo os meios e condições de que realmente dispunha, pouco importando que se trate de prova positiva ou negativa ou de que o interesse fosse desta ou daquela parte"[24].

No processo trabalhista, em se tratando de produção de prova documental, como, por exemplo, a de comprovar o fornecimento de EPI (equipamento de proteção individual), geralmente a aptidão é do empregador que tem o dever de guardar a documentação da empresa, nos termos da legislação vigente, em especial as NRs do MET (Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego).

> EPI. ÔNUS DA PROVA. Cabe à empresa demonstrar, não só o fornecimento do equipamento de proteção individual, mas também que sua efetiva utilização ocorreu com a eficiência desejada, ou seja, eliminou o agente de risco ou reduziu seus efeitos a patamares inofensivos. Nesse sentido a Súmula nº 289 do TST. (TRT 5ª R.; RecOrd 0000251-60.2013.5.05.0531; 1ª. Turma; Rel. Des. Edilton Meireles de Oliveira Santos; DEJTBA 27/01/2016)

Diante desses referidos princípios (aptidão da prova e tutela ao demandante hipossuficiente), exsurge importante segmento da jurisprudência que pugna, com acerto, pela *inversão do ônus da prova* no campo das ações de indenização por acidente do trabalho:

> DOENÇA OCUPACIANAL. ÔNUS DA PROVA DA CULPA. ATRIBUIÇÃO AO EMPREGADOR**.** Impossível atribuir-se ao reclamante o ônus da prova referente à culpabilidade do empregador. Não dispõe o trabalhador da *aptidão necessária* para produzir a prova nesse sentido, pois *é o empregador que dispõe* dos meios necessários para demonstrar que não contribuiu para a nocividade do ambiente laboral. Tratando-se de doença profissional é o empregador o único habilitado para demonstrar que todas as medidas de segurança implementadas foram suficientes e adequadas para neutralizar os riscos ambientais respectivos. (TRT 13ª R.; RO 0130613-20.2015.5.13.0027; Segunda Turma; Rel. Des. Wolney de Macedo Cordeiro; DEJTPB 04/11/2016; Pág. 12)

Não se ignore, pois, o princípio do dispositivo que atribui à parte interessada o ônus de provar os fatos alegados (art. 818 da CLT combinado com o art. 373 do CPC/15). Em que pese a força desses argumentos, que consagraram a teoria da distribuição estática do ônus da prova, a moderna concepção de processo atribui poderes mais amplos ao julgador (art. 139, IV e VI, CPC[25]), mormente para prestigiar a efetividade dos direitos em disputa.

Com efeito, a distribuição do *onus probandi* deixa de ser rígida e generalizada para se tornar dinâmica, com a possibilidade de inversão do critério legal diante de causas peculiares ou presunções legais, consoante dispõe expressamente a nova redação conferida ao art. 818 da CLT, em face da Lei 13.467/17:

> 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.

23. BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 445. Registre-se que os mencionados artigos 134 e 135 do CPC/73 hoje equivalem aos artigos 144 e 145 do CPC/15, respectivamente.

24. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho.* 7. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 118.

25. Art. 139, CPC/15: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;(...)VI – 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;

> § 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. (NR)

4. CRITÉRIOS E MOMENTO DA INVERSÃO DO *ONUS PROBANDI*

Pode-se dizer que há dois critérios para a inversão do ônus da prova: a) casuístico: de acordo com a maior facilidade ou dificuldade da prova, conforme a peculiaridade da causa; b) decorrente da lei ou das presunções legais.

Em ambos os casos leva-se em conta a equidade e a paridade de armas das partes. Contudo, a inversão do ônus estático não pode caracterizar imposição de *prova diabólica,* situação em que a desincumbência do encargo seja impossível ou excessivamente difícil à parte (art. 818, § 3º).

Por inversão decorrente de aplicação da lei, mencione-se a determinação da juntada dos recibos pelo empregador, conforme dispõe o art. 464 da CLT[26] e o já mencionado princípio da aptidão da prova. Por presunção de lei[27], cite-se o exemplo da Súmula 338 do TST[28], que atribui o ônus ao empregador com mais de dez empregados a prova da jornada, implicando presunção *juris tantum* de veracidade do horário de trabalho da inicial, no caso de injustificada inércia ou de demonstração por horários uniformes.

Outro caso de inversão por presunção ocorre em relação ao despedimento. Nos termos da Súmula nº 212 do TST, o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. Neste sentido é a jurisprudência:

> RUPTURA CONTRATUAL. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. Ocorre que, diante do princípio da continuidade da relação de emprego, incumbe à empresa o ônus de demonstrar que o término do contrato de trabalho se deu por vontade do trabalhador. Isso porque existe presunção relativa de que o empregado deseja continuar trabalhando, posto que esse é o meio de prover o seu próprio sustento e o da família. Como bem pontuou a sentença, no entanto, não há nos autos nenhuma prova nesse sentido. (TRT 7ª R.; RO 0000740-66.2014.5.07.0027; Terceira Turma; Rel. Des. Plauto Carneiro Porto; DEJTCE 03/10/2016; Pág. 235)

Registre-se ainda que o juiz do trabalho deve ter prontidão para inverter o ônus da prova no caso de verossimilhança da alegação do trabalhador, vez que este demandante é, ao mesmo tempo, hipossuficiente, do ponto de vista econômico, e vulnerável do ponto de vista contratual. Trata-se, pois, do mesmo silogismo aplicado aos demandantes consumidores, *ex vi* do art. 6º, VIII, do CDC (Lei 8078/90). Nessa linha dialética, assevera Júlio Bebber: "não é lícito ao juiz dizer que há verossimilhança ou que reconhece a hipossuficiência, mas que, mesmo assim, não irá inverter o ônus da prova"[29].

Pela redação do art. 373, § 1º, do CPC, e agora pelo § 1º do art. 818 da CLT, a decisão de inversão do *onus probandi* há que ser fundamentada. Resta saber em que momento isso deverá ocorrer no processo do trabalho. Para tanto importa distinguir o *direito de produzir a prova* com o chamado *ônus da prova*. O primeiro constitui direito fundamental das partes, enquanto que o *onus probandi* é o *"*encargo, *atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo"*[30].

---

26. Art. 464 – O pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo.

27. *Presunção é um* processo racional do intelecto*, pelo qual* **do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa***"*. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III, 2ª Edição. Página 113.

28. *Súmula nº 338 do TST:* I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de freqüência *gera presunção relativa* de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (...) III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, *invertendo-se o ônus da prova*, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

29. BEBBER, Julio César. Provas no novo CPC e o Processo do Trabalho. In:Coleção Repercussões do novo CPC. Vol. 4 – Processo do Trabalho, 2a edição: Revista, ampliada e atualizada. Autores: Cláudio Brandão e Estêvão Mallet. Salvador: Jus Podium, 2016, pág. 310.

30. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 2ª Edição. Página 71.

Observa-se que ônus é diferente de dever, vez que este (o dever, ao contrário do ônus) há de ser cumprido, sob pena de sanção jurídica. Enquanto o dever vincula e obriga, a tentativa de desincumbência do ônus é mera faculdade da parte na busca da satisfação de um interesse.

O ônus da prova é do tipo *imperfeito* (ao contrário do ônus de recorrer de uma sentença[31]), vez que o encargo que lhe é inerente pode ser desincumbido por atos praticados pelo *ex-adverso*. Sendo mais preciso: o autor pode se desincumbir do ônus de provar o fato constitutivo que lhe incumbia por meio da prova produzida pelo próprio réu. Da mesma forma o réu, em relação a um fato extintivo, pode se beneficiar da prova produzida pelo autor. A isso se denomina ônus do tipo imperfeito. Ao juiz caberá apreciar "a prova constante dos autos, *independentemente do sujeito que a tiver promovido"*, consoante redação expressa do art. 371 do CPC.

Feitas essas distinções, cabe identificar qual o momento em que o juiz deverá fixar o encargo probatório de cada parte. Não se negue que a teoria do ônus da prova consiste, a rigor, em normas de julgamento, as quais serão aplicadas no caso de ausência de produção de provas. Com efeito, o julgador irá formar o seu convencimento de acordo com as provas constantes dos autos (art. 371, CPC), independente de quem as produziu[32].

Registre-se que no antigo Direito Romano, ao julgador poderia se eximir de julgar o caso que não estivesse claro o suficiente. Daí a expressão *non liquet* (do latim: *non liquere*: "que não está claro"). O sistema positivo brasileiro veda a arguição do juízo *non liquet*, prevalecendo o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV). Com efeito, caso ninguém tenha produzido prova nos autos, o prejuízo recairá à parte que detinha o respectivo o encargo probatório, em face da aplicação das regras de distribuição do ônus. Diante disso, é comum dizer que a teoria do ônus da prova é antes a *teoria das consequências da prova frustrada.*

Não obstante esta ilação, a *fixação* do ônus da prova (e a possibilidade de sua inversão) constitui regra de procedimento do juiz. Conforme dispõe o art. 357 do CPC, o juiz deve, em *decisão de saneamento e de organização do processo*, definir a distribuição do ônus da prova (iniciso III) e delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito (inciso IV). O § 3º, do mesmo art. 357 do CPC, completa dizendo que "se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações".

Ora, no processo trabalho não existe a figura da *decisão de saneamento* com a mesma formalidade do processo civil. Contudo, aquela conversa entre o juiz e as partes (na verdade com os advogados das partes), antes do início da audiência de instrução, não deixa de ser um ato de saneamento do processo. Com efeito, será neste momento de interlocução que o juiz decidirá, com sucinta fundamentação, acerca da inversão (ou não) do ônus estático da prova, *ex vi* do art. 373 e art. 357, § 3º, ambos do CPC. Neste sentido se inspirou o legislador da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17) para introduzir nova regra na CLT:

> Art. 818, § 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.

Como se vê, a novidade reside na possibilidade de adiamento da audiência nos casos em que o juiz delibere pela inversão do ônus da prova. Cabe sublinhar que aludido adiamento só deverá ocorrer se houver requerimento da parte interessada. Ainda assim, caberá ao julgador, dentro de seu poder discricionário, decidir se há justificativa plausível para tanto, hipótese em que o súbito anúncio da inversão vulnere a garantia da ampla defesa. Caso se perceba que o requerimento da parte tem apenas o escopo de protelar o feito, ao magistrado caberá indeferir o requerimento em prestígio ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º. LXXVIII, da CF).

Não se olvide a atual feição da teoria geral do processo, introduzida pelo novo CPC (Lei 13.105/15), que prestigia o maior debate democrático na arena processual, impondo ao juiz a observância dos valores e das normas fundamentais da

31. O ônus de recorrer de uma sentença desfavorável é do tipo *perfeito,* vez que somente o titular pode dele se desincumbir, sendo vedada a *reformatio in pejus.*

32. O ônus da prova é sempre um "ônus processual imperfeito", tendo em vista a possibilidade de ele se desincumbir com a prova produzida pela parte ex-adversa. A fim de distinguir o conceito de "ônus imperfeito" do de "ônus perfeito", registre-se que neste (ao contrário daquele) exige-se da própria parte a iniciativa para dele se desincumbir, a exemplo do que acontece com o ônus de recorrer sempre que a parte interessada pretenda a reforma do julgado *a quo*, não podendo, para tanto, beneficiar-se do recurso da parte ex-adversa para alcançar tal desiderato, uma vez que ao tribunal não cabe a reforma em prejuízo do próprio recorrente (*non reformatio in pejus*).

Constituição Federal (art. 1º, CPC)[33]; do contraditório amplo (art. 10, CPC e art. 5º, LV, CF)[34], da colaboração e cooperação dos sujeitos do processo (art. 6º, CPC[35]), incluindo-se os órgãos judicantes nacionais (art. 67, CPC[36]) e internacionais (art. 26, CPC[37]); da possibilidade de chamar para o debate outros entes na qualidade de *amicus curie* (art. 138, CPC[38]), além de proibir qualquer decisão surpresa (art. 9º, CPC[39]).

Com base nesses critérios objetivos e proficientes, o julgador deverá inverter o ônus da prova sempre que tal procedimento for necessário para atender ao escopo da efetividade do processo e dos direitos fundamentais do demandante vulnerável. A propósito, Otávio Constantino apresenta escorreita senda a ser trilhada pelo magistrado:

> Ao nosso ver, a fixação do ônus da prova deve percorrer o seguinte caminho: primeiramente, analisam-se as hipóteses do CPC, que trata dos fatos que não dependem de prova, em especial no que se refere às presunções. Se os fatos não dependem de prova, a questão é encerrada antes mesmo de se cogitar o ônus da prova. Na sequência, verificam-se as questões ligadas ao princípio da aptidão para a prova, o qual estabelece que a prova deverá ser produzida pela parte que se encontra em melhores (ou exclusivas) condições para produzi-la, podendo se manifestar de duas diferentes formas:
>
> a) pela exibição de documentos e coisas, hipótese em que o empregado poderá se desincumbir de seus fatos constitutivos por meio da prova que se encontra em poder do empregador, enquadrando-se neste conceito a pré-constituição da prova;
>
> b) pela inversão do ônus da prova propriamente dito, ocasião na qual o empregador réu será compelido a produzir prova que ainda não exista.[40]

O Processo do Trabalho é terreno fértil a este norte de efetividade, seja porque os direitos trabalhistas se enquadram como *direitos sociais* e *fundamentais*, seja pela liberdade que o legislador conferiu ao magistrado, ao editar o art. 765 da CLT:

> Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Sobre o tema, assinale a atenta observação de Mauro Schiavi:

> Com efeito, há muito o juiz deixou de ser um convidado de pedra na relação jurídica processual. Na moderna teoria geral do processo, ao juiz cabe zelar pela dignidade do processo, pela busca da verdade real e por uma ordem jurídica justa.
>
> Isso não significa dizer que o juiz está desconsiderando o princípio do dispositivo, ou as regras do ônus da prova previstas nos artigos da CLT e do CPC, ou ao princípio de igualdade de tratamento às partes, (deveras) está apenas garantindo a dignidade da justiça, da aplicação justa e equânime da lei e uma ordem jurídica justa. O entendimento acima ganha corpo no Direito Processual do Trabalho, que tem o princípio do inquisitivo no que tange à iniciativa probatória do juiz (art. 765 da CLT)".[41]

33. Art. 1ª , CPC/15: O processo civil será *ordenado*, *disciplinado* e *interpretado* conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

34. Art. 10, CPC/15: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.
Art. 5, LV, CF: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

35. Art. 6ª Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

36. Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.

37. Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:I – o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; (...) V – a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

38. Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

39. Art. 9ª, CPC – "Não se proferirá decisão contra uma das partes *sem que ela seja previamente ouvida*". Registre-se que, por força da IN 39/TST, o art. 9º, do CPC/15, aplica-se ao processo do trabalho, esclarecendo que não se considera *decisão surpresa* a que as partes tinham obrigação de prever, a exemplo das condições da ação, pressupostos processuais e do recurso.

40. CONSTANTINO, Otávio Augusto. O ônus da prova no processo do trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo; POMBO, Sérgio Luiz da Rocha (coords.). *Direito do trabalho*: reflexões atuais. Curitiba: Juruá, 2007. p. 707.

41. SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 473.

Observa-se que o TST está sensível a essa tendência reforçada pelo CPC de 2015:

> INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA JORNADA DECLINADA NA INICIAL. SÚMULA 338, TST. (...) lV. De todo modo, constata-se que o TRT de origem não violou o preceito normativo invocado pela agravante (artigo 818 da CLT), não apenas porque lhe deu a devida e escorreita aplicação jurídica, sob o prisma do ônus subjetivo da prova, mas, sobretudo, por ter se valido precipuamente do princípio da persuasão racional do juiz, o qual se caracteriza pela liberdade conferida ao magistrado para valorar o conteúdo probatório carreado aos autos, em observância ao artigo 371 do CPC/2015 e sempre nos limites das provas produzidas, valendo salientar que a declaração de inidoneidade dos cartões não se deveu exclusivamente ao fato de eles estarem desordenados, mas por muitos serem ilegíveis ou conterem marcação britânica. (TST; AIRR 0000710-67.2015.5.21.0007; 5ª Turma; Rel. Min. Antônio Barros Levenhagen; DEJT 11/11/2016; Pág. 1433)

A amplitude do poder probatório do magistrado trabalhista ganha relevo quando se está diante de uma ação indenizatória decorrente de acidente, doença, assédio ou qualquer ofensa a um direito de personalidade. É que nessas demandas estão em jogo dois elementos cardeais: um de ordem material, qual seja a efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, X, da CF); outro de ordem processual, qual seja a previsão de arbitramento por parte do julgador (art. 509, I, CPC[42])

5. ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

Em se tratando de danos oriundos da responsabilidade civil contratual, o *onus probandi* varia conforme o tipo de inexecução. Assim, quando for incidente sobre obrigação de *resultado,* haverá presunção de culpa do agente, dispensando a prova por parte da vítima[43]. Quando o dano decorrer da inexecução de uma obrigação de *meio*, a vítima terá, a rigor, de comprovar o ato culposo do agente.

Ocorre que há certas obrigações patronais de meio que estão catalogadas na lei, a exemplo do art. 157, incisos I a III da CLT:

> Cabe às empresas:
>
> I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
>
> II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
>
> III – adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias.

Com efeito, eventual acidente do trabalho decorrente do não cumprimento de normas de segurança e prevenção caracterizará inexecução de obrigação legal e contratual. O ônus da prova será invertido nessas situações, seja pela aplicação do princípio da aptidão para a prova, seja porque a obrigação estava revestida de força legal, seja porque a inexecução contratual importa presunção de culpa do agente.

> Nos termos do art. 389 do CC/02, na responsabilidade contratual, para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova de descumprimento do contrato. Dessa forma, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando às normas de segurança e medicina do trabalho. Em outras palavras, fica estabelecida a presunção relativa de culpa do empregador. (STJ, Resp n. 1.067.738, relatora para o Acórdão: Min. Nancy Andrighi, DJU 25.6.2009)

Nesse sentido é a correta ilação de Raimundo Simão de Melo:

> O empregador, no caso de acidente decorrente de condição insegura, deverá, para se isentar da condenação, comprovar que cumpriu as obrigações contratuais no que diz respeito às normas de segurança e medicina do trabalho, pois na *responsabilidade contratual*, que é o caso, a culpa é presumida, porque há um dever positivo de adimplemento do objeto do contrato.[44]

---

42. Art. 509, CPC/15: Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor: I – por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação; (equivalente ao art. 475-C, II, do CPC/73).

43. Nesse sentido decidiu recentemente o TST: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONDUTA CULPOSA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Incabíveis os embargos de declaração quando a parte não demonstra nenhum dos vícios previstos nos artigos 897-A da CLT e 1022 do CPC/2015". (TST; ED-RR 0001326-36.2012.5.03.0011; Quinta Turma; Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos; DEJT 30/09/16; Pág. 1671)

44. MELO, Raimundo Simão de. Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. *Revista LTr*, n. 70-01, p. 29, jan. 2006.

Como se vê, em se tratando de obrigações legais de segurança do trabalho, ainda que enquadradas como *obrigações de meio*, o ônus da prova será invertido, recaindo-o sobre o empregador. Ao empregado (vítima do sinistro) caberá apontar os descumprimentos legais, além de requerer que o empregador seja intimado a demonstrar em juízo o seu cumprimento. Vale dizer, ao empregado cabe requerer a juntada de documentos relativos a:

- EPIs – Equipamentos de Proteção Individual (previstos na NR-6);
- PPRA – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (previsto na NR-9);
- PCMSO – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (NR-7).

Todos os requerimentos deverão ser deferidos sob as cominações do art. 400 do CPC[45]. O empregador, para elidir sua responsabilidade, deverá comprovar que observou o seu dever geral de cautela e que cumpriu integralmente as normas de saúde e segurança.

> DOENÇA OCUPACIONAL. (...) a empresa não trouxe aos autos o PPRA e o PCMSO, tampouco o termo de entrega e fiscalização dos EPIs, o que denota violação ao seu dever geral de cautela, por omissão do dever de vigilância, proteção à saúde e à integridade física dos trabalhadores, imposto pelo art. 7º, XXII, da CF/88 e art. 157 da CLT. Presentes o dano (patologia diagnosticada), o nexo de concausalidade (conclusão da perícia) e a culpa (negligência) do empregador, resta configurada sua responsabilidade pela doença ocupacional. (TRT 11ª R.; RO 0001764-65.2015.5.11.0001; 3ª. Turma; Rel. Des. José Dantas de Góes; DOJTAM 17/10/2016; Pág. 513)

José Cairo Júnior corrobora essa inferência ao asseverar que o empregador, para se eximir da responsabilidade, deverá "provar que adotou todas as medidas preventivas estabelecidas pela norma protetiva laboral ou que o evento danoso foi decorrente de culpa exclusiva da vítima"[46]. Em igual sentido caminha a atenta jurisprudência do STJ acerca do tema:

> Em princípio, cuidando-se de acidente de trabalho, *basta ao empregado* a prova do nexo causal entre o exercício da atividade laboral e o evento danoso, *cabendo ao empregador,* em contrapartida, demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, qual seja, a inexistência de culpa integral sua ou a existência de culpa concorrente da vítima, esta também admitida pela Turma como circunstância eventualmente atenuadora da responsabilidade civil (STJ, 4ª. T., REsp n. 621.825/MG, Aldir Passarinho Júnior, DJ 12/12/05)

Da mesma forma, a jurisprudência trabalhista vem observando a escorreita distribuição do ônus da prova nas ações indenizatórias:

> ACIDENTE DE TRABALHO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA CONTRA A EMPRESA Nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador comprovar o cumprimento do dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho, estabelecendo-se a presunção relativa de culpa da empresa (Precedente STJ, Resp 1.067.378-GO). Tratando-se de acidente ocorrido com o trabalhador em atividade de risco, inverte-se o ônus da prova contra a empregadora, a quem incumbe demonstrar de forma concreta a adoção de todas as medidas preventivas contra a ocorrência do acidente, pois nessa hipótese, e pela própria função do trabalhador (eletricista), a culpa empresarial é presumida. (TRT 24ª R.; RO 69700-45.2009.5.24.0005; 2ª Turma; Rel. Des. Francisco das C. Lima Filho; DEJTMS 31.08.2010; p. 11)

Por fim, registre-se que o chamado solidarismo constitucional, previsto nos arts. 3º, III, e 170, III, ambos da Constituição Federal, reforça não o alargamento dos casos de responsabilidade objetiva e culpa presumida, o que atrai a inversão do ônus da prova.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENTHAN, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. E. Dumont (org.). Trad: Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Valletta, v. 01, 1971.

BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

BEBBER, Julio César. *Provas no novo CPC e o Processo do Trabalho*. In: Coleção Repercussões do novo CPC. Vol. 4 – Processo do Trabalho, 2a edição: Revista, ampliada e atualizada. Autores: Cláudio Brandão e Estêvão Mallet. Salvador: Jus Podium, 2016, pág. 310.

CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador.* São Paulo: LTr, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, vol. 3, 2002.

CONSTANTINO, Otávio Augusto. *O ônus da prova no processo do trabalho*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo; POMBO, Sérgio Luiz

45. Antigo art. 359 do CPC/73.

46. CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador.* São Paulo: LTr, 2003. p. 88.

da Rocha (coords.). Direito do trabalho: reflexões atuais. Curitiba: Juruá, 2007. p. 707.

DELFINO, Lúcio. LOPES, Ziel Ferreira. *A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC: por que a razão está com os hermeneutas?* Acesso em 09/12/2016. Fonte: http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201641922535.pdf

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 2ª Edição. SP: Malheiros, 2002.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Fonte: http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc. Acesso em 09/12/16.

MALLET, Estêvão. *Discriminação e processo do trabalho*. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coords.). *Discriminação e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

MELO, Raimundo Simão de. Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. Revista LTr, n. 70-01, p. 29, jan. 2006.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: Da persuasão à vinculação. SP: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho.* 7. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 118.

Lei 13.467/17: segurança jurídica como direito fundamental em períodos de crise

Júlia Simões Neris*

RESUMO: A Lei 13.467/2017 traz mudanças nas bases do direito do trabalho como um todo, a partir da proposta modernizar a legislação, que surge na década de 40. Suas implicações, contudo, são muito profundas, ressignificando conceitos estruturantes das relações laborais sem que o devido debate fosse realizado antes formação da lei, quer dentro da sociedade, quer pelos próprios operadores do instrumento. Nesse contexto, a aplicação dos direitos fundamentais no direito do trabalho se altera trazendo questionamentos sobre como a nova legislação trata normas constitucionais norteadoras responsáveis por proteger o mínimo existencial humano. Não há respostas concretas ou imutáveis se tratando do direito, daí decorre da necessidade de uma segurança mínima ao se analisar a criação e a aplicação ou não das normas. Sobre a Lei 13.467, infindáveis são os questionamentos sobre como essa aplicação ocorrerá resguardando o entendimento do indivíduo enquanto ser humano, dentro e fora do contrato de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 13.467/2017, Reforma Trabalhista, Direitos Fundamentais, Segurança Jurídica, Mínimo existencial.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Situando a reforma trabalhista; 3. Direito do trabalho e direitos fundamentais; 4. Reforma trabalhista e o direito à segurança jurídica; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os princípios gerais constitucionais podem ser compreendidos como norteadores de um "dever ser" ou como normas imperativas de aplicação imediata. Qualquer que seja a concepção, a generalidade dos princípios muitas vezes traz a necessidade da existência de normas infraconstitucionais que os efetivem. O contrário, contudo, também acontece. Normas infraconstitucionais podem acabar por esvaziar a efetividade de princípios, sem que qualquer alteração constitucional seja necessária, a partir da vontade legislativa – que pode, posteriormente, ser sujeita a algum controle de constitucionalidade.

Daí decorre a importância da análise das ressignificações propostas pela Lei 13.467/2017 nos direitos fundamentais, os quais interagem diretamente com as relações trabalhistas, a partir da compreensão do trabalho como instituto estruturante de relações humanas dentro da sociedade capitalista. Seja em pontos bastante específicos como o tabelamento das indenizações por danos decorrentes do trabalho, seja em sentido amplo como qual o conceito de trabalho que a nova legislação consolida e se essa escolha legislativa atende aos anseios da população e aos princípios constitucionais mais básicos do Estado Democrático de Direito, direitos fundamentais estão sendo ressignificados sem o devido debate sobre as diferentes esferas sociais que isso atinge: não apenas sobre as questões jurídicas em torno da relativização de direitos, mas, sobretudo, os significados para a vida humana cotidiana. Ainda não é possível entender, em termos práticos, como se dará efetivamente essa "modernização" ou seus elementos mais intrínsecos nas relações sociais, apesar disso, seus diversos significados podem ser compreendidos aos poucos e estudados enquanto a aplicação da legislação se molda à dinâmica social e às compreensões jurídicas paulatinamente construídas, pois é possível mapear os discursos que norteiam essa modernização.

O presente artigo se propõe a estudar a ressignificação dos direitos fundamentais traz por meio da Lei 13.467/2017, com ênfase no princípio da segurança jurídica, o qual se mostra central nos debates sobre a Reforma Trabalhista. Aqui se faz necessário, então, a compreensão, à luz desse princípio, de quais as ressignificações transpostas na nova norma e de que maneira ela ocorre. A análise que precede a formação do objeto de pesquisa e o estrutura parte de pontos elementares compreendidos como pressupostos:

a) Na Reforma Trabalhista de 2017, Direitos Fundamentais são ressignificados dentro do contrato de trabalho;

b) essa ressignificação traz implicações nas relações trabalhistas, enquanto relações humanas;

c) algo na lei demonstra essa ressignificação;

d) o princípio da segurança jurídica tem especial destaque nessa análise.

(*) Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP.

A extensão dos elementos desses pressupostos enseja a necessidade de análises profundas de questões decorrentes, que acabam tornando-se objetos indiretos, mas cujo estudo não poderá ser abarcado exaustivamente pelo presente artigo, apesar de sua relevância, tais como: Definição de trabalho; definição de contrato; abrangência dos direitos fundamentais no contrato de trabalho e constitucionalidade de restrições à aplicação de direitos fundamentais no contrato.

A metodologia é a teoria da investigação segundo a qual se define o modo como "caminhará" a pesquisa, assim, enquanto ciência, agrega um conjunto de técnicas sistemáticas racionalizadas através das quais se buscará o conhecimento. A principal teoria utilizada será o método dedutivo, pois, ele parte de premissas verdadeiras com a finalidade de encontrar uma conclusão consequentemente verdadeira, de modo que nenhuma informação trazida é absolutamente nova, mas já estava contida nas premissas, sendo puramente evidenciada. Contudo, com relação ao estudo do contrato de trabalho e das reformulações do conceito de "trabalho", o método histórico ganha espaço na medida em que esses conceitos se alteram com o desenvolvimento das sociedades e ideologias dominantes de acordo com as épocas. Aqui se faz necessária a compreensão de gênese e desenvolvimento. Ainda acerca do contrato de trabalho, o método comparativo se faz presente, ainda que de forma menos expressiva, pois devem ser evidenciadas as distinções desse tipo de contrato para com os demais – o que servirá de base para a compreensão das diferenças das implicações mais profundas dos direitos fundamentais no contrato de trabalho para as implicações da aplicação desses direitos em quais outros contratos.

Assim, o trabalho se divide em 3 capítulos. No primeiro, a compreensão de que toda a norma existe em um tempo e lugar, sendo influenciada por contexto, será norteadora para a melhor compreensão do que é a Lei 13.467/2017 e seus reflexos imediatos. Em seguida, o desenvolvimento do contrato de trabalho será analisado sob a ótica da sua relação com direitos fundamentais, a partir do histórico das lutas operárias em prol da garantia de direitos. Por fim, a segurança jurídica enquanto garantia tem espaço essencial na análise da Reforma Trabalhista, pois é a partir dela que se entende a aplicação imediata ou não da norma e várias de suas ressalvas, devido aos debates sobre a extensão da garantia e restrição a direitos adquiridos.

Esse trabalho não se propõe a exaurir todas as possíveis ressiginificações trazidas pela Lei ou como serão operacionalizadas em face dos direitos fundamentais, o que seria impossível diante da novidade e insegurança decorrente do tema. Em período de tamanha alteração legislativa, as dúvidas com relação às suas diferentes análises é o que permite a construção de posteriores certezas, lapidadas a partir do debate, numa busca por entendimentos jurídicos em conformidade com os anseios sociais e as bases legais primordiais.

2. SITUANDO A REFORMA TRABALHISTA

Em 26 de abril de 2017, por 296 votos a favor contra 177 votos contra, foi aprovada na Câmara dos Deputados a Lei 13.467/2017, que propunha a alteração de mais de 100 dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas, sob os argumentos como necessidade de modernização das leis trabalhistas e enfrentamento da crise econômica. A votação no Senado Federal ocorreu 10 de julho de 2017, com 50 votos a favor e 26 contra, sem alteração do texto aprovado na Câmara.

Aspectos considerados reforços à insegurança jurídica promovida pela Justiça do Trabalho como a possibilidade de anulação de acordos e convenções coletivas pela Justiça do Trabalho, o reconhecimento do vínculo empregatício entre trabalhador autônomo e empresa são elencados como uma tentativa de melhora na prestação jurisdicional do direito do trabalho por alguns dos defensores das alterações. A melhora econômica por meio da flexibilização de normas trabalhistas se daria a partir da menor necessidade de demissões em períodos de crise e menor custo de contratação em períodos de crescimento econômico, ou seja, se diminui a qualidade do emprego numa tentativa de gerar maior empregabilidade. Essa busca pela melhora econômica integra discussões legislativas na medida em que o Produto Interno Bruto Nacional apresentou queda de 3,8% no ano de 2015 e 3,6% no ano de 2016, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Em contexto de crise política e instabilidade na comercialização e refino do petróleo, de janeiro a dezembro de 2015, em torno de 825 mil pessoas perderam seus postos de trabalho, segundo mesmo instituto, gerando, consequentemente queda no consumo. Em 2016, por sua vez, a taxa média de desemprego foi de 11,5%, perfazendo, no último trimestre do ano, o total de 12,3 milhões de pessoas desempregadas e aumento do crescimento de número de profissionais liberais.

De acordo com Fernando de Holanda Barbosa Filho (2017), a crise se inicia a partir da má alocação de investimentos em setores pouco produtivos,

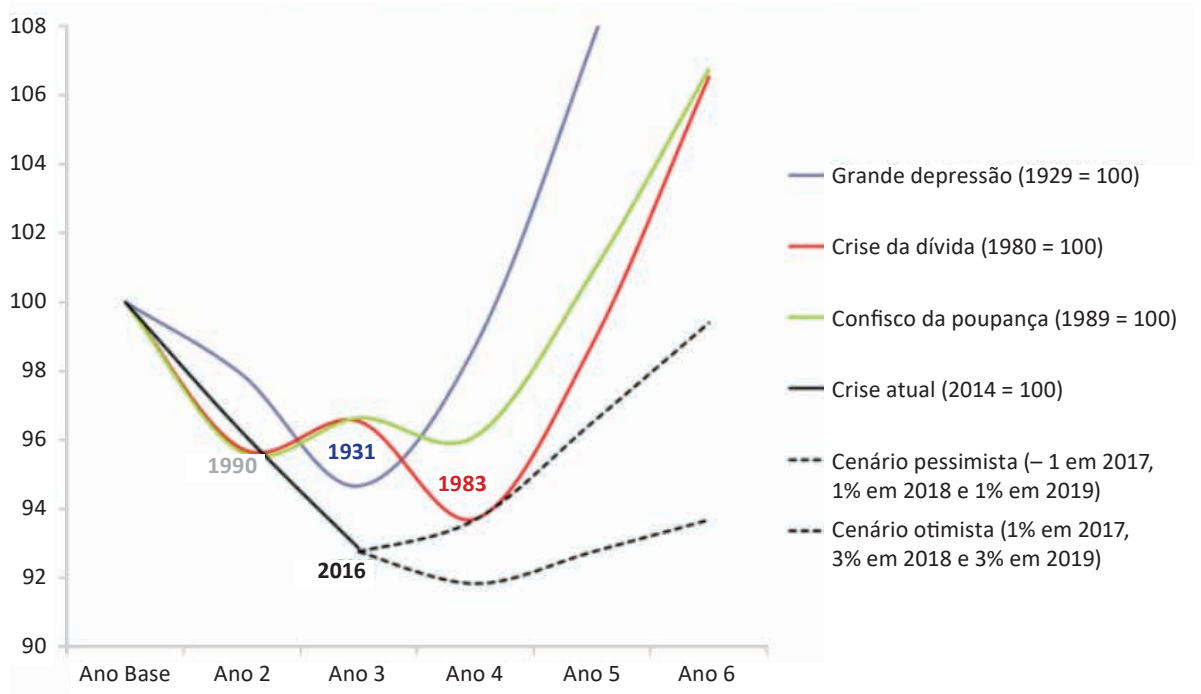
provocando choque de oferta e demanda, promovido pelo conjunto de medidas conhecido como Nova Matriz Econômica. Além do déficit de energia devido ao período de estiagem em vários estados de sudeste em 2013, um mau investimento elencado pelo autor foi a elevação da taxa de investimento doméstico na indústria petrolífera, que não gerou o retorno esperado. No entendimento do autor, o congelamento de gastos públicos e as reformas na previdência são determinantes para gradativa reestruturação econômica do país, pois se propõem a estabilizar a dívida doméstica e reduzir o risco no investimento do país. Nas palavras do autor:

> Para tanto, precisamos primeiramente de políticas que permitam a recuperação do crescimento da produtividade no país. A redução do grau de intervenção na economia, tanto com empréstimos subsidiados para grupos específicos quanto com o fim do controle de preços, é medida que caminha nessa direção e permitirá uma melhor alocação do escasso capital de nossa economia. A flexibilização do mercado de trabalho e a permissão da terceirização são outras medidas com potencial de aumentar a produtividade doméstica. Ainda acerca da elevação da produtividade, uma abertura comercial e um incentivo a competição podem fomentar a produtividade.

As controvérsias com relação aos efeitos econômicos da flexibilização das normas de trabalho, contudo, não são dirimidas. A queda do poder de compra da população, antes decorrente do desemprego e agora este somado à precarização do trabalho, tende a ensejar queda no consumo, sobretudo no setor de serviços, o qual compôs mais de 70% do PIB brasileiro (IBGE) nos últimos anos. Havendo recuo no consumo, não há que se falar em formação de novos postos de trabalho, pois não haverá mercado para o que for produzido. Elemento básico da oferta e da procura. Outra conseqüência direta é a queda na arrecadação fiscal. Vale ressaltar que, se o Estado não arrecada, não há que se falar em investimento.

Pedro Rossi e Guilherme Melo (2017) analisam o que entendem como a maior recessão da história do país de modo complementar a Fernando de Holanda, quando reforçam que a recessão em si se inicia a partir do primeiro trimestre de 2015, que viria a dar início à postura governista de choque recessivo, por meio da austeridade econômica. Ainda no entendimento dos autores, o choque se apresenta, então, como uma escolha política (dentre muitas outras opções que poderiam ter sido tomadas), contrária à plataforma política escolhida pela população com as eleições de 2014, está pautada em ajustes graduais de preços e aumento de investimentos, em prol da redução dos índices de desemprego. Compreendem, assim, como maior recessão da história devido à contração de proporções inéditas do PIB, superior a 7%, cuja complexidade é tamanha que a aparente melhoria dos indicadores em 2017 não significa necessariamente uma recuperação.

Figura 1: Maiores contrações do PIB da história brasileira



autores entendem que o choque recessivo e as políticas de austeridade numa economia já fragilizada transformaram a desaceleração do crescimento em crise econômica, pois, entre outros fatores, o aumento da taxa de desemprego implica numa significativa redução do consumo das famílias, o qual teve papel fundamental em prol do dinamismo do mercado interno em governos anteriores. Ressaltam, ainda, que a abrupta desaceleração do crescimento tem fortes influências externas aos fatores econômicos. O novo governo, em 2015, passa a optar por alterações estruturais não debatidas com a população, a um alto custo social, que não implicará em redistribuição de renda.

Assim, é nessa realidade que se insere a nova legislação, cuja pretensa funcionalidade se apresenta a partir da necessidade imediata de respostas a uma realidade econômica, mas dentro de um contexto político controverso, no qual as medidas tomadas em âmbito nacional não compunham a proposta do governo eleito em 2014, mas conseguiram ampla adesão do Congresso Nacional. Na análise de conjuntura, as dificuldades da pesquisa se mostram ainda mais claras na medida em que discursos científicos se confundem com discursos ideológicos e são tratados como verdades absolutas, dificultando o diálogo entre diversos pontos de vista sobre a Lei 13.467/2017.

É importante ressaltar ainda que a efetividade da norma, ou seja, o alcance àquilo que se pretende, ainda é questionado, formando um conjunto de diretrizes incertas, com reflexos diretos na população assalariada. A eficiência normativa, então, aproxima-se de uma eficiência econômica que não necessariamente assegura uma eficiência humana, social e política em um ramo do direito que nasce a partir da crise e, que nelas, costuma sofrer alterações (ALMEIDA, 2017).

3. DIREITO DO TRABALHO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A existência de uma relação empregatícia demanda o estabelecimento de um contrato, quer seja ele tácito ou expresso. Segundo Orlando Gomes (2009), contrato, por sua vez, é um negócio jurídico bi ou plurilateral, nascido por meio de um ato de vontade livre, esta se apresentando como fonte de sua formulação e gerando vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial.

Historicamente, a matriz ideológica que influi no fortalecimento do conceito reflete a valorização do indivíduo a partir de uma perspectiva capitalista pautada na liberdade econômica individual. Inicialmente, se partiria do pressuposto de que a igualdade formal seria responsável pela manutenção do equilíbrio entre os contratantes. Há relações, contudo, que essa igualdade não subsiste sozinha, de modo que se tornaram necessárias limitações à autonomia privada, a partir de novos regimes legais e interpretações do contrato. O dirigismo estatal disciplina restrições às diferentes dimensões da liberdade de contratação, quais sejam, a liberdade de celebrar o contrato, de escolher o outro contratante e de determinar o conteúdo do contrato, numa busca pela não despersonalização dos contraentes que tende a ocorrer com a massificação de contratos e uniformização de cláusulas e condições. A correção de desequilíbrios pode ocorrer por meio da promulgação de leis que apóiem grupos organizados, que imponham ou restrinjam certo conteúdo material dentro do contrato e que protejam categorias de indivíduos mais vulneráveis social ou economicamente, compensando essa vulnerabilidade com prerrogativas jurídicas, diferenciando-se certas relações contratuais, como ocorre no direito do trabalho e do consumidor. Assim, princípios basilares do direito privado, como autonomia privada, encontram sérias restrições quando postos diante de bens jurídicos mais importantes.

Trabalho é o processo através do qual o homem altera a natureza, transformando o que está ao redor. A mercadoria é a materialização do trabalho e o trabalho é um meio de produção da existência determinada. Apesar disso, na conjuntura de uma sociedade capitalista, a força de trabalho vendida pelo empregado é mais barata do que o produto por ele produzido. Isso cria a alienação do trabalhador ao produto, fazendo com que o trabalho passe a ser considerado um sacrifício diário, com única utilidade individual de suprir necessidades vitais relacionadas à subsistência (MARX e ENGELS, 2009). Assim, o contrato de trabalho é diferente da maior parte dos contratos modernos. Apesar de se pautar na autonomia da vontade das partes, parte da pré-compreensão de que essa autonomia não pode ser irrestrita, diante do desequilíbrio da relação. O poder negocial na sociedade capitalista não é o mesmo quando uma das partes é detentora dos meios de produção e a outra, embora demandar deles para sua subsistência, não os detém, utilizando, então, sua força produtiva, de modo que o homem que produz deixa de figurar como o centro da atividade produtiva, fazendo com que o produto valha mais do que seu empenho em produzi-lo, numa perspectiva marxista de mais valia.

Em outros termos, a partir da Revolução Industrial, o homem deixa de ser compreendido como a finalidade de si mesmo, pois os contratos de trabalho estrito senso são seres humanos vinculando a capacidade criativa e produtiva de outros seres humanos com a finalidade de obtenção de lucro. As limitações a autonomia dentro do contrato, historicamente construídas, advém exatamente de processos de luta e resistência. O que mantém a sua "humanidade" dentro do contrato é exatamente a compreensão de que esse indivíduo é sujeito de direitos essenciais que permeiam a condição humana, os direitos fundamentais (ARENDT, 2000), e foi essa compreensão que norteou lutas em prol de melhores condições de trabalho. A ausência desses direitos e de garantias que efetivem os direitos fundamentais no âmbito contratual, para além da proteção já existente normalmente em todo contrato enquanto subordinado a uma ordem constitucional garantista, dariam possibilidade de que os contratos de trabalho se aproximassem da servidão ou mesmo da escravidão – na qual o contrato inexistia ontologicamente, apesar de haver relação de trabalho, sendo o trabalho livre, embora subordinado, pressuposto histórico-material elementar da relação de emprego (DELGADO, 2014).

A idéia do contrato de trabalho como um negócio privado estrito senso, apoiado na paridade das partes e autonomia negocial, é retomada com a reforma. Na medida em que, por exemplo:

> CLT, art. 8º, § 3o . No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Os princípios constitucionais são normas gerais passíveis ou não de ter eficácia direta, não apenas juízos de valor referentes ao "Dever Ser". Isso, contudo, não descaracteriza a eventual necessidade de estabelecimento de normas infraconstitucionais para efetivação dessas normas, ao contrário, dar efetividade a valores da Carta Magna é uma das principais funções das normas infraconstitucionais em geral. A partir dos estudos de Robert Alexy (2008), é possível compreender, então, princípios como normas jurídicas que ensejam deveres de otimização a partir de aspectos fáticos e jurídicos de uma sociedade e fundamento na aplicação das regras, ensejando, ainda, obrigações em *prima facie*, não restringindo sua aplicação a um estado ideal.

Quando pensamos na perspectiva dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, a importância das normas hierarquicamente inferiores aumenta, na medida em que dão aplicabilidade concreta em garantias já estabelecidas. Desse modo, para que haja redução de direitos ou garantias, ainda que estabelecidos constitucionalmente, não é necessária alteração direta da Constituição. Basta apenas o esvaziamento de garantias por meio de alterações das normas infraconstitucionais, ao ponto da efetivação da norma constitucional de dever ser se tornar distante, senão inatingível. Assim, a alteração da Constituição não demanda necessariamente a burocracia de um processo de Emenda Constitucional e das infinitas negociações políticas que se fazem necessárias, muitas vezes basta alteração de normas hierarquicamente inferiores ao ponto de impossibilitarem a concretização dos preceitos constitucionais.

Na medida em que se fala de valor social do trabalho humano advindo do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III e IV) e da função social da propriedade (CF, art. 186, IV), enquanto direito fundamental, a defesa da redução ou não de direitos do trabalho por meio de alteração infraconstitucional repercute no conceito de trabalho e na compreensão de Estado (ALMEIDA, 2017). Quer se compreenda o Estado como mínimo ou intervencionista, na medida em que a Carta Magna estipula um significado social do direito do trabalho como responsável tanto pela distribuição de riquezas quanto por sua produção, este deve ser respeitado, caso contrário, se desnaturaria preceito constitucional básico que poderia ser enquadrado como cláusula pétrea nos termos do art. 60, § 4º , IV, CF.

4. REFORMA TRABALHISTA E O DIREITO À SEGURANÇA JURÍDICA

Atualmente o debate das diferentes faces da segurança jurídica tem estado em voga nas análises sobre a Reforma Trabalhista de 2017. Se por um lado, alguns operadores do direito entendem que a reforma trabalhista estabiliza controvérsias, por outro as incertezas quanto à aplicação do direito com a reforma tem ensejado uma redução na propositura de ações, em outras palavras, entendem que as incertezas têm obstado acesso à justiça, muito presentes na aplicação a norma ao caso concreto, sobretudo quando se busca a sua efetividade.

Os Estados Democráticos de Direito compreendem a segurança como elemento fundamental, dentro da qual podemos elencar a segurança jurídica,

apesar do seu âmbito de atuação raramente ser delimitado de forma clara pelas legislações. Assim, no caso da Constituição Federal de 1988, o princípio da segurança em sentido amplo contempla fatores elementares da noção de Estado de Direito instituído por ela. No entendimento de Ingo Sarlet (2007), a segurança jurídica busca viabilizar o mínimo de garantia da estabilidade das relações jurídicas, que possibilita que as pessoas confiem, inclusive, nas instituições, as quais abarcam a ordem jurídica vigente. Na ausência de segurança, a instabilidade pode resultar em lesões à dignidade da pessoa humana e, consequentemente, dos direitos fundamentais enquanto projeções dessa dignidade.

Enquanto Ingo Sarlet (2007) ressalta a segurança jurídica enquanto ferramenta de vedação a retrocessos, Antonio Gomes de Vasconcelos e Renê Morais Da Costa Braga (2016) entendem que esse direito fundamental tem sido usado como ferramenta de manutenção desses retrocessos em leis infraconstitucionais, cumulado com o princípio da legalidade, contra premissas constitucionais, por meio de discursos de fácil fundamentação. Nas suas palavras:

> No paradigma do direito dúctil, para utilizar a expressão de Zagrebelsky, é totalmente compreensível que um grupo organizado da sociedade consiga aprovar uma lei que privilegie seus interesses e que atos jurídicos sejam praticados sob a égide dessa norma apenas para, posteriormente, verificar-se a inconstitucionalidade da lei pelo Poder Judiciário, que tem a função de guarda da Constituição e sempre apreciará lesão ou ameaça a direito (artigos 102 e 5º, XXXV da CFFB/88 (p. 407)

Entre as dimensões desse princípio, está, a nível subjetivo, a confiança na efetividade das leis, englobando, inclusive, o direito à proteção contra retrocessos decorrentes tanto da ingerência estatal quanto particular, a partir da defesa de uma ordem comunitária. Isso demarca uma relação estreita entre o direito à segurança jurídica e o direito à segurança social: "(...) o direito a um conjunto de direitos sociais [simultaneamente positivos e negativos] garantidores de uma vida com dignidade" (SARLET, 2007). É um princípio que muitas vezes busca garantir ordem em contextos turbulentos como crises econômicas e sociais, que comumente vêm seguidas de alterações legislativas. A continuidade da ordem jurídica abarca a segurança jurídica a nível objetivo, com o intuito da formação de expectativas válidas de direito em um ordenamento.

A Carta Magna brasileira de 1988 menciona a segurança como valor inviolável, elencando-a no seu art. 5º. Entre menções que contemplam o seu entendimento na ordem constitucional, a mais relevante para o presente trabalho corresponde à proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI). Assim, se estruturam as hipóteses de vedação constitucional clara ao retrocesso: garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais. O problema surge quando medidas retrocessivas não chegam a ter o caráter retroativo, pois o direito ainda não foi efetivamente garantido, mas já existe uma expectativa válida de que isso ocorra. É o que ocorre, por exemplo, com o contrato de trabalho que nasce sob a égide de uma lei, cujo caráter é protetivo, e essa lei se altera alcançando elementos normativos do contrato. Havia a expectativa válida que os ditames do contrato tivessem uma continuidade embora não se constituísse um direito efetivamente adquirido, mas essa expectativa é quebrada, por meio de alteração legal ainda que eivada de grave retrocesso, seja no que tange a direitos individuais, seja com relação à ordem jurídica e social.

Não se quer, com isso, defender que a segurança jurídica deve tornar hermética a produção legislativa, mas, sim, questionar o quanto a segurança jurídica pode ser relativizada imprimindo restrições a direitos, numa perspectiva de garantia do mínimo existencial. Reconhecendo as dificuldades, Ingo Sarlet (2007) elenca critérios para a vedação ao retrocesso, quais sejam, asseguramento da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial, da segurança jurídica e da proteção da confiança. Assim, se busca a aferição de até que ponto é possível retroceder. Ela engloba, inclusive, efeitos futuros na medida em que reconhece a proteção à expectativa de direitos.

Analisando a Reforma Trabalhista sob a ótica de João Bosco Pinto Lara (2017), que a compreende como necessária, as decisões trabalhistas têm repercussão na economia, de modo que se deve atuar com responsabilidade, numa defesa à superação da intervenção jusrisprudencial trabalhista. Para ele, opositores da reforma são teóricos de um mundo ideal, induzidos por ideologias, na medida em que, ao compreenderem que a Lei 13.467/2017 está em desconformidade com o interesse populacional e advém da ilegitimidade do governo, estão partindo do pressuposto que a população em geral tem o conhecimento necessário para entendê-la devido ao

seu alto grau de tecnicalidade. Assim, a população fica suscetível a discursos e é manipulada a se opor por desconfiança política.

Para ele, a crise política sempre existiu, mas isso não ensejou, ao longo da história do país, a inaplicabilidade de normas decorrente do descrédito da população nas instituições. Questiona, ainda, a legitimidade na edição de súmulas por parte da Justiça do Trabalho. O autor acredita ocorrer uma Ditadura dos Princípios no direito do trabalho, que fundamentaria toda e qualquer decisão judicial contrária à lei e possibilitou a formação de uma jurisprudência autônoma e preenchida por "exotismos", como o desenvolvimento de conceitos como dano existencial e subordinação estrutural. O ativismo judicial, no seu entendimento, nada mais é do que uma política deliberada nunca antes vista em outros ramos do direito. Defende a Reforma, então, como aproximação de uma realidade que deve buscar um trabalho mais humano e justo e se justificaria como uma necessidade de sobrevivência econômica do país. O autor chama aqueles que entendem que a reforma é necessária como minoria oprimida, que consegue enxergar o realismo por trás relações de trabalho: o emprego depende do empregador.

João Bosco Pinto Lara responsabiliza a justiça do trabalho e o ativismo judicial pelo principal fator de instabilidade, de insegurança e de excessiva oneração de custos na contratação do trabalho no Brasil.

Nas suas palavras:

> Ele, o juslaborista, tem para si como dogma que o trabalho é um valor inalienável do ser humano, e como tal há de merecer toda sorte de proteção estatal de modo a garantir a sobrevivência digna do trabalhador em todas as suas dimensões, humanas, espirituais e materiais. Isso é verdadeiro. Mas não é menos verdade que ele, como um dos principais fatores da produção de bens e riquezas, ao lado do capital e hoje da tecnologia, é também um custo da produção, e como tal há de ser avaliado quando em confronto com os interesses daqueles que dele se servem para produzir.

Esse entendimento não subsiste, ao contrário, são falas como essa que permitem a compreensão do trabalhador como ser aquém do que aquilo que ele produziu. A produção de bens e riquezas deve atuar em prol do ser humano e não o contrário. A força produtiva do homem compõe a riqueza que ele produz, riqueza maior do que o custo, ou seria economicamente inviável produzir, o que não ocorre, pois o trabalhador é obrigado a consumir, fazendo com que o valor que ganha retorne ao ciclo econômico. O desembargador Sérgio Pinto Martins ressalta que toda a jurisprudência trabalhista terá de ser refeita, o que trará muitos impactos a segurança jurídica de modo imediato e intensificará a loteria jurídica que por vezes são as decisões judiciais, para além dos incertos reflexos previdenciários e tributários das normas, cujo entendimento ainda é conflitante.

Em entrevista ao jornal CBN em 06/11/2017, o procurador do trabalho Ronaldo Curado Fleury reforça a insegurança jurídica acarretada pela Reforma Trabalhista, em contraposição a pretensão do legislador do contrário. A aplicação ou não de dispositivos, como a indexação do dano moral e a inviabilização da justiça gratuita, é suscitada pelo procurador, reforçando a necessidade de controle de constitucionalidade. A insegurança imediata é comum em qualquer alteração legislativa, contudo a Lei 13.467/2017 se apresentou como uma grande mudança com grandes reflexos em fatos jurídicos cuja vigência é anterior a lei, legislando, no entendimento do procurador, em favor de interesses empresariais.

Apesar da ressalva de que a promessa moderna de um Estado Democrático de Direitos jamais foi concretizada, o Estado Social busca a implementação efetiva de padrões mínimos de justiça social, tendo o Direito do Trabalho como um instrumento na concretização dessa busca por efetividade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre o homem e o trabalho e as relações de poder decorrentes são importantes na medida em que se busca compreender os diversos conceitos de trabalho e os discursos que os influenciam, atendendo ou não a determinados interesses. A busca aqui não é por uma valoração moral das relações, embora compreenda que o ato de pesquisar não é isento de juízos de valor do pesquisador, não havendo produção pura de conhecimento, mas sua compreensão de forma ampla dentro da sociedade. A busca é a compreensão do contexto no qual se inserem as relações de trabalho e como o contrato se opere, enquanto vínculo entre seres humanos que não pode restringir a compreensão desses seres enquanto humanos.

O modelo de relação de trabalho mais duradouro no Brasil até os dias atuais foi a escravidão, relação pautaconda na negação do indivíduo enquanto ser humano, durando quase 400 anos. A população vive menos da metade desse período sob a égide do contrato de trabalho nos moldes atuais, o que deixa

reflexos muito profundos sobre o modo como lidamos com essas relações. Assim, em contextos de conservadorismo político, os quais acabam gerando conservadorismo legislativo, que tradicionalmente incorrem em retrocesso de direitos, sobretudo em ramos pautados na proteção ao hipossuficiente, o aumento da abrangência dos direitos perde espaço para a garantia do mínimo, enquanto questão de sobrevivência, na medida em que não se altera propriamente o conteúdo jurídico das normas gerais, mas as esvazia de efetivação por meio da fragmentação da proteção.

Se o mínimo é a compreensão do ser humano como humano dentro e fora do contrato, esse mínimo precisa ser arduamente preservado, sob o risco de, não sendo, a característica humana se perca no contrato. Nesse contexto, a segurança jurídica se apresenta como um dever do Estado de garantir a estabilidade ao disciplinar fatos do cotidiano humano, assim como se apresenta como um direito da sociedade de que a realidade não seja bruscamente alterada, a fim de atender a interesses políticos.

REFERÊNCIAS

Contas Nacionais Trimestrais. IBGE. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/pib/defaultcnt.shtm>. Acesso em: 09 de dezembro de 2017.

ROSSI, Pedro. Melo, Guilherme. *Choque recessivo e a maior crise da história: A economia brasileira em marcha à ré.* Centro de Estudos de Conjuntura e Política Econômica – IE/UNICAMP Nota do Cecon, n.1, Abril de 2017. Disponível em: < https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/NotaCecon1_Choque_recessivo_2.pdf>. Acesso em: 10 de dezembro de 2017.

FILHO, Fernando de Holanda Barbosa. *A crise econômica 2014/2017*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v31n89/0103-4014-ea-31-89-0051.pdf> . Acesso em: 10 de dezembro de 2017.

COSTAS, Ruth. Como se chegou à pior recessão desde os anos 90?. BBC Brasil. São Paulo: 2017. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151201_pib_terceirotri2015_ru>. Acesso em: 10 de dezembro de 2017.

SCHREIBER, Mariana. *Senado aprova reforma trabalhista: saiba o que pode mudar para os trabalhadores.* BBC Brasil, Brasília: 2017. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-40577806>. Acesso em: 10 de dezembro de 2017.

SCHREIBER, Mariana. *Reforma trabalhista passa na Câmara: saiba o que pode mudar para os trabalhadores.* BBC Brasil, Brasília: 2017. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-3971 2505>. BBC Brasil, Brasília: 2017. Acesso em: 10 de dezembro de 2017.

CURY, Anay. G1, Globo. São Paulo. Desemprego fica em 12% no 4º trimestre de 2016 e atinge 12,3 milhões. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-12-no-4-trimestre-de-2016.ghtml>. Acesso em: 10 de dezembro de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Editora Forense. Rio de Janeiro: 2009

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã: Feurbach – A contraposição entre as cosmovisões Materialista e Idealista.* São Paulo: Martin Claret, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10º ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

VASCONCELOS, Antonio Gomes de. BRAGA, Renê Morais Da Costa. *O conceito de segurança jurídica no Estado Democrático de Direito*. Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF; Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

LARA, João Bosco Pinto Lima. *A Reforma Trabalhista E A Segurança Jurídica: Análise Crítica.* Portal de Publicações. TRT – 3. 2017. Disponível em: < https://portal.trt3.jus.br/internet/imprensa/downloads/pdf/ArtigoDes.JooBoscoAREFORMATRABALHISTAEASEGURANAJURDICAANLISECRTICA.pdf>. Acesso em: 16 de dezembro de 2017.

GRILLO, Breno. Reforma trabalhista não trará segurança jurídica, diz desembargador do TRT-2. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-19/reforma-trabalhista-nao-trara-seguranca-juridica-desembargador >. Acesso em: 16 de dezembro de 2017.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Direito do Trabalho: entre expansão e redução.* Programa de Pós-Graduação PUCMinas. Disponível em: < http://portal.pucminas.br/imagedb/documento/DOC_DSC_NOME_ARQUI20170920185721.pdf >. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

Jornal CBN. *Reforma trabalhista trouxe insegurança jurídica ao país.* Disponível em: <http://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/135031/reforma-trabalhista-trouxe-inseguranca-juridica-ao.htm>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

O princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva

Luciano Martinez*

SUMÀRIO: 1. Introdução: a garantia da liberdade sindical para impelir progresso social, para despertar a consciência de luta por níveis de vida mais elevados e, enfim, para contribuir decisivamente para o avanço de outros tantos direitos humanos; 2. O dever de não intercessão e a sua mitigação pelo dever de proteção e de promoção: em busca de um delicado equilíbrio mediante a técnica da "mínima intervenção". A vinculação dos órgãos estatais e dos particulares ao direito fundamental à liberdade sindical: entre a abstenção e a ação protetiva e promocional; 3. A proteção do direito fundamental à liberdade sindical em face de suas restrições: os confins da intervenção na autonomia coletiva sindical; 4. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO: A GARANTIA DA LIBERDADE SINDICAL PARA IMPELIR PROGRESSO SOCIAL, PARA DESPERTAR A CONSCIÊNCIA DE LUTA POR NÍVEIS DE VIDA MAIS ELEVADOS E, ENFIM, PARA CONTRIBUIR DECISIVAMENTE PARA O AVANÇO DE OUTROS TANTOS DIREITOS HUMANOS

Entre os séculos XVIII e XIX, os princípios liberais imperantes obrigavam cada operário a negociar em separado com o seu tomador de serviços. O resultado disso era um regime de imensa exploração daqueles que se viam constritos a alienar sua força laboral até o extremo das suas energias. Nesse contexto, alentados pelas ideologias questionadoras do sistema capitalista, e incitados por seus próprios instintos, os trabalhadores tiveram de "reunir cabeças" "contra a serpente de seus martírios" (MARX, 1996, p. 414), justamente para equilibrar, pela força do número, o maior poder que os patrões manifestavam no plano individual.

A ação coletiva e sistematizada daqueles que se reuniam para discutir melhorias na prestação do trabalho retirou o Estado do seu torpor e o compeliu a criar normas garantidoras de direitos mínimos, limitadoras dos excessos praticados em nome da autonomia contratual. Em busca de vantagens adicionais, entretanto, o movimento sindicalista orientou protestos e greves. Travaram-se choques violentos entre massas operárias e forças policiais movimentadas pela classe capitalista. Como forma de contemporizar o conflito, ocorriam negociações coletivas e, em decorrência delas, formavam-se contratos coletivos, que ofereciam padrões mais vantajosos do que aqueles contidos nas leis, embora restritos aos integrantes de determinadas categorias.

As conquistas contratuais coletivas de alguns segmentos profissionais transformavam-se em exemplo a ser seguido por outros grupos não contemplados. Novas pressões eram dirigidas contra os Poderes Públicos para que estes generalizassem as vantagens mediante a sua atuação legislativa. O negociado tornava-se modelo para o que deveria ser legislado e, o que era legislado adquiria o *status* de direito mínimo, justificando a busca de novas e mais expressivas vantagens, e assim sucessivamente, num ciclo virtuoso e próspero, fruto da expressiva força e empenho das organizações sindicais, que assumiam com denodo o importante direito-função de defender os trabalhadores e de empreender melhorias em suas condições de vida social.

Diante do exposto, é inevitável concluir que o próprio Direito do Trabalho e a sua peculiar principiologia devem a sua existência às ações sindicais. Não é exagerado dizer que poderia até existir, na ausência das mencionadas entidades e das pressões por elas produzidas, um ordenamento laboral apoiado somente em regras estatais, mas este seria manifestamente insuficiente, precário e instável. Sem a força catalisadora da liberdade sindical, não subsistiriam mais do que direitos essenciais, mínimos e uniformes para todos os trabalhadores. As vantagens elementares, aliás, e nesses moldes, somente seriam conquistadas quando os operários demonstrassem ter chegado ao seu próprio limite físico. Poderia, assim, em última análise, existir "Lei do Trabalho", mas, decerto, não existiria "Direito do Trabalho" sem as importantes impulsões produzidas pelas atuações concertadas aqui em exame.

(*) Luciano Martinez é Juiz Titular no TRT5. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela USP e Professor Adjunto UFBA. Titular das Cadeiras 52 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e 26 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Autor obras jurídicas. E – mail: martinezluciano@uol.com.br

Esse pequeno introito torna evidentes as razões em virtude das quais os direitos de liberdade sindical têm sofrido oposições de toda espécie. Eles, afinal, impelem o progresso social dos trabalhadores, despertam a consciência de luta por níveis de vida mais elevados, contribuem decisivamente para o avanço de outros tantos direitos humanos e, ao transcender o puro âmbito laboral, operam em esferas mais amplas de cidadania e de distribuição de poder. Isso, evidentemente, interessa a muitos, mas não a todos.

As resistências apresentadas aos direitos de liberdade sindical vêm de toda parte. O Estado é o seu primeiro e natural opositor, uma vez que, ao admiti-los, permite, entre outras variáveis do seu complexo conteúdo, que um organismo coletivo se forme entre ele e os seus súditos com a potencial capacidade de transformar-se em "vetor de oposição" (ISRAEL, 2005, p. 563). Ao admitir essa formação, especialmente num campo tão delicado quanto o das relações laborais, o Poder Público pode estar legitimando insurreições contra si mesmo e atraindo a missão de lidar com elas. Por isso, não raramente o mesmo Estado que reconhece o associativismo sindical (quando o reconhece) é aquele que pode estar violando direitos daí decorrentes, seja porque, de fato, pretende ilegitimamente refreá-los, seja porque, em situações específicas e até justificáveis, visa coibir a licenciosidade dos seus sujeitos.

Diante disso, é inexorável a conclusão de que se devem evitar intervenções capazes de turbar a mencionada força catalisadora da liberdade sindical. **"Evitar intervenções", porém, não é exatamente o mesmo que impedir absolutamente as suas ocorrências.** Há, afinal, situações em que é necessário intervir, notadamente para preservar o interesse público, porque nenhuma liberdade pode estender suas fronteiras além e acima da soberania do Estado que, em última análise, é o ente representativo de uma coletividade maior, da qual todos, inclusive os próprios sindicatos e seus representados, fazem parte. É significativo, portanto, o seguinte trecho da doutrina de Segadas Vianna (SUSSEKIND et all, 1991, p. 1001-1002), que, em vetusta obra, analisa a questão sob a óptica pessoal de quem, por mais de meio século, se dedicou à vida sindical:

> Confunde-se liberdade sindical com soberania de um grupo dentro do Estado e, outras vezes em nome da soberania do Estado, nega-se aquela liberdade por perigosa às instituições.
>
> Com mais de meio século de vida sindical, conhecendo o valor da liberdade de associação e o perigo da liberdade sem limitações, procuramos situar-nos num termo de equilíbrio ao analisar o problema. Porque a liberdade sem freios, a espontaneidade sem limites na criação e na ação de grupos, torna-se um perigo; sociedade sem leis e sem limitações não é sociedade, é populacho. Porque o direito de legislar e limitar liberdades não pode, por outro lado, ir além da noção de que acorrentá-los à vontade do Estado ou dos governantes é ultrajar as finalidade do sindicalismo e a dignidade do trabalhador.
>
> Mas onde começa e onde termina a liberdade sindical?
>
> Seus limites máximos estão na soberania do Estado, porque, sem dúvida, os moldes da anarquia são tão grandes que se reconhece que é preferível existirem normas comuns de algum tipo a que não existam normas de qualquer espécie.

Sim, cabe intervir na liberdade sindical, quando isso se faça necessário à proteção de valores jurídicos igualmente tutelados pela norma constitucional. A despeito da ideia que se pode produzir a partir da leitura superficial do art. 8º, I, da Constituição da República, segundo a qual "é livre a associação profissional ou sindical, [...] **vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical",** o próprio texto fundamental, numa análise sistemática, garante a possibilidade de intervenção do Judiciário em qualquer situação na qual se afirme existente lesão ou ameaça a direito. Basta ler o comando contido no seu art. 5º, XXXV, e lembrar que a Constituição não se interpreta em tiras.

Nesse instante, é importante anotar, sob o ponto de vista semântico-descritivo, que o Poder Judiciário **intervém**, mas não interfere. Afirma-se isso porque, embora ambos sejam entendidos como atos de intercessão, se deve conceber a "intervenção" como assunção de comando (parcial ou total) mediante *interposição de autoridade,* quando se faz necessária a correção de conduta para colocá-la dentro de limites exigidos pelo próprio Direito; e a "interferência" como ato produtor de ruídos ou obstáculos para o alcance de determinado fim.

Na "interferência" o agente atua desautorizadamente com a intenção de influir negativamente no desenvolvimento e, consequentemente, no desfecho de alguma atividade. Ele atrapalha o alcance de determinado fim, não havendo nesse agir nada de legítimo. Na "intervenção", por outro lado, **desde que autorizada e legitimada pelo Direito**, o interventor corrige rotas, sendo exatamente isso que dele se espera. Aliás, a intervenção desautorizada e

ilegítima não mais é do que um ato de interferência qualificado pelo abuso de poder.

Assim, é correto afirmar-se que a ninguém é dado **atuar de forma interferente** na atividade sindical de modo a, *desautorizadamente*, produzir-lhe estorvos ou embaraços, embora ao Poder Judiciário seja permitido **atuar de forma interventiva** para, *autorizadamente*, corrigir eventuais desvios de rota. Por isso é que aqui se estuda o princípio segundo o qual cabe ao Estado **intervir minimamente** no espaço de autorregulação reservado às entidades sindicais.

O tema voltou a ser abordado com maior intensidade a partir do instante em que o princípio ora em estudo passou a ser referido expressamente no texto da **Lei n. 13.467, de 2017**, com o objetivo de chamar a atenção dos magistrados para a mínima intervenção que deles se esperaria no que tange ao controle do conteúdo dos instrumentos coletivos negociados. Perceba-se:

> Art. 8º [...]
>
> § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (NR)
>
> [...]
>
> Art. 611-A [...]
>
> § 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3o do art. 8o desta Consolidação.

O § 3º do art. 8º do referido diploma legal, chega aos píncaros de sugerir que "no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho ***analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico***, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)" como se a magistratura pudesse limitar a sua atividade a aspectos elementares de qualquer negócio. Como já tive oportunidade de salientar em obra dedicada à Reforma Trabalhista (MARTINEZ, 2018, p. 27-28):

> Esse dispositivo subestima a missão institucional dos magistrados e arvora-se a fronteira de atuação jurisdicional. Como se pode impor que a Justiça do Trabalho analise "exclusivamente" a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico? Obviamente o magistrado tem a liberdade de ir além na defesa dos postulados constitucionais, ainda que se valha do argumento de que, para tal análise, cabe-lhe dizer se há ou não licitude no objeto do contrato.
>
> Como admitir, por exemplo, a validade de um instrumento coletivo negociado que limite o acesso ao próprio Judiciário? Como aceitar uma convenção ou acordo coletivo que, no transcursar da negociação coletiva, desprestigie o direito fundamental à proteção à maternidade?
>
> Pode-se até falar no respeito ao "princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva", pois, de fato, o magistrado não deve impedir o lícito desejar dos contratantes coletivos, mas, em nome disso, não pode, sob esse pretexto, fechar os olhos para violações aos direitos fundamentais ou ainda aos direitos de terceiros.

Reitere-se: **"intervir minimamente"** não significa "jamais intervir", mas interceder o mínimo possível e suficiente, e sempre no sentido de promover e proteger as potencialidades da liberdade sindical, especialmente a autonomia da vontade coletiva dos entes sindicais, garantindo-se os direitos mínimos já conquistados e, por isso, absolutamente infensos à negociação. ***"Intervir minimamente"*** não significa que o magistrado, uma vez chamado a corrigir iniquidades, as admita e foque o seu controle unicamente nos requisitos formais. Cabe-lhe, até mesmo no âmbito da verificação da "conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico" – e no amplo espectro de sindicabilidade admitido pelo próprio art. 104 do Código Civil – declarar a invalidade de toda cláusula cujo objeto seja ilícito ou juridicamente impossível. É delicada a busca desse equilíbrio, mas o seu encontro se funda essencialmente em bom senso e em técnica jurídica. Assim é; e assim será.

2. O DEVER DE NÃO INTERCESSÃO E A SUA MITIGAÇÃO PELO DEVER DE PROTEÇÃO E DE PROMOÇÃO: EM BUSCA DE UM DELICADO EQUILÍBRIO MEDIANTE A TÉCNICA DA "MÍNIMA INTERVENÇÃO". A VINCULAÇÃO DOS ÓRGÃOS ESTATAIS E DOS PARTICULARES AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE SINDICAL: ENTRE A ABSTENÇÃO E A AÇÃO PROTETIVA E PROMOCIONAL

Inicialmente é importante anotar que os direitos fundamentais não se encontram na esfera da

disponibilidade dos Poderes Públicos. Em qualquer caso e em qualquer circunstância, como bem esclareceu Jorge Miranda (2008, p. 291), qualquer ato de Poder Público deve tomá-las "como fundamento e como referência" e, além desses lindes, deve tender a conferir-lhes a máxima eficácia possível, observadas, é claro, as particularidades que dizem respeito ao exercício de cada um dos poderes estatais.

Os **juízes e tribunais**, tendo em conta a competência própria para o controle da constitucionalidade das leis, podem e devem aplicar os preceitos legislativos conforme a Constituição ou, em determinadas situações, apenas a própria Constituição para afastar a incidência de normas que com ela colidam. Cabe-lhes, nas sábias palavras de Vieira de Andrade (2009, p. 199), a reavaliação do juízo do legislador e, na hipótese de conclusão quanto à não recepção ou à inconstitucionalidade da lei ordinária, **o "poder de desaplicação" dessa norma**. Nesse caso, na lição do referido mestre português, **os juízes devem decidir "como se essa lei não existisse, aplicando diretamente, em vez dela, os preceitos constitucionais, devidamente interpretados e concretizados".**

A vinculação dos tribunais aos preceitos sobre direitos fundamentais, a propósito, traduz-se mesmo na expectativa de que eles efetivamente interpretem, integrem e apliquem os referidos direitos de modo a conferir-lhes a máxima eficácia possível dentro de um sistema jurídico. É, no dizer de Jorge Miranda (2009, p. 297), a faceta positiva da vinculação dos integrantes do Poder Judiciário que complementa a faceta negativa de não aplicabilidade dos preceitos legais que desrespeitem os direitos fundamentais.

Os juízes e tribunais têm o poder-dever de dizer o direito de acordo com a Carta e de interpretar cada disposição infraconstitucional de modo que ela se integre perfeitamente à sistemática constitucional. Essa missão toma elevadas proporções no âmbito da liberdade sindical porque a principal norma jurídica infraconstitucional que regulamenta esse direito defensivo e suas variáveis no Brasil é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), um diploma produzido segundo o pensamento social, econômico e jurídico das primeiras décadas do século XX e que, inegavelmente, tem infundido um espírito corporativista que não mais se adapta à leitura democrática atual.

Para além do poder-dever de dizer o direito de acordo com a Carta e de interpretar cada disposição infraconstitucional de modo integrativo-constitucional, o julgador assume também um papel promocional nos processos de difusão de consciência coletiva e social. Vê-se, assim, como bem fez Rodolfo Mancuso (2001, p. 707-751), que

> [...] as decisões judiciais tendem a se libertar do confinamento nos autos em que foram proferidas para projetar reflexos ao exterior, em face de outros jurisdicionados, e principalmente perante os demais Poderes do Estado, numa força coercitiva mais ou menos ampla, que sob esse aspecto vai aproximando os produtos legislativo e judiciário.

Situações como esta trazem para o processo e para o magistrado discussões sobre o controle das políticas públicas e revelam que o Judiciário pode estar fortalecendo o conceito de cidadania. Canotilho (2004, p. 73) compartilha esta ideia, ao opinar no sentido de que

> [...] o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência direta no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou podem afetar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efetiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade.

Os **legisladores**, aqui entendidos todos os que produzem atos normativos com força jurídico-pública (atos de emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, regulamento, acordo coletivo, convenção coletiva etc.), estão também vinculados aos direitos fundamentais, mas sob lógica de iniciativa diferente daquela que submete os magistrados. Enquanto estes dependem da provocação do jurisdicionado para controlar a constitucionalidade das normas que dão fundamento jurídico às suas decisões, os legisladores têm liberdade de iniciativa e, por força dela, criam novas normas para preencher espaços legislativos vazios ou para revogar normas anteriores.

Tirante esse aspecto correspondente à disposição dos órgãos com função judicante e legiferante, há identidade entre eles no tocante à conformação aos parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais. Para o legislador, tal qual para o julgador, existe uma dupla limitação material. De um lado, fala-se na proibição de edição de atos legislativos que afrontem as normas de direitos fundamentais (limitação negativa); de outro, refere-se a um dever de realização ou de aperfeiçoamento da legislação existente (limitação positiva).

Os **órgãos administrativos** vivem a situação mais complexa em virtude da sujeição especial da atividade administrativa ao **princípio da estrita legalidade** e da ausência de uma competência

específica para realizar controle de constitucionalidade. Não se pode esperar que o administrador público considere, ele próprio, por sua pessoal cognição e vontade, uma lei inconstitucional, salvo em casos extremos, a exemplo das situações em que a aplicação da lei signifique a prática de um crime (é importante lembrar que existem na Constituição alguns mandados expressos de criminalização[1]) ou em que as leis violem escancaradamente o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Exceto nessas hipóteses, cabe ao agente público, na maioria das vezes, diante da responsabilidade pela juridicidade de sua atuação, em vez da inaplicabilidade do texto legal que lhe pareça inconstitucional, a suspensão da atividade de aplicação da norma supostamente contrária à Constituição e a imediata provocação da autoridade judiciária competente, como sugere Vieira de Andrade (2009, p. 201).

Partindo de um polo a outro, e a despeito das polêmicas que ainda rondam o tema, a dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade sindical tem como um dos efeitos mais expressivos o que permite a sua **irradiação sobre os particulares**. Não há, enfim, maiores dificuldades no reconhecimento de que, por exemplo, a vedação de interferência e de intervenção do Poder Público na organização sindical (art. 8, I, da Carta) também se estende aos particulares, especialmente aos empregadores e às associações patronais que amiúde violentam a autonomia organizacional e acional das entidades sindicais obreiras.

Há também um consenso jurisprudencial no sentido de que a norma contida no art. 8º, V, da CF/88, segundo a qual "ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato" é aplicável com muito mais intensidade em relação às próprias entidades sindicais, patronais ou operárias, do que contra o Estado. Não há dúvidas de que algumas das mais expressivas condutas antissindicais praticadas por particulares estão associadas a esse dispositivo, entre as quais podem ser mencionadas a imposição de cláusulas de segurança sindical e a exigibilidade de aportes financeiros de quem não se filiou à entidade que realiza a cobrança.

Quem, afinal, pode negar que se dirigem especialmente aos particulares – apenas citando algumas passagens expressivas – as normas constitucionais: i) que atribuem ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, III)[2]; ii) que impõem a participação dos sindicatos operários nas negociações coletivas de trabalho; iii) que garantem ao aposentado filiado o direito de votar e de ser votado nas organizações sindicais (art. 8º, VII); iv) que vedam a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei?

Outro exemplo claro e pungente de norma fundamental que vincula os particulares, e não apenas o Estado, diz respeito ao direito de greve. Ao declarar "assegurado o direito de greve" e ao atribuir aos trabalhadores a decisão sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender, o legislador constitucional incorporou no ordenamento jurídico interno a mais clássica das formas residuais de autotutela e admitiu a irradiação de seus efeitos não apenas em face dos particulares singularmente considerados (empregadores, para quem se atribuiu deveres de contenção), mas também em face de toda a comunidade, haja vista a admissão do seu exercício, ainda que limitado pelo legislador infraconstitucional, em relação aos até então imunes serviços ou atividades essenciais.

A vinculação dos particulares em matéria de direitos da liberdade sindical merece uma menção particularizada à sua **exigibilidade nos processos legislativos privados**. Refere-se, aqui, não apenas ao **processo produtivo de atos normativos com força jurídico-pública expressamente reconhecida pelo texto constitucional (art. 7º, VI, XIII, XIV, e art. 8º, VI, da Carta), como é o caso dos acordos coletivos e das convenções coletivas de trabalho**, mas também ao processo de confecção de instrumentos sem força normativa, mas que têm, por conta da autonomia individual privada, *status* de fonte autônoma de direitos e deveres como, por exemplo, estatutos, regulamentos e contratos. Quem, enfim, pode negar que esses

1. Assim, será inconstitucional qualquer lei ou ato administrativo que descriminalize o racismo, o tráfico, a tortura, o terrorismo, a ação de grupos armados civis e militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, a retenção dolosa de salários, as condutas lesivas ao meio ambiente e o abuso, exploração e violência contra as crianças e adolescentes. Os tipos penais que definem ou venham a definir essas condutas criminosas podem ser alterados, preservando-se o conteúdo essencial dos comandos constitucionais, mas não podem ser extintos.

2. Lembra-se aqui de que, no RO DC – 30900-12.2009.5.15.0000 (caso das despedidas coletivas na EMBRAER S/A), o TST proclamou a importante premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a consecução de dispensas massivas.

atos jurídicos estão submetidos ao dever de conformação aos parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais? Há, portanto, sempre uma mínima intervenção na autonomia coletiva da vontade.

Nesses termos, pode-se afirmar, sem maiores resistências, que o direito fundamental à liberdade sindical irradia a sua eficácia sobre os processos legislativos privados e motiva efeito nulificante de disposições que, por exemplo, restrinjam ou turbem, por via contratual, o direito: i) de o trabalhador filiar-se a uma determinada entidade sindical ou de participar dela ativamente; ii) de o trabalhador não se filiar a uma determinada entidade sindical; iii) de o trabalhador ter acesso, em condições de igualdade, a todas as vantagens egressas do contrato de emprego; iv) de as entidades sindicais participarem dos processos decisórios que envolvam interesses laborais de natureza transindividual, entre outras igualmente importantes.

3. A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE SINDICAL EM FACE DE SUAS RESTRIÇÕES: OS CONFINS DA INTERVENÇÃO NA AUTONOMIA COLETIVA SINDICAL

Entende-se por conteúdo essencial de um direito fundamental o seu núcleo substancial, em certa medida irrestringível, com a perda do qual se desnatura ou fenece. Trata-se, no dizer de Canotilho (2007, p. 88), de uma categoria central da dogmática jurídico-constitucional que tem o objetivo de identificar o "último reduto de garantia contra as leis e medidas agressivamente restritivas" em nome do qual se justificará qualquer ato de intervenção garantidora.

Violar o conteúdo essencial de um direito, então, implica torná-lo vazio, com pouca ou nenhuma efetividade. Desse modo, como bem disse Ingo Sarlet (2009, p. 402), "a garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental".

É, entretanto, complicada a tarefa de determinar a essência dos referidos direitos. As dificuldades começam pelo enfoque a partir do qual ele será abordado (enfoque objetivo ou subjetivo) e culminam com a tentativa de estabelecimento de um valor ou medida para o seu conteúdo.

No tocante ao estabelecimento de valor ou medida, há os que se filiam à *teoria absoluta*, segundo a qual o conteúdo essencial dos direitos fundamentais teria fronteiras fixas que não poderiam ser ultrapassadas. Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 188), entretanto, chama a atenção para o fato de que muitos entre os filiados a essa teoria se esforçam em sublinhar que "absoluto" não é sinônimo de "imutável" e que, em virtude disso, se poderia falar numa variável *dinâmica*[3], caracterizada pela aceitação de um conteúdo essencial que, apesar de não sofrer relativizações de acordo com urgências e contingências, seria modificável com o passar dos tempos.

Em contraposição, há os que se filiam à teoria relativa. O ponto central desta, também segundo Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 196) – na condição de um dos seus mais fervorosos defensores –, funda-se "na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori*"[4]. Consoante o mencionado professor, para os relativistas "a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto". A teoria relativista, assim, parece adaptar-se bem às casuísticas da liberdade sindical, uma vez que seu conteúdo – integrado naturalmente por tantos quantos sejam os direitos e faculdades capazes de identificar ou de fazer reconhecível o seu exercício (PALOMEQUE LÓPEZ, 1991, p. 113) – vale na justa medida em que não lhe seja contraposto um interesse de maior valor.

A definição do que é essencial à liberdade sindical depende, por isso, das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto, significando, especialmente, que a sua substância nem sempre será a mesma.

4. CONCLUSÃO

A liberdade sindical com seus conteúdos móveis – ora extensíveis, ora restringíveis – adapta-se a cada situação concreta e insere-se, claramente, num contexto que conjuga conteúdo essencial e proporcionalidade. Diz-se, por isso, que **o conteúdo essencial da**

3. Em oposição à variável *estática*, que defende um conteúdo essencial intangível e imutável no tempo, no modo e no espaço.

4. Ingo Sarlet (2009, p. 404) é enfático ao afirmar que a garantia do conteúdo essencial não equivale, pelo menos não necessariamente, a uma salvaguarda de um conteúdo mínimo.

liberdade sindical restará desprezado quando a medula do seu direito, sem a devida fundamentação constitucional, for submetida a limitações desproporcionais que, em rigor e em última análise, o tornem impraticável, dificultando-o além dos limites do razoável ou despojando-o da necessária proteção. Assim, tal qual destacou o Tribunal Constitucional espanhol na STC 11-1981: "se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección" (texto disponível em: <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/sentencias/stc_011_1981.pdf>).

Não há como o Judiciário deixar de intervir nos direitos de liberdade sindical quando, em seu nome, for comprimido outro direito igualmente fundamental ou for desprezada a plataforma mínima civilizatória. O magistrado, a despeito da redação constante do §3º do art. 8º da CLT reformada, pode e deve realizar os controles de constitucionalidade e de convencionalidade das negociações coletivas nas situações em que for invocado a tanto. Será, portanto, antijurídico o comportamento negocial coletivo que vise aniquilar a intangível base de direitos essenciais construída historicamente pelos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais*. Trad. Carlos Souza. São Paulo: Manole, 2005.

MARTINEZ, Luciano. *Condutas antissindicais.* São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Reforma trabalhista: entenda o que mudou.* São Paulo: Saraiva, 2018.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis. *Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 707-751.

MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política. Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 1.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais: sua dimensão individual e social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Revista dos Tribunais, n. 1, out./dez. 1992.

_____. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. t. IV.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. Trad. Pedro Scherer de Mello Aleixo, Ingo Wolfgang Sarlet e Jorge Cesar Ferreira da Silva. *Juris Síntese*, n. 80, nov./dez. 2009.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Derecho sindical español*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Maranhão, DÉLIO. VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho.* 12.ª ed. São Paulo: LTr, 1991. v. 2, p. 1001-1002

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a Reforma Trabalhista

Marcelo Rodrigues Prata*

RESUMO: O presente artigo cuida de um assunto, muito embora já amplamente debatido pela comunidade jurídica, que tem gerado muita controvérsia. A criação de sociedades comerciais com personalidade jurídica e patrimônio próprios, que não se confunde com o dos seus sócios, é inelutavelmente um fator de dinamização da economia. Nada obstante, a personalidade jurídica das empresas não pode servir de véu capaz de encobrir a responsabilidade de seus administradores por abusos e fraudes contra credores. Noutro giro, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica trata-se de medida de caráter excepcional, que não dispensa a observância do *princípio do devido processo legal*, mas precisamente no que toca ao *subprincípio da ampla defesa*. A *Reforma Trabalhista – Lei nº 13.467/2017* – veio a oficializar o emprego do incidente referido, cuja prática, aliás, foi incorporada rotineiramente nas execuções trabalhistas. Por outro lado, a Reforma mencionada deve ser interpretada e aplicada nos processos trabalhistas em consonância com o *princípio da efetividade* e *da vedação do retrocesso social*.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicação supletiva do CPC/2015 à CLT. Desconsideração da personalidade jurídica. Reforma Trabalhista. Princípios do devido processo legal, da efetividade e da vedação do retrocesso social.

1. INTRODUÇÃO

A **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**, vigente em 11 de novembro de 2017, altera a Consolidação das Leis do Trabalho, a fim de supostamente adequar a legislação às novas relações de trabalho.

Todavia, o desprezo a institutos tradicionais do Direito do Trabalho, aliado à ausência de uma verdadeira Reforma Sindical, bem como as *votações a toque de caixa* e, como se não bastasse, realizadas por um Congresso com baixa legitimidade, fizeram com que a Reforma Trabalhista tenha sido recebida com enorme desconfiança pela sociedade, o que, sem dúvidas, dificultará a efetividade no implemento das novas normas.

De qualquer sorte, *legem habemus*, restando-nos a dura missão de interpretar e aplicar a Reforma Trabalhista, desta gostemos, ou não.

No presente artigo estudaremos a *Reforma Trabalhista*, mais precisamente no que toca à desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se aqui de observações pontuais e panorâmicas sobre uma Reforma que de afogadilho implicou centenas de alterações na CLT, e, *ipso facto*, demandará anos até que a comunidade jurídica consiga *surfar* nesse *tsunami* (como sabiamente observou Nelson Mannrich) que nos inundou de perplexidade. [1]

2. O PROCESSO DE COLMATAÇÃO DAS LACUNAS PREVISTO PELA CLT

Dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação da Lei nº 13.467/2017:

> Art. 8º – As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.
>
> § 1º – O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.
>
> [...].

E ainda: "Art. 769 – Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em

(*) Marcelo Rodrigues Prata é Acadêmico Eleito da ABDT. Possui graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador. É Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Aprovado no Curso de Especialização em Processo – Pós-Graduação "Lato Sensu", promovido pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. É Doutorando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP. Atualmente é Juiz Titular da 29ª Vara do Trabalho de Salvador do TRT da 5ª Região. É Autor dos livros: *A prova testemunhal no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005; *Anatomia do assédio moral no trabalho*. São Paulo: LTr, 2008; *O direito ambiental do trabalho numa perspectiva sistêmica*. São Paulo: LTr, 2013 e *Assédio moral no trabalho sob novo enfoque*: cyberbullying, "indústria do dano moral", carga dinâmica da prova e o futuro CPC". Juruá: Curitiba, 2014.

1. Reforma trabalhista. Que reforma? In AGUIAR, Antonio Carlos. (Coord.). *Reforma trabalhista*: aspectos jurídicos. Quartier Latin do Brasil, 2017, p. 229-255.

que for incompatível com as normas deste Título". Já no processo de execução, a CLT determina, de modo expresso, que a Lei de Execução Fiscal – Lei nº 6.830/1980 – seja aplicada, subsidiariamente. Caso contrário, vejamos:

> Art. 889 – Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

Por seu turno, Lei de Execução Fiscal dispõe:

> Art. 1º – A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Vale dizer, na execução trabalhista o intérprete socorrer-se-á dos dispositivos expressos na Consolidação das Leis do Trabalho, aqui não encontrando resposta para as suas indagações, lançará mão da Lei de Execução Fiscal. Finalmente, se a solução do caso concreto não estiver contida neste último Diploma, só então, buscará amparo no **Código de Processo Civil. Em todo esse processo, o jurisperito ainda não poderá perder de vista os** *princípios estruturantes* do processo trabalhista.

2.1. Aplicação subsidiária do NCPC à CLT

O CPC/2015 prevê: "Art. 15 – Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente". Por sinal, aplicar *subsidiariamente* o Código de Processo Civil significar colmatar as lacunas porventura existentes na legislação processual pertinente aos processos trabalhistas.

2.2. Aplicação supletiva do NCPC à CLT

Aplicar *supletivamente* o Código de Processo Civil transmite a ideia de *complementar* a legislação já existente relativa aos processos trabalhistas, *aperfeiçoando-a* consoante os princípios constitucionais que regeram a criação do NCPC, a exemplo dos *princípios do acesso à Justiça*, *do devido processo legal*, *da boa-fé objetiva*, *da segurança jurídica*, *da duração razoável do processo e da celeridade*, *da efetividade* e *da proporcionalidade.* [2]

É evidente, contudo, que essa grande inovação trazida pelo NCPC deve ser feita com muito critério, *respeitando-se as peculiaridades de cada ramo do direito*, sob pena de descaracterizá-los. (Art. 769 da CLT.).

Por outras palavras, aplicar *supletivamente* o NCPC não pode representar uma espécie de "colonização" do processo civil em relação ao processo trabalhista, mas, sim, a renovação deste último, conformando-o aos preceitos da CF/1988.

3. CONCEITO DE PERSONALIDADE JURÍDICA

A personalidade jurídica é a capacidade ampla de se obter direitos e assumir deveres na órbita jurídica. Inicialmente associada à *pessoa natural*, mas igualmente estendida a *pessoa jurídicas*. Por sinal, Caio Mário da Silva Pereira ensina que: "A ideia de personalidade está intimamente legada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres". E continua Caio Mário:

> Como o homem é sujeito das relações jurídicas, e a personalidade a faculdade a ele reconhecida, diz-se que todo homem é dotado de *personalidade*. Mas não se diz que somente o homem, individualmente considerado, tem esta aptidão. O direito reconhece igualmente a personalidade a entes morais, sejam os que se constituem de agrupamentos de indivíduos que se associam para a realização de uma finalidade econômica ou social (sociedades e associações), seja os que se formam mediante a destinação de um patrimônio para um fim determinado (fundações), aos quais é atribuída com autonomia e independência relativamente às pessoas físicas de seus componentes dirigentes. [3]

4. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Nada obstante, surgiu na Inglaterra, por criação pretoriana, e de lá se espraiou para os Estados Unidos da América e, posteriormente, para a Europa, a doutrina do *disregard of legal entity*, conhecida igualmente como *doutrina da penetração*, visto que não considera os efeitos da personalização jurídica da empresa para alcançar a responsabilidade dos sócios. Por seu intermédio, o juiz, em casos

2. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho.* 14. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 124 e 128.

3. *Instituições de direito civil*: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. Vol. I. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 213-214.

especiais, corta no cerne o *propósito* dos sócios que usam a sociedade como *escudo* para fraudar seus credores. O caso típico é o do *enriquecimento ilícito* dos empresários, ao falirem artificiosamente, deixando credores insatisfeitos.

A propósito, Rubens Requião leciona que, na Alemanha, o professor Rolf Serick fez um minucioso estudo sobre a jurisprudência a respeito do abuso do direito e da fraude contra credores no que toca às sociedades comerciais – doutrina do *disregard of legal entity*. [4]Aliás, na Inglaterra, em 1897, Aaron Salomon constituiu uma sociedade comercial juntamente com outros seis integrantes de sua família. O fundo de comércio de Salomon foi para ela transferido. Este ficou com praticamente todas as ações (20 mil) pela transferência mencionada, sendo apenas uma única ação destinada para cada familiar. Salomon obteve, assim, obrigações garantidas no valor de 10 mil libras.

Nada obstante, a sociedade logo se revelou insolvente, ficando os credores quirografários respectivos a ver navios. O liquidante defendeu que Aaron Salomon lançou mão de um artifício para limitar sua responsabilidade, porquanto a sua atividade se confundia com a da *company*, que atuava apenas como se fora instituição fiduciária. Muito embora reformada pela Casa dos Lordes, a decisão do juiz de primeira instância, confirmada pela Corte a respeito da causa *Salomon vs. Salomon & Co.* deu azo ao surgimento da jurisprudência sobre a matéria.

A pessoa jurídica da *sociedade comercial* tem *personalidade e patrimônios próprios*, distintos dos das pessoas físicas dos seus sócios. (Arts. 1º, 44, 45 e 997, III do CC/2002.). A princípio, por conseguinte, não poderiam ser os sócios diretamente responsabilizados pelas obrigações da sociedade da qual fazem, ou fizeram, parte. Por sinal, ensina Rubens Requião: "Entre o sócio e a sociedade ergue-se a personalidade jurídica desta, com a sua consequente autonomia patrimonial". [5]

Por seu turno, Maria Helena Diniz ensina que o instituto em comento em nosso país teve como **suporte legal pioneiro** o §2º do art. 2º da CLT, que dizia:

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

Aliás, a *Reforma Trabalhista – Lei nº 13.467/2017 – alterou sua redação, nos seguintes termos:*

> 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.

Segundo Helena Diniz a figura em estudo: "Trata-se de medida protetiva que tem por escopo a preservação da sociedade e a tutela dos direitos de terceiros, que com ela efetivaram negócios". [6] E ainda que a desconsideração

> [...] não tem por finalidade retirar a personalidade jurídica, mas tão-somente desconsiderá-la, levantando o véu protetor, em determinadas situações, no que atina aos efeitos de garantir a desvinculação da responsabilidade dos sócios da sociedade.[7]

5. PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA O DEFERIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO

O CDC abraçou expressamente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Aliás, segundo o seu art. 28, ela será aplicável nas hipóteses de *abuso do exercício de direito*, *excesso de poder*, *infração da lei*, *ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social*, bem assim em caso de *má administração*, capaz de levar a empresa à recuperação judicial, falência ou inatividade. Além disso, poderá ser igualmente desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade representar um *escolho à reparação de prejuízos* causados aos consumidores.

Na mesma linha, o art. 50 do CC/2002 explicita que o abuso da personalidade jurídica fica caracterizado quando há *desvio de finalidade* ou *confusão entre o patrimônio* da sociedade e o dos seus sócios. Noutro giro, ressalva o mesmo CC/2002: "Art. 1.024 – Os bens particulares dos sócios não podem ser

4. V. *Curso de direito comercial*. Vol. I. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 271-273.

5. In *Curso de direito comercial*. *Ob. cit.*, p. 302.

6. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de empresa. Vol. 8. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 604.

7. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de empresa. *Ob. cit.*, p. 632.

executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais". [8]

Finalmente, a Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, conhecida como **Lei Antitruste**, prevê:

> Art. 34 – A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.
>
> Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

6. DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery professam que a desconsideração inversa:

> *Consiste em imputar à pessoa jurídica a responsabilidade* por obrigações de seus sócios. O pressuposto é de que tenha havido desvio de bens de uma pessoa física para uma pessoa jurídica, sobre a qual aquela detenha controle. Pressupõe-se que o desvio ocorra por abuso de direito ou fraude. [9]

Aliás, na exposição de motivos ao Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, produzido pela comissão de juristas instituída pelo Ato nº 379/2009 do presidente do Senado Federal, temos que a *desconsideração inversa* é cabível "... nos casos em que se abusa da sociedade, para usá-la indevidamente com o fito de camuflar o patrimônio pessoal do sócio". [10] Vale dizer, a *desconsideração inversa* é possível quando o sócio *transfere ou onera artificialmente seus bens pessoais em favor da sociedade*, com o intuito de frustrar seus credores, que não encontrarão bens do devedor passíveis de execução.

7. CABIMENTO E PROCESSAMENTO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO NO PROCESSO TRABALHISTA

Dispõe o CPC/2015 no que tange ao incidente de desconsideração:

> Art. 134 – O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.
>
> § 1º – A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.
>
> § 2º – Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.
>
> § 3º – A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.
>
> § 4º – O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.
>
> Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.
>
> Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.
>
> Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.
>
> Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Como vimos, o incidente de desconsideração é cabível em qualquer estágio do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução baseada em título executivo extrajudicial. Aliás, prevê o art. 932: "Incumbe ao relator: [...] VI – decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal;...". Além disso, o art. 1.062 do NCPC diz que cabe igualmente o incidente de desconsideração no processo de competência dos juizados especiais.

---

8. Já na esfera fiscal, o CTN prevê: "Art. 135 – São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I – as pessoas referidas no artigo anterior (os sócios, entre outros); II – os mandatários, prepostos e empregados; III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Art. 136 – Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato". A propósito, temos a Súmula nº 435 do STJ: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

9. *Código de Processo Civil comentado.* 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 624.

10. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 3 maio 2014.

Por sua vez, a instauração do referido incidente na fase executiva implicará *suspensão* do processo.

Aliás, a respeito do cabimento do referido incidente no processo trabalhista a **Lei nº 13.467/2017** não deixou mais dúvidas. Caso contrário, vejamos:

> 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.
>
> [...]
>
> § 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).

8. INICIATIVA DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

8.1. Do princípio da demanda ou da inércia da jurisdição

O *princípio da demanda* ou da *inércia da jurisdição* é corolário do *princípio dispositivo*. Ele é revelado no apotegma latino *ne procedat iudex ex officio, nemo iudex sine actore*. O Estado-juiz deve se abster de fomentar conflitos ao iniciar ele mesmo o processo, é mister que as próprias partes tentem solucionar a lide por meio da *mediação*, *transação* ou do *juízo arbitral*. Além disso, o juiz que iniciasse *sponte sua* o processo perderia a *imparcialidade* necessária para processar e julgar a ação.

A propósito, o *princípio da demanda* assim se expressa no CPC/2015: "Art. 2º – O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei". E ainda: "Art. 141 – O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte".

8.2. A iniciativa do pedido de desconsideração na Justiça Comum

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, pelo que se infere dos termos do CPC/2015, aparentemente, não pode ser instaurado, de ofício, pelo juiz, ou seja, é necessária a iniciativa da parte, aí incluído o membro do Ministério Público, nos casos em que couber sua intervenção. Caso contrário, vejamos o que diz o referido *Codex* quanto ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica:

> Art. 133 – O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.
>
> § 1º – O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.
>
> § 2º – Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

8.3. Iniciativa do incidente de desconsideração na Justiça do Trabalho na fase de execução

Na esfera trabalhista temos o princípio do *jus postulandi*, ou seja, existe a possibilidade de se recorrer à Justiça do Trabalho sem a assistência de advogado. Assim, o *jus postulandi* nas Varas e Tribunais Regionais do Trabalho é autorizado – art. 791 da CLT e SUM-425/TST. Além disso, o *bem da vida* perseguido nesta Especializada tem *natureza jurídica alimentar*. Daí a razão pela qual o *princípio da demanda* é aqui atenuado pelo *princípio inquisitivo*. Assim, se aceita a atuação do juiz do Trabalho, por vezes de ofício, buscando-se reequilibrar a indisputável assimetria existente na maioria absoluta das demandas que envolvem empregado e empregador.

Por outras palavras, a CLT concede ao magistrado trabalhista poderes excepcionais para fazer cumprir os seus preceitos. Caso contrário, vejamos: "Art. 765 – Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas".

Todavia, a última **Reforma Trabalhista**, introduzida pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, vigorando a partir de 11 de novembro de 2017, alterou o art. 878, que dizia: "A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior". O citado artigo possui atualmente a seguinte redação: "**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**". (Grifamos.).

Por outro lado, resta saber o que se entende por **promover a execução**, *id est*, trata-se tão-somente de ingressar com o pedido inicial, acompanhado dos

respectivos cálculos de liquidação, com indicação de provas relativas à liquidação por artigo ou pedido de arbitramento? Ou aí a se entende o próprio *impulso do processo executório*, uma vez iniciado pela parte?

A resposta se encontra no fato de a aludida Reforma manter incólume o dispositivo seguinte da CLT, que concede ao magistrado trabalhista poderes excepcionais para fazer cumprir os seus preceitos: "Art. 765 – Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão **ampla liberdade na direção do processo** e **velarão pelo andamento rápido das causas**, **podendo determinar qualquer diligência necessária** ao esclarecimento delas". (Destacamos.).

Noutros termos, uma vez que a parte assistida por advogado promova o início do processo executório, nada impede que o juiz o impulsione, ao contrário, cabe a este último zelar por seu rápido andamento.

8.3.1. Reclamante desacompanhado de advogado e o incidente de desconsideração

Estando o reclamante, na fase executória, **desacompanhado de advogado** não se pode falar aí em *paridade de armas* entre as partes. Assim, os *princípios da isonomia* e *da segurança jurídica* – art. 5º, *caput* e incs. I, XXXIII e XXXVI e 6º da CF/1988 – recomendam que o juiz do Trabalho instaure, de ofício, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, *ex vi* dos arts. 765 e 878 da CLT.

Caso contrário, o reitor do processo tornar-se-á conivente com a transformação da sentença condenatória trabalhista numa *norma individual simbólica*, ou seja, criada apenas com o objetivo imediatista de se oferecer uma resposta capaz de *arrefecer as pressões sociais* para a resolução dos problemas, sem que exista uma real possibilidade de solucioná-los. [11]

8.3.2. Reclamante assistido por advogado e o incidente de desconsideração

A Lei nº 13.467/2017 evidentemente não pode representar atraso em termos de *efetividade* da Justiça do Trabalho, mas, sim, ao contrário, avanço na concretização dos direitos fundamentais, com fincas no *princípio da proibição de retrocesso social* – art. 1º, III e art. 5º, caput e inc. XXXVI da CF/1988.

Aliás, Carlos Henrique Bezerra Leite se ampara no art. 6º da CF/1988 para sustentar que *os direitos dos trabalhadores* estão presentes no rol dos *direitos sociais*. Ele menciona que estes – arts. 6º, 7º *usque* 11 e 170 *usque* 232 – fazem parte do Capítulo II do Título II da Constituição Federal e, portanto, da lista dos *direitos e garantias individuais*. [12] No mesmo sentido é a posição de Guilherme José Purvin de Figueiredo. [13]

Como vimos acima, a CLT dá ao juiz do Trabalho *amplo poder de direção* do processo trabalhista. Por outro lado, o incidente de desconsideração de personalidade jurídica, como o próprio *nomen juris* indica, trata-se de incidente que, *ipso facto*, ocorre ***no curso do processo*** e é resolvido por ***decisão interlocutória*** – art. 855-A, § 1º da CLT. Logo, aí não se faz necessário o *impulso inicial* do exequente assistido por advogado, haja vista que *a execução já está correndo contra a devedora principal*, podendo, inclusive, o referido incidente ser acolhido ou não.

Noutro giro, *in eo quod plus est semper inest et minus, isto é, quem pode o mais pode o menos*. Vale dizer, se o juiz do Trabalho tem *amplo poder de direção* do processo trabalhista, por conseguinte, tem igualmente o de iniciativa quanto ao incidente de desconsideração de personalidade jurídica. Caso contrário, vejamos a doutrina formulada na própria esfera cível por eminentes jusprocessualistas:

> A lei só alude ao incidente feito a requerimento da parte ou do Ministério Público. Nada impede, porém, que o juiz dê início também de ofício, sempre que o direito material não exigir a iniciativa da parte para essa desconsideração. O fundamental é a observância do contraditório prévio para a concretização da desconsideração, já que essa é a finalidade essencial do incidente. [14]

Aliás, reza a CLT atual: "Art. 769 – Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título". Vale dizer, as normas do CPC/2015

11. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36 e 39.

12. Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho. In: BRAMANTE, Ivani Contini; CALVO, Adriana. (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do direito do trabalho*: homenagem ao professor Renato Rua de Almeida. São Paulo: LTr, 2007, p. 41.

13. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 176.

14. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 208.

não se aplicam à CLT sem se levar em conta que **os créditos trabalhistas** têm **natureza alimentar** e, por conseguinte, são **superprivilegiados** em relação aos demais – art. 100, § 1º da CF/1988, art. 449 da CLT, art. 186 do CTN, bem como arts. 60, § ún., 83, I e IV, 'c', e 141, II da lei 11.101/2005.).

De tal arte, os ***princípios da duração razoável e da celeridade*** (art. 5º, LXXVIII da CF/1988, art. 765 da CLT e arts. 4º, 6º e 139, II e III do CPC/2015), bem assim o ***princípio da efetividade*** (art. 5º, inc. XXXV da CF/1988) se impõem no processo trabalhista de forma ainda mais acentuada do que no processo comum.

9. RECURSO CABÍVEL CONTRA DECISÃO QUE APRECIOU A DESCONSIDERAÇÃO

9.1. No processo civil

Prevê o CPC/2015:

> Art. 136 – Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória, contra a qual caberá agravo de instrumento.
>
> Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

O art. 1.015, IV do NCPC igualmente diz que cabe *agravo de instrumento* contra decisão interlocutória que decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. De outro lado, o art. 1.019, I do mesmo Diploma determina que recebido o agravo de instrumento no tribunal e *distribuído imediatamente*, *o relator*, no prazo de cinco dias *poderá atribuir efeito suspensivo* ao recurso ou deferir, em *antecipação de tutela*, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão. Noutros termos, a concessão do *efeito suspensivo* ao agravo de instrumento depende da percepção do relator quanto à gravidade da situação concreta.

Desse modo, se a desconsideração se apresentar como capaz de dar azo a uma inaceitável invasão na esfera patrimonial do sócio, em detrimento do direito de propriedade e da ampla defesa (art. 5º, XXII e LV da CF/1988), compete ao relator conceder efeito suspensivo ao agravo, paralisando-se o processo até o seu julgamento. Isso, contudo, tão-somente em casos excepcionalíssimos, levando-se em conta o *princípio da duração razoável do processo*. Nesse caso, o ideal é que defira, de logo, monocraticamente a *antecipação dos efeitos da tutela recursal*, de modo a permitir o prosseguimento da ação principal no juízo originário.

Por sua vez, o recurso cabível contra decisão do relator que apreciar originariamente o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é o agravo interno.

9.2. Recurso cabível na esfera trabalhista

No que tange à decisão interlocutória que apreciar o pedido de desconsideração da personalidade jurídica na *fase de execução*, dispõe a CLT quanto ao recurso de *agravo de petição*:

> 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).

10. BENEFÍCIO DE ORDEM

O acolhimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica implica tão-somente a *responsabilidade subsidiária do sócio* em garantir a execução. Assim, ele pode requerer o *benefício de ordem* para que sejam excutidos *primeiramente os bens da sociedade*. Todavia, compete ao sócio *indicar bens livres e desembargados da sociedade*, *localizados na comarca* na qual corra a execução (art. 795, § 2º do NCPC). Caso estes sejam insuficientes para garantir a dívida só então a execução será *redirecionada* contra o sócio.

11. O PROBLEMA DAS PENHORAS BANCÁRIAS *ONLINE* QUE SURPREENDEM TERCEIROS

É consabido não ser a fase de cognição comparativamente problemática na Justiça do Trabalho – contribuindo para tanto, e.g., a irrecorribilidade das

decisões interlocutórias – mas, sim, a sua fase de execução. Considerando a dificuldade de se encontrar bens do devedor capazes de garantir a dívida. Daí a razão pela qual o instituto da *desconsideração da personalidade jurídica* vem sendo manejado pioneiramente pela Justiça do Trabalho com relativo o sucesso.

Nada obstante, esta Justiça Especial vem recebendo justas críticas no sentido de que terceiros vêm sendo literalmente surpreendidos com o bloqueio de valores em suas contas bancárias sem nem ao menos terem a oportunidade para se defenderem. Quando, então, poderiam arguir, v.g., que nunca fizeram ou já não fazem parte da sociedade executada há mais de dois anos (art. 1003, § ún. do CC/2002). Poderiam ainda, se tivessem tido chance em tempo hábil para tanto, indicar bens livres e desembaraçados da empresa para suportar a execução. Ou igualmente arguir que os valores apreendidos em sua conta corrente têm natureza jurídica salarial.

Saliente-se que nem sempre se tem conseguido liberar os bens injustamente apresados com a agilidade necessária, deixando-se o terceiro em situação delicada até que os seus argumentos sejam ouvidos e cessado o constrangimento indevido.

Parece-nos, por conseguinte, que na fase executória trabalhista não deve o juiz se apressar em determinar o bloqueio online nas contas bancárias de terceiros via convênio Bacenjud sem que o sujeito passivo da medida seja sequer ouvido.

12. O PROBLEMA DO DEVEDOR QUE SUBTRAI BENS À EXECUÇÃO TRABALHISTA

Objeta-se que a oportunidade de contraditório prévio às medidas executórias daria ao sócio tempo mais do que suficiente para se evadir do cumprimento dívida – havendo aí inclusive a *suspensão do processo de execução* contra a devedora principal, caso o incidente em tela ocorra no curso do processo executório, forte no art. 134, § 3º do CPC/2015 – o que frustraria o objetivo principal da desconsideração da personalidade jurídica.

Nada obstante, se houver *receio justificado* de que isso ocorra, existem instrumentos capazes de evitá-lo, como o manejo do ***arresto*** *de bens de terceiro*, a fim de garantir penhora futura. [15] Aliás, reza o CPC/2015: "Art. 301 – A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito". E ainda:

> Art. 300 – A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
>
> [...]
>
> § 2º – A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Ora, se o juiz do Trabalho tem ampla liberdade na direção do processo e deverá velar pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas, forte no art. 765 da CLT, nada lhe impede de determinar, ainda de ofício, o arresto de bens de terceiro suficientes para a garantia da execução, em caso de inegável disparidade de armas entre as partes. [16] Por sinal, rediga-se, aquele a quem se permite o mais, não se deve negar o menos

A propósito, não se pode relegar ao oblívio que o *arresto* é uma tutela de urgência de natureza cautelar – tipicamente *preventiva* e *provisória* [17] –, servindo de mero instrumento para a *garantia da penhora*, podendo, *ipso facto*, ser levantado se o juiz for convencido de sua inutilidade ou ilegalidade (arts. 296 e 301 CPC/2015).

Aliás, tanto o CPC/1973 quanto o CPC/2015 concedem ao juiz o *poder geral de cautela*, de modo que este possa efetivamente garantir, *ex officio*, o *resultado útil* do processo. Se não, vejamos o ensino de Humberto Theodoro Júnior segundo o qual

> [...] quando houver situação de vulnerabilidade da parte e risco sério e evidente de comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional, poder-se-á, excepcionalmente, fugir do rigor do princípio dispositivo, tornando-se cabível a iniciativa do juiz para determinar medidas urgentes indispensáveis à realização da justa composição do litígio. [18]

15. V. arts. art. 828 a 830 do CPC/2015 quanto ao procedimento correlato.

16. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 624.

17. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Ob. cit.*, p. 694.

18. In *Curso de direito processual civil. Ob. cit.*, p. 624.

Com maior razão ainda se impõe o manejo do *poder geral de cautela* do juiz do Trabalho, considerando a natureza jurídica do direito material a ser protegido, forte nos arts. 765 e 878 da CLT. [19] No que tange à sua aplicabilidade ao *incidente de desconsideração de personalidade jurídica* propriamente dito, professa Cândido Rangel Dinamarco:

> O eventual temor por uma *dilapidação patrimonial* durante o processamento do incidente de desconsideração de personalidade jurídica é facilmente superável pelo amplo *poder cautelar do juiz*, o qual poderá, em caso de perigo, determinar *medidas urgentes* capazes de assegurar a integridade do patrimônio do eventual obrigado (inalienabilidade de bens, bloqueio de depósitos ou aplicações bancárias *etc*. – art. 300). [20], [21]

Finalmente, a Lei nº 13.467/2017 não deixa mais dúvidas:

> 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.**
>
> [...]
>
> § 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). (Grifamos.).

13. DA INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO CREDOR EM CASO DE DETERMINAÇÃO, *EX OFFICIO*, DE ARRESTO

Reza o CPC/2015 quanto à *responsabilidade objetiva* do autor no caso das tutelas de urgência:

> Art. 302 – Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:
>
> I – a sentença lhe for desfavorável;
>
> II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
>
> III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
>
> IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.
>
> Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Por outro lado, na hipótese em que o próprio juiz do Trabalho determina, de ofício, o arresto de bens do sócio, caso a medida venha a ser considerada indevida, não poderá o reclamante ser objetivamente responsabilizado por isso, haja vista que não deu causa ao prejuízo. A propósito, o nosso Código Civil ao regulamentar a questão do *nexo causal* adotou *teoria dos danos diretos e imediatos*, nos seguintes termos: "Art. 403 – Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual". [22]

14. COMUNICADO DA DESCONSIDERAÇÃO AO DISTRIBUIDOR E FRAUDE À EXECUÇÃO

Existe ainda a ferramenta à disposição do credor da *ineficácia da alienação ou oneração de bens*, após comunicado o distribuidor a respeito da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Se não, vejamos o previsto no CPC/2015: "Art. 134 – [...]. § 1º – A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas". E ainda: "Art. 137 – Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente". Aliás, a Lei nº 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, prevê:

> Art. 10 – A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.

19. SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 1371.

20. *Instituições de direito processual civil*. V. I. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 58.

21. No mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Ob. cit.*, p. 401.

22. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 71-76.

Por outras palavras, a partir do momento em que a petição relativa à desconsideração da personalidade jurídica é protocolada pela própria parte por meio do PJe considera-se em *fraude à execução* a alienação ou oneração de bens do sócio e, por conseguinte, estas são ineficazes em relação ao credor. [23]

A propósito, por intermédio do PJe-JT pode ser requerida certidão de distribuição de ações trabalhistas – CDAT. Além disso, a consulta ao Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT) pode ser feita por meio do site do TRT da 5ª Região, clicando-se no link CNDT – Certidão Negativa (art. 828 do CPC/2015).

Não fora isso o bastante, estando o credor desassistido de advogado, ou na hipótese em que este não diligencie razoavelmente pelo andamento da execução, o juiz do Trabalho pode, de ofício, determinar a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes por intermédio do SISTEMA SERASAJUD, *ex vi* do art. 765 da CLT, art. 782 do CPC/2015 e do art. 17 da IN 39/2016 do TST.

15. NECESSIDADE DE OUVIDA DO TERCEIRO NA DESCONSIDERAÇÃO INICIADA, DE OFÍCIO, PELO JUIZ DO TRABALHO

15.1. Da não-surpresa

Posto que o juiz do Trabalho, todas as vezes que o exequente não esteja patrocinado por advogado, possa, de ofício, dar início ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica da executada, isso não implica, obviamente, deva, de logo, determinar o bloqueio de numerário a ser convertido em penhora na conta bancária do suposto sócio sem ao menos lhe dar oportunidade de se defender contra essa *decisão surpresa*. Aliás, reza o CPC/2015: "Art. 10 – Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício".

Todavia, se empresa devedora e seus sócios já tiveram *comportamento evasivo* em outras execuções que pendem na Justiça do Trabalho é de se supor que venham a adotar o mesmo *modus operandi*, o que autoriza o juiz, na falta de bens da empresa, a lançar mão do ***arresto*** dos bens do sócio, suficientes para garantir a execução, concedendo-lhe, em seguida, oportunidade para se manifestar quanto à medida referida, bem como sobre a desconsideração da personalidade jurídica.

Ressalte-se que *após a citação o arresto se converterá automaticamente em penhora*, caso não haja por parte do sócio, no prazo de 48 horas, (a) *cumprimento da decisão ou acordo*, (b) *depósito judicial* ou (c) *indicação bens livres e desembaraçados* capazes de garantir a execução – arts. 135 e 830 do CPC/2015 c/c os arts. 880 e 882 da CLT.

CONCLUSÕES

A Reforma Trabalhista indisputavelmente não pode, repita-se, exprimir atraso em termos de *efetividade* da Justiça do Trabalho, mas, sim, ao revés, avanço na **vivificação dos direitos fundamentais**, forte no *princípio da proibição de retrocesso social* – art. 1º, III e art. 5º, caput e inc. XXXVI da CF/1988.

De outro lado, a desconsideração de personalidade jurídica trata-se de incidente que, por isso mesmo, ocorre ***no curso do processo***. Desse modo, aí não se faz necessário *impulso inicial* do exequente nem mesmo quando assistido por advogado, porquanto *a execução já está correndo contra a devedora principal*.

Aliás, consoante o art. 769 da CLT as normas do CPC/2015 não se aplicam ao processo do trabalho sem se levar em conta que os créditos trabalhistas têm natureza alimentar e, por consequência, são **superprivilegiados** em relação aos demais – art. 100, § 1º da CF/1988. De tal arte, os *princípios da duração razoável e da celeridade* (art. 5º, LXXVIII da CF/1988, bem assim o *princípio da efetividade* (art. 5º, inc. XXXV da CF/1988) se impõem no processo trabalhista de forma ainda mais acentuada do que no processo comum.

Noutro giro, se o juiz do Trabalho tem *amplo poder de direção* do processo trabalhista (art. 756 da CLT), por conseguinte, tem igualmente o de iniciativa quanto ao incidente de desconsideração de personalidade jurídica.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade* civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivum, 2015.

23. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 521.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. I. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de empresa. Vol. 8. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores***.** 4. ed. São Paulo: LTR, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho.* 14. ed. São Paulo: LTr, 2016.

–––. Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho. In: BRAMANTE, Ivani Contini; CALVO, Adriana. (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do direito do trabalho*: homenagem ao professor Renato Rua de Almeida. São Paulo: LTr, 2007.

MANNRICH, Nelson. Reforma trabalhista. Que reforma? In AGUIAR, Antonio Carlos. (Coord.). *Reforma trabalhista*: aspectos jurídicos. Quartier Latin do Brasil, 2017

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil e legislação extravagante.* 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. Vol. I. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PRATA, Marcelo Rodrigues. O Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC de 2015 e seus reflexos no processo de execução trabalhista. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Vol. 1, p. 279- 292, 2017.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Vol. I. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

Theodoro Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A prova do assédio moral nas ações coletivas e a reforma trabalhista

Pedro Lino de Carvalho Júnior*

Gabriela Lemos Cunha**

RESUMO: O assédio moral é tema recorrente no cotidiano forense daqueles que militam na esfera trabalhista. Ao considerar a elevada importância prática do problema e as controvérsias que pairam acerca da sua caracterização, o presente estudo, em linhas amplas, se debruça sobre a atividade probatória no âmbito das demandas coletivas que buscam combatê-lo. Com vistas a cumprir este propósito, investiga, de início e em traços gerais, a dimensão probante nas demandas propostas individualmente, haja vista o surgimento, na contemporaneidade, de novas perspectivas dogmáticas a seu respeito. Em um segundo momento, à luz destes enfoques analíticos, lança os olhos para as ações coletivas propostas para o enfrentamento do assédio moral, quando então aprecia a importância da prova emprestada e das gravações ambientais, o valor probante de inquéritos civis conduzidos pelo *Parquet* laboral, o reconhecimento da relevância dos indícios e presunções como meio probatório e, em especial, a dinamização do ônus da prova, com destaque para a nova redação conferida ao art. 818 da CLT pela Lei nº 13.467/17, para realçar que a reforma trabalhista, ainda que tenha patrocinado inequívocos retrocessos sociais, excepcionalmente, no particular, foi capaz de ampliar a tutela dos interesses dos trabalhadores em juízo.

PALAVRAS-Chave: Prova. Assédio Moral. Jurisdição Trabalhista. Reforma Trabalhista. Ações coletivas.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A prova do assédio moral nas ações individuais. 3. Uma nova compreensão do ônus probatório nas ações individuais que envolvem o assédio moral. 4. O assédio moral e sua prova nas ações coletivas. 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A dinâmica que o capitalismo pós-industrial assumiu neste início de milênio já revelou sua face: mercados abertos, capitais flutuantes, dissolução das fronteiras geográficas, desterritorialização da produção, relativização do conceito de soberania, deslegalização e desformalização dos direitos sociais, a par de um amplo processo de reestruturação produtiva, com a passagem do modelo fordista-taylorista para o da denominada especialização flexível. Neste cenário de incertezas e volatilidades, novos padrões de gestão e organização da mão de obra são adotados, intensificando as exigências de crescente aumento de produtividade. Deveras, a implementação de métodos avaliatórios que estimulam a competição entre os trabalhadores – dentre outras ferramentas de controle organizacional-, acabam por sujeitá-los, cada vez mais, a transtornos psíquicos que, segundo dados de organismos internacionais, já se constituem hoje em uma das principais causas de absenteísmo no trabalho.

Esse horizonte contribui, e muito, para que ganhe terreno a prática do assédio moral, aqui compreendida como a exposição do trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras: uma conduta reiterada e abusiva que se manifesta "por comportamento, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho", nas clássicas lições de Marie-France Hirigoyen.[1]

O presente estudo se propõe a abordar, em linhas muito amplas, a atividade probatória no âmbito das ações coletivas ajuizadas para o combate do assédio moral, tendo em vista as controvérsias existentes e a enorme importância prática de que esta discussão se encobre, não sem antes apreciar, em traços gerais, a dimensão probante nas demandas propostas individualmente, haja vista o surgimento, na contemporaneidade, de inovadoras perspectivas dogmáticas a seu respeito, capazes de influenciar, substancialmente, os rumos teóricos e jurisprudenciais existentes.

(*) Procurador do Trabalho/PRT 5ª Região – Bahia e Professor Assistente de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Econômico (UFBA). Especialista em Direito Constitucional do Trabalho (UFBA). Bacharel e Doutor em Filosofia (UFBA).

(**) Assessora Jurídica da Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região – Bahia. Bacharela em Direito (UFBA).

1. HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio Moral – a violência perversa no cotidiano.* Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2001, pp. 65-8.

2. A PROVA DO ASSÉDIO MORAL NAS AÇÕES INDIVIDUAIS

O insigne juslaboralista Bezerra Leite conceitua a prova como o "meio lícito para demonstrar a veracidade ou não, de determinado fato, cuja finalidade é o convencimento do juiz acerca de sua existência, ou inexistência", aduzindo, ainda, que o nosso ordenamento adotou o princípio do livre convencimento, também chamado de princípio da persuasão racional, devendo o juiz, para aferição da prova, motivar seu convencimento.[2]

Em relação às demandas individuais que envolvem a acusação da prática de assédio moral, as quais, invariavelmente, vêm acompanhadas de pleito reparatório pelos danos morais habitualmente sofridos, a maior parte dos tribunais do trabalho, como regra geral, sob a égide da antiga CLT, por considerar tratar-se **de fato constitutivo de direito do reclamante, vinha atribuindo-lhe, exclusivamente, o ônus probante,** nos termos do art. 818, da CLT (redação anterior), *in verbis*: *"A prova das alegações incumbe à parte que as fizer",* conforme se pode extrair das decisões abaixo arroladas:

> ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO. ÔNUS PROBATÓRIO DO AUTOR. AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA – Segundo as regras de distribuição do ônus probatório estabelecidas pelo inc. I do art. 333 do CPC c/c art. 818 da CLT, indevida é a indenização por dano decorrente de assédio moral no ambiente de trabalho, porquanto não comprovada a ocorrência deste ilícito, não autorizando o Juízo a aplicar condenação, já que as provas devem ser robustas o suficiente para ver deferido o pedido. Sentença mantida. (TRT 14ª Região – RO 00033.2008.006.14.00-7 – 1ª TURMA – Relatora Juíza Vania Maria da Rocha Abensur – Revisor Juiz Vulmar de Araújo Coêlho Junior).

> ASSÉDIO MORAL. ÔNUS DA PROVA. FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DO AUTOR. Ao reclamante compete a prova dos fatos constitutivos de seu direito, nos termos do art. 818 da CLT, c.c., art. 333, I, do CPC, sob pena de improcedência de seu pedido. Nego provimento. (TRT-2 – RO: 00020348420135020074 SP 00020348420135020074 A28, Relator: MERCIA TOMAZINHO, Data de Julgamento: 23/06/2015, 3ª TURMA, Data de Publicação: 01/07/2015)

> ASSÉDIO MORAL. ÔNUS DA PROVA. Ante a alegação da autora de que sofreu segregação no ambiente de trabalho, cabia a ela comprovar a ocorrência de tal fato, nos termos dos artigos 333, I, do CPC, e 818, da CLT, ônus do qual não se desincumbiu a contento, devendo prevalecer a contraprova. (TRT-2 – RO: 00019421420105020074 SP 00019421420105020074A28, Relator: SERGIO ROBERTO RODRIGUES, Data de Julgamento: 18/02/2014, 11ª TURMA, Data de Publicação: 25/02/2014).

Vê-se, pois, que no âmbito das ações individuais, a partir da literal aplicação do art. 818 da CLT cumulado com o art. 333, I, do CPC revogado, prevalecia o entendimento de que cabia unicamente ao autor a prova do fato constitutivo alegado na inicial, envolvendo suposto assédio moral, sendo que, quando não conseguisse demonstrá-lo, o resultado seria a improcedência do pedido reparatório.

3. UMA NOVA COMPREENSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS AÇÕES INDIVIDUAIS QUE ENVOLVEM O ASSÉDIO MORAL

Na esfera das relações de trabalho regidas pela CLT não existe, ainda, qualquer disciplina legal que delimite com precisão os contornos do assédio moral, o que, reconheça-se, cria grandes dificuldades para sua comprovação em juízo.[3] Costumeiramente, dentre várias situações, surgem dúvidas quanto aos elementos idôneos a configurá-lo, o alcance prático da reiteração das condutas idôneas hábeis para torná-lo evidente e os parâmetros que permitam distingui-lo de episódicas agressões verbais (por exemplo) que podem ensejar, tanto quanto o assédio, eventuais reparações civis. Em suma, não há como negar que a demonstração em juízo da ocorrência do assédio moral guarda íntima e visceral conexão com o direito material violado, de maneira que a falta de delimitação clara das suas fronteiras tem colaborado, por certo, para que haja uma postura tímida e conservadora do judiciário laboral quanto a avaliação dos elementos probantes que lhes são submetidos.

No cotidiano das lides forenses, em regra, o trabalhador comparece em juízo e alega ter sofrido assédio moral, postulando, em casos tais, a devida reparação pecuniária pelos danos morais sofridos.

2. BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho,* 5. ed. São Paulo: LTR, 2007, p.525.

3. À exceção da NR 17 que, ao normatizar a organização do trabalho no segmento de teleatendimento/telemarketing, contemplou regras expressas que vedam o emprego de métodos que possam materializá-lo.

O empregador, por sua vez, costuma se restringir à negativa de sua ocorrência, deixando ao autor da ação o ônus de promover a comprovação de sua prática. Ora, em boa parte das situações, o assédio se operou de forma dissimulada e sutil, de modo que muito dificilmente emergirá uma prova robusta e conclusiva capaz de desvelar sua incidência, razão pela qual avultam decisões judiciais que rejeitam seu reconhecimento, diante da fragilidade probatória geralmente aferida.

Como quer que seja, felizmente, novas perspectivas teóricas foram desenvolvidas e avançam no caminho de uma compreensão mais alargada da dimensão probante nas demandas que envolvem alegações de assédio moral. Senão, vejamos.

Em relação à postura das empresas que se reservam à simples negativa da ocorrência dos fatos, os dados da observação e as regras da lógica formal ensinam que, sempre que possível, na hipótese em concreto, deve-se transmudar uma proposição negativa em afirmação contrária, ou seja, a prova de fato inexistente há de ser convertida na necessidade de demonstração de fato contrário positivo. Nesse sentido, as lições de Moacyr Amaral Santos, que apresenta ilustrativo exemplo dessa percepção: "Se Caio nega ter estado em certo dia em tal lugar bem que poderá provar ter estado em tal dia em outro lugar; se nega que seu cavalo seja preto, bem que pode provar qual seja a cor do mesmo".[4]

Assim, merece ser feita a distinção entre negar um fato e alegar um fato negativo: a negação de um fato não exige, em regra, a prova de quem a deduz, diferentemente da alegação de fato negativo.

Muitas vezes, o reclamante apresenta testemunhas que comprovam a prática do assédio moral, ao tempo em que as testemunhas da empresa tão somente se limitam a informar que não presenciaram os fatos alegados**.** Em casos tais, afastando alegação de prova dividida, algumas cortes de justiça têm sido muito criteriosas na análise dos elementos probatórios, em razão da especificidade da matéria:

> ASSÉDIO MORAL – PROVA DIVIDIDA – INOCORRÊNCIA – Não se cogita a ocorrência do fenômeno da prova dividida quando se extrai da inquirição das testemunhas da parte reclamante a confirmação categórica quanto à ocorrência do fato caracterizador do assédio moral, ao passo que as levadas a Juízo pela reclamada apenas se limitaram a informar que não presenciaram fatos nesse sentido. Recurso da reclamada a que se nega provimento. (TRT-18 41201008218009 GO 00041-2010-082-18-00-9, Relator: Platon Teixeira de Azevedo Filho, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano IV, Nº 151 de 24.08.2010, pág.12.)

A regra do ônus da prova há de se aplicar no caso de inexistência de prova, servindo como um elemento para o magistrado superar eventuais dúvidas, o que não ocorre quando há produção de provas nos autos do autor da demanda e a simples negativa dos fatos por parte das testemunhas arroladas pela empresa. Numa outra perspectiva, não é possível considerar, como situação assemelhada, a afirmação categórica de testemunhas que comprovaram o assédio com os depoimentos evasivos daquelas que aduziram não tê-lo presenciado.

Hoje, à luz de uma perspectiva dinâmica do encargo probatório, ganha espaço a teoria da aptidão para a prova, cujo embrião proveio da contribuição teórica dos juristas argentinos Jorge W. Peryano e Julio O. Chiappini, pela qual, em situações especiais, retira-se do autor o ônus de comprovar suas alegações, delegando-o à parte que tem melhores condições de produzi-la, o que assegura um degrau a mais em direção a efetiva igualdade e justiça dentro do processo.

Em estudo acerca da discriminação no processo do trabalho, Estêvão Mallet analisa as regras de distribuição do ônus da prova, fixadas no pressuposto da igualdade formal das partes, apontando para a insuficiência dos seus parâmetros clássicos:

> As regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio, inclusive com inversão do ônus da prova. Com isso, as dificuldades para a produção da prova, existentes no plano do direito material e decorrentes da desigual posição das partes litigantes, não são transpostas para o processo, ficando facilitado inclusive o esclarecimento da verdade e a tutela de situações que de outro modo provavelmente não encontrariam proteção adequada[5].

4. SANTOS, Moacyr Amaral. ***Comentários ao Código de Processo Civil.*** Vol. IV, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 223.

5. MALLET, Estevão. *Discriminação e processo do trabalho.* Revista do TST. Rio de Janeiro. V. 65, n.1, p. 148-159, out/dez 1999, p. 154.

Pois bem, por todas as dificuldades de cumprimento do encargo probatório acima evidenciadas, em hipótese de assédio moral, cabe ao magistrado avaliar, na situação concreta, e em momento processual oportuno – para não desrespeitar o devido processo legal –, a possibilidade de inversão do ônus probatório, a exemplo do quanto previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, em especial quando restar demonstrado que o empregador teria melhores condições de se desincumbir do ônus da prova, notadamente quando ele próprio alega um fato negativo, conforme acima exposto.

Essa foi a diretriz adotada pelo Novo Código de Processo Civil em relação ao encargo probatório:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
>
> I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
>
> II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
>
> **§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.**
>
> § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.
>
> § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:
>
> I – recair sobre direito indisponível da parte;
>
> II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.
>
> § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Consagrou, portanto, em seu parágrafo primeiro, a distribuição dinâmica do ônus da prova.

O legislador reformista seguiu a mesma senda aberta pelo novo diploma processual, ao alterar o art. 818 da CLT:

> Art. 818. O ônus da prova incumbe:
>
> I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito.
>
> II – ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.
>
> § 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.

Ainda sob a vigência da legislação anterior, ressalve-se, algumas Cortes Trabalhistas sensíveis à especificidade das práticas assediadoras, notadamente em determinados casos que envolviam apuração de assédio sexual (conduta muito assemelhada ao assédio moral, malgrado, evidentemente, não se confundam), buscaram desonerar o autor do espinhoso ônus de sua demonstração cabal e exaustiva, pelo que já invertiam o ônus probante ou, em último caso, se contentavam com a demonstração de indícios de seu cometimento, como apontam os dois acórdãos abaixo transcritos:

> DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. Prepondera na tipificação do assédio sexual a condição do agente de superior hierárquico da vítima. Em geral, não se praticam os atos configuradores de forma ostensiva. Ocorre, frequentemente, em lugar ermo, com a presença apenas do agente e da vítima. Portanto, não se mostra razoável exigir, em casos dessa natureza, que o assediado produza provas contundentes dos fatos alegados, mas deve ser analisada a verossimilhança da narrativa do autor. Recurso parcialmente provido. (TRT-14 – RO: 13920070021400 RO 00139.2007.002.14.00, Relator: JUIZ MÁRIO SÉRGIO LAPUNKA, Data de Julgamento: 13/12/2007, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DETRT14 n.084, de 20/12/2007)
>
> INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ASSÉDIO SEXUAL – CONSTELAÇÕES DE INDÍCIOS – CARACTERIZAÇÃO. Para a inde-

> nização por danos morais tendo como causa de pedir o assédio sexual é incabível a exigência de prova cabal e ocular dos fatos, uma vez que o assédio sexual, por sua natureza, é praticado, estrategicamente, às escondidas. Se houver fortes e diversos indícios apontando para a conduta abusiva do ofensor, deixando evidente o constrangimento reiterado sofrido pela vítima, pode-se concluir pela caracterização do assédio sexual, ou seja, a partir da constelação de indícios tem-se por configurada a prática do ilícito e o consequente deferimento do pleito indenizatório. (TRT-3, Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira, Segunda Turma).

Eram decisões isoladas, no entanto. Não obstante, antes da "nova CLT", a dinamização do ônus probatório e a aceitação da prova indiciária no âmbito da comprovação em juízo das condutas de assédio fossem perfeitamente admissíveis, esse caminho exigia do magistrado que se afastasse de uma postura formalista clássica e procurasse exercer os poderes instrutórios amplos de que já se achava investido, com vistas a assegurar a máxima efetividade do processo e dos direitos materiais em jogo, principalmente quando se deparava com graves violações aos direitos fundamentais, como é a hipótese.

A fixação da nova regra, contudo, permitirá que os espíritos mais apegados à tradição se abram às novas diretrizes estabelecidas pela positivação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova na esfera laboral, permitindo-lhes estruturar o ônus probatório perante o caso concreto na busca por uma adequada composição do conflito, enxergada não como mera solução de uma controvérsia posta em juízo, mas como aproximação, tanto quanto possível, da verdade factual, haja vista que o processo não deve servir unicamente para resolver controvérsias, mas sim para produzir *decisões verdadeiras*. Apesar da persecução pela verdade real ser tarefa quase utópica, não se pode olvidar que a procura pela verdade possível em juízo é condição necessária para alcançar a solução justa para um conflito, como leciona o festejado doutrinador italiano Michele Taruffo:

> [...] la verdad de los hechos puede considerarse como una condición necesaria de justicia bajo cualquier definición jurídica de la justicia de la decisión. Además, no es siquiera incompatible con la teoría según la cual el proceso sirve únicamente para resolver conflictos: si no se acepta como válida *cualquier* solución del conflicto y se piensa, en cambio, que debe ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces se presenta de nuevo la necesidad de reconocer que la determinación verdadera de los hechos es condición necesaria de cualquier solución justa de un conflicto. Desde este punto de vista se puede decir que el principio de verdad de los hechos no identifica una ideología específica del proceso y, en cambio, representa una suerte de dato constante que resurge en todas las ideologías que conciben algún tipo de decisión justa como finalidad del proceso.[6]

No mesmo compasso, Jerome Frank, um dos principais expoentes do realismo jurídico norte-americano, chegou a afirmar que nenhuma decisão poderia ser considerada **justa se fundada em uma determinação errônea dos fatos**.[7]

A adoção desta flexibilização do encargo probatório permite que o juiz, de maneira mais ativa, mitigue dúvidas que pairam sobre certos fatos ao atribuir a produção de uma prova a quem está mais apto a tal mister, no anseio de assegurar a real e justa satisfação dos direitos perseguidos e tutelados pela ordem jurídica. [8]

Deveras, a revelar a particularidade de que se reveste a matéria, a exigir maior flexibilidade na avaliação dos meios probatórios em face dos interesses em questão, as cortes de justiça consolidaram o entendimento de que, em um contexto de assédio, a gravação de diálogo por parte de um dos interlocutores,[9] mesmo sem o conhecimento dos demais, é

---

6. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos.* Madrid: Editorial Trotta, 2002, p.65.

7. *Apud* TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, p. 65-66.

8. A rigor, dogmaticamente, conquanto os efeitos práticos se assemelhem, é possível distinguir a inversão do ônus da prova da sua distribuição dinâmica: a inversão do ônus da prova flexibiliza a regra da teoria estática do ônus da prova, impondo a parte que, em princípio, não deveria suportá-lo, o encargo de produzi-la. Por outro lado, na distribuição dinâmica do ônus probatório, não existiria uma inversão dessa incumbência, senão a prévia identificação da parte que detém condições mais favoráveis para se desincumbir desse encargo, a quem ele é atribuído.

9. Nos crimes contra a liberdade sexual, os juízes criminais valorizam, sobretudo, o depoimento das vítimas, em face da natureza de tais delitos, orientação esta que, com os devidos temperamentos, poderia ser adotada pelos magistrados trabalhistas em casos de assédio moral e sexual. Consulte-se, nesse sentido, decisão do STJ: HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ARTS. 213 E 214, POR DUAS VEZES, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT DO CPB). PENA IMPOSTA DE 10 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. CONDENAÇÃO FUNDADA NOS DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTE STJ. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO QUANTO À OCORRÊNCIA DAS PRÁTICAS SEXUAIS NARRADAS. EXAME COMPARATIVO DE DNA PLEITEADO PELO PACIENTE. DESNECESSIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SOMENTE

admitida como prova lícita e não equiparável à interceptação telefônica:

> ASSÉDIO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA. LICITUDE. MONTANTE. 1. Na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, é válida a gravação ambiental por parte de um dos interlocutores como meio de prova. 2. O Tribunal Regional deixa patente que a gravação realizada pela empregada demonstra a sugestão do empregador de ajuizamento de lide simulada como condição para satisfação dos créditos rescisórios da trabalhadora, restando demonstrado o assédio moral. 3. Segundo a jurisprudência dessa Corte, a imissão, por meio de pretensão posta em recurso de revista, no montante em que se fixa a reparação de danos morais se limita aos casos de desrespeito aos limites superiores ou inferiores da razoabilidade, o que no caso não se configura. Não conhecido" (RR-201500-22.2008.5.07.0001, Relator Ministro Emmanoel Pereira, 5ª Turma, DEJT 17/08/2012,).

> AGRAVO DE INSTRUMENTO DA CEF. RECURSO DE REVISTA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES PARA A PRÓPRIA DEFESA (PROVA LÍCITA). ASSÉDIO MORAL CONFIGURADO (COAÇÃO DA EMPREGADORA PARA DESISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL- AMEAÇA DE PERDA DE CARGO COMISSIONADO). MONTANTE DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM R$ 60.000,00. INCLUSÃO DA PARCELA CTVA NA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INCORPORAÇÃO. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. CRITÉRIO DE APURAÇÃO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Nega-se provimento ao agravo de instrumento por meio do qual a parte não consegue desconstituir os fundamentos da decisão agravada. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (Processo: AIRR – 1174-90.2010.5.12.0048 Data de Julgamento: 04/06/2014, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/06/2014). (grifamos)

> DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. PROVA POR MEIO DE GRAVAÇÃO AMBIENTAL. DEFESA DE INTERESSE LEGÍTIMO. LICITUDE. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no entendimento de que a gravação ambiental realizada por iniciativa de um dos interlocutores, ainda que sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, notadamente quando se destina a documentá-la em caso de negativa e defesa de interesse legítimo. (TRT-5 – RECORD: 429001220085050015 BA 004 2900-12.2008.5.05.0015, Relator: RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 17/06/2009)

> PROVA DIGITAL – GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES – LICITUDE. COMPROVAÇÃO DE ASSÉDIO MORAL. É admissível no processo do trabalho como meio de prova válida, a gravação de conversa, quando realizada por um dos interlocutores, consoante entendimento dominante na jurisprudência. Na espécie, o alegado assédio praticado pela reclamada, quando do retorno da autora ao trabalho após a licença maternidade, somente poderia ser provado pelas gravações juntadas aos autos. Logicamente, o registro das referidas conversas não poderia ser feito com autorização prévia dos demais interlocutores, pois seria superficial, já que os envolvidos não falariam o que realmente estavam pensando, ou então, ensaiariam um diálogo, seja para se protegerem, ou para defenderem a autora ou a empresa, configurando a parcialidade. Sendo assim, mostra-se razoável a gravação efetivada pela reclamante, sendo a forma mais viável de demonstrar suas alegações; ao revés, estaria impedida de comprovar suas pretensões, o que caracterizaria flagrante cerceio ao direito de produção de provas. (TRT-3 – RO: 00866200601803006-00866 00-54.2006.5.03.0018, Relator: Jorge Berg de Mendonça, Sexta Turma, Data de Publicação: 08/06/2009 05/06/2009. DEJT. Página 95. Boletim: Sim.).

A despeito do manifesto propósito em abraçar uma agenda neoliberal, a reforma trabalhista, malgrado tenha patrocinado retrocessos sociais inaceitáveis – como já revelou farto corpo doutrinário

---

PARA AFASTAR O ÓBICE À PROGRESSÃO DE REGIME. 1. O Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 82.959-7/SP, decidiu ser inconstitucional o § 1o. do art. 2o. da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos. 2. **De outra parte, entende esta Corte Superior que, nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima é importante elemento de convicção, na medida em que esses crimes são cometidos, frequentemente, em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixando quaisquer vestígios.** 3. Não há de ser reconhecida a nulidade do aresto, por ausência de exame comparativo de DNA, porquanto fundada a condenação em elementos outros – depoimentos coerentes das vítimas, com o reconhecimento do agente, e laudo pericial constatando a ocorrência dos fatos delituosos –, suficientes para a convicção do Magistrado sentenciante. 4. Parecer ministerial pela concessão parcial da ordem, apenas para reconhecer o direito do paciente à progressão de regime, cujos requisitos deverão ser aferidos pelo Juízo da Execução. 5. Ordem parcialmente concedida, confirmando a liminar anteriormente deferida, tão somente para afastar o óbice à progressão de regime, cujos requisitos deverão ser avaliados pelo ilustre Juiz da Execução Penal (STJ – HC: 87819 SP 2007/0175152-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 20/05/2008, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 30.06.2008 p. 1).

produzido para avaliar seu impacto na vida dos trabalhadores,[10] ao menos neste particular, se bem interpretada e aplicada, pode representar um avanço importante em prol da efetividade dos direitos trabalhistas em juízo, especialmente nas hipóteses em que o autor da demanda se depara com enormes óbices à comprovação de suas alegações, como de hábito ocorre nas ações que envolvem imputações de assédio moral.

4. O ASSÉDIO MORAL E SUA PROVA NAS AÇÕES COLETIVAS

Em inspirado artigo, Xisto Tiago de Medeiros Neto destaca a fundamentalidade da dimensão probatória nas ações coletivas diante dos interesses a serem tutelados:

> Não é exagero conceber-se, no panorama das ações coletivas, a assunção de um novo mister para o Poder Judiciário, a exprimir a responsabilidade do magistrado com a solução eficaz e adequada – na acepção de justa –, de conflitos qualificados pelo relevo e significação social, econômica e política, e que enseja, muitas vezes, legítima e imprescindível intervenção nos domínios das atividades privada e pública, no desiderato de garantir a prevalência e a efetivação de direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento constitucional. [11]

Com efeito, dadas as peculiaridades do processo coletivo, assume inegável significado e importância a necessidade de se avaliar com a devida atenção o papel ativo a ser adotado pelo condutor do feito, o valor probante das provas colhidas no Inquérito Civil e demais procedimentos instaurados pelo Ministério Público, a possibilidade de inversão do ônus da prova, o valor da prova emprestada e, por fim, o reconhecimento da relevância dos indícios e presunções como meio probante das práticas de assédio moral.

De fato, considerando-se que o processo assumiu na contemporaneidade uma dimensão publicista por excelência, sem que o magistrado se afaste da sua indispensável imparcialidade, é mister que assuma, em tais feitos, uma postura diligente e resoluta, determinando, conforme o caso, de ofício, a produção das provas que considerar necessárias ao deslinde da contenda, haja vista a indisponibilidade dos pleitos em apreciação. Sem dúvida, na atual quadra do pensamento jurídico, não há razões para limitar os poderes instrutórios dos juízes, de maneira que seu fortalecimento é condição indispensável para que possam desempenhar um papel cada vez mais dinâmico na apuração das alegações das partes, pois como ensinam Marinoni e Arenhart: "um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado".[12]

Quanto ao valor probante do Inquérito Civil, é sabido que o juiz, com base no princípio da persuasão racional (artigo 371, do CPC), apreciará livremente a prova, atento aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, indicando, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Tratando-se o inquérito civil de um instrumento colocado à disposição do *parquet* para formar seu convencimento em relação à existência de lesão de caráter coletivo, ele é um eficaz e considerável mecanismo para a solução das lides coletivas, de modo que, por se tratar de procedimento oficial público, imperioso atribuir presunção relativa de veracidade às conclusões que se possam depreender das provas colhidas no seu curso, cabendo à parte contrária o ônus de impugná-las de forma adequada.

Nossos tribunais vêm respaldando tal entendimento, conforme já decidido pelo TRT da 2ª Região, *in verbis*:

> AÇÃO RESCISÓRIA – AUTOR MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – COLUSÃO ENTRE AS PARTES É competente o Ministério Público do Trabalho para propor ação rescisória que tem por finalidade desconstituir acordo judicial firmado entre partes, quando comprovada a colusão entre as mesmas, em vista do estabelecido no artigo 485, inciso III, do Código de Processo Civil, conjugado com o artigo 487, inciso III, "b", do mesmo estatuto processual. Se restou comprovado colusão de partes, não elidida pela prova dos autos, há que se deferir o pleito rescisório, **até porque a presunção de veracidade, contida no procedimento investigatório realizado junto ao Ministério Público do Trabalho, decorre da própria Constituição Federal, que atribui ao** *parquet* **a missão de ser o guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses**

10. É o que atesta o grande número de publicações que veio a lume nos últimos tempos.

11. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *A fase probatória na ação coletiva trabalhista* in Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho (obra coletiva), org. José Hortêncio Ribeiro Júnior e outros. São Paulo: LTR, 2006, p. 264.

12. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. V, t. I, 2000, p. 192.

> **sociais e individuais indisponíveis (art. 127).** (TRT 2a. Região – AR 00665/1998-7, Ac. SDI 01625/1999-7, 18.10.99, Autor: Ministério Público do Trabalho – Réu: Rubens Pereira Cardoso e CGK Engenharia e Empreendimentos Ltda – Rel. Juiz Nelson Nazar – LTr 64-07/935) (grifamos).

O Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, por meio de sua Quarta Turma, nos autos de Embargos a Recurso de Revista número: 334666- Ano: 1996, relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, também já decidiu que:

> VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT NÃO CONFIGURADA – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – PROVA EMPRESTADA – PERÍCIA DESNECESSÁRIA – ausência de afronta à literalidade do art. 195, § 2º, da CLT ante a razoabilidade da tese recorrida (Enunciado n. 221/TST) ao utilizar relatório e conclusão de Inquérito Civil Público constante dos autos (instaurado pelo Ministério Público Estadual visando apurar o comprometimento do nível sensorial auditivo de empregados com atividades laborativas na Fábrica de Cigarros Souza Cruz, com sede em Belém, em face do ruído das máquinas de produção) com fulcro no art. 427 do CPC. Embargos não conhecidos. (TST-E-RR-334.666/96.2, Embargante SOUZA CRUZ S/A e Embargado SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DO FUMO NO ESTADO DO PARÁ – SINDIFUMO.

Sobre o valor probante do inquérito civil, o colendo Superior Tribunal de Justiça, igualmente se pronunciou no mesmo sentido:

> PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INQUÉRITO CIVIL- VALOR PROBATÓRIO – REEXAME DE PROVA: SÚMULA 7/STJ.
>
> 1. O inquérito civil público é procedimento facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento de ação civil pública. 2. As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório. 3. A prova colhida inquisitorialmente não se afasta por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las. 4. Avanço na questão probatória que esbarra na Súmula 7/STJ. 5. Recursos especiais improvidos." RECURSO ESPECIAL N. 476.660 – MG (2002/0151838-7), 2ª Turma, Relatora: Ministra Eliana Calmon, acórdão de 20.05.2003. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrente : Estado de Minas Gerais. DJU de 04.08.2003, p. 274.

No que concerne ao ônus da prova, como alertado, o Código de Defesa do Consumidor, à luz da cognominada teoria dinâmica do ônus probatório, já considerava razoável a possibilidade de sua inversão (ou, para alguns, modificação), conforme disciplinado no art. 6º, VIII da referida lei, mesmo porque, a despeito do referido dispositivo não se situar topograficamente na parte processual do CDC, trata-se, inquestionavelmente, de norma ontologicamente processual, a merecer ampla incidência nos processos coletivos, quando presentes seus requisitos, à luz do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública.

De qualquer sorte, em obediência exatamente aos ditames estabelecidos no seu texto, é necessária a presença da verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência da parte, segundo as regras ordinárias da experiência, de modo que semelhante inversão não há de se operar automaticamente, senão a partir da análise em concreto da situação posta, na esteira de uma coerente e plausível narrativa dos fatos, corroborada por indícios mínimos da ocorrência daquilo que se pretende demonstrar.

A CLT reformada ao estabelecer expressamente a possibilidade de dinamização do encargo probatório, fê-lo, inclusive, em **termos mais flexíveis do quanto autorizado pelo legislador consumerista.** Nesse sentido, passa a autorizar que o ônus de provar caiba a quem tenha maior aptidão para tanto, devendo o magistrado redistribuí-lo em decisão motivada e em momento que permita à parte se desincumbir do encargo, em respeito ao princípio do contraditório[13], **possibilidade essa que ganha maior significado e relevância nas demandas coletivas, pelos interesses que lhe subjazem, sendo de se exigir, no seu bojo e à luz desse regramento, a comprovação, por parte da empresa, de que mantém um ambiente laboral sadio e intolerante às condutas assediadoras**.[14]

Ademais, é comum se verificar em investigações ministeriais promovidas para apuração de prática de assédio moral que a empresa já fora condenada em ações individuais por tais comportamentos, pelo que recomendável apelar para o valor probante da **prova emprestada,** mesmo porque colhida com obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, conforme entendimento remansoso dos pretórios:

---

13. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol.2, 10. ed. Salvador: JuPodivm, 2015.

14. Como, dentre várias possibilidades, disponibilizar canal independente de comunicação para receber denúncias de assédio moral e apurá-la.

> ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – PROVA EMPRESTADA – É admissível no processo do trabalho a prova emprestada, levando-se em conta a economia processual e os termos da OJ nº 278 da SDI-I do C.TST. (TRT 05ª R. – RO 0000504-66.2010.5.05.0462 – 5ª T. – Relª Juíza Conv. Suzana Maria Inácio Gomes – DJe 27.05.2011).
>
> PROVA EMPRESTADA – UTILIZAÇÃO – CERCEAMENTO DE DEFESA – A utilização de prova oral emprestada sobre idêntica situação de fatos e produzida em outro processo entre as mesmas partes, é consentânea com a celeridade e economia processuais. Indeferida a oitiva de testemunhas porque a cópia de processo em que já se discutiu a matéria entre as mesmas partes foi suficiente para formar o convencimento do juízo. Cerceamento de defesa não configurado. (TRT 02ª R. – RO 02446-2008-085-02-00-3 – (20100963344) – 11ª T. – Rel. Juiz Eduardo de Azevedo Silva – DOE/SP 05.10.2010)v86.

Ocorre que, diante da dificuldade (às vezes, intransponível) do reclamante individual comprovar a prática do assédio moral, em muitas destas ações seus pedidos de reparação são julgados improcedentes, pelo fato do autor não ter se desincumbido do ônus probatório.[15] Por conta disso, surgem hipóteses de existirem diversas decisões condenatórias e outras tantas que não reconheceram a prática do assédio contra uma mesma empresa e que, portanto, indeferiram o pleito reparatório correspondente.

Em tal âmbito, não é difícil conjecturar que em vários casos de demandas individuais julgadas improcedentes, os reclamantes apenas **não conseguiram provar o abuso**, ou seja, negou-se a reparação por danos morais porquanto os autores das demandas respectivas não se desincumbiram do ônus probatório.[16] De todo modo, a ausência de demonstração da prática de assédio moral em alguns feitos contra uma mesma empresa não é idônea para desconfirmar a ocorrência das outras situações em que estes abusos ocorreram e foram atestados em juízo em distintas lides, **o que já justificaria a propositura e o acolhimento dos pedidos de ação civil pública que venha a ser eventualmente proposta com vistas a rechaçá-los.**

A existência de várias decisões condenatórias que reconheceram a prática de assédio moral, algumas com trânsito em julgado e dano já reparado pecuniariamente, em contraste com outras decisões nas quais o judiciário entendeu não ter havido comprovação desta prática, poderia levar à equivocada suposição de tratar-se de prova dividida, mas **não é o caso.** Na chamada prova dividida, as provas testemunhais apresentadas por ambas as partes são diametralmente opostas. Nestas situações, doutrina e jurisprudência majoritárias recomendam e adotam o sistema da persuasão racional, o qual obriga que, em casos tais, o juízo proceda a avaliação das provas produzidas elegendo a que melhor forme sua convicção e justifique a solução dada à lide.

In casu, não há prova dividida, insista-se.

Quando a empresa tão somente demonstra que, em certas demandas, não se comprovou o assédio moral, isto não oblitera, enfatize-se, os inúmeros fatos apurados em diverso ou mesmo juízo que ensejou sua condenação por tal conduta. Numa outra perspectiva, não é possível considerar (também e especialmente nas ações coletivas) **como situação equivalente, a falta de prova em alguns processos e a elucidativa prova da ocorrência do assédio moral produzida em outros.**

Por fim, os indícios e as presunções se revelam como importantes meios probatórios para demonstração das condutas de assédio moral, as quais, como é evidente, nem sempre ocorrem às claras e raras são as possibilidades de utilização de prova documental, para não insistirmos na grande dificuldade de se encontrar testemunhas dispostas a comprová-las. Em tais casos, pode o julgador valer-se das máximas da experiência, da observação do que comumente ocorre e, fundamentalmente, **avaliar o comportamento do empregador em situações congêneres.**

Evidentemente que, em uma ação civil pública, a demonstração da prática do assédio moral – como em regra de outros direitos que ostentem a feição coletiva-, há de ser efetuada por *amostragem*, pois o que deve ser evidenciado, por meio indutivo, é que a conduta adotada pelo infrator segue um determinado padrão, apto a alcançar um contingente de obreiros que justifique a atuação do Ministério Público do Trabalho, pela repercussão social de que se revista. [17]

15. Com a reforma trabalhista, o que se vaticina é que vão se tornar raras as demandas reparatórias individuais fundadas na prática de assédio moral, pelo risco da sucumbência que agora o trabalhador se vê exposto, o que exigirá do Ministério Público do Trabalho redobrado esforço para combatê-lo, pois dificilmente contará com o suporte da prova emprestada de tais demandas.

16. Por óbvio, toda generalização é censurável: o assédio pode não ter ocorrido.

17. É bom esclarecer que, segundo entendimento que merece aprovação, não existe assédio moral individual. Todo assédio moral é coletivo: mesmo quando direcionado a um

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O momento é de grandes mudanças. Na sociedade atual, diria Lévinas, "o ontem agoniza e o amanhã balbucia"[18]. No novo mundo do trabalho, fala-se em reengenharia, qualidade total, "outsourcing", kanban. Avolumam-se os contingentes de trabalhadores informais, subcontratados, parassubordinados e, doravante, com a reforma trabalhista, a estes se somarão os trabalhadores intermitentes, que também passarão a integrar este triste cortejo.

Para além da precarização dos vínculos, as práticas organizacionais adotadas na reestruturação produtiva em curso também estimulam as condutas assediadoras, como leciona Adriane Reis de Araújo em aprofundado estudo que desenvolveu acerca da temática,[19] a exigir de todas as instituições que lidam com seus meandros uma compreensão mais aguçada da sua dinâmica e maléficos efeitos.

Porém, no dia a dia das varas do trabalho, testemunham-se situações inusitadas: por vezes, empresas que sabidamente adotam práticas assediadoras ou mesmo são tolerantes com tais comportamentos, no entanto, por conta da postura formalista e restritiva de alguns poucos magistrados, ainda presos a uma perspectiva individualista da processualística civil e laboral, terminam por ficar isentas de qualquer penalidade ressarcitória por semelhantes condutas, pois tais juízes se limitam a aplicar as regras tradicionais e clássicas que regem a distribuição do ônus da prova, sem se atentarem para os novos rumos que vem adotando a dogmática processual nesse campo de investigação teórica. Em suma, como dizia o Ministro Aliomar Baleeiro, acabam, lamentavelmente, incorrendo naquilo que designou como tentativa de *transformar o processo numa técnica bem organizada para desconhecer o que todo mundo sabe*.[20]

As alterações normativas vigentes, todavia, recomendam uma nova postura do julgador em relação a tais demandas (inclusive, nas ações individuais), apta a assegurar, tanto quanto possível, decisões *justas*, assim compreendidas como aquelas que mais se aproximem da verdade dos fatos. Essa é a autêntica função e utilidade da prova e, fundamentalmente, para tanto, deveria servir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Vânia Guimarães Rabêllo de. A Influência do Novo CPC no Ônus da Prova Trabalhista, In: *O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho.* 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ARAÚJO, Adriane Reis de. *O assédio moral organizacional*. São Paulo: LTr, 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. ***Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho***. 4. ed. São Paulo: LTR, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil.* Vol. III, 4. ed. Malheiros Editores.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRIGOYEN, Marie-France. ***Mal-Estar no Trabalho. Redefinindo o Assédio Moral***. Trad. Rejane Joanowitzer. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*. Doutrina, Jurisprudência e Prática. São Paulo: LTR, 2006.

MALLET, Estevão. *Discriminação e Processo do Trabalho.* Revista do TST. Rio de Janeiro. V. 65, n.1, p. 148-159, out/dez 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. ***Comentários ao Código de Processo Civil***. Vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *A Fase Probatória na Ação Coletiva Trabalhista,* In: Ação Coletiva na Visão de Juízes e Procuradores do Trabalho. São Paulo: LTR, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação Civil Pública, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, nº 3, pp. 187-203, 3º trim. 1993.

SANTOS, Moacyr Amaral. ***Comentários ao Código de Processo Civil.*** Vol. IV, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2017.

SOBOLL, Lis Andréa Pereira. *Assédio Moral/Organizacional: Uma Análise da Organização do Trabalho*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.

SOUZA, Ricardo Timm de. Inquieto pensar, In: *Filosofia ciência e vida.* São Paulo, ano II, n. 13.

TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos.* Madrid: Editorial Trotta, 2002.

THOME, Candy Florencio. *O Assédio Moral nas Relações de Emprego.* São Paulo: LTr, 2008.

único obreiro, ele contamina todo ambiente laboral, pelos nefastos efeitos que acarreta.

18. LÉVINAS, Emmanuel *apud* Ricardo Timm de Souza. Inquieto pensar. In: *Filosofia, ciência e vida.* São Paulo, ano II, n. 13. p. 6-13.

19. ARAÚJO, Adriane Reis de. *O assédio moral organizacional*. São Paulo: LTr, 2012.

20. *Apud* DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* Vol. III, 4. ed. Malheiros Editores, p. 122.

Jurisdição voluntária e a homologação de acordo extrajudicial no processo do trabalho

Rodrigo Trindade*

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a homologação de acordo extrajudicial, cuja competência foi atribuída expressamente à Justiça do Trabalho pela Lei nº 13.467/2017, que insere na CLT capítulo próprio destinado à regulamentação dessa forma alternativa de resolução de conflitos. Apresenta panorama geral do instituto parcialmente importado do Código Civil e aplicado às relações laborais, com o intuito de ampliar os meios de pacificação de conflitos. Estuda de forma prática o procedimento consignado no novo capítulo III-A da CLT, seus requisitos essenciais de validade, e algumas provocações reflexivas sobre o limite da eficácia liberatória nos acordos homologados. Utiliza como parâmetro a jurisprudência atual, especialmente a Súmula n. 330 do TST. Ao final, propõe análise de caso para verificação da compreensão do diálogo proposto.

PALAVRAS-CHAVE: composição; homologação de acordo extrajudicial; reforma trabalhista. Lei 13.467/2017.

INTRODUÇÃO

Embora cediço na jurisprudência, não é de hoje a discussão sobre possível necessidade de autorização constitucional para homologação de acordos extrajudiciais pela Justiça do Trabalho. A redação do artigo 114, IX, do texto Constitucional abre margem para interpretação dessa efetiva atribuição jurisdicional.

Alguns autores interpretavam que a orientação legislativa de atribuir no referido artigo de Lei competência ao Judiciário Trabalhista para processar e julgar "outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho nos termos da Lei", implicitamente autorizava apreciação de transações extrajudiciais oriundas da relação laboral. Entretanto, a maior parte compreendia que o inciso trazia necessidade de específica lei regulamentadora, e em razão de sua ausência no ordenamento, a homologação de acordo extrajudicial ainda não estaria entre as competências contemporâneas da Justiça do Trabalho.

Diante de certa divergência surgida quando da inclusão do inciso IX no artigo 114 da Constituição, por meio da emenda constitucional 45/2004, e em razão do crescente número de petições de acordos extrajudiciais submetidos ao crivo do juiz do trabalho, a jurisprudência foi pacificando-se no sentido de reconhecer não albergada na competência da Justiça do Trabalho a homologação de acordos extrajudiciais. Há dois principais fundamentos: primeiro, em razão da inexistência de previsão legal expressa (respeito ao princípio da legalidade, presente no artigo 5º, II da Constituição de 1988); segundo porque a inexistência de lide (pretensão resistida que origina o processo) impede a entrega da prestação jurisdicional–princípio. De modo geral, é exatamente em razão da ocorrência de lide que o juiz é chamado pelas partes a dizer o direito e pôr fim à controvérsias postas. Por evidente, na transação extrajudicial levada à homologação inexiste lide, pois as partes já previamente compuseram, utilizando-se de mediante concessões recíprocas.

Até o ingresso no ordenamento jurídico da Lei nº 13.467/2017, a Justiça do Trabalho, majoritariamente, compreendia-se inabilitada para homologação de acordo extrajudicial, dizendo-se incompetente.

Como forma alternativa de resolução de conflitos antes, da reforma trabalhista, havia possibilidade legal de transacionar por outros meios. Assim ocorria, por exemplo, a partir de comissões de conciliação prévia. Mas mesmo para as CCP não havia necessidade de posterior homologação judicial.

Assim considerado, a Súmula 330 do Tribunal Superior do Trabalho serviu de parâmetro para determinação do alcance e limites da eficácia das transações transcorridas na Justiça do Trabalho. Do mesmo modo, e como referência jurisprudencial, servirá para reflexão acerca da eficácia possível produzida pelo acordo extrajudicial homologado pela Justiça do Trabalho.

A inserção do capítulo III-A na Consolidação das Leis do Trabalho por meio da lei aprovada traz uma nova atribuição à Justiça do Trabalho, mas com aspectos práticos bastante controvertidos. Aí reside a importância de seu estudo pelos operadores do Direito, antes da entrada em vigor.

Espera-se que a leitura deste artigo traga ao estudioso um panorama geral sobre os efeitos práticos que serão produzidos por essa proposta de nova

(*) Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Especialista em Direito do Trabalho pela Udelar (Uruguai). Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 4ª Região – AMATRA IV. Vice Presidente da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Professor de Direito do Trabalho em diversas instituições.

modalidade de resolução de controvérsias no âmbito do Direito do Trabalho.

1. A ADOÇÃO DA CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO NA CLT

1.1. Modalidade voluntária de jurisdição

A ideia preconizada pela conciliação é justamente oposta ao momento vivenciado atualmente no país, de ampla judicialização da vida, especialmente da política[1].

A conciliação, como forma alternativa de resolução de conflitos é há muito praticada e prestigiada no Direito brasileiro. Não há dúvidas que a diminuição do número de demandas atua na redução de custos econômicos ao Estado, o que por sua vez tende a refletir positivamente para a sociedade. Por evidente, a entabulação de acordo entre as partes implica maiores chances de pacificação social. A partir dessa concepção, no entender de Donizetti, a atividade jurisdicional deve ser a *última ratio* na tentativa de resolver conflitos de interesse. (DONIZETTI, ELPÍDIO, 2011. P. 30)

Nos procedimentos de jurisdição voluntária, diferentemente do que ocorre na jurisdição contenciosa, o que existe entre os interessados é controvérsia, que, após concessões recíprocas, resultam em acordo de vontades, cuja homologação se pretende do Estado juiz. Com isso, obtém-se título executivo judicial, coisa julgada e habilitação às garantias próprias estabelecidas no artigo 515, III do Código de Processo Civil. Trata-se de forma tendencialmente eficaz de abreviar a resolução de conflito por meio de concessões feitas por cada interessado. Evita-se, com isso, todo o desgaste e a onerosidade que costumam envolver um processo judicial.

Ao tratar dessa modalidade de jurisdição, Scarpinella Bueno observa que a nomenclatura correta e adequada a ser empregada é distinta da utilizada no procedimento de jurisdição contenciosa. Destaca que no lugar de "partes", nos procedimentos de jurisdição voluntária o que há, em verdade, são "interessados"; no lugar de "lide" (pretensão resistida que origina o processo) o que se tem é uma "controvérsia", resolvida pelos próprios sujeitos que dela participam. (SCARPINELLA BUENO, 2011, p. 50-51)

Também na doutrina, Rangel Dinamarco atribui ao juiz do procedimento de jurisdição voluntária a tarefa de "administração pública de interesse privado" (RANGEL DINAMARCO, 2001, P. 314-315). Significa dizer que a pronúncia judicial analisará direitos transacionados, e produzirá, por meio de título executivo homologado, outorga de proteção jurídica a ambos os interessados.

Por meio desse procedimento, diferentemente do que ocorre na jurisdição contenciosa, o juiz não profere decisão favorável a uma parte e, consequentemente, desfavorável à outra. Antes, chancela a vontade de ambos, tornando-a apta a produzir efeitos jurídicos executórios. A partir da concepção de acordo de vontades dependente de chancela judicial, costuma-se compreender a prática como mais benéfica e efetiva para dirimir lides.

É por essa razão que a legislação processual trabalhista (art. 846 da CLT) traz obrigatoriedade de tentativa de conciliação, mesmo dentro do processo judicial. Isto é, quando há efetivamente a lide, desde a audiência inaugural, busca-se que a solução ocorra, preferencialmente, a partir de conciliação.

É importante lembrar que o vocábulo "jurisdição" traz o significado justamente de dizer o direito, a partir de órgão alheio às partes. Por meio de juízo de imparcialidade, e com base principalmente nos fatos, meios de provas e legislação vigente, profere-se decisão que melhor se amolde ao caso submetido.

Na doutrina de Ovídio Baptista, a "jurisdição voluntária é um complexo de atividades confiadas ao juiz, nas quais, ao contrário do que acontece com a jurisdição contenciosa, não há litígio entre os interessados" (OVÍDIO BAPTISTA, 2005, p. 28). Note-se que para o autor, a própria identificação dos interessados se dá de maneira diversa do procedimento de jurisdição contenciosa.

1.2. Importância da conciliação trabalhista

No âmbito das relações laborais não é diferente. Diante da gigantesca significação das relações de

1. "...a ideia de colocar uma corte no centro de nosso sistema político não é nova. Como lembra Leda Boechat Rodrigues, o próprio Pedro II, no final de seu reinado, indagava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma Corte Suprema como a de Washington. A epígrafe deste texto, escrita por Rui Barbosa, em 1914, também advoga por uma centralidade política do Supremo, como um órgão de conciliação entre os poderes. A história institucional da República, no entanto, seguiu rumos mais acidentados. O papel de árbitro último dos grandes conflitos institucionais que, no Império, coube ao Poder Moderador, foi exercido, sobretudo, pelo Exército, como reivindica Alfred Stepan, e apenas subsidiariamente pelo Supremo, como propõem José Reinaldo Lima Lopes e eu mesmo. Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face da enorme tarefa de guardar tão extensa constituição..." LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais* – teoria e prática. São Paulo: Método, 2006, p. 30.

emprego na ossatura institucional do capitalismo, a Consolidação das Leis do Trabalho concedeu lugar de destaque à figura da conciliação. Estabeleceu, por exemplo, como incumbência do juiz incentivar a realização de acordo entre as partes em diversos momentos processuais: durante a audiência, no início, antes da apresentação da resposta do réu (art. 846 da CLT) e ao final, após realização das razões finais (art. 850 da CLT).

Até então, a composição no processo trabalhista apenas era possível no curso da ação. E desde que o aforamento tivesse origem em efetivo conflito entre as partes, de modo a se fazer necessária a pronúncia pelo Estado-juiz e, consequentemente, a declaração quanto à existência ou inexistência do direito reclamado. Somente com um processo regularmente instituído é que seria possível a composição do litígio.

Ainda no curso de reclamação trabalhista, a homologação de acordo entabulado entre as partes fica sujeita à análise pelo magistrado quanto ao conteúdo. Em diversos casos, a atuação judicial pode ser de recusa à homologação, sempre que acreditar que a avença implica prejuízo desproporcional ao trabalhador.

Devido ao grande volume de mandados de segurança postulando o deferimento de liminar ou homologação de acordo, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula de número 418, por meio da qual reafirmou que o juiz não é obrigado a chancelar acordos firmados no curso do processo e, assim, extinguir o feito com resolução do mérito. Antes, há faculdade na atuação jurisdicional:

> Súmula nº 418 do TST. MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO À HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO (nova redação em decorrência do CPC de 2015) – Res. 217/2017 – DEJT divulgado em 20, 24 e 25.04.2017. A homologação de acordo constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.

Na doutrina, já havia interpretação no sentido de que a homologação de acordo extrajudicial versando sobre direitos decorrentes da relação de trabalho ou emprego poderia se dar pelo juiz do trabalho. Observando-se a ampliação de competência material estabelecida no artigo 114 da Constituição, mantem-se, entretanto, a devida cautela na prevenção de fraudes a direitos fundamentais do trabalhador. No entender de SCHIAVI, "somente em casos excepcionais deve o juiz homologar o acordo extrajudicial com eficácia liberatória geral." (SCHIAVI, MAURO, 2011, p. 42)

Até a aprovação da lei que instituiu a reforma trabalhista, não havia no ordenamento nenhuma disposição normativa que afirmasse expressamente a competência da Justiça do Trabalho para homologar acordos firmados fora da presença do juiz, dentro de um processo judicial. Tampouco a jurisprudência se inclinava no sentido de legitimar possível ato homologatório autônomo.

A Lei 9.099, de setembro de 1995, conhecida como Lei dos Juizados Especiais Cíveis, aparentemente inicia a ideia de homologação de acordos extrajudiciais. Em seu artigo 57, trouxe a previsão de chancela das composições firmadas pelas partes por meio de concessões recíprocas, mesmo fora de um processo judicial, e habilitando a formação de título executivo judicial.

O procedimento estabelecido na Lei dos Juizados Especiais Cíveis em muito se assemelha aos princípios que regem o processo do trabalha. Especialmente em razão da busca de simplicidade, celeridade e economia processual.

Como se verificará, a ampliação normativa expressa da competência da Justiça do Trabalho para homologar os acordos firmados extrajudicialmente, ou seja, sem a intervenção do juiz, nas controvérsias havidas entre empregado e empregador, aparentemente tem seu fundamento intimamente ligado a Lei dos Juizados.

1.3. Comissões de conciliação prévia

A busca por meios alternativos à jurisdição contenciosa para dirimir conflitos trabalhistas foi preocupação de outras iniciativas legais. As Comissões de Conciliação Prévia foram previstas na Lei n. 9.958 de 2000 para resolver litígios entre empregados e empregadores, sem necessidade de ingresso em juízo.

Entretanto, tal prática não teve boa recepção prática, à razão de que o-artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 garante a inafastabilidade da apreciação pelo Judiciário. Por efeito, em muitas vezes, divergência já apreciada pela Comissão é também objeto de ações trabalhistas, com provimentos de invalidade da avença e pagamento de parcelas não quitadas e diferenças apuradas no processo.

Por efeito, não sendo meio completamente eficaz para resolução do conflito previamente, é figura legal adormecida, com poucos adeptos.

2. O INGRESSO DO ACORDO EXTRAJUDICIAL NO DIREITO DO TRABALHO: EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

O projeto de Lei nº 6.768/2016, convertido em PLC 30/2017, que culminou na Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, trouxe expressamente a auto composição bilateral como meio alternativo de resolução de conflitos no âmbito da Justiça do Trabalho.

Reconhecida pela doutrina como uma das modalidades de jurisdição voluntária mais eficientes (ALVIM, ARRUDA, 2003, p. 21), o objetivo central declarado da instituição de homologação de acordo extrajudicial pela Justiça do Trabalho é a diminuição do número de demandas e a resolução com maior celeridade e eficiência das controvérsias que não envolvam direitos indisponíveis dos trabalhadores.

Trata-se de proposta de alteração legislativa de iniciativa do Deputado Jorge Côrte Real, do PTB/PE, que reitera anterior propositura do ex-deputado Ruy Peleti, do PSDB/RS, originalmente arquivada.

Na exposição de motivos do parlamentar, há referência que o artigo 114, IX da Constituição, ao atribuir à Justiça do Trabalho "competência para processar e julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei", abriu margem para homologação de acordos extrajudiciais.

Isso porque a palavra "controvérsia" quer significar "divergência", mas não especificamente conflito. Normalmente, é um conflito de interesses opostos que origina a lide, obrigando a submissão a um terceiro imparcial para aplicar tutela jurisdicional que melhor solucione. Já uma "divergência", não enseja necessariamente a decisão por meio da tutela jurisdicional, momento em que tem espaço para atuação a atividade de conciliação. Trata-se do que DONIZETTI chama de "auto composição bilateral ou transação" (DONIZETTI, ELPÍDIO, 2011, p. 32).

Por meio da transação, as partes convencionam por concessões recíprocas, como estabelece o artigo 840 do Código Civil. Com ela, habilitam-se a alcançar solução pacífica e justa para ambas as partes, sem que seja necessário ajuizamento de ação e consequente movimentação da máquina do Judiciário.

No entender do propositor da Lei, o inciso IX do artigo 114 da Constituição tem natureza programática, devendo ser aplicado em combinação com o artigo 269 e inciso V do artigo 475-N do CPC e artigo 57 da Lei 9.099/1995 (Lei dos juizados especiais cíveis), aplicáveis ao processo do trabalho subsidiariamente por força do artigo 769 da CLT.

A finalidade da propositura foi garantir eficiência ao próprio trabalhador, que, em tese, mais rapidamente obterá do empregador restituição de direito que entender sonegado no curso da relação contratual.

É claro que certas regras devem ser observadas para a validade desses acordos, evitando-se nulidade. Por exemplo, deve-se observar requisitos como regularidade na representação processual e realização de audiência prévia para se certificar da ausência de vício de vontade. Tratam-se de elementos que, como se verá, foram incorporados ao capítulo incluído na Consolidação das Leis do Trabalho.

3. AMPLIAÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O artigo 114 da Constituição, alterado pela emenda constitucional 45 de 2004, passou a conferir competência ampliada à Justiça do Trabalho, permitindo processamento e julgamento de controvérsias oriundas da relação de trabalho.

Entretanto, para a jurisprudência majoritária, a homologação de acordos firmados extrajudicialmente ficava excluída da competência atribuída pelo legislador originário à Justiça do Trabalho, pois essa não era hipótese descrita em seus incisos.

Soma-se o fato de que a situação de ausência de efetiva divergência entre as partes vinha sendo associada com procedimento de lide simulada. Ou seja, a utilização fraudulenta do processo com objetivo de obtenção de título executivo.

Não obstante a importante Emenda n º 45 de 2004 tenha ampliado significativamente a competência da Especializada do Trabalho para dirimir controvérsias advindas da relação laboral, a homologação de acordo extrajudicial ainda não havia sido explicitada.

Por via de consequência, o entendimento jurisprudencial relativamente à matéria sempre foi o de que, inexistindo conflito de interesse, pressuposto à existência de lide e exercício de atividade jurisdicional, a Justiça do Trabalho não possuía competência para atuar.

Para o Tribunal Superior do Trabalho, dando interpretação ao artigo 114 da Constituição, a Justiça do Trabalho somente poderia atuar para dirimir controvérsias inicialmente postas à apreciação. Logo, se inexistente, não seria de sua competência apreciar petição de acordo extrajudicial, pois ausente o pressuposto do litígio:

> 1. TST – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 132700-20. 2007.5.15.0076 (TST). Data de publicação: 26/09/2008 AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SUJEITO AO RITO SUMARÍSSIMO. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDOEXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE CONTENCIOSO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Segundo a diretriz do art. 114 , IX , da CF, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho. –In casu-, as partes postulam, conjuntamente, a homologação de acordo extrajudicial. Nesse contexto, conclui-se pela incompetência desta Especializada para apreciar o feito, na medida em que, na hipótese, não há controvérsia, ou seja, não há litígio oriundo de relação de trabalho, pois as partes limitam-se a requerer, conjuntamente, a referida homologação. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

Analisando-se o inciso IX, do art. 114 da Constituição, extrai-se uma grande abertura ao legislador infraconstitucional. Permitiu-se amplo espaço para soma de atribuições, sem qualquer vedação expressa de possível competência para homologar acordos extrajudiciais firmados por entes da relação de emprego.

Por evidente, o dispositivo não se dirige à criação jurisdicional ampla, tem eficácia limitada, conforme opção pela expressão "na forma da lei". A aplicação, portanto, fica condicionada à regulamentação infraconstitucional, agora existente.

4. RISCOS DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO

Além da necessidade de expressa previsão legal, grande preocupação dos intérpretes refere-se à probabilidade ou possibilidade de vício de vontade ou de lide simulada em procedimentos de acordos extrajudiciais.

Tipicidades da relação de emprego nacional formam ambiente propício para fraudes. Desigualdade de potências entre empregado e empregador, práticas corriqueiras práticas de inadimplemento de verbas rescisórias e dificuldades de cobranças de empregadores delinquentes são elementos que tendem a privilegiar composições fraudatórias.

Não é difícil imaginar empregado ver-se compelido a dar quitação integral de relação de emprego e, sem instrução necessária ou premido para receber valores de sobrevivência no desemprego, aceitar transação prejudicial. E, a partir disso, levar o instrumento de transação respectivo ao Judiciário para homologação.

Eis o grande risco que reclama da Justiça do Trabalho atenção redobrada e sensibilidade para detectar vícios de consentimento presentes nas petições levadas à homologação.

Por isso, a resistência sempre foi bastante forte à essa modalidade de resolução alternativa de conflitos no âmbito da justiça do trabalho.

5. O PROCEDIMENTO PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

5.1. Reforma Trabalhista

A reforma trabalhista ressuscita a pretensão de buscar segurança jurídica em pagamentos de verbas da relação de emprego fora do ambiente de litígio judicial. Aparentemente, busca dar efetividade à parte final do inciso IX, do artigo 114 da Constituição e traz possibilidade de homologação de acordo extrajudicial pela Especializada do Trabalho.

Com a sanção presidencial da recente Lei 13.467/2017, a Consolidação das Leis do Trabalho passa a dispor sobre a homologação de acordos extrajudiciais, atribuindo competência ao juiz do trabalho para chancelar transações entabuladas fora da reclamação trabalhista, conforme redação do artigo 652, f, da CLT.

Todo o capítulo III-A inserido na CLT passa a tratar de processo de jurisdição voluntária.

Praticamente, o estabelecido pelo referido capítulo não se distancia muito do procedimento de homologação de acordo que se alcança a partir de jurisdição contenciosa. Em lides trabalhistas, é comum as partes alcançarem composição, firmarem seus termos em petição conjunta e submeterem à apreciação judicial.

A diferença, obviamente, é que no procedimento inaugurado pela Lei n. 13467/2017 o acordo é realizado sem a necessidade de ajuizamento de reclamação trabalhista. Não há entre empregado e empregador controvérsia a ser dirimida pelo Judiciário. Busca-se, sim, solução pacífica encontrada pelas próprias partes, que recorrem ao Estado-juiz apenas para obter eficácia executiva ao título e, assim, obter garantia jurídica de observância do pacto.

O procedimento para homologação de acordos extrajudiciais na Justiça do Trabalho está disciplinado no artigo 855-B até o artigo 855-E, da CLT.

Em síntese, o procedimento estabelecido requer apresentação de petição conjunta endereçada ao juiz, devendo obrigatoriamente cada parte estar representada por advogado próprio, sem óbice ao trabalhador ser representado por advogado de seu sindicato.

É expressamente vedado pelo §1º do artigo 855-B a representação de ambas as partes por advogado único. Aqui, o objetivo é o de dificultar a utilização do procedimento para fraudes. Havendo maior poder econômico do empregador, facilmente poderia exigir a participação de advogado de sua exclusiva confiança, como forma de impor termos de composição desproporcionalmente benéficos ao polo empresarial. A fim de se evitar prática fraudulenta, é importante que o advogado do empregado seja de sua inteira confiança e por ele, exclusivamente, escolhido. Se o empregado for assistido por procurador indicado pelo empregador, há fundados indícios de fraude na composição.

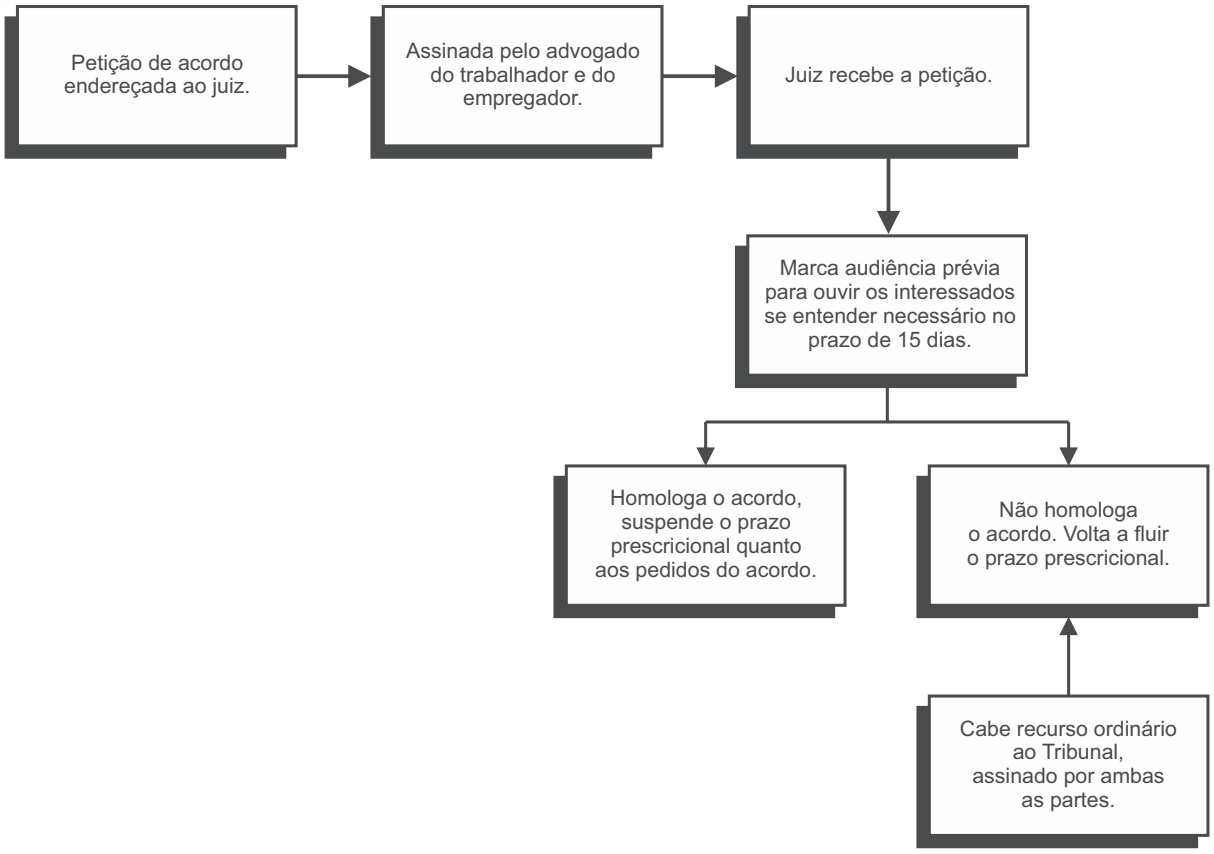
O artigo 855-D estabelece prazo de quinze dias ao juiz, contado da distribuição da petição de acordo, para que analise o conteúdo da transação e designe audiência para ouvir as partes. Após, poderá proferir sentença.

Entretanto, a redação do referido artigo deixa claro que a designação de audiência prévia antes de homologar ou não o acordo é faculdade do juiz, não um dever. Caberá ao magistrado, diante do conteúdo e dos direitos dispostos na transação, decidir se deve ou não ouvir as partes a fim de aferir inexistência de vício de vontade. A oitiva das partes tem o claro objetivo de conferir maior segurança ao julgador na averiguação da regularidade do procedimento. Acredita-se que o dever de diligência do juiz fará com que, em praticamente todos os casos, designe audiência prévia.

Em caso de não homologação do acordo, caberá recurso ordinário ao Tribunal Regional do Trabalho, desde que os recorrentes sejam ambas as partes.

O capítulo também trata do prazo prescricional. No artigo 855-E fica estabelecido que a petição de homologação do acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação, mas somente em relação aos direitos nela especificados. Voltará a fluir o prazo no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.

Ilustrativamente, pode-se sintetizar o procedimento de homologação de acordo extrajudicial da seguinte forma:



5.2. Representação processual e requisitos de validade

Por evidente, a realização de acordos extrajudiciais precisa respeitar certos requisitos, permitindo força executória. Por essa razão, ao receber a petição de acordo, o magistrado avaliará condições formais e materiais para que o acordo seja homologado.

Toda a lógica do Direito do Trabalho é voltada à proteção dos direitos fundamentais do trabalhador, garantindo manutenção e concretização de dignidade em suas relações laborais.

Os princípios orientadores do Direito do Trabalho, tais como a Proteção e Irrenunciabilidade exigem rigor total relativamente ao instituto da transação.

A esse respeito, cabe lembrar que Godinho Delgado ao tratar dos limites de exercício da autonomia privada coletiva, destaca que certos direitos dos trabalhadores – esses fundamentais – constituem "patamar mínimo civilizatório", os quais necessitam de tutela exclusiva e não são passíveis de transação no âmbito (2004, p. 1287).

> Não existe, desse modo, particularidade de tamanha no ramo juscoletivo que lhe permita, ainda que através da negociação coletiva, romper, drasticamente, com o núcleo basilar de princípios do Direito do Trabalho e com o *patamar civilizatório mínimo* fixado pela ordem jurídica heterônoma estatal. (GODINHO DELGADO, 2004. p. 1.287)

Por evidente, o acordo extrajudicial, enquanto negócio jurídico, para ser válido, e assim apto para produzir efeitos, precisa ser constituído em consonância com os requisitos estabelecidos pelo legislador ordinário, bem como aos princípios constitucionais e juslaborais.

Importante destacar que ordinariamente para a doutrina, transação e conciliação diferenciam-se pela forma em que as partes compõem a controvérsia e em razão dos sujeitos envolvidos. Na primeira, são os interessados que chegam a uma solução pacífica sem a intermediação de um conciliador ou magistrado, podendo ser um negócio jurídico de natureza judicial ou extrajudicial. Já na conciliação, o mediador intervém propondo acordo, podendo resultar em renúncia de direito ou reconhecimento de pedido. Nesse sentido, leciona SCHIAVI (2011, p. 40):

> Sem dúvida, a conciliação é a melhor forma de resolução de conflito trabalhista, pois é solução oriunda das próprias partes que sabem a real dimensão do conflito, suas necessidades e possibilidades para melhor solução. Muitas vezes, a sentença desagrada a uma das partes e até mesmo às duas. SCHIAVI (2011, p. 40)

Na conciliação, portanto, o magistrado participa do procedimento, intermediando e acompanhando as concessões recíprocas feitas pelas partes, e assim, tem maiores condições de aferir a ausência de vício de consentimento. Já na transação, resta mais difícil para o julgador aferir os requisitos de validade, vez que não participou do momento em que as partes entabularam a avença. O procedimento, portanto, demanda maior atenção.

Em grande parte, o acordo extrajudicial equivale no Direito do Trabalho ao instituto civilista da transação, prevista no artigo 840 e 843 do Código Civil. Para ser considerado negócio jurídico válido, demanda necessariamente a presença de requisitos essenciais, tais como agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei, conforme consubstancia o artigo 166 do Código Civil.

Na dicção do artigo 840 do Código Civil, por meio da transação os interessados previnem ou encerram um litígio, mediante concessões mútuas. Significa dizer que terá efeito de extinguir obrigações, no âmbito da relação de emprego.

Nessa senda, transações que visem suprimir direitos fundamentais e que nitidamente causem prejuízos injustificáveis ao trabalhador não poderão receber a chancela do Judiciário.

Como se verifica da leitura do texto normativo, o capítulo inserido na CLT, não trouxe grande regulação ou especificidades relativamente ao procedimento, o que implica esforço do intérprete quanto aos limites da negociação, e até mesmo da abrangência de seus efeitos jurídicos.

5.3. Efeitos e alcance dos acordos extrajudiciais homologados – análise da Súmula 330 do TST

No que diz respeito ao aspecto material, embora a alteração legislativa não delimite ou refira, direitos indisponíveis dos trabalhadores não poderão ser objeto de acordo extrajudicial levado à homologação judicial. Esse tem sido o entendimento jurisprudencial corrente quando da análise do mérito de acordos levados à homologação no curso das reclamatórias trabalhistas.

Se os direitos indisponíveis dos trabalhadores, assegurados em lei, não são passiveis de negociação

coletiva que os suprima, à similitude pode-se entender a impossibilidade de serem objeto de transação individual em desfavor do trabalhador.

Relativamente à matéria versada na transação levada à homologação, não há como se aferir taxativamente as hipóteses em que eventualmente o juiz deixará de fazê-lo. De qualquer modo, o direito transacionado não poderá integrar àqueles irrenunciáveis do trabalhador (como verbas rescisórias, por exemplo), nem em valor nitidamente inferior ao que seria devido por dispositivo legal.

Essa análise caberá exclusivamente ao magistrado por um juízo interpretativo de legalidade, ou seja, analisando as cláusulas propostas comparativamente ao que há de direito expressamente previsto na lei e Constituição. O juiz, contudo, não poderá deixar de homologar o acordo extrajudicial sem fundamento legal que o respalde.

Quanto a isso, deve-se ter atenção para o fato de que a decisão que indeferir a homologação do acordo extrajudicial tem natureza de sentença e é recorrível por Recurso Ordinário, previsto no artigo 893, II da CLT, desde que interposto em conjunto pelos advogados representantes de cada um dos interessados.

Uma questão que a lei não especifica, e que provavelmente gerará divergências de entendimento, é o efeito e a abrangência da quitação dada no acordo homologado.

A doutrina, relativamente aos meios alternativos de resolução de conflito, assegura que os acordos extrajudiciais não homologados em juízo não possuem eficácia liberatória. (PINTO MARTINS, 2004, p. 60)

Poderia se tentar aproximação com o sistema de homologação de acordo extrajudicial nos juizados especiais cíveis, como modelo. Deve-se, todavia, ter clara a lógica predominantemente patrimonial-disponível dos direitos discutidos no órgão de jurisdição cível, enquanto que a Justiça do Trabalho cuida essencialmente de relações economicamente desiguais e busca a preservação da dignidade do trabalhador como objetivo maior.

Para Martins, fazendo leitura do artigo 320 do Código Civil, a transação resulta em quitação unicamente das parcelas a que se refere o acordo, salvo se de modo diverso as partes estabelecerem: "A eficácia liberatória geral só pode dizer respeito ao que foi pago e não ao contrato de trabalho, salvo se assim for descrito no termo" (MARTINS, 2004, p. 60).

Leciona Barros no mesmo sentido, de que o a quitação em transação extrajudicial não pode abranger valores eventualmente não pagos, os quais devem ser reivindicados no Judiciário: "O só fato de o empregado encontrar-se assistido pelo sindicato no momento da rescisão não tem o condão de estender a quitação a valores não pagos, embora a parcela esteja discriminada no recibo". (BARROS, 2006, p. 191)

Sobre o alcance de transação, é longa a discussão na jurisprudência e doutrina. Diverge-se, por exemplo, se os valores quitados nas comissões de conciliação prévia, poderiam abarcar toda e qualquer parcela oriunda do vínculo empregatício extinto.

A maior parte da doutrina, especialmente Martins e Barros, convergem no sentido de que a quitação dada pela transação compreenderia apenas as parcelas e valores pagos, não aos títulos. (MARTINS, 2004, p. 60)

Ademais, Barros complementa o entendimento referindo que não necessariamente seria obrigatória a presença de ressalva para reclamar eventuais outros direitos não abrangidos na transação. (BARROS, 2006, p.191)

Relativamente à eficácia liberatória, o Tribunal Superior do Trabalho, na tentativa de pacificar o entendimento acerca dos limites e alcance da quitação dada em acordos extrajudiciais, editou a Súmula 330, que revisa o antigo enunciado de nº 41 da Corte.

Por meio do Incidente de Uniformização de Jurisprudência de nº 275570, do ano de 1996, o Tribunal Superior do Trabalho conferiu à Súmula 330 a seguinte redação:

> ACORDAM os Ministros do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: 1 – Alterar a redação do Enunciado nº 330 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal, que passará a vigorar nos termos a seguir transcritos: "ENUNCIADO Nº 330. QUITAÇÃO. VALIDADE. A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art.477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas. I – A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, consequentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que essas constem desse recibo. II – Quanto a

> direitos que deveriam ter sidos satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação." 2 – determinar o retorno dos autos ao Órgão de origem para prosseguir no julgamento do processo, após a publicação do acórdão referente à decisão.

O entendimento consubstanciado no texto da Súmula 330 é de que, justamente pela inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição), a quitação dada pelo empregado devidamente assistido, somente tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo e aos valores ali contidos. No que toca a direitos oriundos do contrato de trabalho, a quitação somente reflete sobre o período expressamente especificado no recibo.

Logo, a chamada eficácia liberatória total apenas incide no acordo, consoante o que dispõe a Súmula 330, relativamente às parcelas especificadas e aos valores; nunca sobre a totalidade de eventuais direitos ou títulos decorrentes de todo o período contratual.

Destaca Martins que a simples assistência por procurador vinculado ao sindicato representativo da categoria do trabalhador não garante a inexistência de vício de consentimento e prejuízo ao trabalhador:

> Alguns poderão dizer que a eficácia liberatória é total, fazendo-se interpretação literal da norma, pois o empregado está diante do representante dos empregados, que irá aconselhá-lo a não aceitar verbas incorretas ou fazer ressalvas. Isso, porém, já ocorria em relação à assistência prestada na rescisão do contrato de trabalho que era feita perante o sindicato, em que o representante da agremiação também estava lá para esclarecer o empregado. (PINTO MARTINS, 2004, p. 60)

Ou seja, somente o Judiciário, dotado de imparcialidade, é capaz de aferir se efetivamente o valor pago dado na quitação corresponde ao que de direito é devido, observadas eventuais divergências e incertezas das partes. Pela transação extrajudicial, nos termos da jurisprudência consolidada, a incidência da transação deve se dar de forma restrita, quitando-se apenas aquilo que foi pago, sem impedir posterior discussão judicial de diferenças.

Para conseguir prever como será a aplicação do procedimento previsto no art. 855-E, deve-se ter presente a tendência do Judiciário Trabalhista de interpretar restritivamente a abrangência de transações e expressões de quitação. Da mesma forma, é necessário bem compreender a importância dada à possibilidade de discussão e revisão judicial de acordos realizados em âmbito privado.

O Tribunal Superior do Trabalho compreende que acordos realizados em Juízo são guarnecidos de maior segurança e, portanto, não podem ser objeto de recurso:

> Isso porque as partes são livres para dispor acerca das condições acordadas em juízo, revelando-se temerária a homologação de um acordo que prevê quitação integral das parcelas relativas ao contrato de trabalho e a possibilidade de a parte vir posteriormente ajuizar nova reclamação relacionada à situação fático-jurídica anterior" (RR 490087/1998)[2]

Assim, a transação homologada em juízo produz coisa julgada, e portanto a atribuição de quitação total do contrato de trabalho produz efeitos muito mais sérios e irreversíveis.

O Tribunal Superior do Trabalho editou a Orientação Jurisprudencial de número 132, da Sessão de Dissídios Individuais I, firmando entendimento de que o acordo homologado em juízo no qual se atribua quitação ao extinto contrato de trabalho, implica coisa julgada. Por conseguinte, impede posterior ajuizamento de demanda relativamente ao mesmo contrato de trabalho.

Ponderando-se o fato de produção de coisa julgada em relação aos pedidos ou parcelas constantes na petição de acordo, a eficácia liberatória deve incidir unicamente sobre a parcela objeto da transação. Não há impedimento de reclamar, dentro do prazo prescricional, outros direitos que se entenda devidos.

CONCLUSÃO

A homologação de acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho representa importante inovação legislativa. Seus principais efeitos, a partir do que se expôs, podem ser considerados a ampliação da competência da justiça do trabalho e o incentivo à conciliação. Este último, com potencial de haver positiva repercussão social, considerada a utilitarista redução dos custos que um processo sempre representa ao Estado.

---

2. Para maiores informações sobre a irrecorribilidade do acordo homologado em juízo, recomenda-se artigo do CONJUR: Trabalhador não pode recorrer de acordo homologado em juízo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-out-20/acordo_homologado_juizo_irrecorrivel_decide_tst> Acessado em: 31.08.2017

A Lei 13.467/2017 inseriu na CLT capítulo específico que estabelece as principais diretrizes da atuação do operador do Direito, mas deixa ainda certas dúvidas que somente serão sanadas a partir da vigência da lei, na práxis diária. O alcance do acordo extrajudicial homologado e a extensão da eficácia das cláusulas pactuadas são bons exemplos de questões que serão desveladas no caso concreto, pela jurisprudência.

O procedimento para ingresso com petição de acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho segue a tradição dos Juizados Especiais Cíveis, e tem nele sua inspiração, dada a grande similitude que guardam.

Da análise do novo capítulo III-A da CLT, percebe-se que o procedimento é norteado pela simplicidade, bastando a protocolização de petição inicial dirigida ao juiz do trabalho com assinatura de ambos os interessados. Requisito essencial de representação precisa ser lembrado: a assistência das partes por advogados distintos, nada obstando que o trabalhador seja acompanhado por advogado do Sindicato representativo de sua categoria.

Além dos requisitos formais basilares indicados, quanto à matéria, em linhas gerais, a homologação ficará sujeita à inexistência de cláusula nitidamente supressora de direitos ou abusivas, bem como à ausência de transação envolvendo direito fundamental indisponível do trabalhador.

Não obstante a designação de audiência prévia para oitiva dos interessados na transação seja faculdade do magistrado, entende-se que na prática forense a regra será sua determinação antes da chancela do acordo. Assim deve ocorrer para garantir inexistência de vício de vontade.

No que toca à eficácia produzida pelo acordo extrajudicial homologado, conforme entendimento jurisprudencial corrente e em analogia ao entendimento da Súmula 330 do TST, ainda adotada, pode-se dizer que em regra, a quitação será exclusivamente sobre as parcelas e valores estabelecidos no acordo extrajudicial homologado, incidindo eficácia liberatória apenas em relação a elas.

Ante a complexidade de obrigações contratuais e extra contratuais que podem surgir da relação de emprego, consideramos improvável considerar uma ampla eficácia liberatória de todo o contrato de emprego. Havendo, todavia, requerimento expresso e consciente por parte do empregado, a decisão pela homologação fica a critério da análise quanto a presença de todos os requisitos legais de validade e inocorrência de vícios de vontade.

Em termos práticos, a decisão que entender por não homologar o acordo extrajudicial terá força de sentença. Portanto, caberá ao segundo grau de jurisdição, por meio de recurso ordinário, a revisão da decisão denegatória. O recurso ordinário dirigido ao Tribunal, necessariamente, deverá ser interposto em petição única, firmada por ambas as partes, tendo em vista que a legitimidade é sempre de ambos os interessados na homologação do acordo, não de um apenas.

Retomando, o acordo extrajudicial é marcado pela inexistência de lide, constituindo-se ato voluntário de composição bilateral. São as partes regularmente representadas que manifestam seu interesse em realizar concessões recíprocas.

Como se disse, a inserção do capítulo III-A na CLT veio complementar a possibilidade deixada pelo legislador ao final do artigo 114 da Constituição, de atribuir à Justiça do Trabalho o processamento e julgamento de "outras controvérsias oriundas da relação de trabalho", na forma da Lei.

Acredita-se que somente com adoção adequada do instituto, sem utilização para fraudes, é que poder repercutir positivamente no que toca à diminuição de processos trabalhistas, incentivo e fortalecimento da conciliação. Todavia, fugindo do utilitarismo econômico, o mais importante será analisar se as transações efetivamente atuaram com justiça. O instituto não deve se prestar a simples desconstituições de direitos e perpetuação de insegurança social. Também porque transações relacionadas com fraudes de direitos trabalhistas apenas levarão a processos trabalhistas ainda mais complexos e caros.

Em suma, por evidente, o resultado de um acordo, que se deu mediante concessões recíprocas agrada muito mais às partes do que decisão imposta por sentença pondo fim a um litígio. Mas isso apenas ocorre quando as partes não são lesadas, especialmente pela imposição de transações fraudulentas pelo ente mais poderoso.

Espera-se que o presente artigo sirva de norte quanto às implicações práticas do acordo extrajudicial, bem como para melhor compreender seu procedimento na CLT.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Emenda Constitucional nº 20*, de 15 de dezembro de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, 16 dez. 1998. Seção 1.

BRASIL. *Novo Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Sessão 1. p. 1

BRASIL. *Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Sessão 1. p. 1

BRASIL. *Modernização da Legislação Trabalhista. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 jul. 2017

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 ago. 1943.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 330*. Disponível em: http://www.tst.jus.br/sumulas Acesso em: 31.ago.2017

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* Volume 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais – teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013.

NEVES DELGADO, Gabriela. *Direito fundamental ao trabalho digno.* São Paulo: LTr, 2006.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. *Direitos de para todos.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Ovídio A. *Baptista da. Curso de Processo Civil.* Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

A inconstitucionalidade da despedida coletiva imotivada

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale*

RESUMO: Este trabalho analisa a inconstitucionalidade do artigo 477-A da CLT, à luz do artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988, bem assim do princípio do devido processo legal.

ABSTRACT: The unconstitutionality of imotivated collective discount. This paper analyzes the unconstitutionality of article 477-A of CLT, in light of article 7, I of the Federal Constitution of 1988, as well as the principle of due process of law.

PALAVRAS-CHAVE: Despedida coletiva – reforma trabalhista-devido processo legal.

KEYWORDS: Collective dismissal – labor reform-due process.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. As liberdades sociais – 3. A proteção contra a despedida arbitrária como direito de liberdade – 4. Direitos fundamentais como sistema de valores – 5. Eficácia irradiante dos direitos fundamentais – 6. O alcance do artigo 7º, I, diante da regra contida no artigo 5º, § 1º Constituição Federal de 1988. – 7. Eficácia plena da primeira parte do artigo 7º, I Constituição Federal de 1988 e a antijuridicidade da despedida imotivada – 8. Inconstitucionalidade da autorização da despedida coletiva imotivada – 9. A inconstitucionalidade por ofensa ao devido processo legal – 10. Motivação e devido processo legal para aplicação de penalidades: o paradigma estabelecido pelo código civil – 10.1 Entidades associativas e sociedades – 10.2. Relações condominiais 10.3 O dever de motivação na ação de despejo – 11. A necessidade da motivação da despedida como consequência do devido processo legal aplicável à relação de emprego – 12. Notas conclusivas – 13. Referências.

SUMMARY: 1. Initial considerations – 2. Social liberties – 3. Protection against arbitrary dismissal as a right of freedom – 4. Fundamental rights as a value system – 5. Radiating efficacy of fundamental rights – 6. The scope of Article 7 , I, in view of the rule contained in article 5, § 1 Federal Constitution of 1988. – 7. Full effectiveness of the first part of article 7, I Federal Constitution of 1988 and the unlawful dismissal of unmotivated – 8. Unconstitutionality of authorization of collective farewell Unmotivated – 9. Unconstitutionality due to offense due to legal process – 10. Motivation and due process for applying penalties: the paradigm established by the civil code – 10.1 Associative entities and societies – 10.2. Condominium relationships 10.3 Duty to motivate the eviction action – 11. The need to motivate the farewell as a consequence of due process of law applicable to the employment relationship – 12. Concluding Notes – 13. References.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A fim de "modernizar" as normas trabalhistas, a proposta de reforma inicialmente trazida pelo Poder Executivo iguala a despedida coletiva à despedida individual, permitindo em ambas a denúncia contratual vazia; ou, em outras palavras, a consagração do pseudo direito potestativo de o empregador despedir sem motivação.

Esse artigo tem como escopo analisar a constitucionalidade do artigo 477-A da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/17, averiguando a vinculação do Estado-Legislador ao Texto Constitucional, sobretudo aos direitos fundamentais, enquanto ordem objetiva de valores. Todavia, para que seja realizado tal estudo, inicialmente será elaborada reflexão acerca da eficácia do artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988, para, somente após, traçar o alcance da indigitada norma para fins de vinculação à confecção de normas infraconstitucionais e, por fim, perquirir a viabilidade da proposta do novo dispositivo à luz do princípio do devido processo legal.

2. AS LIBERDADES SOCIAIS

Não é incomum encontrar na doutrina classificação que apõe todos os direitos sociais no patamar de direitos prestacionais[1], pois estes somente

(*) Possui graduação em Direito pela Universidade Potiguar (1998), instituição esta onde se pós-graduou e foi professora durante seis anos. Professora convidada do curso de pós-graduação lato sensu da Faculdade Baiana de Direito, EMATRA5, CERS e da Escola Judicial do TRT da 5ª Região. Juíza do Trabalho no TRT da 5ª Região. Mestre em Direito pela UFBA. Doutoranda pela PUC/SP, Membro do Conselho da Escola Judicial do TRT da 5ª Região (2012-). Coordenadora acadêmica da Escola Associativa da AMATRA 05, biênio 2013/2015. Membro do Conselho editorial da Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região e da Revista Vistos etc. Autora da Obra "Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil", pela LTr, ex-professora substituta da UFRN.

1. De acordo com Abramovich e Courtis (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Direitos sociais são exigíveis. Trad. Luis Carlos Stephanov, Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011., p. 31), as classificações que inserem todos os direitos de liberdade como direitos de defesa e os de

passaram a fazer parte das Constituições com o advento do Estado Social, o que parece ser pouco acertado.

O Estado Liberal clássico fundamentava-se na concepção dos sujeitos como indivíduos, que, por serem formalmente iguais, poderiam contratar livremente, pois o próprio mercado ditava as suas regras, sempre fundadas na autonomia da vontade, que, selada por meio de vinculação contratual, figurava como verdadeira "lei entre as partes".

Nesse contexto, ao Estado cabia tão só o afastamento das relações privadas, criando regras no sentido de assegurar às partes convenentes o livre exercício da autonomia sem limitações. Não é difícil compreender que, durante tal período, os primeiros Direitos Fundamentais, antes tidos como "naturais" – uma vez que decorrentes do jusnaturalismo, e "reconhecidos" pelas novas codificações – passaram a ser positivados também através de documentos constitucionais, que tinham como objetivo assegurar a plenitude da propriedade e do direito à liberdade e que, por conta disso, foram concebidos sob a ótica negativista do Estado, cuja missão somente consistia em assegurar a plenitude de seu afastamento das relações firmadas entre os indivíduos.

O modelo do Estado Social surge não abandonando a modelagem já posta, mas substitui o paradigma firmado com o Estado Liberal, tendo-se que este, fundado no protótipo da igualdade entre os indivíduos, na prática, gerava um abismo de desigualdade.

Com o surgimento da sociedade de massa, as necessidades também se amplificaram e o direito teve que se reinventar e, se antes se idealizava abstratamente o ser humano como formalmente igual, a realidade mostrou que a liberdade plena mais escravizava do que libertava, sendo necessária uma intervenção legislativa protetiva e "desigual" para proteger o indivíduo, agora enxergado de forma concreta, havendo uma necessidade de fixação estatal de limites para a contratação.

O Estado passa, de abstencionista, para intervencionista e, nesse cenário, a classificação dos Direitos Fundamentais, que até então eram ligados à atividade estatal negativa, evoluiu para considerar esses "novos direitos" como direitos positivos, de prestação estatal.

Se é correto afirmar que o Estado Liberal e a função estatal abstencionista não foram totalmente ultrapassadas pelo surgimento do Estado Social, não menos correto é afirmar que nem todos os direitos sociais figuram como reais direitos a prestações, sendo certo que há direitos sociais que são verdadeiros direitos de liberdade, a exemplo de boa parte do rol dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, como o direito ao salário mínimo; irredutibilidade do salário; limitação da jornada de trabalho em oito horas, ou módulo semanal de quarenta e quatro horas; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência e proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; todos com previsão no artigo 7º do Texto Constitucional.

Nesse trilhar, concordando que os Direitos Fundamentais Sociais não se encerram na sua função prestacional, Sarlet já asseverou que grande parte dos direitos dos trabalhadores, presentes nos arts. 7º a 11 da nossa Constituição, "são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não-discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas"[2], deixando evidenciado que, no rol aludido assim como nos demais dispositivos que tratam de Direitos Sociais, há direitos prestacionais e direitos de defesa, sendo mais coerente tratar estes últimos como "liberdades sociais".

Na doutrina de Hermano Queiroz Júnior também se encontra presente a mesma conclusão, tendo o referido autor já pontificado que, dentre os direitos sociais elencados nos artigos 6º a 11 da Constituição Federal de 1988, "muitos há que não se acham contemplados dentro do grupo de direitos fundamentais à prestação, mas, ao reverso, se enquadram no grupo dos direitos de defesa, na medida em que ostentam o caráter de direitos à abstenção"[3], citando praticamente os direitos sociais trabalhistas defensivos já aludidos ao norte.

No artigo 8º da Lei Fundamental pátria é clara a previsão de legítimos direitos de liberdade, que são

prestação como sociais, "estão baseadas numa visão totalmente parcial e 'naturalista' do papel e fucionamento do aparato estatal, que coincide com a posição antiquada de um Estado mínimo que garanta exclusivamente a justiça, a segurança e a defesa".

2. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 174.

3. QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988, São Paulo: LTr, 2006, p. 67.

o direito de greve[4], a liberdade e autonomia sindical, embora capitulados no rol dos Direitos Sociais, demonstrando que o Legislador Constituinte não discrepou entre colocar direitos prestacionais e de liberdade no capítulo dos Direitos Sociais do trabalhador, não fazendo qualquer distinção em relação à eficácia entre os mesmos, até por que não poderia, diante da cláusula presente no artigo 5º, § 1º da nossa Constituição.

Idêntica manifestação se mostrava na Constituição Portuguesa de 1976 em sua versão originária, onde diversos dos direitos fundamentais dos trabalhadores, inicialmente postos no título dos direitos econômicos, sociais e culturais, passaram a ser, a partir da revisão de 1982, elencados no título dos direitos, liberdades e garantias[5], tendo Sarlet atentado para o fato de que "esta categoria de direitos fundamentais sociais, de cunho notoriamente negativo, tem sido oportunamente denominada de 'liberdades sociais'[6], integrando o que se poderia chamar – inspirados na concepção de Jellinek – de um 'status negativus socialis' ou 'status socialis libertatis'"[7].

Nesse mesmo passo, assegura Cristina Queiroz que a Constituição portuguesa de 1976 atualmente qualifica como "liberdades e garantias" – ou, simplesmente, liberdades sociais, pela doutrina – determinados direitos dos trabalhadores, verdadeiras pretensões defensivas, a exemplo do direito de greve e da liberdade sindical, antes da aludida reforma, apenas tidos como meros direitos sociais[8].

Miranda, após afirmar que a designação complexa de direitos, liberdades e garantias não é corrente no estrangeiro, assevera que a liberdade sindical e o direito de greve, previstos respectivamente nos artigos 55º e 57º da Constituição portuguesa de 1976, são legítimos exemplos de liberdades[9].

Sem embargo, como já verificado nesse mesmo capítulo, todos os Direitos Fundamentais, de defesa ou sociais (prestacionais ou não) são de liberdade[10], pois é impossível o indivíduo alçar qualquer patamar socialmente justo e digno[11] sem que lhe sejam assegurados direitos mínimos pelo Estado, tanto é assim que, em regimes constitucionais onde não se tem um rol de direitos sociais, a própria jurisprudência se encarregou de firmar determinadas tarefas estatais, como o fez o Tribunal Constitucional alemão, com a noção de "mínimo existencial", já que a Lei Fundamental de 1949 praticamente não trata de Direitos Sociais.

Isso é algo até curioso, já que em terras germânicas a referida Corte extraiu do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana a construção sobre o mínimo existencial e aqui, em terras brasileiras, mesmo com um imenso rol de direitos sociais prestacionais e de defesa, a doutrina e a jurisprudência ainda relutam em creditar plena eficácia a alguns direitos, como, por exemplo, o direito ao trabalho, assim compreendido como direito subjetivo não a um posto de trabalho, mas sim, pelo menos, como respeito ao posto ativo de trabalho, não podendo o empregado ser despedido sem que haja um motivo.

---

4. Lançando luzes sobre a tese ora defendida, a doutrina de Martinez: "nenhum direito fundamental, entretanto, é, em rigor, unicamente defensivo ou prestacional. O seu exercício não pode acontecer sem que ações negativas e positivas sejam cumulativamente exigidas. Exatamente assim ocorre com o instituto da liberdade sindical, em nome do qual estão agregados todos os direitos que viabilizam a proteção do patrimônio jurídico dos trabalhadores, entre os quais o direito de greve e o de negociar coletivamente. Apesar de serem posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva, notadamente quando opostas contra o Estado, comportam, sem dúvidas, múltiplas faculdades de exigir ou de pretender ações positivas, seja para a promoção das condições de seu gozo efetivo, seja para a sua proteção contra terceiros" (MARTINEZ, Luciano. *Condutas antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124).

5. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico.* Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001, p. 18.

6. Como pontifica ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2007, p. 385, quando faz remissão às liberdades sociais presentes na Constituição portuguesa, indicando o direito de greve e a liberdade sindical como legítimos representantes das ditas liberdades.

7. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001, p. 18.

8. QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais sociais.* Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra Editora, 2002, p.27.

9. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 2, ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 93.

10. "No existen derechos de liberdad, por um lado, y derechos de igualdad, por outro: todos los derechos son de liberdad, incluso aquéllos que aportan un elemento igualitario, como es el caso de los económicos y sociales, al potenciar y reforzar dicho elemento la liberdad para todos. [...] Por ello, al analizar la estructura de los derechos soiales, se comprueba – aunque persistan notables rasgos distintivos – la inexistencia de uma fractura radical com los tradicionales derechos de liberdad" (IBARRECHE, Rafael Sastre. *El derecho al trabajo.* Madrid: Editora Trotta, 1996, pp. 71-72).

11. Nesse tocante, Gabriela Neves Delgado atesta que o direito ao trabalho, sobretudo o direito ao trabalho digno faz parte desse patamar mínimo (*Direito fundamental ao trabalho digno,* São Paulo: LTr, 2006).

Essa também é a doutrina de Jorge Miranda, para quem, ao revés de existir uma separação estanque entre direitos negativos e direitos positivos, há intercomunicação entre eles, pois, enquanto o paradigma liberal pregava a liberdade abstrata, a ideia presente no modelo social não despreza a liberdade, mas entende que esta somente é alcançada com a igualdade material entre os indivíduos, mediante forte intervenção estatal, pois:

> [...] igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efectiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexiste ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autónoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conceito de direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*[12].

Se se observar atentamente o Capítulo II do Texto Constitucional, facilmente se perceberá que a própria Lei Fundamental estabeleceu uma limitação, um patamar mínimo, fixando diretrizes que deverão ser cogentemente observadas quando da pactuação empregatícia, sendo correto afirmar que, abaixo do patamar estabelecido constitucionalmente, não é possível qualquer contratação individual.

No tocante à negociação coletiva, a Carta Política foi mais benevolente, permitindo que alguns direitos pontuais, a exemplo do salário e da jornada de trabalho, possam ser pactuados pelos sindicatos, em pleno exercício da autonomia privada coletiva. Assim, é possível afirmar que a limitação firmada na Constituição pátria é total em relação às partes individualmente, mas relativa em termos coletivos[13].

Mais acertado ainda parece afirmar que dito patamar constitucional mínimo figura como verdadeiro direito defensivo, não podendo sequer ser o seu espectro protetivo diminuído, por força do *caput* do artigo 7º da nossa Constituição, segundo o qual todo o rol que se segue é apenas exemplificativo, pois outros direitos sociais do trabalhador poderão ser previstos ordinariamente, não podendo haver alteração a menor, significando dizer que há uma barreira estatal, uma defesa em face de alterações *in pejus*, mais próxima ao direito de liberdade do que ao prestacional[14].

3. A PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA COMO DIREITO DE LIBERDADE

Ao doutrinar sobre o direito a algo, ou pretensão, Alexy estabelece que a sua estrutura segue a clássica relação triádica, composta do portador, ou titular do direito, do destinatário (nesse trabalho compreendido como o Estado ou o particular) e o objeto do direito, mais adiante dispondo que o indigitado direito a algo se bifurca em direitos a ações negativas, ou direitos de defesa, e direitos a ações positivas. Os primeiros são triplicemente divididos em "direitos ao não-embaraço de ações, direitos à não-afetação de características e situações e direitos à não-eliminação de posições jurídicas" [15], enquanto os segundos são subdivididos em "direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas".

Analisando a estrutura normativa presente no artigo 7º, I da nossa Constituição, é fácil perceber que o dispositivo, quando estabelece proteção contra a despedida arbitrária, evidentemente tendo como destinatário um particular – empregador –, não contempla qualquer direito a ação positiva por parte deste. Ao revés, está ali presente um legítimo direito de defesa, de afastamento, abstenção, tendo-se que ao empregador, diante do regramento

12. MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 96-97.

13. Eis a lição de Maurício Godinho Delgado: "não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por se constituírem em um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho" (*Introdução ao direito do trabalho*: relações de trabalho e relação de emprego. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 197).

14. Fábio Rodrigues Gomes (*O Direito Fundamental ao Trabalho*, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, 178), dissertando acerca das diversidades atinentes ao direito de defesa e o direito à proteção, assevera que não se deve confundir a função defensiva dos direitos fundamentais com a categoria dos direitos de defesa, pois "a primeira é inerente a qualquer direito fundamental e implica, não a exclusão do Estado, mas, sim, a sua intervenção (subsidiária) em determinadas hipóteses [...]. A segunda, representa os direitos de liberdade voltados contra o Estado, bloqueando normativamente a sua intervenção indevida".

15. *Op. cit.*, p. 193 e ss.

constitucional, é dirigida a ordem estatal de não eliminação da posição jurídica do empregado, havendo clara limitação à livre iniciativa.

Mais claramente falando, o Legislador abstratamente já ponderou os interesses constitucionalmente tutelados, fixando tal limitação e estabelecendo que, diante da colisão entre o princípio constitucional da livre iniciativa e o princípio da liberdade natural de trabalhar, extraído do direito ao trabalho (CRFB/88, artigo 6º), prevalece este[16].

É dizer, o Legislador constituinte já estabeleceu abstratamente uma limitação à liberdade empresarial, não podendo o empregador destituir o empregado de seu *status* sem que haja um motivo não arbitrário para tanto. Assim agindo, o empregador pratica um não fazer, abstendo-se de despedir o empregado de forma arbitrária.

Nesse trilhar, já doutrinou Fábio Gomes, afirmando que o artigo 7º, I da Lei Fundamental pátria, embora qualificado como um direito social, "é outro dispositivo que não se encaixa naquele velho figurino doutrinário, eis que tem por finalidade, não uma prestação material, mas, sim, evitar a intervenção desmedida do empregador no trabalho continuamente executado por seu empregado". E ainda assegura, com esteio na lição de Sarlet, que "não por outro motivo, é chamado por alguns de direito social negativo"[17].

À mesma conclusão chegou Alinie da Matta Moreira, ao afirmar que alguns direitos sociais se revestem da qualidade de típicos direitos de liberdade, e que a proteção contra a despedida arbitrária é um desses exemplos[18].

Também Cristina Queiroz, analisando a necessidade de intervenção legislativa no direito à segurança no emprego e, especificamente a proteção dos trabalhadores em face ao despedimento, previsto no art. 53 da Constituição portuguesa de 1976, atribuiu o epíteto de "direito de defesa" a tal proteção[19].

Nunca é demais lembrar que o argumento da reserva fática do possível não é capaz de vincular fortemente só os direitos sociais, sendo mais correto se falar em uma vinculação "fraca" de todos os Direitos Fundamentais à reserva do possível, no caso específico da proteção em face da despedida arbitrária, por ser esta um autêntico direito de defesa, ou liberdade social, como interpretado pela doutrina portuguesa já referida no item anterior. Não há qualquer vinculação à reserva do possível fática e, por tal motivo, a eficácia imediata e plena justiciabilidade da primeira parte do dispositivo constitucional é evidente, pois imposta diretamente como abstenção ao particular – empregador –, para que este não destitua o empregado de seu posto de emprego sem que haja um motivo não arbitrário para tanto.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO SISTEMA DE VALORES

Segundo a clássica doutrina do Estado Liberal, os Direitos Fundamentais somente eram entendidos consoante a lógica estatal abstencionista, para que fosse assegurado o direito de liberdade do indivíduo; racionalidade que trazia à reboque a ideia de que a Constituição era um mero documento político, inferior à Lei, o que desembocava no não desenvolvimento do próprio Direito Constitucional, que evoluía paulatinamente, enquanto o Direito Civil crescia, imbuído de teorias que justificavam a sua superioridade.

O cenário narrado era bastante compreensível, diante da tradição jurídica presente ao longo de séculos e disseminada pelo mundo ocidental através do povo romano. Até o jusnaturalismo, no afã de se fazer mais perene, havia sido codificado[20], fazendo-se crer que algo não presente na legislação não era valorado pela sociedade. Era chegada a época de um jusnaturalismo racional.

Esse cenário positivista, que afastava a moral, a ética e a justiça do Direito, fez-se presente em todo o século XIX, auge das ideias liberais, perdurando fortemente na doutrina civil e constitucional até meados do século XX, momento em que houve uma mudança substancial de racionalidade e, pouco a pouco, a hermenêutica constitucional passou a admitir a permeação do Direito pela moral, constitucionalizando, por assim dizer, o próprio Direito,

16. Nesse particular, não há concordância com a doutrina utilitarista de Fábio Gomes (*Op. cit.*, p. 221), para quem o artigo 7º, I da Constituição de 1988 encerra direito (poder ou competência) potestativo do empregador despedir sem qualquer motivação, desde que pague indenização legalmente prevista, constituída na multa de 40% sobre os depósitos de FGTS, até que venha uma lei complementar para regulamentar montante indenizatório maior que o já "transitoriamente" previsto.

17. GOMES, Fábio Rodrigues. *Op. cit.*, p. 204.

18. MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 44.

19. QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais sociais.* Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra Editora, 2002, p. 178.

20. Atente-se para o capítulo I, quando foi abordada a chegada das codificações e, com isso, a segurança através da Lei.

agora imbuído de valores que se irradiavam para todas as esferas governamentais e até para as entidades privadas, algo impensável segundo a lógica liberal-burguesa.

Para tanto, foi necessário que o mundo testemunhasse as barbáries praticadas pelo holocausto, onde o ser humano foi menosprezado, não dignificado, e tratado como meio para o alcance de um fim que se pretendia legítimo.

Na Alemanha, país responsável tanto pelo cenário horrendo narrado, quanto pela própria modificação do pensamento positivista e virada Constitucionalista, a Constituição de Weimar, hoje plenamente reconhecida como uma das primeiras no mundo a tratar sobre os Direitos Sociais, sequer concebia os Direitos Fundamentais como cláusulas pétreas, omissão que terminou sendo decisiva para fazer com que Hitler retirasse a cidadania dos judeus e iniciasse a perseguição destes pelos mais diversos recantos da Europa.

Terminada a Guerra, na Alemanha, em 1949, foi publicada a Constituição de Bonn e dois anos após, em 1951, foi criado o Tribunal Constituição Federal, composto por juristas contrários às ideias que justificavam o holocausto, fato peremptório para a modificação da hermenêutica constitucional, que passou entender os Direitos Fundamentais como um sistema de valores, racionalidade que foi construída a partir de um julgado, mas plenamente desenvolvida pela Corte Constitucional alemã, influenciando diretamente a interpretação dos princípios como normas, a eficácia dos Direitos Fundamentais entre os particulares – o que se denominou chamar de eficácia horizontal – e o alcance dos direitos de liberdade, agora entendidos sob a ótica também objetiva.

Tal interpretação modificou de vez a própria concepção dos Direitos Fundamentais Sociais, que passaram a se desenvolver, também, sob o aspecto protetivo, não só fático, mas, sobretudo, jurídico.

A Constituição Federal de 1988 foi fortemente influenciada pelo influxo interpretativo das normas constitucionais campeado na Alemanha e é justamente esse o motivo por que se faz necessária a análise da construção germânica dos Direitos Fundamentais como valores, já que a jurisprudência pátria ainda é carente de avanço científico nesse sentido[21].

Se for possível fixar o momento da mudança narrada, esse foi o julgamento do que se denominou caso Lüth.

Em 1950, durante a realização de um festival cinematográfico ocorrido em Hamburgo, o então presidente do Clube de Imprensa, Erich Lüth, além de expor publicamente o diretor de "Amantes Imortais"[22], Sr. Veit Harlan, acusando-o de grande disseminador das ideias nazistas através da Sétima Arte, também organizou um boicote juntamente aos distribuidores de filmes.

Harlan e os parceiros comerciais ajuizaram uma ação cominatória em face de Lüth, com fulcro no § 826 BGB, dispositivo da Lei civil alemã que obrigava todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa – no caso, deixar de boicotar o filme –, sob a cominação de pecúnia.

A referida ação teve o pedido julgado procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Lüth, então, interpôs recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo art. 5 I 1 GG[23].

O Tribunal Constitucional Federal, já em 1958, julgando procedente a Reclamação, revogou a decisão do Tribunal Estadual, declarando que de acordo com a jurisprudência permanente do Tribunal Constitucional Federal, as normas jusfundamentais contêm não só direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas representam, ao mesmo tempo, uma ordem valorativa objetiva que, enquanto decisão básica jurídico-fundamental, vale para todos os âmbitos do direito e proporcionam diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a jurisprudência.

---

21. Veja-se, por exemplo, julgado colhido do Supremo Tribunal Federal, onde não se admite Recurso Extraordinário, a não ser por ofensa direta à Constituição: "CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 279 – STF. I. – Somente por ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. – Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é ofensa direta, frontal. III. – Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93 da CF: improcedência, porque o que pretende o recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. IV. – Incidência, no caso, da Súmula 279 – STF. V. – Agravo não provido. STF – AI – AgR 481215/RJ, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ 24.02.06.

22. Nesse, assim como em outros filmes, dirigidos pelo Sr. Harlan, há forte incitamento à violência em face dos judeus.

23. SCHWABE. Jügen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.* Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 381.

A partir dessa decisão, com fulcro na teoria axiológica, os Direitos Fundamentais, a despeito de encerrarem direitos subjetivos para os indivíduos, também passaram a ser considerados como valores objetivos[24] de uma comunidade e, como tais, se espraiam por todo o ordenamento, vinculando juridicamente todas as funções estatais, dentre elas, o próprio Poder Judiciário, que passa a ter como principal função interpretar a Constituição e as Leis, de modo a dar afetividade aos Direitos Fundamentais.

Nas palavras de Vieira de Andrade, os Direitos Fundamentais "não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado", pois, eles "valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins de que se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual"[25], que é, em outras palavras o próprio dever de proteção estatal em relação aos indivíduos.

Alexy, apesar de reconhecer que princípios e valores possuem a mesma estrutura, sendo ambos passíveis de sopesamento quando em conflito com outros princípios ou valores, afirma que aqueles ocupam o campo da deontologia, ou do dever-ser – como os conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo –, enquanto estes se localizam no âmbito da axiologia, identificado como o conceito de bom – como os conceitos de bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de direito[26].

Evidente que a assim denominada teoria axiológica dos Direitos Fundamentais encontrou séria divergência, sendo Habermas um dos seus principais opositores, quando lança contra o discurso da ponderação de valores o epíteto de "frouxo", argumentando que:

> [...] ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas de princípios do direito. [...] Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários[27].

Informa Steinmetz[28] que a teoria axiológico-sistêmica também encontrou na doutrina de forsthoff grande crítica, acreditando o citado jurista que, na filosofia dos valores, "a interpretação jurídica dá lugar à interpretação filosófica", tornando "inseguro o direito constitucional, dissolvendo a lei constitucional na casuística, porque o caráter formal-normativo do direito constitucional, isto é, a sua positividade jurídico-normativa, é substituída por uma suposta normatividade constitucional estabelecida caso a caso".

Tomando emprestadas as palavras de Sarmento, "não se afigura necessária a adesão" à teoria da ordem de valores para "aceitação da existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e para o reconhecimento dos dois efeitos práticos mais importantes desta dimensão: a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres estatais de proteção"[29]. E é sobre isso que se tratará a seguir.

5. EFICÁCIA IRRADIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A fim de orientar o alcance da teoria axiológica dos Direitos Fundamentais, na década de oitenta, Alexy indicou como única forma viável de se interpretar o caráter objetivo dos referidos direitos, a

24. No dizer de Pérez Luño (*Op. cit*. p. 21): "en el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, uma doble función: em el plano subjetivo siguen actuando como garantias de la liberdad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que em el objetivo han asumido uma dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados".

25. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 109.

26. *Op. cit*., p. 144 e ss.

27. HABERMAS, Jügen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler, Volume I, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003, p. 231.

28. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 107-108.

29. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumens Juris Editora, 2006, p. 123.

técnica da abstração de toda e qualquer noção subjetiva.

Nesse desiderato, pontuou o referido publicista, que apenas com uma *tríplice* abstração é possível fazer aparecer o caráter objetivo do direito[30].

Para tanto, o autor utiliza o direito à liberdade de expressão (caso Lüth), afirmando que, ao se realizar a primeira abstração (do titular), converte-se um *dever relacional* (que possui um direito subjetivo como contrapartida) em um *dever não-relacional*, ou seja, uma obrigação sem um direito subjetivo correspondente, que gera apenas um dever *prima facie* de o Estado atuar, de modo a se omitir de intervir na liberdade de opinião.

Todavia, para alcançar um "nível supremo de abstração", é necessária a feitura de uma segunda abstração (do destinatário do direito) para, então, abstrair algumas particularidades do objeto (omissão de intervenção estatal). Como resultado final, haverá somente um "simples dever-ser" da liberdade de expressão, o que o Tribunal Constitucional Federal intitulou de "decisão básica jurídico-objetiva", e o autor de "norma básica que decide valores", que "se irradiará por todos os âmbitos do ordenamento"[31].

A partir dessa concepção irradiante dos Direitos Fundamentais, doutrina e jurisprudência germânicas evoluíram para outros conceitos que redundaram profundamente no aprimoramento da eficácia e efetividade das normas constitucionais, como, por exemplo, a assim denominada eficácia horizontal, ou vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.

A teoria axiológica encontra no Direito constitucional brasileiro ampla possibilidade de aplicação, tendo-se que a Constituição Federal de 1988 é eivada de valores, positivados ou não, como, por exemplo, o valor social do trabalho, que, devidamente refletido, impediria qualquer denúncia vazia contratual por parte do empregador.

Nesse trilhar, fácil é perceber que as normas constitucionais, para além do conteúdo subjetivo, encerram valores que se irradiam para os mais diversos ramos do Direito, não só civil, mas também penal, econômico e, sobretudo, do trabalho, encontrando nos conceitos jurídicos indeterminados (bons costumes, ordem pública, boa-fé, abuso de direito) um forte campo para aplicação dos valores consagrados no Texto Constitucional.

30. *Op. cit.*, p. 508.

31. GOMES, Fábio. *Op. cit.*, p. 104.

6. O ALCANCE DO ARTIGO 7º, I, DIANTE DA REGRA CONTIDA NO ARTIGO 5º, § 1º CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os Direitos Fundamentais, assim entendidos segundo a versão de direitos à prestação, podem ser subdivididos em direitos a proteção, estes bipartidos em prestações materiais e prestações jurídicas; e direitos à organização e procedimento.

Também foi pontuado que a hermenêutica constitucional contemporânea, aqui adotada, entende a Constituição como ordem de valores e os Direitos Fundamentais como normas-princípios, que vinculam todas as atividades estatais, impondo-se para que o Estado legisle e crie políticas públicas para efetivá-los, irradiando-se, inclusive para os particulares, para que estes também observem em suas relações privadas os ditos Direitos.

Interessa nesse momento apenas a localização dos Direitos Fundamentais como direitos a prestação jurídica, máxime a proteção contra a despedida arbitrária (aqui entendida como despedida sem qualquer motivação), tendo-se que a Constituição em seu artigo 7º, I estabeleceu tal direito e o Estado-Legislador, passados quase trinta anos, ainda não cumpriu o seu dever constitucional, assumido já no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, no tocante ao desiderato de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e a liberdade.

A regra contida no indigitado artigo 7º, I do Texto Constitucional encerra norma constitucional de eficácia plena, assegurando a proteção em face da despedida arbitrária ou sem justa causa, remetendo a Constituição ao Legislador apenas a previsão de indenização pela dispensa e o modo como tal deverá ser processada.

Apesar da evidente conclusão retro exposta, não há qualquer novidade em afirmar que doutrina e jurisprudência dominantes pensam exatamente o oposto, que o dispositivo contém regra de eficácia limitada, não podendo ser aplicado até que venha uma norma infraconstitucional tratando sobre o assunto, conclusão que por si só atenta contra a supremacia, a máxima efetividade e a força normativa da Constituição, tendo-se que não é crível que passados tantos anos da promulgação da Lei Maior, ainda penda de "regulamentação" tal direito fundamental social, quando a própria Constituição em seu artigo 5º, § 1º prevê que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

É certo que, não obstante esse último mandamento constitucional, nem todos os Direitos Fundamentais possuem imediata eficácia, pois não é incomum encontrar no Texto Constitucional normas que, para alcançarem a plena aplicação, dependem de norma que as regulamente[32], destrinchando o Direito Fundamental ao patamar ordinário, o que não significa que a norma fundamental possua nenhuma eficácia, pois há sempre uma vinculação negativa e positiva dos Poderes Públicos, no sentido de não se ignorar o traçado já posto na Constituição, assim como o dever de agir para maximizar o Direito Fundamental correspondente na Legislação ou através dos julgados.

Nesse sentido, importa muito mais saber se o direito analisado possui alta ou baixa densidade normativa e assim assegura Sarlet, afiançando que a Constituição de 1988 consagrou variada gama de Direitos Fundamentais Sociais e "considerou todos os Direitos Fundamentais como normas de aplicabilidade imediata" e que boa parte dos Direitos Fundamentais Sociais são, na verdade, direitos de defesa (classicamente de eficácia imediata), mas carentes de "concretização legislativa", o que não significa a ausência de aplicação do artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, sendo relevante saber se a norma constitucional é dotada de "baixa densidade normativa"[33].

Prossegue o citado publicista, asseverando que a "melhor exegese contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, uma espécie de mandamento de otimização (ou maximização)"[34].

Ou seja, a conclusão do autor guarda simetria com o quanto analisado neste trabalho, no tocante à vinculação de todos os poderes públicos aos Direitos Fundamentais, sendo do Estado a tarefa de maximizá-los, através do processo legislativo de proteção, na efetivação de políticas públicas materiais e efetivas voltadas à concretização dos valores já postos na Constituição e, sobretudo, por meio do Estado-Juiz, a quem cabe também o dever de interpretar o Texto Constitucional de modo a dar máxima efetividade às normas fundamentais.

Vale lembrar a doutrina de Canotilho, já anunciando a "morte" das normas constitucionais programáticas, por entender que todas as normas constitucionais "têm força normativa independentemente do acto de transformação legislativa" e que essa concepção é diversa de "saber em que termos uma norma constitucional é suscetível de aplicação direta e em que medida é exequível por si mesmo"[35].

Se é certo afirmar, como se fez ao norte, que nem todos os Direitos Fundamentais podem ser automaticamente invocados e aplicados, por força da regra contida no artigo 5º, § 1º da Constituição, não menos certo é defender que os aludidos direitos possuem, em relação aos demais direitos constitucionais, "maior aplicabilidade e eficácia". Isso não significa que entre os Direitos Fundamentais não possa haver conflito, aqui importando mais ainda saber se, no caso concreto, o respectivo Direito Fundamental colide com outro de mesma hierarquia, a densidade normativa de cada um deles, bem como o valor constitucional que cada um encerra, pois, "negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significa, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade"[36].

Nesse trilhar, outro ponto que merece análise é a eficácia e o alcance dos Direitos Fundamentais Sociais do Trabalhador, sendo certo que topograficamente a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa está localizada na parte constitucional que trata dos Direitos Sociais dos obreiros.

É o que será abordado no próximo tópico.

7. EFICÁCIA PLENA DA PRIMEIRA PARTE DO ARTIGO 7º, I CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ANTIJURIDICIDADE DA DESPEDIDA IMOTIVADA

A primeira parte do artigo 7º, I do Texto Constitucional contém norma de eficácia plena, sendo *proibida* a despedida sem motivação pelo empregador[37],

32. Como, por exemplo, a regra contida no art. 7º, X da CRFB/88, que protege o salário na forma da lei, constituindo crime a retenção dolosa deste, devidamente atrelada ao princípio estrito da legalidade.

33. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 268.

34. *Op. cit.*, p. 270.

35. *Op. cit.*, p. 1161.

36. SALET, *Op. cit.*, p. 272.

37. Em percuciente abordagem sobre o tema, a lição de Edilton Meireles (*Abuso do direito na relação de emprego*, *Op. cit.* p. 198), para quem: "a primeira lição que se extrai é que é direito do trabalhador a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Logo, se a lei busca proteger o trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, assegurando-lhe esse direito social, constitucional e fundamental, é porque ela não tem como jurídica a despedida imotivada. A despedida injusta, arbitrária ou sem justa causa, portanto, ao menos a partir da Constituição

a assim denominada denúncia vazia[38], pois o próprio Legislador Constituinte já afirmou que é direito de todos os empregados urbanos e rurais a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (alguma causa há de ter!), relegando ao Legislador infraconstitucional apenas a confecção de Lei Complementar para tratar sobre a hipótese de indenização por conta da despedida com tais características.

Assim sendo, não há falar em norma constitucional de eficácia limitada, como professa a interpretação dominante, mas sim em norma de eficácia plena, na primeira parte, com baixa densidade normativa na segunda parte, não se permitindo constitucionalmente que o empregador se utilize da faculdade resilitiva que lhe é outorgada pela Lei, despedindo o respectivo empregado sem qualquer motivação, pois, ao revés do quanto majoritariamente defendido, a ordem emanada da Constituição é no sentido da proteção contra a despedida arbitrária, sem motivo, vazia e sem justa causa[39], em defesa do valor constitucional maior da dignidade do trabalhador, que informa o próprio direito ao trabalho, presente no artigo 6º da Constituição.

O paradigma dominante, assim entendido como a permissão de o empregador despedir sem qualquer apresentação de motivos, esvazia todo o conteúdo protetivo da Constituição e não se coaduna com o Estado, Legislador ou Juiz, vinculado aos valores constitucionais.

É de notar, inclusive, que a despedida sem motivação é ato antijurídico[40] e contrário ao Texto Constitucional, sendo essa a única interpretação viável e possível para quem vislumbra a Constituição segundo uma ordem axiológica, tendo em conta o valor social do trabalho e o exercício do direito de propriedade segundo a sua função social.

Faça-se um pequeno teste, que pela sua simplicidade chega até a ser pueril. Se o Legislador regulamentar o art. 7º, I da nossa Constituição, jamais poderá fazê-lo para dizer que a despedida do empregado pelo empregador pode se dar sem motivação, de forma vazia, pois o Estado-Legislador é objetivamente vinculado à Constituição e esta já traça a diretriz de "relação protegida contra a despedida arbitrária" e não o contrário[41]. Seria inconstitucional, portanto, qualquer norma que intentasse "desproteger" a relação de emprego em face da despedida arbitrária, até porque a suposta norma se atritaria diretamente com o *caput* do artigo 7º da Constituição de 1988, que traça o perfil evolutivo das normas trabalhistas e não o inverso.

Lançando luzes sobre a conclusão já exposta, José Afonso da Silva, comentando o alcance do art. 7º, I da CRFB/88, concluiu:

> [...] temos para nós que a garantia do emprego é um direito por si bastante, nos termos da Constituição – ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata; de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos ('despedida arbitrária' e 'justa causa') que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória de garantia de permanência no emprego. indenização não é garantia da relação de emprego. como se vê no texto, é uma medida compensatória da perda de emprego. se a Constituição garante a relação de emprego, o princípio é o da conservação, e não o da sua substituição. Compreendido o texto especialmente em conjugação como § 1º do art. 5º, aplicável aos direitos do art. 7º – que se enquadram também entre os direitos e garantias fundamentais – chega-se à conclusão de que a norma do citado inciso I é de eficácia contida[42].

Federal de 1988, passou a ser ato antijurídico, não protegido pela legislação".

38. Para Ceneviva, o indigitado dispositivo não é auto-aplicável, mas limita o poder de comanda da empresa, "que tem discrição, mas não arbítrio de rescindir imotivadamente o contrato de trabalho, sob pena de indenizar o trabalhador" (CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 3.ed., 2003, p. 95.

39. Nesse particular, a lógica leva a concluir que se o Legislador proibiu a despedida sem justa causa, alguma causa, pelo menos, deve ser apresentada, para que seja analisada se é justa ou não.

40. À mesma conclusão chegou Virgínia Leite Henrique, assegurando que "a dispensa arbitrária (injusta ou imotivada) coloca-se fora do ordenamento jurídico" (Dispensa arbitrária ou sem justa causa. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (org.). *Dicionário: Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2012, p. 376, 376-385.

41. Em outras palavras, a mesma conclusão: "O direito fundamental a uma relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária esvazia-se, se condicionarmos seu exercício a uma atuação legislativa desnecessária, porque terá de dizer o óbvio. Ora, mesmo sob a perspectiva da eficácia indireta dos direitos fundamentais, a doutrina é unânime em reconhecer a necessidade de conformação do sistema jurídico às normas constitucionais. Logo, seria inconstitucional qualquer legislação que propusesse a ausência do dever de motivação do ato de denúncia do contrato. A lei, a ser editada a partir da ordem contida no inciso antes referido, terá necessariamente que disciplinar os motivos da despedida lícita e as consequências da perda do emprego. Ou seja, explicitar o dever já contido no dispositivo constitucional" (SEVERO, Valdete Souto. *Op. cit.*, p. 197).

42. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 193.

O regramento previsto no artigo 7º, I do Texto Constitucional contém o que Alexy[43] consagrou como "reserva simples" a um Direito Fundamental, tendo-se que o Legislador é instado, pela própria regra, a regulamentar o respectivo direito já assegurado na Constituição, mas este é também vinculado ao modelo já traçado pela Lei Maior.

É dizer, o Legislador ordinário não poderá jamais "desproteger" o empregado, permitindo a despedida arbitrária, diante de tal limitação. Ademais, atentando-se ao princípio da unidade do Texto Constitucional, fácil é perceber que a livre iniciativa que fundamenta a faculdade de o empregador dispensar o empregado não é absoluta; ao revés, encontra limites postos pela própria Constituição, através da vedação à despedida arbitrária e o exercício da propriedade segundo a sua função social.

Se é certo que há uma evidente limitação à atividade do Legislador ordinário, não menos certo é afirmar que a limitação constituída em torno da vedação à despedida arbitrária – aqui entendida como a denúncia vazia – é também ordem dirigida diretamente ao particular empregador, que, como já assegurado, não detém ilimitados "poderes" diretivos, já que tais teoricamente decorrem do exercício do direito de propriedade e do princípio da livre iniciativa, sendo aquele vinculado à sua função social e este limitado ao regramento já posto na Constituição ao redor da vedação à despedida arbitrária.

Toda a ordem constitucional proíbe o arbítrio e essa ideia foi algo construído pelos povos ocidentais, criando um paradigma que se irradiou, inclusive para as relações civis pátrias, que sequer permitem que a resolução de um contrato possa ser invocada por puro arbítrio de uma das partes contratuais, como prevê o artigo 122 do nosso Código Civil. Ora, se até a Legislação civil, que tem como paradigma a ideia ancestral de igualdade entre as partes convenentes[44], não permite tal forma de resolução contratual, com muito mais razão as relações trabalhistas devem ser guiadas pela mesma racionalidade[45].

O artigo 7º, I do Texto Constitucional é claro ao estabelecer hipótese de indenização, prevendo que o empregado despedido sem justa causa ou imotivadamente terá reparação patrimonial, não sendo difícil concluir que, se a Constituição previu indenização para o empregado contra ato arbitrário do respectivo empregador, é porque o considera ato ilícito, contrário ao Direito, como determina o artigo 927 do Código Civil, segundo o qual "aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Pensar o contrário é permitir que o empregado se locuplete ilicitamente ao receber indenização, pois está recebendo pecúnia do empregador, que agiu licitamente, diante do seu "direito potestativo" de despedir.

Não se vê como possível qualquer outra interpretação, sobretudo a em voga, no sentido de um suposto direito potestativo de o empregador despedir com arbítrio, que contraria não só o próprio Texto Constitucional em sua literalidade, mas também ignora toda a evolução já traçada nesse trabalho acerca da proibição do arbítrio.

A inércia do Estado-Legislador é evidente nesse tocante e não se justifica pela realidade que se apresenta aos olhos mais atentos, quando é perceptível que o invocado direito potestativo de despedir com arbítrio do empregador permite, no mais das vezes, que este tenha por resilidos determinados contratos de empregados não muito interessantes à livre iniciativa e que "precisam" ser descartados[46], como os doentes não amparados pela previdência social, os que estão em vias de adquirir determinados vencimentos pelo longo tempo na empresa, ou, simplesmente, porque há a possibilidade de contratar pessoal com menor custo.

Pensar que não há inércia ou omissão por conta da regra supostamente transitória contida no artigo 10 do ADCT é outra excrescência interpretativa. O referido dispositivo se pretende transitório, para teoricamente suprir a carência de Lei Complementar presente no artigo 7º, I da Constituição, mas, apesar disso, há quase um quarto de século serve como paliativo para conter a inércia do Estado.

Também é fácil encontrar na doutrina e na jurisprudência[47] posicionamento no sentido de que a "estabilidade" é incompatível com o regime do FGTS e, portanto, toda a indenização a que o empregado teria direito já está contida no artigo 10 do ADCT.

43. *Op. cit.*, p. 130.

44. Ideia, é verdade, um pouco sufragada entre nós pelo advento dos institutos da lesão, boa-fé objetiva e função social da propriedade na codificação civil atual.

45. Atente-se para o último capítulo, onde é foi elaborada uma maior abordagem sobre essa mesma questão, que ora serve tão somente como premissa para o raciocínio.

46. Sobre o tema, a percuciente abordagem de SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola; SALADINI, Ana Paula Sefrin. *Da limitação do poder de despedir* – a aplicação do art. 7º, I, da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais. In.: *Revista LTr.* v. 74, n. 02, fev/2010, p. 74-02/242-74-02/250.

47. Veja-se, por exemplo, a decisão do TST, já transcrita nesse capítulo, resolvendo sobre a despedida sem qualquer motivo de empregado contratado há mais de vinte anos pela mesma empresa.

Ora, uma coisa não tem nada a ver com a outra. O artigo 7º trata, em incisos diferentes e apartados, do direito do empregado contra a despedida arbitrária ou sem justa causa e do direito ao FGTS, respectivamente, incisos I e III, o que já demonstra que aquela indenização presente no indigitado artigo 10 do ADCT refere-se à indenização transitória, para suprir a falta da Lei Complementar a que se refere o artigo 7º, I, tratando, coincidentemente, sobre a elevação da multa pela despedida sem justa causa ou arbitrária, o que não significa dizer que esta indenização se confunde com a multa de 40% prevista na Lei n. 8.036/90.

É dizer, se vier a Lei Complementar, esta preverá indenização compensatória à despedida arbitrária ou sem justa causa, regulamentando o art. 7º, I do Texto Constitucional, mas isso não implicará que a multa de 40% incidente sobre o FGTS deixará de existir, pois a primeira indenização referida tem previsão constitucional no aludido dispositivo e a outra indenização, encontra amparo legal no inciso III do art. 7º da Constituição, esmiuçado ordinariamente pela Lei n. 8.036/90, que trada exatamente da multa de 40% incidente sobre o FGTS.

8. INCONSTITUCIONALIDADE DA AUTORIZAÇÃO DA DESPEDIDA COLETIVA IMOTIVADA

No contexto individualista e desgarramento dos direitos fundamentais, a Lei n. 13.467/2017 introduziu o artigo 477-A, que prevê que "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".

Ora, é certo que o Estado-Legislador é insuficiente, em ofensa ao dever de proteção que decorre do próprio Estado Social, mas o artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988 estabelece um dever de legislar e tal dever não deve ser cumprido de forma ilimitada. Ao revés, qualquer regulamentação infraconstitucional acerca do indigitado dispositivo constitucional, obrigatoriamente deve observar o regramento segundo o qual a proteção contra a despedida arbitrária é um direito fundamental do trabalhador. É dizer, o Estado-Legislador, por ser objetivamente vinculado às normas constitucionais, tem por obrigação que exercer o seu mister, de modo a não invadir ou esvaziar o conteúdo do Texto Constitucional e, preferencialmente, até, elevar a condição social do trabalhador, por força do quanto estatuído no *caput* do artigo 7º da Carta Política de 1988.

Ao ter o Estado-Legislador estabelecido que as despedidas coletivas ou plúrimas se equiparam às individuais, partiu necessariamente do pressuposto segundo o qual a Constituição Federal de 1988 permite a denúncia contratual individual vazia, quando o que lá está contido é justamente o contrário. Sem embargo, conforme já analisado, a primeira parte do artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988 assegura aos empregados a proteção contra a despedida arbitrária e esta, no moldes traçados pelo artigo 165 da CLT, é aquela não fundada em motivo técnico, econômico, financeiro ou disciplinar.

Em outras palavras, o Estado-Legislador é objetivamente vinculado às normas constitucionais e, assim sendo, a proposta trazida pelo novo artigo 477-A da CLT, no sentido de esvaziar o conteúdo protetivo previsto no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 é materialmente inconstitucional.

9. A INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

No dia 13 de janeiro de 2009, a EMBRAER, sob a alegação de reduzir os custos decorrentes da crise econômica global, resolveu despedir 20% do quadro de seus empregados (aproximadamente 4.400 trabalhadores, de um total de cerca de 22 mil), tendo a empresa alegado que a drástica decisão, embora dura, era necessária para preservar outros 17 mil postos de trabalho.

O ato empresarial, logicamente, ensejou a atuação do Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região, o Sindicato dos metalúrgicos de Botucatu e a Federação dos Metalúrgicos de São Paulo, que instauraram dissídio coletivo com pedido de medida liminar, pleiteando, primeiramente a cessação dos atos demissionários, bem como a reintegração dos empregados já despedidos, afirmando as agremiações que o ato perpetrado pela empresa era “antijurídico”, posto contrário ao artigo 7º, I da Constituição, antagônico aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da representação sindical e da participação obrigatória dos sindicatos nas negociações, além de ser abusivo e ofensivo à boa-fé, pois a possibilidade da despedida coletiva não fora objeto de negociação prévia e sequer haviam sido notificados os empregados do desiderato patronal, atitude que se afasta do dever de informação pertinente à empresa.

A despedida coletiva nada mais é do que o somatório das dispensas individuais[48] e a razão da antítese ao poder de dispensa ilimitado é exatamente a mesma, tanto é assim, que nesse caso citado, o grande argumento empresarial foi afirmar que o direito brasileiro não possui regramento acerca da despedida coletiva e, como há um hiato legislativo, força seria concluir que os atos demissionais vazios são permitidos, somente gerando direito à indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS, levantamento do valor na conta vinculada e pagamento das parcelas resilitórias já adquiridas, como férias e gratificações natalinas proporcionais, ideia também presente quando se trata de despedida individual.

Em sua primeira manifestação, datada de 26 de fevereiro, o Tribunal Regional do Trabalho de Campinas concedeu liminar suspendendo as rescisões contratuais, já feitas ou que viessem a ocorrer, até a data da audiência de conciliação, e requisitou da empresa a apresentação de balanços patrimoniais e demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios. Na oportunidade, o Relator, Desembargador Sotero da Silva, disse haver "indiscutível interesse público na preservação da dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana, fundamento do Estado Democrático Brasileiro".

Fracassadas todas as tentativas conciliatórias, o TRT da 15ª Região julgou parcialmente procedente o dissídio coletivo e, em atenção à força normativa dos princípios, citando extensa e atualizada doutrina, declarou abusiva a demissão coletiva, diante da ausência de negociação coletiva prévia[49].

Embora se entenda que a dispensa em massa não precedida de fundamentos socialmente aceitos enseja a reintegração no emprego, exatamente por que o ato resilitório é nulo por abusividade e ofensivo à boa-fé e que isso enseja o retorno das partes ao *status quo* ante, sem qualquer impedimento da indenização compensatória, reconhece-se que essa decisão do TRT de Campinas foi um grande avanço na

48. Em sentido diverso do ponto de vista defendido, a lição de Delgado: "a despedida individual é a que envolve um único trabalhador, ou que, mesmo atingindo diferentes empregados, não configura ato demissional grupal, ou uma prática maciça de rupturas contratuais (o chamado lay-off). A ocorrência de mais de uma dispensa em determinada empresa ou estabelecimento não configura, desse modo, por si somente, despedida coletiva. [...] Já a despedida coletiva atinge um grupo significativo de trabalhadores vinculados ao respectivo estabelecimento ou empresa, configurando uma despedida maciça de rupturas contratuais" (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed., São Paulo: LTr, 20012, p. 1175-1176). O Des. José Antônio Pancotti, elaborou detida análise sobre o tema, afirmando que "na dispensa coletiva, a causa é única e o propósito é a redução do quadro de pessoal da empresa", invocando a lição de Rua da Almeida, para quem a diferença entre dispensa individual e coletiva reside no fato desta se justificar por fato de natureza disciplinar (justa causa) imputável ao empregado ou por inaptidão profissional às mudanças técnicas da empresa, ao passo que aquela pode ser arbitrária ou não, dependendo da existência comprovada de fato objetivo relacionado à empresa, causado por motivo de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural (PANCOTTI, José Aantônio. Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil. In: *Revista LTr.* v. 74, n. 05, maio/2010, p. 05/529-05/541.

49. CRISE ECONÔMICA – DEMISSÃO EM MASSA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA – ABUSIVIDADE – COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto sócio-econômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua da legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Europeia (Directiva 98/59), Argentina (Ley n. 24.013/91), Espanha (Ley del Estatuto de Los Trabajadores de 1995), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei nº 223/91, México (Ley Federal del Trabajo de 1970, cf. texto vigente – última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva – o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente.

jurisprudência, pois se agasalhou o entendimento segundo o qual o empregador não possui poderes ilimitados de despedir, principalmente coletivamente, devendo o ato demissional coletivo ser sempre precedido de negociação com a agremiação, parâmetro este sequer previsto expressamente em lei.

Houve interposição de Recurso Ordinário por ambas as partes litigantes. A EMBRAER insistia que havia agido conforme a lei, almejando, com isso, a reversão da declaração de abusividade da greve, enquanto as agremiações ratificavam o pedido de reintegração de todos os empregados despedidos.

Em sede liminar, o Ministro Moura França suspendeu os efeitos da decisão de Campinas, afirmando em sua decisão que as resilições contratuais tiveram por base "comprovadas dificuldades financeiras capazes de comprometer o regular exercício de sua atividade econômica".

Quanto à consideração de que a demissão teria violado o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, que protege a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, o citado Ministro afiançou que "o dispositivo, ao contrário do que se pensa, não assegura estabilidade ou garantia de emprego, e muito menos garante, de imediato, pagamento de indenização, pelo simples fato de que a fixação do valor desse título depende de lei complementar que, lamentavelmente, ainda não foi objeto de deliberação pelo Congresso Nacional". No tocante à necessidade de negociação coletiva prévia, foi dito que "não há, especificamente, nenhum dispositivo normativo que lhe imponha essa obrigação".

Na Sessão de Dissídios Coletivos, a relatoria coube ao Ministro Maurício Godinho Delgado. Em votação apertada de cinco votos a quatro, foi confirmada a decisão anterior de manter as demissões, mas com a previsão do *iter*, constituído em torno da necessidade de negociação coletiva anterior à resilição contratual em massa, mas somente para casos futuros[50].

Houve avanço na jurisprudência, sobretudo no tocante à indicação da necessidade de se proceder à negociação coletiva como medida profilática à

50. Pela importância da decisão, optou-se pela sua transcrição da ementa na íntegra: RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO, DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDE CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o fundamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas tem natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional com a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a Direitos Humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inaceitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresas, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções da OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII , CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI da CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial (RODC-309 /2009-000-15-00.4. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 06/09/2012).

despedida em massa, assim como restou vazado no voto do Ministro Relator, que "a proteção ao trabalhador já está plenamente prevista no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental, tendo, portanto, aplicação imediata, impedindo a atuação do aplicador do direito em sentido contrário ao seu conteúdo".

Por outro lado, disse o Eminente Ministro, que a norma constitucional possui eficácia contida, dependendo o direito à indenização de regulamentação através de Lei Complementar (reintegração, então, nem pensar), o que é um contra-senso, já que se falou em máxima eficácia das normas constitucionais e novos paradigmas hermenêuticos, assim entendidos como o tratamento dos princípios como verdadeiras normas. Princípios estes que zelam pela dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho humano "e especialmente do emprego", sem perder de vista que a propriedade deve sempre ter em vista a sua função "socioambiental".

Embora o Tribunal Superior do Trabalho não tenha enfrentado a questão da vinculação dos particulares ao Devido processo legal, é certo que o Tribunal, ao prever a obrigatoriedade de um *iter* para a despedida em massa, nada mais fez do que estabelecer observância ao princípio-garantia constitucional aludido e é sobre isso que se falará nas próximas linhas.

10. MOTIVAÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES: O PARADIGMA ESTABELECIDO PELO CÓDIGO CIVIL

O direito às decisões motivadas deriva da cláusula do devido processo legal e esta, por ser disposição aberta, também comporta o direito de informação, que nada mais é do que uma pequena parcela do *due process of law*, e toda essa gama de garantias invade as relações privadas, sobretudo a relação de emprego, onde há forte poder social.

O direito de informação, enquanto fundamental, igualmente decorre do princípio da boa-fé objetiva (CC, art. 422), permitindo que as partes convenentes possuam ciência contratual equivalente.

Há muito tempo doutrina e jurisprudência vêm admitindo a aplicação do devido processo legal nas relações privadas, mesmo que não haja previsão formal alguma nesse sentido no liame estabelecido entre as partes[51]. Isso ocorre, principalmente, por dois motivos:

i) a referida cláusula é garantia constitucional fundamental e, como tal, é de observância obrigatória em todos os setores sociais, pois todo o aparato jusfundamental estabelecido na Constituição possui dimensão objetiva e efeito irradiante;

ii) as relações privadas não podem servir de refúgio à penetração dos Direitos Fundamentais, sobretudo quando se tratam de pactuações eivadas de grande desequilíbrio entre as partes envolvidas, diante da existência de poder social.

Por pertinentes, eis a transcrição das palavras de Júlio Amaral:

> [...] tal como ocorre nas relações jurídicas mantidas com os poderes públicos, os particulares também não podem afrontar os direitos fundamentais. A liberdade e a dignidade dos indivíduos são bens intangíveis, sendo certo que a autonomia da vontade somente poderá atuar até aquele lugar em que não haja ofensas ao conteúdo mínimo essencial desses direitos e liberdades. E isso não é diferente no âmbito de uma relação trabalhista[52].

Determinadas entidades privadas, a exemplo das associações, agremiações e entidades de classe, possuem poderes semelhantes ao Estado, como a faculdade de se fixar penalidades e aplicar sanções, inclusive com expulsão de seus integrantes.

Diante de tal poder privado, surge a necessária reflexão sobre a penetração da cláusula do devido processo legal nesse tipo de relação, sendo o direito à informação/motivação a micro parcela de tal cláusula, necessário à tutela maior, que é o acesso ao Poder Judiciário para que este possa analisar os motivos da aplicação da reprimenda, elaborando até um juízo de razoabilidade[53].

---

51. Perceba-se que na relação de emprego o TST admite o devido processo legal na relação privada, mas desde que tal peculiaridade tenha sido prevista em ato empresarial interno (súmula 51), mas não como decorrente diretamente da Constituição. Tal entendimento deve ser revisto, diante da tese ora defendida, no sentido da incidência direta da cláusula do devido processo legal e outros direitos laborais inespecíficos na relação havida entre empregado e empregador.

52. AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito do Trabalho. In: Revista do TRT – 9ª Região. Curitiba ano 35, n.65, Jul./ dez. 2010.

53. Ruitemberg Nunes Pereira (O princípio do devido processo legal substantivo. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 238), após traçar detalhadamente a evolução do princípio do devido processo legal substantivo, afirma que "nenhum outro instituto simbolizou tanto essa viragem hermenêutica em busca do ideal de justiça, por meio da abertura constitucional e de sua tendência à observância de valores

10.1. Entidades associativas e sociedades

Sociedades e associações, segundo o art. 44 do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito privado, sendo ambas a reunião de pessoas com objetivos comuns. Diferenciam-se as associações das sociedades, pois aquelas são formadas pela união de pessoas organizadas para fins não econômicos, ao passo que nas sociedades a finalidade do agrupamento humano é elaborada com objetivos econômicos e lucrativos (art. 966).

Tais entidades privadas, seguindo a diretriz constitucionalmente traçada acerca da liberdade associativa (CRFB/88, art. 5º, XX), se organizam através da Lei e, principalmente, por meio de seus estatutos sociais, podendo estes prever regras de organização, funcionamento e comportamento da pessoa jurídica para com os seus membros e vice-versa.

Dentre as regras, os ditos estatutos podem instituir penalidades, ou sanções convencionais, devidas em caso de descumprimento de alguma regra estatutária ou legal, tais como advertências, multas, suspensões de direitos, ou, até mesmo a exclusão dos sócios/associados da entidade.

Nesse passo, é dever destas entidades privadas a observância do devido processo legal, constituído, dentre outras garantias, pela necessária motivação do ato punitivo, para que assim a sanção possa eventualmente ser analisada pelo Estado-Juiz, ainda que não haja previsão estatutária nesse sentido.

Isso ocorre por que tal garantia fundamental, diante de sua dimensão objetiva, penetra diretamente nas relações particulares, encontrando o princípio da autonomia privada limitação na cláusula do *due process of law.*

É dizer, se o exercício do princípio da autonomia privada permite a reunião de pessoas com a mesma finalidade, constituídas em torno de sociedade ou associação, tais entidades não podem agir de forma ilimitada e absoluta. Ao revés, devem guardar obediência a todos os Direitos Fundamentais, dentre os quais se destaca o processo devido e suas consequências, como o dever de informação de atos, motivação de decisões, contraditório e ampla defesa[54].

É interessante perceber que a redação originária do art. 57 do Código Civil de 2002 previa a possibilidade de exclusão do associado, somente admissível em havendo justa causa, devidamente prevista no estatuto da entidade e, se esse fosse omisso, o membro da associação poderia ser, ainda assim, punido, desde que fossem reconhecidos motivos graves, em deliberação associativa fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembleia geral, cabendo recurso para esta mesma assembleia, em caso de exclusão do associado.

Extrai-se do dispositivo legal que não havia qualquer previsão acerca do devido processo legal, ampla defesa ou contraditório, embora houvesse disposição legal acerca da necessidade de motivação no ato de expulsão do associado. Mesmo assim, tanto a doutrina[55] quanto a jurisprudência[56] já

e princípios não propriamente positivados, quanto o instituto do devido processo legal em sua vertente material".

54. Nesse sentido, a lição paradigmática e inovadora de Braga: "sucede que esses entes associativos não podem punir o associado ou o sócio por transgressão de normas legais ou estatutárias, sem assegurar-lhe um processo prévio pautado na lei e na razoabilidade. Deve ser respeitado o devido processo legal em suas facetas formal e material, seguindo-se um rito permeado por garantias mínimas como contraditório, ampla defesa, direito a provas, juiz natural, decisões fundamentadas etc. que se encerre com uma decisão equilibrada e proporcional (BRAGA, Paula Sarno. *Op. cit.*, p. 213).

55. Referindo-se ao art. 57, disse Venosa: "essa dispositivo disse menos do que devia; qualquer que seja a dimensão da sociedade ou a gravidade da conduta do associado, deve ser-lhe concedido amplo direito de defesa. Nenhuma decisão de exclusão de associado, ainda que o estatuto permita e ainda que decidida em assembleia geral convocada para tal fim, pode prescindir de procedimento que permita ao indigitado sócio produzir sua defesa e suas provas. O princípio, que poderia estar enfatizado nesse artigo do Código, decorre de princípios individuais e garantias constitucionais em prol do amplo direito de defesa (art. 5º, LV da Constituição). Processo sumário ou defeituoso para exclusão de sócio não resistirá certamente ao exame pelo Poder Judiciário. Isso é verdadeiro não somente para a pena de exclusão do quadro social, que é a mais grave; mas também para as demais penalidades que podem ser impostas, como advertência, repreensão, multa ou suspensão" (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil.* Parte Geral. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 288).

56. "É nulo o procedimento de exclusão de associado dos quadros de associação, quando não se observa o devido processo legal nem as garantias dele decorrentes, tais como o contraditório e a ampla defesa, além de serem infringidas outras normas legais e estatutárias. – Os danos morais são presumidos no caso de violação à honra, pois se trata de direito personalíssimo, razão pela qual a negligência na instauração e no desenvolvimento de procedimento de exclusão irregular enseja o direito à indenização de cunho compensatório". (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. Apelação Cível Nº 2.0000.00.480020-4/000(1), da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005. Disponível em: hhttp://www. tjmg.gov.br. Acesso em 30/01/2014.
"Ação ordinária de Reintegração em sociedade recreativa. Direito de defesa não assegurado. Nulidade do ato. Independentemente da legitimidade ou não dos motivos que

entendiam que a cláusula do devido processo legal deveria ser observada para a aplicação da pena capital na entidade privada.

Embora as decisões advindas do Poder Judiciário obrigassem a aplicação do devido processo legal para a exclusão dos associados, não havia um enfrentamento direto acerca da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, tendo o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Recurso Extraordinário n. 201.819, finalmente, apontado o caminho a ser percorrido.

Na referida decisão, a Corte Suprema, ponderando a colisão firmada entre o princípio da autonomia privada *versus* o princípio do devido processo legal, decidiu que as relações privadas não são impermeáveis aos Direitos Fundamentais, devendo, ao revés, serem estes observados nas relações travadas entre particulares, sobretudo quando o ato for de aplicação de penalidade, onde se observará a motivação da decisão, assim como as garantias do contraditório e da ampla defesa[57].

Colhe-se, ainda, da aludida decisão, que o caráter público da atividade desenvolvida pela União Brasileira de Compositores e a dependência do vínculo associativo para o livre exercício profissional de seus sócios justificam a aplicação direta dos Direitos Fundamentais, máxime o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, demonstrando a Suprema Corte que quanto maior o poder privado, maior deve se a aplicação das normas jusfundamentais na relação particular.

O debate acerca da ausência de um processo devido com possibilidade de contraditório e ampla defesa acirrou-se e o art. 57 do Código Civil foi alterado pela Lei n. 11.127/2005, passando o dispositivo a prever expressamente que o associado em risco de exclusão tem direito a tais garantias processuais, nos termos do estatuto, consagrando a Lei o que já vinha sendo feito para jurisprudência e ratificado pela doutrina.

---

ensejaram a exclusão dos autores do quadro social, percebe-se, com clareza, que estes não tiveram assegurado o direito à ampla defesa, com previsão tanto na Constituição Federal, como no estatuto da entidade demandada. Por outro lado, ainda que pudesse superar o obstáculo formal, a versão apresentada pela ré para a punição aplicada não é consentânea com a realidade, pois, inexistiu cedência exclusiva da área comunitária, em seu favor, por parte da prefeitura e de particular, de modo que não poderia impedir que as pessoas se organizassem fora de suas regras, para a prática de futebol". (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. **Apelação Cível Nº 70002714095**, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31/10/2002. Disponível em: hhttp://www. tj.rs.gov.br. Acesso em 30/01/2014.

57. EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Recurso Ordinário n. 201819,da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 30/01/2014.

Ou seja, hoje há ordem expressamente dirigida às entidades associativas, para que estas, no exercício de sua autonomia privada, prevejam o modo como o Direito Fundamental ao devido processo legal será observado na aplicação da penalidade de expulsão, não havendo margem para a não previsão da garantia nos estatutos.

É interessante perceber que há um silêncio na Lei Civil em relação à aplicação de outras sanções, como a suspensão ou advertência, embora doutrina[58] e jurisprudência não estejam fazendo distinção entre a aplicação da penalidade de expulsão ou outras mais leves, como dá conta a seguinte ementa:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO C/C DANOS MORAIS. CLUBE RECREATIVO. SUSPENSÃO DO SÓCIO DE FREQUENTAR O CLUBE POR TRINTA DIAS. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO[59].

Em relação às sociedades, o Código Civil silenciou relativamente, tendo-se que apenas o artigo 44, § 2º prevê que "as disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades". É dizer, todas as previsões contidas no art. 57, devem ser observadas nas relações travadas entre sociedade e sócio, sobretudo quando se tratar de risco de expulsão deste, ou aplicação de outras penalidades, sendo obrigatório o cumprimento do devido processo legal.

Nada obstante, o artigo 1.085 o Código Civil estabelece o procedimento para exclusão de sócio minoritário das sociedades limitadas, dispondo expressamente que somente poderá se dar a pena capital por ato de "inegável gravidade", devidamente apurado em assembleia convocada com tal fim, desde que o estatuto respectivo haja previsto a exclusão por justa causa, sendo, em todo caso, necessária a prévia ciência do acusado em tempo hábil, para que este possa comparecer à assembleia e apresentar defesa.

Advoga Braga, que o princípio-garantia do devido processo legal foi explicitamente previsto no indigitado dispositivo, quando da exclusão do sócio minoritário da sociedade limitada e que a regra deve ser aplicada por analogia em todas as formas societárias[60].

Em relação às sociedades cooperativas, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RE n. 158.215-RS) já possui julgado paradigmático, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio de Melo, decisão esta sempre apontada quando se fala em aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, como sendo a pioneira nesse sentido. Veja-se:

> DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa"[61].

A controvérsia havida em torno da aplicação do devido processo legal e as garantias que lhe são

58. Eis a lição de Paula S. Braga (*Op. cit.*, p. 218): "conclui-se, assim, com base nessa doutrina, que o dispositivo em questão [CC, art. 57] deve ser alvo de uma interpretação bem abrangente, para entender-se que assegurou não só a ampla defesa, mas, sim, um autêntico processo prévio orientado por todas as garantias inerentes ao devido processo legal – dentre elas, o direito a provas, a publicidade, a um julgador natural, a decisões fundamentadas e razoáveis. E mais, esse processo é exigível não só para a exclusão do associado, como também para infligir qualquer outro tipo de sanção (ex.: multa, suspensão de direitos etc.)".

59. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. Apelação Cível Nº 216167, Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva. Porto Alegre, 27/08/2009. Disponível em: hhttp://www. tj.rs.gov.br. Acesso em 30/01/2014.

60. BRAGA, Paula Sarno. *Op. cit.*, p. 219.

61. DJ de 07/06/1996. Disponível em: www.stf.gov.br, acessado em 22/07/2017.

decorrentes, quando se trata de aplicação de penalidades nas relações societárias ou associativas, hoje, diante das decisões da Corte Maior, não encontra mais tanta divergência.

10.2. Relações condominiais

Embora o condomínio não seja legalmente considerado pessoa física ou jurídica, o Código Civil lhe dedicou atenção especial, dispondo, inclusive, sobre as sanções pecuniárias que poderão ser aplicadas aos condôminos faltosos.

O art. 1.336, I do Código Civil elaborou um sistema de aplicação de penalidade de forma graduada, sendo certo que se o condômino, praticante dos atos previstos como faltas na convenção condominial, pode ser punido, de acordo com a forma posta no ferido dispositivo legal, penalidade a ser aplicada, logicamente, pelo próprio condomínio.

A Lei Civil não traz qualquer previsão acerca da possibilidade de outras sanções que não as pecuniárias já legalmente previstas, como a restrição de áreas comuns, ou até a expulsão do condômino.

No entanto, tanto a doutrina[62] quanto a jurisprudência[63] têm se inclinado sobre a necessidade de aplicação do devido processo legal – principalmente a necessidade de se apresentar uma justificativa para o ato – quando o condomínio desejar aplicar penalidades não pecuniárias, devidamente previstas na norma convencional.

O Enunciado n. 92 do Conselho da Justiça Federal enfaticamente estabelece: "as sanções do CC 1.337 não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo".

10.3. O dever de motivação na ação de despejo

O direito à habitação proveniente de contrato de locação é protegido pela Lei n. 8.245 de 1991, estabelecendo esta em seu artigo 59 que tal direito somente pode ser suprimido mediante ação de despejo, devidamente fundada nos exclusivos motivos presentes nos nove incisos do indigitado dispositivo legal.

É dizer, necessariamente o direito de o proprietário reaver seu imóvel locado a inquilino faltoso, por qualquer outro motivo expressamente previsto em lei, somente pode se dar mediante ação própria e desde que haja uma razão, devidamente comprovada processualmente, a não ser, é lógico, que as partes livremente contemplem cláusula em contrário.

Nunca é demais lembrar que o direito ao trabalho, tal qual o direito à moradia, é um direito fundamental social e ambos possuem sindicabilidade extraída da própria Constituição.

11. A NECESSIDADE DA MOTIVAÇÃO DA DESPEDIDA COMO CONSEQUÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL APLICÁVEL À RELAÇÃO DE EMPREGO

Ao longo do tópico anterior observou-se que as normas civis, que possuem como um dos principais pilares a igualdade entre as partes, não dissentem quando o assunto é aplicação do dever de motivação dos atos punitivos nas entidades privadas, assim como também não ignoram o fato de que tal dever motivacional decorre do princípio do devido processo legal, paradigma legal acolhido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, inclusive através de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Viu-se, também, que todas as normas cíveis analisadas dispõem sobre o *due process of Law*, bem assim as garantias que lhe são decorrentes nas relações privadas e que isso somente é possível diante da percepção de que todos os Direitos Fundamentais invadem os entes particulares de forma objetiva e irradiante, limitando a autonomia privada, sobretudo quando tais entidades são dotadas do que se convencionou chamar de poder privado.

Ora, se até as normas civis, que têm como paradigma a plena igualdade das partes, consagram o dever de motivação nas entidades privadas quando estas desejam aplicar penalidades aos seus componentes, com muito mais razão tal dever se impõe na relação de emprego, quando o empregador deseja a dispensa do empregado[64].

---

62. Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 299-307.

63. É o que se extrai da decisão emanada do TJSP: "Medida cautelar – Direito de uso do salão de festas do condomínio obstado ao condômino inadimplente –Inadmissibilidade – Imposição injustificada de restrição ao uso das áreas comuns em decorrência da inadimplência – Violação ao direito de propriedade – Discussão da dívida em regular ação de cobrança e em consignatória, ambas em trâmite – Sentença mantida – Improvida a irresignação recursal (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível Nº 0150356-03.2006.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Luiz Ambra. São Paulo, 04/07/2011. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia /19978391/apelacao-apl-1503560320068260000-sp-01 5 0 356-0320068260000-tjsp. Acesso em).

64. Em sentido exatamente idêntico e em outras palavras, já se manifestou Vecchi (*Op. cit.*), assegurando que o STF já

Isso ocorre porque a relação de emprego é eivada de forte poder social, sendo essa peculiaridade o principal motivo da observância dos assim denominados direitos laborais inespecíficos, como o devido processo legal e seus corolários, o dever de informação e o dever de motivação das decisões.

Quanto ao tema, é importante relembrar a lição de José João Abrantes, quando se refere à relação de emprego, pontificando que esta é eivada de grande desigualdade, sendo "precisamente aí, no caráter desigual dessas relações, que radica a necessidade de assegurar um efectivo exercício das liberdades"[65].

É certo, porém, que o artigo 7º, I do Texto Constitucional consagrou como direito laboral específico – afirmando que o ordenamento jurídico brasileiro já defere a proteção contra a despedida arbitrária – a proteção à relação de emprego em face da despedida arbitrária e o dever de motivação já está inserido em tal assertiva, sendo certo que a aplicação da cláusula do devido processo legal, como direito laboral inespecífico, serve para fornecer mais um supedâneo jusfundamental desenvolvido ao longo de séculos como proibição *mater* ao arbítrio.

O cidadão-trabalhador, pelo simples fato de se vincular a uma relação onde é dependente[66] não se despe da condição maior que é justamente a de ser humano, detentor de todos os Direitos e Garantias Fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, sendo a motivação do ato de dispensa, um direito laboral inespecífico antes mesmo, até, de ser específico.

O artigo 165 da CLT dispõe que será considerada como despedida arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro[67]. É dizer, se a Constituição contém proteção diretamente dirigida ao particular-empregador para que este não pratique despedida arbitrária, significa afirmar que não se pode despedir empregados sem que haja um dos motivos apontados no referido artigo da norma laborista, demonstrando o raciocínio que não pode o empregador despedir de forma vazia, pois, assim procedendo, estará praticando ato arbitrário[68].

Em obra que precisou com maestria a questão em análise, Valdete Souto Severo ressaltou que "arbitrário é sinônimo de destituído de motivos lícitos, e a motivação é, necessariamente, dever de quem tem a obrigação de motivar"[69].

Relembre-se, ainda assim, que o Código Civil de 2002, em seu artigo 122, parece dialogar com a tese ora defendida, dispondo que entre as condições defesas por lei se incluem as que sujeitarem o negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes.

Transplantando o regramento civilista para a contratação de emprego, é fácil perceber que o empregador não pode concentrar em suas mãos o arbítrio de dissolução do negócio jurídico, ou seja, não pode ele próprio decidir, por puro talante e sem qualquer motivação, o fim da relação de emprego, pois, assim procedendo, praticará ato defeso por Lei.

Pensar o contrário é permitir que as relações cíveis possuam regramento protetivo maior que o regramento constitucional trabalhista que, segundo os mais ortodoxos, permite a denúncia contratual vazia, sem qualquer motivação.

O raciocínio do arbítrio, concentrado na suposta possibilidade de o empregador despedir de forma vazia não se justifica em um Estado que, antes de ser de Direito, é Democrático, e põe toda a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, que não pode ser, de modo algum, ignorado pela livre iniciativa (CRFB/88, art. 170, *caput*).

O entendimento em voga, constituído em torno do direito potestativo da despedida, além de ser ato antijurídico, contrário à Constituição de ao próprio Código Civil, atenta, inclusive, contra o modelo estabelecido para a proteção dos Direitos Sociais.

---

pôs fim à discussão acerca da aplicabilidade do princípio do devido processo legal às relações privadas, e tal garantia deve ser amplamente observada na relação de emprego, pois "se mesmo em relações marcadas por um maior patamar de igualdade entre as partes houve a aplicação do devido processo legal, no campo do poder disciplinar do empregador, por ser a relação assimétrica, essa aplicação se torna ainda mais cogente".

65. *Op. cit*. p. 23.

66. Esse é o termo técnico utilizado pela CLT e ora empregado para que se evitem futuras discussões acerca da subordinação clássica, objetiva, estrutural, reticular etc.

67. Antônio Álvares da Silva (*Op. cit*., p. 253) não concorda com esse ponto de vista, dizendo que "essa opinião não pode ser aceita", pois o art. 165 da CLT define o que vem a ser a dispensa arbitrária e, a contrário sensu, "a dispensa que se baseia em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro não é protegida pela Constituição, ou seja, situa-se na área de permissibilidade jurídica.

68. Essa também é a conclusão do Ministro Maurício Godinho Delgado (*Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 1186), para quem o Direito do Trabalho brasileiro ainda não logrou incorporar, como regra geral, a necessidade de motivação e que se isso ocorresse, "levaria ao fim da dispensa meramente arbitrária no mercado laborativo do país, que se realiza por meio de simples ato potestativo empresarial".

69. SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 135.

Tenha-se como exemplo a Lei n. 8.245 de 1991, que protege o direito de habitação (CRFB, art. 6º) do inquilino, somente permitindo que este deixe o imóvel contra a sua vontade, desde que haja um motivo relevante, expressamente apontado pela aludida Lei.

Se o direito de habitação (melhor dizendo, o direito social à moradia) é acobertado por norma de tal conotação, onde as partes são plenamente iguais, com mais razão ainda o mesmo raciocínio deve ser utilizado em relação ao direito *ao* trabalho, igualmente previsto na Constituição no rol dos Direitos Sociais.

Diante da análise das normas civilistas que pregam e asseguram a motivação quando as entidades privadas desejam aplicar penalidades, resta evidente que há uma grande aporia firmada em torno da ideia de faculdade de o empregador despedir empregados sem qualquer apresentação de motivos, justamente na relação de emprego, extremamente assimétrica e permeada de forte poder social, onde o dever de apresentação de motivos se faz ainda mais necessário.

A função de um Estado que se propõe comprometido com a realização dos Direitos Fundamentais é questionável diante da ausência da desejada Lei Complementar para regulamentar o artigo 7º, I do Texto Constitucional de 1988, em evidente desproteção para os trabalhadores. O que é mais curioso é que a insuficiente proteção estatal se dá exatamente na relação cujo paradigma principal é a proteção do ser humano trabalhador.

As soluções para a aporia apresentada são diversas, desde a mais simples, até as mais ousadas, segundo a qual tal dispositivo é direito de liberdade[70] e, como tal, deve ser interpretado tendo-se a sua mais alta eficácia, passando pela eficácia plena da primeira parte do Texto Constitucional analisado, possuindo a segunda parte baixa eficácia normativa, até se chegar à eficácia do devido processo legal na relação de emprego, sendo o dever motivacional uma de suas peculiaridades.

12. NOTAS CONCLUSIVAS

O Estado-Legislador é objetivamente vinculado ao Texto Constitucional. Significa dizer que ao exercer o seu mister, o Poder Legislativo não é livre, não desempenha atividade originária, sendo, ao revés atrelado à Constituição Federal de 1988.

Ignorando essa premissa, o artigo 477-A da CLT permite a equivalência entre as despedidas individuais e coletivas, estatuindo em ambas a permissão da denúncia contratual vazia, em clara ofensa ao artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988, bem assim ao princípio do devido processo legal, que vincula entidades estatais e particulares e, como direito laboral inespecífico, penetra na relação de emprego, impedindo a cessação contratual sem motivos socialmente justos.

13. REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luis Carlos Stephanov, Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito do Trabalho. In: *Revista do TRT – 9ª Região*. Curitiba ano 35, n.65, Jul./ dez. 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.* 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009.

BRAGA, Paula Sarno. *Direitos fundamentais como limites à autonomia privada*. Salvador: Editora Jus Podium, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 3.ed., 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho:* relações de trabalho e relação de emprego. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999.

GOMES, Fábio Rodrigues. *Direito Fundamental ao Trabalho*: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

HABERMAS, Jügen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler, Volume I, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003.

IBARRECHE, Rafael Sastre. *El derecho al trabajo*. Madrid: Editora Trotta, 1996.

LUÑO, Pérez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

70. Nesse trilhar, concordando que os Direitos Fundamentais Sociais não se encerram na sua função prestacional, Sarlet já asseverou que grande parte dos direitos dos trabalhadores, presentes nos arts. 7º a 11 da nossa Constituição, "são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não-discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas", deixando evidenciado que, no rol aludido assim como nos demais dispositivos que tratam de Direitos Sociais, há direitos prestacionais e direitos de defesa, sendo mais coerente tratar estes últimos como "liberdades sociais" (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 10 ed. 2009, p. 174).

MARTINEZ, Luciano. *Condutas antissindicais.* São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELES, Edilton. *A Constituição do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

_____. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível Nº 2.0000.00.480020-4/000(1),* da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005. Disponível em: hhttp://www. tjmg.gov.br. Acesso em 11/06/2017.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais sociais*. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra Editora, 2002.

QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988,* São Paulo: LTr, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível Nº 70002714095*, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31/10/2002. Disponível em: hhttp://www. tj.rs.gov.br. Acesso em 11/06/2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível Nº 216167*, Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva. Porto Alegre, 27/08/2009. Disponível em: hhttp://www. tj.rs.gov.br. Acesso em 11/06/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais:* Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas.* 2. ed., Rio de Janeiro: Lumens Juris Editora, 2006.

SCHWABE. Jügen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.* Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola; SALADINI, Ana Paula Sefrin. Da limitação do poder de despedir – a aplicação do art. 7º, I, da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais. In.: *Revista LTr*. v. 74, n. 02, fev/2010, p. 74-02/242-74-02/250.

SILVA, Antônio Álvares da. *A Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996.

_____. *Proteção conta a dispensa na nova Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2004.

Diagramação eletrônica e produção gráfica:

Couto Coelho / Editora Paginæ

E-mails: coutovsk@yahoo.com.br / editorapaginae@gmail.com

Tels.: (71)3494-4384 / 99915-5969