



Enunciados Aprovados no Seminário Nacional CNTC

REFORMA TRABALHISTA
impactos da lei e ações para
o seu enfrentamento





Enunciados Aprovados no Seminário Nacional CNTC

REFORMA TRABALHISTA
impactos da lei e ações para
o seu enfrentamento

Brasília, DF
2017

Copyright © 2017. Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio.

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.

Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC).

MEMORIAL DO SEMINÁRIO NACIONAL DA CNTC

Reforma Trabalhista: impactos da lei e ação para o seu enfrentamento

Uma realização da Diretoria da CNTC

COORDENADORES | Levi Fernandes Pintos, Lourival Figueiredo Melo e Saulo Silva

ORGANIZAÇÃO | Sheila Tussi Cunha Barbosa

EQUIPE TÉCNICA | Fernanda Silva, Janaína Arlindo Silva, Quênia Adriana Camargo e Samuel Pereira.

1ª EDIÇÃO

IMPRESSÃO | Gráfica e Editora Ideal

PROJETO GRÁFICO | Yanderson Rodrigues

■ SUMÁRIO

Diretoria da CNTC	7
Palavra do Presidente	9
Apresentação	11
Enunciados aprovados	15
Relatório de Enunciados apresentados	65
Artigos	81
A falsa Reforma	83
<i>Antônio Carlos Penzin Neto</i>	
Breves considerações sobre o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial	87
<i>Carolina Marzola Hirata Zedes</i>	
Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da instituição compulsória de contribuição assistencial por acordo, convenção coletiva ou sentença normativa a empregados não sindicalizados	99
<i>Fábio Lemos Zanão</i>	

O ônus da prova no Processo do Trabalho e a “Reforma Trabalhista” (Lei nº 13.467/2017)	133
--	-----

Guilherme Guimarães Feliciano

Olivia de Quintana Figueiredo Pasqualetto

O tempo de trabalho na “reforma” e o tempo perdido	157
--	-----

Jorge Luiz Souto Maior

A Reforma Trabalhista: sentidos e desafios	179
--	-----

Maurício Godinho Delgado

Reforma trabalhista – desafios do movimento sindical	195
--	-----

Roberto Parahyba de Arruda Pinto

■ DIRETORIA DA CNTC

Levi Fernandes Pinto

Presidente

Vicente da Silva

1º Vice-Presidente

Luiz Carlos Motta

2º Vice-Presidente

Lourival Figueiredo Melo

Diretor Secretário Geral

Idelmar de Mota Lima

Diretor 1º Secretário

Saulo Silva

Diretor Tesoureiro Geral

Edson Geraldo Garcia

Diretor 1º Tesoureiro

Jose Francisco de Jesus Pantoja Pereira

Diretor de Assuntos Legislativos

Luiz de Souza Arraes

Diretor de Relações Internacionais

Ronaldo Nascimento

Diretor de Formação Sindical

Valmir de Almeida Lima

Diretor de Assuntos Jurídicos

Ageu Cavalcante Lemos

Diretor de Previdência e Seguridade Social

Ronildo Torres Almeida

Diretor de Políticas Sociais, Cidadania e Direitos Humanos

Maria Bernadete Lira Lieuthier

Diretora de Políticas para Mulheres

Armando Henrique

Diretor de Saúde e Segurança do Trabalho

Marcio Luiz Fatel

Diretor de Esportes, Cultura, Lazer e Juventude

Guiomar Vidor

Diretor de Negociação Coletiva e Relações do Trabalho

Jose Ribamar Rodrigues Filho

Diretor de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável

Edson Ribeiro Pinto

Diretor de Imprensa e Comunicação Social

Carlos Dionisio de Moraes

Diretor de Políticas de Qualificação Profissional

Jose Martins dos Santos

Diretor de Políticas Econômicas

Suplentes

Francisco Soares de Souza

Jose Alves Paixao

Eduardo Genner de Sousa Amorim

Francisca das Chagas Soares da Silva

Luiz Fernando Nunes

Antonio Caetano de Souza Filho

Raimundo Miquilino da Cunha

Helena Ribeiro da Silva

Silvana Maria da Silva

Maria Normelia Alves Nogueira

Maria Eurideia Mendes

Leocides Fornazza

Antonio Marco dos Santos

Edson Ramos

Luiz Jose Gila da Silva

Dorival Pereira Bambil

Roberto Galo Ferreira

Jose Carlos Pavao Diniz

Eusebio Luiz Pinto Neto

Valdemar Manrich

Conselho Fiscal - Efetivos

Jose Lucas da Silva

Marcos de Holanda Moura

Dorvalino de Oliveira

Conselho Fiscal - Suplentes

Raimundo Firmino dos Santos

Elizeu Ferrato Cavalcante

Roosevelt Torres Almeida



■ PALAVRA DO PRESIDENTE

A Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC), composta de 27 federações vinculadas e 830 sindicatos de trabalhadores no comércio e serviços, representando mais de doze milhões empregados, apresenta o presente trabalho resultado do Seminário Nacional CNTC – Reforma Trabalhista: impactos da lei e ações para o seu enfrentamento realizado na sede da Confederação, em Brasília-DF.

O evento foi realizado pela CNTC, em parceria com a Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (ABRAT), e contou com a participação de juristas, ministros, juizes, procuradores, advogados, professores, dirigentes sindicais, trabalhadores no comércio e serviços e estudantes de direito, reunindo mais de 700 participantes, que, durante dois dias, discutiram intensamente por meio de palestras e debates nos seis grupos temáticos e, ao final, na plenária, aprovou enunciados que desafiarão o mundo do trabalho e sindical com as inovações retrogradadas a serem implantadas pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017.

Além de muito prestigiado, o encontro contribuiu com discussões aprofundadas, diversificadas, qualificadas num processo democrático próprio do coletivo trabalhista.

É com renovada satisfação que apresento a presente publicação contendo o resultado do Seminário Nacional CNTC.

Trabalho composto de Enunciados aprovados e respectivas justificativas, Relatório de Enunciados apresentados, e artigos jurídicos sobre os temas tratados no evento.

Manifesto a satisfação e o agradecimento aos palestrantes que enriqueceram o seminário com seus conhecimentos, aos coordenadores e relatores dos grupos temáticos.

Agradeço a participação dos trabalhadores no comércio e serviços, advogados, estudantes, membros do Ministério Público do Trabalho e a magistratura trabalhista que trouxe um brilho especial para este evento e reconhecer o esforço, muitas vezes anônimo dos colaboradores da CNTC que se desdobraram e são os grandes responsáveis pelo sucesso deste Seminário.

Desejo que esta publicação possa contribuir como uma referência jurídica resultado do coletivo do sistema CNTC, contribuindo em ações concretas na defesa do Estado Democrático do Direito, o respeito aos princípios constitucionais à relação de trabalho no combate ao retrocesso social e que sirva para o desenvolvimento de uma sociedade mais fraterna e justa.

Boa leitura!

■ APRESENTAÇÃO

A CNTC preocupada com a repercussão danosa que a vigência da Lei 13.467 trará para o mundo do trabalho e e seus efeitos na realidade do trabalhador brasileiro impulsionou a realização do Seminário Nacional CNTC – Reforma Trabalhista: impactos da lei e ações para o seu enfrentamento. Evento realizado em dois dias, tendo no dia 4 de outubro reservado para esclarecedoras palestras com as participações de renomados operadores do direito:

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e professor, **Maurício Godinho Delgado**, palestrou sobre “A Reforma Trabalhista: Sentidos e Desafios”, destacando que “não existe Estado democrático, sem Direito do Trabalho e sem sindicalismo, e que o desafio do sindicalismo brasileiro é barrar a Lei 13.467 que prevê a redução de direitos e os sindicatos terão que se unir à categoria para se impor, impedir o retrocesso e não servir ao capital. A lei não tem interesse em aperfeiçoar o sistema, mas de enfraquecer o movimento sindical com o fim do custeio”.

Procurador Regional do Trabalho, **Paulo Joarês Vieira**, representando a Procuradoria-Geral do Trabalho, discorreu sobre “Direitos e garantias constitucionais x Lei 13.467 (Reforma Trabalhista)”, demonstrando as incongruências da nova legislação e a afronta aos princípios constitucionais e do direito do trabalho, destacando que a Lei cria obstáculos imensos para acessar os direitos sociais, concluindo que “a lei não vai gerar um só emprego. As vagas existentes vão se transformar em contratos menos protegidos quando se estabelece a terceirização na atividade fim e a jornada intermitente”.

Juiz do Trabalho e professor, **Jorge Luiz Souto Maior**, dialogou sobre “Excesso de Jornada de Trabalho e condições degradantes e seus reflexos na saúde do trabalhador”, ressaltando que “a lei patrocinada pelos grandes conglomerados econômicos foi elaborada entre quatro paredes para deixar a classe trabalhadora de joelhos e nesse momento de ruptura democrática é preciso decidir de que lado se quer ficar.”

Presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) **Ângelo Fabiano Farias da Costa**, falou sobre “Novas modalidades de contratação e seus impactos”, e em sua fala chamou a atenção dos presentes “para a importância dos sindicalistas e advogados na aplicação da Reforma nas leis trabalhistas. Essa Reforma traz uma série de situações que vão impactar o nosso dia a dia. Ela não tem medida de prevenção de risco e ainda limita em valores baixos a indenização que a empresa terá que pagar em caso de acidente. Em nenhum momento ela traz qualquer tipo de salvaguarda ou de garantia para a manutenção daqueles trabalhadores que hoje estão empregados. Ao contrário, ela traz um verdadeiro cardápio de contratos precários”.

Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, **Guilherme Guimarães Feliciano**, palestrou sobre “Acesso à Justiça e barreiras processuais para a obtenção do direito. Afirmando ser inconstitucional a Lei da Reforma Trabalhista, e ferir as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil. Destacou que a nova lei trouxe elementos que dificultam o acesso à justiça como a limitação de concessão de justiça gratuita ao trabalhador que recebe mais de quarenta por cento do teto da Previdência Social, ou o pagamento dos honorários periciais e a sucumbência recíproca em afronta ao art. 5º da Constituição da República.

O presidente da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (ABRAT), **Roberto Parahyba Arruda Pinto**, debateu “Reforma Trabalhista e os desafios para o movimento sindical”,

destacando que “a Reforma Trabalhista vai aumentar as desigualdades no Brasil e que a terceirização vai precarizar a mão de obra e aumentar o risco de acidentes de trabalho, promovendo a dispersão dos trabalhadores o que vai dificultar, ainda mais, a organização sindical”.

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, **Roberto de Figueiredo Caldas**, palestrou sobre “Prevalência do Negociado sobre o Legislado em afronta aos princípios constitucionais e tratados internacionais”, fez um breve histórico sobre a Corte Internacional e clamou aos presentes para lutar pelo direito humano ao trabalho, tendo em vista que a América Latina, apesar de não ser a região mais pobre do planeta é a mais desigual”.

No segundo dia foram realizados debates com a composição de seis grupos de trabalho formados por advogados Trabalhistas, representantes do Ministério Público do Trabalho e Magistrados do Trabalho.

Ao total foram apresentados sessenta e nove enunciados por profissionais do meio jurídico, dos quais após ampla discussão entre os grupos temáticos e pelo pleno do evento foram aprovados trinta enunciados, os quais têm o propósito de nortear os operadores do direito e influenciar na evolução da jurisprudência do judiciário trabalhista em prol da defesa dos direitos humanos dos trabalhadores.

A publicação também apresenta artigos de palestrantes, coordenadores e relatores dos grupos temáticos, que traduzem a forma de pensar jurídica das relações decorrentes do trabalho digno e decente.



■ ENUNCIADOS APROVADOS

GRUPO 1 CUSTEIO DO SISTEMA SINDICAL

Coordenadora: Zilmara David Alencar (Assessoria), Advogada, secretária geral da Associação Iberoamericana de juristas de Direito do Trabalho e Seguridade Social, ex-secretária de Relações do Trabalho e Emprego e ex-Coordenadora-Geral de Registro Sindical do Ministério do Trabalho.

Relator: Fabio Lemos Zanão (Feaac), Advogado, mestre pela PUC-SP e doutorando pela PUC-SP.

Enunciado 1 – Contribuição Sindical. Natureza tributária. Compulsoriedade. Artigo 149 da Constituição Federal e art. 4º do Código Tributário Nacional.

Dada a natureza jurídica da contribuição sindical, por não se admitir no ordenamento jurídico brasileiro a facultatividade de contribuição parafiscal e, por decorrência da obrigatoriedade do exercício da representação sindical a todos os integrantes das categorias econômicas e profissionais de forma indistinta, nos termos do artigo 8º, inciso VI da Constituição Federal; É devida a contribuição sindical por todos os integrantes das categorias profissionais e econômicas, independentemente de filiação e de prévia e expressa autorização.

Justificativa:

Da simples leitura dos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587, 602 e 611-B, inc. XXVI, da Lei 13.467/17, conhecida também como Lei da Reforma

Trabalhista, percebe-se claramente que o legislador fez constar em todos os dispositivos citados e que dizem respeito às Contribuições Sindicais (Sindical, Assistencial e Confederativa) a expressão “ desde que prévia e expressamente autorizado”.

Esta manobra legislativa teve o condão de tornar todas as contribuições devidas às entidades sindicais facultativas, esquecendo-se o legislador a natureza própria de cada uma delas e deixando de lado, também, os princípios constitucionais que regem o direito sindical brasileiro, mormente o princípio da vinculação sindical¹.

Esta vinculação independe de ato de manifestação de vontade e surge em decorrência lógica da própria representatividade exercida e do sistema legal brasileiro, que prevê as três instâncias de entidades de classe (sindicatos, federações e confederações), vinculação esta que surgiu para impedir a discricionariedade entre as diversas categorias e entidades de classe que, em razão de divergências políticas, éticas ou econômicas, por exemplo, poderiam, por mera discricionariedade, pretender o exercício da representação determinada pela Constituição Federal por intermédio de uma entidade que sequer tivesse condições reais de exercer dita representação.

Imaginemos que o princípio da vinculação sindical não vigorasse em nosso país. Este fato permitiria que, por exemplo, um empregado que exercesse suas funções laborais no comércio e, portanto, pertencente à categoria profissional dos comerciários² pudesse, se fosse de sua vontade, filiar-se ao sindicato dos metalúrgicos do ABC e, desta forma, seguir a convenção coletiva de trabalho firmada pela categoria dos metalúrgicos por possuir condições negociadas mais benéficas.

Ocorre que, de fato, isto não é possível, haja vista vigorar em nosso país o princípio da unicidade sindical³, sem contar o fato notório de que, certamente, uma comissão de negociação formada por empregados da categoria profissional de metalurgia, negociando direitos em

1 CF, art. 8º, inc. III e VI.

2 Lei 12.790/2013.

3 CF, art. 8º, inc. II.

prol de metalúrgicos e com a categoria econômica das indústrias de metalurgia, não terá condições, sequer, de saber as reais necessidades dos profissionais do setor do comércio.

Não se pode confundir a liberdade de filiação – por conta da qual o empregado ou a empresa pode, facultativamente, filiar-se ou não a seu respectivo sindicato, a que está vinculado por disposição legal e exercício de sua profissão ou ramo de atuação – com o dever de solidariedade, de retribuir a representação pelo sindicato nas negociações coletivas e, como consequência, de estar submetido às conquistas decorrentes de eventual acordo, convenção coletiva ou sentença normativa. Aquela liberdade trará como consequência a possibilidade de a pessoa, física ou jurídica, participar das decisões da entidade, participar das eleições sindicais e exercer seu direito de voto ou candidatura, além de outros direitos e obrigações que estiverem previstos no respectivo estatuto social. Já o princípio da solidariedade⁴ está intimamente ligado ao fato de que os destinatários da norma coletiva, em decorrência do êxito das negociações ou através do ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica donde se extrai a sentença normativa, por força do princípio da vinculação, serão todos, independentemente de operada a filiação, destinatários da norma⁵ e, por conta disto, nasce

- 4 Inicialmente, a OIT se opôs às contribuições sindicais quando impostas compulsoriamente, entendendo que afrontava o princípio da liberdade sindical. Mas logo admitiu que o desconto nos salários de contribuição, mesmo determinada por lei, impondo a cobrança de uma cotização de solidariedade, atingindo trabalhadores não sindicalizados, mas que se beneficiaram do contrato coletivo ajustado, não era incompatível com os princípios da liberdade sindical, como sumulado em seu verbete n. 112. A Convenção n. 95 da OIT, dirigida à proteção do salário, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24, de 29 de maio de 1956, ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957 e promulgada pelo Decreto n. 41.721, de 25 de junho de 1957, em seu art. 8º, 1, assim dispõe: 'Descontos em salários não serão autorizados, senão sob condições e limites prescritos pela legislação nacional ou fixados por convenção coletiva ou sentença arbitral'. Fácil observar a semelhança que tem o texto com o art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. Para a OIT 'O sistema de se deduzir automaticamente dos salários uma cotização para fins de solidariedade, a cargo de trabalhadores não sindicalizados que desejam servir-se dos benefícios obtidos por meio do contrato coletivo de trabalho de que é parte a organização sindical interessada, não está coberto pelas pertinentes normas internacionais do trabalho, mas não é o considerado incompatível com os princípios de liberdade sindical (José Carlos Arouca. *Curso Básico de Direito Sindical*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2009, p. 214).
- 5 Pedro Paulo Teixeira Manus. Artigo 8º da Constituição e o monopólio da representação sindical no Brasil (<www.conjur.com.br>. Acesso 26.06.2017, às 17h05min), nos ensina: "Mas, por outro lado, sendo nossa estrutura sindical fundada no princípio da unicidade sindical, o sindicato representa toda a categoria, naquela base territorial, vinculando todos os trabalhadores, ou empregadores, quer se trate de sindicato profissional ou patronal. Deste modo a convenção coletiva celebrada por sindicato de trabalhadores com sindicato de empregadores cria direitos e obrigações a todos os integrantes desta categoria, sejam sócios ou não do sindicato, por força do referido princípio do sindicato único. [...]".

o dever de contribuição de forma compulsória. Esta abordagem, inclusive, já foi objeto de análise pelo próprio STF, que entendeu, por força do art. 513 da CLT, ser possível as entidades sindicais imporem contribuição assistencial a toda a categoria independente de filiação⁶.

Importante lembrar que o próprio STF, quando do julgamento da ADI 3206-25/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio, deixou claro seu posicionamento no sentido de que

acabou-se por introduzir, no tocante à prerrogativa dos sindicatos de impor contribuições aos integrantes da categoria profissional, exigência estranha ao art. 513, alínea e, da Consolidação das Leis do Trabalho. Vale frisar que o art. 545 desse diploma, ao estabelecer a necessidade de autorização, refere-se não à contribuição sindical de que cuida o art. 513, alínea e, mas às mensalidades devidas ao sindicato.

Entendemos que a alteração legislativa, em verdade, traduz-se em verdadeira conduta antissindical, posto que atribuir a facultatividade a uma contribuição de natureza parafiscal, em verdade, corresponde a um estímulo a não associação. Seguindo esta afirmação, ao tecer comentários ao Precedente Normativo 119 do TST, Murilo Carvalho Sampaio Oliveira expõe que

Quando este nega a incidência da taxa assistencial sobre o trabalhador não-filiado, embora este mesmo trabalhador seja

6 Contribuição – convenção coletiva. A contribuição prevista em convenção coletiva, fruto do disposto no art. 513, alínea e da Consolidação das Leis do Trabalho, é devida por todos os integrantes da categoria profissional, não se confundindo com aquela versada na primeira parte do inciso IV do art. 8º da Carta da República [...] Descabe confundir filiação, sempre a depender da manifestação de vontade do prestador dos serviços ou da pessoa jurídica de direito privado que integre a categoria econômica, com o fenômeno da integração automática no âmbito da categoria. Por outro lado, sob a óptica da legislação comum, tem-se a alínea e do art. 513 da Consolidação das Leis do Trabalho que revela serem prerrogativas dos sindicatos 'impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas e profissionais ou das profissões liberais representadas'. Vê-se que a imposição não se faz relativamente àqueles que hajam aderido, associando-se ao sindicato, mas também no tocante aos integrantes das categorias. Ora, a Carta de 1988 veio a dar estrutura maior a esse preceito, dispondo que: 'IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei. Esta última é, iniludivelmente, a famigerada contribuição sindical, inconfundível, portanto, com a contribuição dita confederativa e que visa ao custeio do sistema sindical (STF, 2.ª Turma, RE 189960-3, rel. Min. Marco Aurélio, decisão unânime, DJU 10.8.2001).

beneficiado pela atuação sindical que produziu a norma coletiva, constata-se a conveniência em não se filiar ao sindicato. Isto porque enquanto o filiado pagará a contribuição compulsória, a assistencial, a confederativa e a mensalidade sindical, caberá ao não associado tão somente o pagamento da primeira contribuição, apesar de gozar dos mesmos benefícios dos trabalhadores filiados. Graças ao TST a filiação ao sindicato é uma opção economicamente desvantajosa. Ou seja, no discurso de promover a liberdade individual de filiação, o precedente 119 do TST termina por desestimular a filiação do sindicato pelo discriminem, ferindo a liberdade coletiva sindical.⁷

No mesmo sentido, posiciona-se Davi Furtado Meirelles:

Como a contribuição destinada ao custeio do processo de negociação coletiva ocorre em benefício de todos (associados ou não), nada mais justo que o seu custeio fique a cargo de todos os beneficiários dela. Mais ainda, quando lembramos que no processo negocial o sindicato está exercendo a sua função principal em favor de toda a categoria. O contrário, ou seja, permitir que essa cobrança recaia apenas sobre os filiados (como tem decidido o TST e outros Tribunais Regionais pelo país), é que gera uma situação injusta, na medida em que todos se beneficiam e apenas alguns pagam a conta. E esse é o entendimento da própria OIT. O seu Comitê de Liberdade Sindical já emitiu parecer no sentido de que '(...) O sistema de se deduzir automaticamente dos salários uma cotização para fins de solidariedade, a cargo de trabalhadores não sindicalizados que desejam servir-se dos benefícios obtidos por meio do contrato coletivo de que é parte a organização sindical interessada, não está coberto pelas pertinentes normas internacionais do trabalho, mas não é considerado incompatível com os princípios de liberdade sindical (...). Coibindo possíveis abusos na cobrança desse tipo de contribuição destinada ao custeio da negociação

⁷ Murilo Carvalho Sampaio Oliveira. Em busca da liberdade sindical: uma análise crítica do sistema sindical brasileiro. Revista de Direito do Trabalho, v. 128, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 165.

coletiva (assistencial, negocial, revigoração, solidariedade), pugnamos pelo entendimento de que a mesma não fere a liberdade sindical desejada. A sua regulamentação seria o melhor caminho, e não a sua vedação aos não associados, posição esta que desestimula por completo a ação sindical e o processo de sindicalização, fazendo que com os sindicatos se enfraqueçam e se tornem reféns de propostas pouco recomendáveis para a sua sobrevivência.⁸

Não se pode considerar constitucional uma legislação que viola o princípio da vinculação sindical, previsto constitucionalmente, e reduz a natureza jurídica da entidade sindical à mera associação civil. Todas as obrigações derivadas do ente estatal e atribuídas às entidades sindicais pelo ordenamento jurídico brasileiro continuam em pleno vigor, não havendo o que se falar em facultatividade de recolhimento da contribuição sindical.

Como sabemos, o sindicato possui natureza jurídica de direito privado mas, indubitavelmente, exerce um *munus público a favor de toda a sua categoria representada. Possui legitimidade processual para o ajuizamento de ação civil pública e mandado de segurança coletivo, entre outras medidas de natureza coletiva, e detém o direito-dever de exercer a representação dos interesses coletivos da categoria, através das próprias negociações coletivas que redundam em acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas, conforme a lei que instituiu a chamada Reforma Trabalhista faz questão de reconhecer (artigos 578, 579 e 855-B, parágrafo 2º).*

Esta distinção entre associação pura e simples e entidade sindical, recentemente, foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal que, através do voto⁹ de Relatoria do Min. Marco Aurélio Mello, assim se posicionou:

Diversamente da regência alusiva a sindicato, observados os arts. 5º, inc. LXX, e 8º, inc. III, da Lei Maior, no que se verifica

8 Davi Furtado Meirelles. Liberdade sindical: o modelo ideal. Revista de Direito do Trabalho, v. 137, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 45.

9 RE 612043/PR.

verdadeiro caso de substituição processual, o art. 5º, inc. XXI, nela contido, concernente às associações, encerra situação de representação processual a exigir, para efeito da atuação judicial da entidade, autorização expressa e específica dos membros, os associados, presente situação próxima à de outorga de mandato, não fosse a possibilidade de concessão da referida anuência em assembleia geral.

E continua citando outro julgado (RE 192305-9/SP, 2.^a Turma, DJ 21.05.1999):

Dúvidas não pesam sobre a distinção entre o instituto previsto no inciso XXI – representação – e no inciso LXX – substituição processual –, ambos do rol das garantias constitucionais. As associações representam os filiados, judicial ou extrajudicialmente, quando expressamente autorizadas, enquanto os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, substituem membros ou associados, em juízo, considerada a ação constitucional que é o mandato de segurança.

Desta forma, se a representatividade exercida pela associação é de tamanha importância, ao passo de estar prevista no rol descrito do art. 5º e considerado como sendo um direito fundamental¹⁰, ainda mais o princípio da representatividade sindical que, como dito alhures, é um direito-dever da entidade em exercer a representação de toda a categoria, indistintamente e sob o prisma do princípio da unicidade sindical, o que evidencia a importância deste direito, atribuído às entidades sindicais e elevado à natureza de direito fundamental num Estado Democrático de Direito¹¹.

¹⁰ J. J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 528) afirma que “Os direitos consagrados e reconhecidos pela Constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais. A Constituição admite, porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. São chamados direitos materialmente fundamentais.”

¹¹ Georges Abboud, em sua obra *Discricionariedade administrativa e judicial* (cit., p. 494), salienta que “o cidadão, no Estado Constitucional, merece muito mais do que ter sua questão jurídica solucionada com base em parâmetros discricionários. Em um modelo em que são privilegiados

A alteração legislativa, ao prever a “facultatividade” da contribuição sindical apenas aos empregados que anuírem e se manifestarem pela realização do desconto da contribuição que, frise-se, é devida não apenas ao sindicato da categoria mas, também, a todo os demais integrantes do sistema sindical brasileiro por vinculação direta (federação e confederação), ao governo e às centrais sindicais (neste último caso mediante filiação facultativa), restringe, sobremaneira, o direito de representação consagrado constitucionalmente, visto que, no Estado Constitucional, somente pode haver restrição a direito fundamental quando preenchido rol de requisitos: a) a restrição deve estar constitucionalmente autorizada; b) a restrição deve atender ao interesse social, e não pode se fundamentar na preservação do interesse público; c) a restrição deve estar exaustivamente fundamentada; d) o ato do Poder Público que restringe direito fundamental pode ser amplamente revisado pelo Judiciário; e) a restrição a direito fundamental deve ser proporcional nos termos da *Übermassverbot* e a *Untermassverbot*.¹²

De uma só vez, a atual legislação prestes a vigorar fere a isonomia e a proporcionalidade entre os trabalhadores representados. Isto porque o sindicato tem o dever de representar a categoria como um todo mas, nos termos da lei, só teria o dever de exigir a contribuição sindical de seus filiados.

Ensina-nos, com propriedade, Lênio Luiz Streck:

A proporcionalidade deve estar presente, em princípio (e veja-se a ambiguidade da expressão), em toda applicatio. Ou seja, qualquer decisão deve obedecer a uma equanimidade; deve haver uma justa proporção entre as penas do direito penal; o prazo fixado para prisão preventiva não pode ser desproporcional; uma lei não pode ser ‘de ocasião’ ou de ‘conveniência’, etc. Isolado, o enunciado ‘proporcionalidade’ ou ‘princípio da pro-

os direitos fundamentais do cidadão e que a motivação dos atos do Poder Público adquire status de direito fundamental, torna-se imperioso a construção de uma teorização que exija mais do Poder Público, mediante uma avaliação qualitativa de seus atos, em que as decisões judiciais e administrativas podem ser avaliadas como corretas e como errôneas.”

12 Georges Abboud. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado. Revista dos Tribunais, n. 907, 2011, pp. 104/112.

proporcionalidade' carece de significatividade. O sentido da proporcionalidade se manifestará de dois modos: ou a lei contraria a Constituição porque o Estado se excedeu, ocasião em que se estará diante da proibição de excesso (Übermassverbot) ou a lei poderá ser inconstitucional porque o Estado protegeu de forma insuficiente determinado direito, hipótese que se poderá invocar a Untermassverbot. Não há um lócus privilegiado para a aplicação da 'devida/necessária proporcionalidade'. Necessariamente ela estará relacionada à igualdade na proteção de direitos. Desproporcionalidades ocorrem por violação da isonomia ou da igualdade. Veja-se, desse modo, como se torna irrelevante epitetar a exigência de proporcionalidade como princípio ou não. Mas, atenção: o sentido da desproporção – seja negativo (Übermassverbot) ou positivo (Untermassverbot) – somente poderá ser dado mediante a obediência da integridade do direito. Não é da subjetividade pura e simples do aplicador que, ad hoc, exsurdirá a (des)proporcionalidade. Isso implica afirmar que o 'princípio da proporcionalidade' não é instrumento para decisionismos. Alguma regra do sistema restará adequada à concreta normatividade ou a regra estará nulificada, conforme os vários exemplos tratados no decorrer destas reflexões¹³.

Por fim, cabe ainda mencionar que a novel legislação serve de desestímulo à sindicalização, haja vista que não haverá qualquer representante, seja trabalhador ou empresa, que, gozando das benesses decorrentes da atuação sindical, opte por sindicalizar-se, já que os direitos garantidos são afetos àqueles integrantes da categoria, independentemente de filiação.

Destarte, resta claro e evidente que a tentativa do Congresso Nacional em pretender, alterando a legislação infraconstitucional, tornar a contribuição sindical facultativa sem, contudo, promover uma adequada reforma na estrutura sindical e nos princípios constitucionais vigentes e que norteiam o direito sindical brasileiro – unicidade, vincu-

13 Verdade e Consenso. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, n. 13.5.2, pp. 490/491.

lação, categoria econômica e profissional – traz ineficácia e aos dispositivos 545, 578, 579, 582, 583, 587, 602 e 611-B, inc. XXVI, da Lei 13.467/17, o que, a nosso ver, justifica a edição dos enunciados 1 e 2.

Enunciado 2 – Inaplicabilidade do inciso XXVI do art. 611-B. Liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador. Contribuições: Assistencial, Associativa, Confederativa e Sindical.

Para os fins do artigo 611-B, inciso XXVI da Lei 13.467/17, por se tratar de norma que visa a proteção da liberdade de filiação às entidades sindicais, apenas será considerado objeto ilícito as cláusulas constantes em acordos e convenções coletivas que fixarem o desconto compulsório relativamente à contribuição associativa às entidades sindicais, não se aplicando referido dispositivo às contribuições sindicais, assistenciais e confederativas.

Justificativa:

Lei 13.467/17 alterou da CLT quanto ao custeio sindical com o objetivo de constar a expressão “desde que prévia e expressamente autorizado”, em referência a cobrança das Contribuições Sindicais (Sindical, Assistencial e Confederativa), tornando-as facultativas, esquecendo-se o legislador a natureza própria de cada contribuição sindical e afrontando o princípio da vinculação sindical (art. 8º, inc. III e VI CF).

Esta vinculação independe de ato de manifestação de vontade e surge em decorrência lógica da própria representatividade exercida e do sistema legal brasileiro, que prevê as três instâncias de entidades de classe (sindicatos, federações e confederações), baseado no princípio da unicidade sindical (art. 8º, inc. II da CF), assim, todas as obrigações derivadas do ente estatal e atribuídas às entidades sindicais pelo ordenamento jurídico brasileiro continuam em pleno vigor, não havendo o que se falar em facultatividade de recolhimento da contribuição sindical.

A nova lei fere a isonomia e a proporcionalidade entre os trabalhadores representados pelo sindicato.

Enunciado 3 – Eficácia de Negociação Coletiva vigente e anterior a vigência da Lei 13.467/17, quanto as contribuições sindicais.

Deverão ser respeitados os instrumentos firmados por entidades sindicais que digam respeito à forma de instituição, pagamento, recolhimento, desconto de contribuição e exercício de direito de oposição, antes da vigência da Lei 13.467/17, por se tratarem de atos jurídicos perfeitos, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal.

Justificativa:

É fato público e notório que inúmeras entidades sindicais, seja ela patronal ou profissional, firmaram ao longo dos anos termos de ajustamento de conduta com o Ministério Público em suas diversas esferas, assim como acordos e convenções que, ao longo do tempo e dentro de sua eficácia temporal, ainda surtirá efeitos.

Destarte, tratando-se de atos jurídicos perfeitos, posto que firmados por partes capazes, possuindo objeto lícito e tendo sido firmado dentro dos ditames legais previstos à época, deverão ser respeitados nos termos do artigo 5º, inc. XXXVI da CF; o que justifica o enunciado aprovado.

Enunciado 4 – Validade de deliberação em Assembleia geral. Desconto e recolhimento de contribuições.

Autorização assemblear para desconto e recolhimento de contribuições devidas às entidades sindicais. Matéria de direito coletivo. Representação por categoria. Validade de autorização prévia e expressa por assembleia geral. Autonomia da vontade coletiva.

Justificativa:

A Lei 13467/2017 alterou a forma de cobrança da contribuição sindical obrigatória, passando a exigir dos participantes da categoria econômica ou profissional ou das profissões liberais a autorização prévia e expressa para o seu devido desconto.

A contribuição sindical objetiva garantir a existência das organizações sindicais, a fim de que possam exercer seus deveres e prerrogativas de defender os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas (art. 8º, III, da CF/88).

Além disso, destina-se também à “Conta Especial Emprego e Salário”, administrada pelo Ministério do Trabalho, que integra os recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), o qual custeia programas de seguro-desemprego, abono salarial, financiamento de ações para o desenvolvimento econômico e geração de trabalho, emprego e renda.

Tal contribuição possui previsão constitucional na forma do artigo 8º, inciso IV, parte final, e de natureza tributária em estrita observância aos termos do art. 149 da CF. Já no plano infralegal, está fundamentada nos artigos 578 a 610 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse sentido, importante transcrever trecho do artigo do Ives Gandra da Silva Martins, referente a contribuição sindical e sua natureza jurídica:

A liberdade de associação não exclui o direito de uma categoria ser defendida por um sindicato, que, ao agir, hospeda os interesses tanto dos filiados quanto dos não filiados. Por isto, a contribuição só de filiados não se confunde com esta – obrigatória e de natureza tributária – imposta a todos de uma determinada categoria social.

Em nenhum momento o art. 8º, inciso IV, excepciona, das categorias econômicas e profissionais, a contribuição de determinados beneficiários da atuação

sindical, NÃO PERMITINDO, POIS, QUE A LEI ORDINÁRIA O FAÇA, sempre que tal exceção representar um enfraquecimento da entidade para consecução de seus objetivos (grifo nosso).

Assim, considerando que a compulsoriedade assegurada constitucionalmente também encontra amparo na novel legislação celetista, ao recair sobre todos os integrantes da respectiva categoria econômica ou profissional representada, há incidência da obrigação do recolhimento da contribuição sindical, conforme disposto nos arts. 578 e 579 da CLT.

Nessa perspectiva, a Assembleia Geral é o meio mais democrático e transparente para que os participantes da categoria possam deliberar sobre quaisquer assuntos de seu interesse, sendo as decisões soberanas para todos os fins.

Desta forma, verifica-se a possibilidade da “autorização prévia e expressa” da contribuição sindical introduzida pela Lei 13.467/2017, se dará em assembleia geral convocando toda a categoria representada especificamente para esse fim. Isso porque o sindicato consiste em associação coletiva, de natureza privada, voltada à defesa e incremento de interesses coletivos de categoria profissional ou econômica.

Diante do exposto, a deliberação coletiva preenche, portanto, as formalidades legais impostas pela Lei 13.467/2017. A autorização por assembleia consolida o exercício da autonomia coletiva sendo, desta forma, meio democrático, transparente e adequado para decisão que deve ser considerada soberana e universal a todos da categoria.

GRUPO 2

TRABALHO EM CONDIÇÃO DEGRADANTE

Coordenador: Luís Antônio Camargo de Melo, Subprocurador-Geral do Trabalho, especializado em Advocacia Trabalhista pela UFRJ, professor universitário, autor de diversos artigos publicados de temas relacionados aos Direitos Humanos, Trabalho Escravo, Direitos dos Povos Indígenas, Desafio da Erradicação das Piores Formas de Trabalho Infantil no Brasil.

Relator: João André Vidal de Souza (Fecomercários-SP), Advogado e coordenador do Departamento Jurídico e do Centro de Estudos Jurídicos da Fecomercários-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas.

Enunciado 5 – Combate ao excesso de jornada e a exploração do trabalho escravo

A estipulação de jornada de trabalho de 12 horas concomitantes com a redução do intervalo de descanso nas normas coletivas, pode evidenciar prática de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições degradantes, bem como a ampliação da terceirização e contratação de autônomos na forma irrestrita. Compete ao sindicato profissional negociar convenções coletivas e ou acordos coletivos e, na hipótese de evidenciar, direta ou indiretamente, práticas de trabalho escravo ou degradante, com provas dessa evidência, deverá o sindicato comunicar o Ministério Público do Trabalho para adoção das medidas legais.

(Obs.: Compilado dos Enunciados nºs 1, 4 e 7)

Justificativa:

A Lei nº 13.467 introduz no Direito do Trabalho a prevalência do negociado sobre o legislado, sendo possível a estipulação de jornada de

trabalho de até 12 horas com a redução do prazo de intrajornada (descanso e alimentação) para 30 (trinta) minutos, bem como a ampliação da terceirização e a contratação de autônomos de forma irrestrita.

Entretanto, o Sindicato profissional possui competência para ao evidenciar qualquer prática irregular que, direta ou indiretamente, prejudique a dignidade da pessoa humana do trabalhador (art. 1º, inciso III da CF), em a flagrante redução de direitos trabalhistas que possam caracterizar a condição análogo de trabalho escravo ou ainda trabalho degradante, mediante provas cabais, comunique ao Ministério Público do Trabalho para a adoção das medidas legais em face do infrator.

Não se pode perder de vista o fato de que a negociação entre sindicatos e empregadores não é instrumento hábil para reduzir condições sociais da classe trabalhadora, uma vez que no *caput* do art. 7º da Constituição Federal prevalece o princípio do não retrocesso da condição social do trabalhador.

A negociação coletiva deve ser pautada por padrões éticos e cívicos suficientes ao fortalecimento do binômio capital/trabalho.

Enunciado 6 – Terceirização e equidade de tratamento entre os trabalhadores

A ampliação da terceirização para as atividades centrais das empresas deverá ocorrer de modo que se proporcione aos trabalhadores, igualdade de tratamento com os demais trabalhadores diretamente contratados pelo tomador dos serviços, bem como em obediência aos princípios de direito. As ausências desses benefícios caracterizam o trabalho forçado, possibilidade de jornada exaustiva e trabalho degradante, prejudicando assim o valor social do trabalho.

(Obs.: Compilado dos Enunciados nºs 5 e 6)

Justificativa:

A Constituição Federal garante o princípio da isonomia de forma ampla, inibindo o arbítrio e a discriminação na relação de trabalho, inclusivamente.

A Lei 13.467 prevê a terceirização da atividade fim, porém a referida norma legal não teve o condão de mitigar o princípio de proteção que orienta o Direito do Trabalho.

igualdade das partes deverá ser alcançada de modo substancial e verdadeiro no ambiente de trabalho, no sentido de estabelecer amparo isonômico aos trabalhadores, evitando-se a ocorrência de formas de exploração entre as pessoas contratadas.

O tratamento diferenciado, mormente em questões de jornada de trabalho, descanso, salário, entre outros poderá resultar na precarização das condições de trabalho, ofendendo a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Enunciado 7 – Manutenção da assistência do sindicato na rescisão contratual

Revogação do §1º do art. 477 da Lei 13.467/17. A ausência de assistência do respectivo sindicato profissional no ato de homologação do termo de rescisão do contrato de trabalho não garante a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

(Obs.: Compilado dos Enunciados nºs 2 e 8)

Justificativa:

No sistema legal atual, os sindicatos profissionais têm por prerrogativa prestar assistência ao trabalhador. O §1º do art. 477 da CLT - revogado pela Lei 13.467 - estabelece que: "O pedido de demissão ou

recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social”.

Essa modificação dispensa a assistência do Sindicato profissional para fins de homologação da rescisão do contrato de trabalho. Entretanto, a assistência sindical é o momento adequado para que o empregado (e o empregador) recebam a orientação e esclarecimento acerca do cumprimento integral da legislação trabalhista.

A assistência sindical não apenas verifica como assegura o efetivo pagamento das verbas devidas.

Toda e qualquer relação de trabalho exige respeito à dignidade da pessoa humana.

O contrato de trabalho não pode prejudicar a valorização da pessoa humana. Na relação de trabalho não se deve tratar o trabalhador como simples objeto ou como mercadoria.

A assistência sindical quando da rescisão do contrato de trabalho é essencial para que o trabalhador possa obter esclarecimento suficientemente apto para compreender as normas jurídicas que disciplinam o contrato de trabalho findo. Assim, a ausência da assistência sindical, nessas condições, não garante a efetividade do princípio constitucional, visto que o sindicato profissional ocupa posição central na proteção da dignidade do trabalhador na relação de trabalho.

Enunciado 8 – Danos à saúde do trabalhador em atividades insalubres

A dispensa em relação às formalidades dispostas no *caput* do artigo 6o da CLT no que diz respeito a jornada de 12 por 36 horas, possibilita a real causa de danos à saúde do trabalhador durante o exercício laboral. A norma coletiva de trabalho que eventualmente estabeleça o en-

quadramento do grau de insalubridade, prorrogando, por exemplo, as jornadas de trabalho em ambientes insalubres, não poderá ser considerada documento legítimo para fins de direito adquirido e ato jurídico perfeito, uma vez que não evita a existência de danos à saúde na vigência do pacto normativo e suas consequências posteriores. Portanto, poderá ter sua validade questionada perante a justiça especializada.

Justificativa:

Pela Lei 13.467 foi abolida as regras do *caput* do artigo 6o da CLT, ao introduzir exceção legal, conforme se pode aferir da redação do parágrafo único do referido dispositivo legal, *in verbis*:

Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso

Entretanto, outra novidade disposta na Reforma Trabalhista reside na possibilidade de as normas coletivas de trabalho (convenção ou acordo) fixar (i) enquadramento do grau de insalubridade e (ii) prorrogação de jornada em ambiente insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho (art. 611-A, incisos XII e XIII).

Sendo assim, o sindicato profissional deverá ser diligente ao estipular norma coletiva de trabalho que estabeleça o enquadramento do grau de insalubridade de um determinado ambiente de trabalho, bem como nas condições de prorrogação das jornadas em ambientes insalubres, providenciando um estudo prévio a respeito dos limites de tolerância, a fim de evitar qualquer causa ou risco de danos à saúde do trabalhador durante o exercício laboral.

O referido estudo deverá ser realizado por profissional capacitado e especializado, proporcionando, assim, segurança jurídica à própria norma coletiva de trabalho.

Desprovida a norma coletiva de prévio estudo técnico quando as condições de trabalho em ambiente nocivo à saúde, essa condição não se constitui em direito adquirido a quaisquer das partes, pois o instrumento coletivo não se trata de um ato jurídico perfeito, na medida em que não é possível pela norma coletiva determinar a licitude do objeto negociado, especialmente questões técnicas sobre a existência ou não de dano a saúde do trabalhador.

Por conseguinte, em relação a esta matéria se faz necessário que o Sindicato profissional proceda com os exames dos locais, bem como verifique os métodos e processos de trabalho a fim de evitar danos à saúde do trabalhador.

GRUPO 3 NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO

Coordenadora: Regina Duarte da Silva, Procuradora do Trabalho lotada na Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região.

Relator: Marcos Vinicius Poliszczuk (Feaac), Advogado, Especialista em Direito do Trabalho e Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC-SP.

Enunciado 9 – Validade das Normas coletivas. Ultratividade

A Carta Maior valoriza a negociação coletiva, entretanto, fixa que deverão ser respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho e as convencionadas anteriormente (art. 114, §2º). Nesse sentido, se a sentença normativa não pode reduzir ou suprimir o conteúdo de convenções e acordos coletivos, que vigoraram até a última data base, embora exaurido o prazo de vigência, o seu conteúdo subsiste, pelo princípio da boa-fé objetiva e prevalência da autonomia da vontade coletiva.

Justificativa:

A alteração do artigo 614 da CLT, ao instituir a vedação da ultratividade em seu do §3, fere o artigo art. 114, §2º da Constituição Federal, promovida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que diz:

Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

A norma coletiva de trabalho é ultrativa, ou reveste-se de ultratividade, quando continua eficaz após o seu termo final de vigência. Se

uma categoria profissional e a representação patronal definem quais os direitos que devem ser assegurados a certos trabalhadores a partir da data inicial de vigência de uma convenção ou acordo coletivo, o advento da data derradeira de vigência dessa norma não lhe retirará a eficácia, eis que a Constituição Federal assegura que deverá ser respeitada as disposições convencionadas e legais mínimas de proteção ao trabalho.

Enunciado 10 – Inaplicabilidade da livre estipulação. Negociação coletiva abrange toda categoria independente do salário percebido

Todos os empregados, independentemente do valor do salário percebido, estarão abarcados pela negociação coletiva, não podendo ser excluído das condições fixadas na norma coletiva em vigor, ficando afastado o dispositivo previsto no artigo parágrafo único 444 da CLT.

Justificativa:

A transação de direitos não se perpetua frente àqueles considerados de indisponibilidade absoluta, que se traduzem em parcelas imantadas por tutela de interesse público, insuscetível de pactuação individual pelas partes, são eles: i) normas constitucionais em geral (rol exemplificativo do artigo 7º, CF com as ressalvas dos incisos VI, XIII e XIV); ii) normas de tratados e convenções vigentes no Brasil (art. 5º, § 2º, CF); e iii) normas infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo (referentes à saúde e segurança do trabalho; bases salariais mínimas; identificação profissional; e condutas antidiscriminatórias).

Por outro lado, A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, caput, sobre o princípio constitucional da igualdade, perante a lei, nos seguintes termos:

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

O princípio da igualdade prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades virtuais dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Por meio desse princípio são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular.

Enunciado 11 – Terceirização e aplicação da norma coletiva do tomador de serviços

Em caso de terceirização de atividade fim, aplica-se a Norma Coletiva da atividade preponderante do Tomador de Serviços.

Justificativa:

Estabelece o artigo 511, § 2º da CLT/43 que compreende como categoria profissional a situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares.

Logo, analisando o artigo 511, § 2º da CLT/43, em conjunto com a redação do artigo 581 da CLT/43, que determina a atividade sindical representativa da atividade econômica do estabelecimento principal. Frise-se que o artigo 581, § 2º da CLT/43, que a atividade preponderante é a que caracterizar a unicidade de produto, operação ou objetivo final.

Ressalta-se que o artigo 581 da CLT não foi modificado pela Lei 13.467/17 que ao permitir a terceirização da atividade fim, não alterou a forma do enquadramento sindical, de modo que o entendimento

de categoria se aplica a situação de emprego, é o que se extrai de seu § 2º:

Art. 581

(...)

§ 2º Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente em regime de conexão funcional.

Enunciado 12 – Representação dos empregados em assembleia por comissão eleita dos trabalhadores no local de trabalho. Princípio Protetivo

Na assembleia dos Trabalhadores, será vedada a representação dos empregados pela Comissão dos empregados no local de trabalho para votação das condições de trabalho.

Justificativa:

O art. 8º, inciso VI da Constituição Federal, prescreve a obrigatoriedade da participação dos sindicatos na negociação coletiva. Neste ponto, a negociação se caracteriza pelo poder conferido pelos trabalhadores aos sindicatos para ajustar as convenções e/ou acordos coletivos de trabalho, nas quais serão fixadas regras a serem aplicadas nos contratos individuais de trabalho dos empregados de determinada categoria.

Nos termos do art. 859 da CLT, a legitimidade das entidades sindicais para instaurar instância se subordina à autorização da categoria através da assembleia, da qual participem os integrantes da categoria interessados na solução do conflito.

A assembleia é a fonte de decisões, e será geral ou extraordinária, dela participando os associados do sindicato nas suas vocações, para deliberações vitais, como a deflagração de greve, a autorização à diretoria para fazer negociações coletivas, a escolha de lista de representantes sindicais nos órgãos do Estado, as eleições sindicais de direito.

Quando se tratar de assembleia para negociações sindicais, ainda que a comissão dos empregados tenha feito parte das negociações, esta última não poderá votar pelos seus eleitores, sob a pecha de ser representante destes empregados, devendo a aprovação final se dar exclusivamente pelos empregados diretamente envolvidos na negociação, por se tratar o voto de direito personalíssimo.

GRUPO 4**ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO E BARREIRAS PROCESSUAIS**

Coordenadora: Carolina Marzola Hirata Zedes, Procuradora do Trabalho lotada na Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região, especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela PUC-Minas. Mestranda em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela Unimep. Autora do livro “Processo do Trabalho Comentado”. Coautora dos livros “Carreiras Específicas – MPT”, “Carreiras Específicas – Analista e Técnico do MPU” e “Carreiras Específicas – Técnico do TRT”. Professora em Cursos Preparatórios para Carreiras Jurídicas.

Relator: João Vicente Murinelli Nebiker (Feconeste), Advogado, especialista em Processo Civil e em Direito do Trabalho pela UFPE e em Direito Sindical pela ESMATRA-TRT6.

Enunciado 13 – Artigo 790, § 3º da CLT. Deferimento da justiça gratuita àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social. Direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita e ao acesso à Justiça

Sendo a Justiça do Trabalho detentora do mesmo nível constitucional dos demais ramos do Poder Judiciário considerando o direito à assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, inciso LXXIV, Constituição da República [CR]) e o direito de acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, CR), a fixação de um teto máximo de remuneração para fins de concessão da justiça gratuita não impede o deferimento do benefício quando a parte, a despeito de auferir renda superior, não tiver como arcar com as despesas do processo. Razão de decidir semelhante foi utilizada pelo STF no RE 567985 para, em matéria de seguridade social, afastar a incidência do art. 20, § 3º, da Lei 8.742.93.

Justificativa:

A Lei 13.467.2017, conferindo nova redação ao art. 790, § 3º, da CLT, instituiu um teto fixo para a concessão da justiça gratuita: 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Em princípio, portanto, caso o trabalhador ganhe acima desse valor, não fará jus ao benefício da justiça gratuita.

Ocorre que a Constituição da República dispõe que são direitos fundamentais a “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inciso LXXIV, CR) e o acesso à justiça (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – art. 5º, inciso XXXV, CR), restando este último obstado quando, a despeito de auferir renda superior, a parte não tiver como arcar com as despesas do processo por ter que suportar outros gastos.

Uma interpretação constitucionalmente adequada do preceito legal, à luz da máxima eficácia dos direitos fundamentais, impõe o deferimento da justiça gratuita à parte, quando a despeito de auferir renda superior, não tiver como arcar com as despesas do processo.

Razões semelhantes foram utilizadas pelo STF no RE 567985 para, em matéria de seguridade social, afastar a incidência do art. 20, § 3º, da Lei 8.742.93, o qual estabeleceu o critério da renda para a aferição do estado de pobreza que ensejaria o direito ao benefício assistencial (LOAS), previsto no art. 203, inciso V da CR. Vale transcrever trecho do voto do Min. Marco Aurélio:

Mostra-se patente que o artigo 20, § 3º, da Lei n.º 8.742, embora não seja, só por si, inconstitucional, gerou situação concreta de inconstitucionalidade. A incidência da regra traduz falha no dever, criado pela Carta, de plena e efetiva proteção dos direitos fundamentais, resultante da eficácia positiva de tais direitos, cuja concretização é condição essencial à construção de uma sociedade mais justa, e, portanto, civilizada (...). Em suma, está-se

diante de situação em que a concretização do princípio da dignidade humana e do dever específico de proteção dos hipossuficientes – idosos e deficientes – encontra-se aquém do texto constitucional. Embora ainda pouco utilizado pelo Supremo, emerge como parâmetro de aferição de constitucionalidade da intermediação legislativa de direitos fundamentais o chamado princípio da proibição da concretização deficitária, cujo fundamento último radica-se no dever, imputável ao Estado, de promover a edição de leis e ações administrativas efetivas para proteger os direitos fundamentais (...).”

Enunciado 14 – Artigo 790, § 3º da CLT. Assistência jurídica integral e gratuita. Benefício da justiça gratuita. Persistência da assistência judiciária gratuita sindical

O art. 790, § 3º da CLT regula a justiça gratuita e não a assistência judiciária gratuita, prestada pelo sindicato da categoria e prevista no art. 14 da Lei 5.584 de 1970, a qual continua em vigor e não teve sua disciplina alterada pela Lei 13.467 de 2017.

Justificativa:

Na Justiça do Trabalho, a “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso LXXIV, CR, é prestada de duas formas distintas: assistência judiciária sindical e justiça gratuita.

A primeira encontra previsão legal no art. 14 da Lei 5.584 de 1970, sendo prestada pelos sindicatos a todos os integrantes da categoria profissional e independe da filiação ou não dos trabalhadores assistidos. Abrange não somente a isenção de custas, honorários periciais, emolumentos, como a assessoria jurídica no curso do processo (assessoria técnica).

Já a justiça gratuita encontra previsão no art. 790, §§ 3º e 4º, CLT, a qual compreende tão somente a isenção de custas e emolumentos e pode ser concedida pelos juízes e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância, a requerimento da parte ou de ofício, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (art. 790, § 3º, da CLT, com a redação conferida pela Lei 13.467.2017).

A Lei 13.467.2017, chamada Lei da Reforma Trabalhista, tratou apenas da justiça gratuita, não promovendo alterações no art. 14 da Lei 5.584 de 1970, pelo que resta intacta a disciplina referente à assistência judiciária sindical.

Enunciado 15 – Artigo 790, § 4º da CLT. Comprovação da insuficiência de recursos pela pessoa natural. Lacuna axiológica.

Há lacuna axiológica no art. 790, § 4º da CLT, ao exigir que a pessoa natural comprove a insuficiência de recursos para obter o benefício da justiça gratuita. Aplica-se, no particular, o disposto no art. 99, § 3º, Código de Processo Civil, presumindo-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

O plenário do Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que o artigo 12 da Lei 1.060/1950 foi recepcionado pela Constituição da República, tendo como única regra para pagamento de custas, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. (RE nº 249003).

Justificativa:

Antes da alteração legislativa, promovida pela Lei 13.467.2017, que fez inserir o § 4º, no art. 790 da Consolidação das Leis do Trabalho, bastava a mera declaração do requerente ou de seu advogado na petição inicial para o deferimento da justiça gratuita, havendo presunção, quanto à pessoa natural, de veracidade da declaração (Súmula 463).

Doravante, exige-se a comprovação da insuficiência de recursos, orientação essa que diverge do quanto disposto no art. 99, § 3º, do CPC, segundo o qual se presume verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Conforma classificação de Maria Helena Diniz, há lacuna axiológica quando, a despeito da existência de norma para o caso concreto, sua aplicação conduz a uma solução insatisfatória ou injusta.

Na linha da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles, a justiça integral e gratuita (art. 5º, inciso LXXIV, CR) e o acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, CR), forçoso reconhecer que o art. 790, § 4º, da CLT encontra-se divorciado dos valores que inspiram a Lei Maior, razão pela qual há lacuna axiológica e ganha relevo a aplicação subsidiária do art. 99, § 3º, CPC.

Enunciado 16 – Artigo 790, § 4º da CLT. Indeferimento do pedido de justiça gratuita. Obrigatoriedade de concessão de oportunidade à parte para comprovar o preenchimento dos pressupostos legais

Em decorrência do reconhecimento da lacuna axiológica no art. 790, § 4º da CLT, e, por conseguinte, da aplicação ao processo do trabalho do disposto no art. 99, § 3º da CPC, o juiz somente poderá indeferir o pedido de justiça gratuita se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos (art. 99, § 2º do CPC).

Justificativa:

Conforme justificativa ao enunciado anterior, antes da alteração legislativa, promovida pela Lei 13.467.2017, que fez inserir o § 4º, no art. 790 da Consolidação das Leis do Trabalho, bastava a mera declaração do requerente ou de seu advogado na petição inicial para o deferimen-

to da justiça gratuita, havendo presunção, quanto à pessoa natural, de veracidade da declaração (Súmula 463).

Doravante, exige-se a comprovação da insuficiência de recursos, orientação essa que diverge do quanto disposto no art. 99, § 3º, do CPC, segundo o qual se presume verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Conforma classificação de Maria Helena Diniz, há lacuna axiológica quando, a despeito da existência de norma para o caso concreto, sua aplicação conduz a uma solução insatisfatória ou injusta.

Na linha da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles, a justiça integral e gratuita (art. 5º, inciso LXXIV, CR) e o acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, CR), forçoso reconhecer que o art. 790, § 4º, da CLT encontra-se divorciado dos valores que inspiram a Lei Maior, razão pela qual há lacuna axiológica e ganha relevo a aplicação subsidiária do art. 99, § 3º, CPC.

Por conseguinte, diante da presunção de veracidade da declaração de insuficiência de recursos deduzida pela pessoa natural, o juiz somente poderá indeferir o pedido de justiça gratuita se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos (art. 99, § 2º, CPC).

Enunciado 17 – Artigo 790-B, *caput* da CLT. Honorários periciais à parte sucumbente no objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. Inconstitucionalidade

Fere o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, inciso LXXIV da CR) e o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inciso LV da CR), o pagamento dos honorários

periciais pela parte sucumbente no objeto da perícia quando beneficiária da justiça gratuita.

O plenário do STF se posicionou no sentido de que o artigo 12 da Lei 1.060/1950 foi recepcionado pela Constituição da República, tendo como única regra para pagamento de custas: desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. (RE nº 249003).

Justificativa:

A Lei 13.467.2017 fez inserir o art. 790-B, *caput*, na Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual “a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita”.

Por seu turno, a Constituição da República dispõe que são direitos fundamentais a “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inciso LXXIV, CR) e “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, inciso LV, CR).

Além de contrariar frontalmente o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, o direito à prova, notadamente da prova pericial, como corolário do direito ao contraditório e à ampla defesa, não comporta limitação em razão do óbice financeiro, quando imprescindível para a tutela do direito, pois isso implicaria denegar ao beneficiário da justiça gratuita o uso dos recursos previstos no ordenamento jurídico para a defesa de seu direito.

Enunciado 18 – Artigo 790-B, § 4º da CLT. Obtenção em juízo de créditos capazes de suportar o pagamento dos honorários periciais pela parte beneficiária da justiça gratuita. Inconstitucionalidade. Natureza alimentar do crédito.

Há inconstitucionalidade no art. 790, § 4º da CLT, por violação ao direito à assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, inciso LXXIV da CR), ao impor o pagamento dos honorários periciais à parte sucumbente no objeto da perícia, quando beneficiária da justiça gratuita e obter em outro processo créditos capazes de suportar a despesas, pois somente a alteração superveniente na situação de fato poderá ensejar a revisão do benefício, o que, não necessariamente decorre da obtenção de créditos em juízo, os quais podem ter natureza de verba alimentar e, por consequência, serem impenhoráveis.

Justificativa:

A Lei 13.467/2017 fez inserir o art. 790-B, § 4º, na Consolidação das Leis do Trabalho, de acordo com o qual “somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo”.

Assim, pela redação do preceito legal, a União somente arcará com o custo da perícia, quando o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa. Ora, na maior parte das vezes, o que o trabalhador obtém na Justiça corresponde aos créditos alimentares, produto de uma remuneração total que não altera sua situação de beneficiário da justiça gratuita, porque percebia e continua a perceber menos de 40% do limite máximo do Regime geral de Previdência Social.

Nessa hipótese, não se pode admitir a subtração das verbas alimentares para custeio da perícia, as quais individualmente consideradas inserem-se dentro do limite remuneratório para a concessão da justiça gratuita.

Além disso, somente eventual alteração na situação econômica da parte poderá ensejar a revisão da concessão da justiça gratuita, passando a responder pelo custo financeiro da perícia.

Enunciado 19 – Artigo 800, § 3º da CLT. Exceção de incompetência territorial. Produção de prova oral pelo excipiente no juízo em que houver indicado como competente. Inconstitucionalidade. Violação ao princípio da igualdade processual, ao contraditório e à ampla defesa

O direito do excipiente de produzir prova oral perante o juízo que houver indicado como competente inverte diametralmente o ônus financeiro do processo, impondo-o à parte hipossuficiente da relação jurídica processual, rompendo com a igualdade processual. Isso porque o reclamante tem o direito de participar da audiência de oitiva do excipiente e de suas testemunhas, mas, para tanto, terá que se deslocar até o juízo que o reclamado indicou como competente, e, muitas vezes, deixará de participar do ato em razão de não poder arcar com esses custos, o que viola os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV da CR).

Justificativa:

A Lei 13.467/2017 conferiu nova redação ao art. 800 da CLT. Doravante, a exceção de incompetência territorial deverá ser alegada em peça autônoma e escrita, já que deverá ser apresentada em prazo específico, qual seja, 05 (cinco) dias a contar da notificação e antes da audiência, sob pena de preclusão e prorrogação da competência.

Deve ser apresentada mediante petição fundamentada, acompanhada das provas existentes e com requerimento de produção das cabíveis. O excipiente deve indicar o foro que entende competente para a causa. Haverá suspensão do feito principal e não se realizará a audiência trabalhista até que se decida a exceção (art. 800, § 1º da CLT).

A regra matriz de competência territorial trabalhista encontra-se prevista no art. 651 da CLT. Contudo, nos casos em que sua observância constitua óbice ao acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, CR), a jurisprudência permite que a reclamatória trabalhista seja aforada na localidade da contratação ou da residência do trabalhador.

Todavia, pela redação do art. 800, § 3º, CLT, conferida pela Lei n.º 13.467.2017, em caso de produção de prova oral relativa ao objeto da exceção de incompetência, “o juízo designará audiência, garantindo o direito de o excipiente e de suas testemunhas serem ouvidos, por carta precatória, no juízo que este houver indicado como competente”.

Ora, em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, CR), o reclamante tem o direito de participar da audiência de oitiva do excipiente e de suas testemunhas, mas, para tanto, terá que se deslocar até o juízo que o reclamado indicou como competente, e, muitas vezes, deixará de participar do ato em razão de não poder arcar com esses custos.

Ou seja, a diretiva generalizante da nova lei, promoveu um giro em sentido totalmente oposto ao anterior e impôs esse ônus financeiro ao reclamante, em regra, hipossuficiente. O incremento do custo do processo por uma decisão potestativa da outra, colide com o direito fundamental do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CR), na medida em que constitui um dos principais dificultadores para a propositura e a defesa dos direitos em juízo, especialmente para a parte economicamente mais frágil no processo.

Enunciado 20 – Artigo 840, § 1º da CLT. Requisitos da petição inicial. Pedido certo, determinado e com indicação de seu valor. Possibilidade de apresentação de pedido genérico nos casos previstos em lei. Aplicação do art. 324, § 1º do CPC.

Existem hipóteses em que a natureza da demanda não permite a quantificação do pedido. Apesar do silêncio da lei trabalhista quanto a

esse aspecto, há de ser admitido o pedido genérico nas hipóteses previstas no art. 324, § 1º do CPC, pois, caso contrário, vedar-se-ia o acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV da CR).

Justificativa:

Conforme redação do § 1º, do art. 840, da CLT, conferida pela Lei 13.467/2017, o pedido deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor.

Contudo, existem hipóteses em que a natureza da demanda não permite a quantificação do pedido, e, nesses casos, a legislação processual civil alberga a possibilidade de formulação de pedido genérico.

Evidentemente que, a despeito do silêncio da lei trabalhista quanto a esse aspecto, há de ser admitido o pedido genérico, pois, caso contrário, vedar-se-ia o acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CR), o que, dada a fixação de competência e o lapso prescricional, poderia implicar o perecimento da pretensão do titular do direito.

Assim, a incompletude da norma nesse particular não poderá ser reconhecida como barreira intransponível, sendo forçoso interpretar que incide supletivamente a disciplina do art. 324, § 1º, do Código de Processo Civil, por força dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC, permitindo-se a formulação de pedido genérico, nos seguintes casos: I - nas ações universais, se o autor não puder individualizar 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.

Enunciado 21 – Artigo art. 840, § 3º da CLT. Extinção sem resolução do mérito dos pedidos que não sejam certos, determinados e com indicação de seus valores. Efetividade processual e primazia do julgamento do mérito. Lacuna axiológica. Aplicação do art. 321 do CPC

A previsão contida no art. 840, § 3º da CLT afasta-se dos princípios da efetividade processual e da primazia do julgamento do mérito. Presente a lacuna axiológica, aplica-se subsidiariamente o disposto no art. 321 do CPC, determinando-se que o autor emende ou complete a petição inicial, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Justificativa:

Consoante o § 3º, do art. 840 da CLT, com a redação conferida pela Lei 13.467/2017, não sendo declinado pedido certo, determinado e com indicação de seu valor, será extinto sem resolução do mérito.

Na esfera processual civil, abre-se a possibilidade prévia de saneamento do defeito, mediante intimação da parte, com a abertura de prazo e a indicação precisa, pelo juízo, do vício a ser corrigido (princípio da cooperação). É o que disciplina o art. 321, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

Alteração promovida pela Lei 13.467 se afasta da linha processual de efetividade. O preceito não se revela consentâneo com a mais moderna veia processual de privilegiar o julgamento do mérito (princípio

da primazia do julgamento do mérito) em detrimento de decisões meramente processuais, que não pacificam o litígio subjacente.

Há nesse ponto uma lacuna axiológica, conforme classificação de Maria Helena Diniz, pois, a despeito de norma expressa regulando a questão, esta, quando aplicada, produz uma solução insatisfatória ou injusta. Ora, havendo a possibilidade de sanar o defeito, não há sentido em se ceifar a pretensão do reclamante liminarmente, sem lhe dar a oportunidade de corrigir o defeito, quando a legislação processual civil, formulada para regular uma relação entre partes iguais, confere tal faculdade, mormente em se considerando que na esfera trabalhista admite-se o *jus postulandi* de empregados e empregadores, o que recomenda maior flexibilidade quanto à observância de formalidades.

Enunciado 22 – Art. 844, §§ 2º e 3º da CLT. Ausência do reclamante. Arquivamento da reclamatória trabalhista. Pagamento das custas processuais, ainda que beneficiário da justiça gratuita. Inconstitucionalidade. Violação aos direitos fundamentais à assistência jurídica integral e gratuita e ao acesso à justiça.

Violam os direitos fundamentais de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, inciso LXXIV da CR) e de acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV da CR) impor ao beneficiário da justiça gratuita o pagamento das custas processuais, como condição para propositura de nova ação, em caso de arquivamento da reclamatória trabalhista em razão de sua ausência na audiência.

Justificativa:

Na hipótese de ausência do reclamante, prevê o § 2º, do art. 844 da CLT, com a redação conferida pela Lei 13.4677, que este será condenado ao pagamento das custas processuais, ainda que beneficiário da justiça gratuita, com a exceção de comprovação, em 15 (quinze) dias, que a ausência decorreu de motivo justificável.

E o § 3º do mesmo dispositivo impõe, ainda, como requisito para que o reclamante ingresse com nova demanda, o pagamento das custas, ainda quando beneficiário da justiça gratuita.

Com efeito, se pela lei reformadora o reclamante deverá comprovar não poder arcar com as custas do processo para obter a gratuidade de justiça, soa evidente que não detendo recursos financeiros, simplesmente não pagará as custas e, por conseguinte, ficará privado da possibilidade de defender seus interesses, residindo nesse ponto flagrante inconstitucionalidade, por contrariedade ao art. 5º, incisos XXXV e LXXIV da CR.

Enunciado 23 – Ação de anulação de cláusula de instrumento coletivo. Entidades sindicais subscritoras. Litisconsorte necessário. Ônus processual da lide. Artigo 611-a, § 5º da CLT

A exigência legal da participação da entidade sindical como litisconsorte necessário nas ações que tenham como objeto a anulação de cláusulas de instrumento coletivo não obriga as entidades sindicais subscritoras desses instrumentos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, quando estas não deram causa ao processo (princípio da causalidade).

Justificativa:

A novel legislação trabalhista em seu artigo 611-A, §5º, dispõe que os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

Supondo-se a aplicabilidade do mencionado artigo, tem-se que admitir que as entidades sindicais ao ingressarem no processo como litisconsortes necessários possuirão a condição de parte.

Desta forma, terão todos os ônus da referida condição como, por exemplo, ao recorrer, se vencidas deverão pagar custas processuais e efetuar o depósito da condenação, se sucumbentes (mediante declaração de nulidade e de ineficácia de norma convencional) ou vencedoras, serão respectivamente condenados ou receberão honorários advocatícios.

De acordo com o Código de Processo Civil, o litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

Assim, forçoso admitir que obrigando as entidades sindicais a integrarem as lides individuais e coletivas na qualidade de litisconsortes necessários, acaba-se transmitindo a elas todo o ônus processual de uma lide que elas não deram causa..

Enunciado 24 – Redução do valor do depósito recursal para entidades sem fins lucrativos. Possibilidade de aplicação às entidades sindicais.

O artigo 899, parágrafo 9º da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017, estende às entidades sindicais o privilégio concedido às entidades sem fins lucrativos, no tocante à redução pela metade do depósito recursal.

Justificativa:

A Lei n. 13.467/2017 prevê a redução, pela metade, do valor atinente ao depósito recursal, relativamente às seguintes entidades: sem fins lucrativos, filantrópicas, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte.

Como se sabe, as entidades sem fins lucrativos são aquelas cujas atividades e definições estatutárias não visam à acumulação de capital para posterior distribuição de lucros. Seus Estatutos Sociais devem

conter cláusulas específicas, definindo critérios de utilização do seu capital e especificar a atividade sem fins lucrativos que exercerão. Na verdade, todo seu lucro deve ser reinvestido em sua estrutura ou outras áreas de interesse da própria entidade.

O Código Civil prevê que esse tipo de atividade, pode ser constituída, dentre outras, por meio de Associações de classe ou de representação de categoria econômica ou profissional (entidades sindicais).

Além disso, vale mensurar que, na seara tributária, as entidades sindicais são beneficiárias das concessões admitidas às entidades consideradas sem fins lucrativos, uma vez que também são imunes ou isentas de impostos. Lembrando que a imunidade sempre vem prevista na Constituição Federal (CF/1988) e as isenções em leis ordinárias.

Assim, forçoso admitir que as entidades sindicais, na qualidade de entidade sem fins lucrativos, fazem jus ao privilégio concedido no tocante à redução pela metade do depósito recursal, ante a ausência de óbice legal..

GRUPO 5**JORNADA DE TRABALHO E NOVAS FORMAS DE CONTRATAÇÃO (TRABALHO INTERMITENTE, TELETRABALHO, AUTÔNOMO, PEJOTIZAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO)**

Coordenador: Antonio Carlos Penzin Neto (Fecomerciantes-MG), Advogado e coordenador do Departamento Jurídico da Fecomerciantes-MG, com MBA Direito Tributário FGV.

Relator: Cláudio Socorro de Oliveira (Fecep), Advogado, pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela PUC-PR.

Enunciado 25 – Jornada de trabalho. Comerciantes. Lei 12.790/2013

- I. Nos termos do art. 3º da Lei 12.790/2013, a jornada normal dos comerciantes permanece sendo de 8 horas diárias e de 44 horas semanais, podendo ser alterada apenas por acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho.
- II. Inaplicável aos comerciantes o trabalho em regime de tempo parcial de que trata o art. 58-A da CLT.
- III. Face o disposto no art. 3º da Lei 12.790/2013, para os comerciantes, qualquer acordo de compensação de jornada, ou, ainda, para instituição de banco de horas, dependerá obrigatoriamente, de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho.
- IV. Face o disposto no art. 3º da Lei 12.790/2013, é vedada a contratação de comerciante para cumprimento de jornada de trabalho em regime de 12x36, salvo o disposto no § 1º do art. 3º da referida lei.

Enunciado 26 – Trabalho Intermitente. Comerciantes.
Incompatibilidade

É vedada a contratação de empregado comerciante na modalidade de trabalho intermitente, em razão da sua incompatibilidade com a jornada de trabalho estabelecida no art. 3º da Lei 12.790/2013.

Enunciado 27 – Teletrabalho. Horas extras. Inciso III do art. 62 da CLT. Inconstitucionalidade.

É inconstitucional o inciso III do art. 62 da CLT, visto tratar-se de preceito legal que afasta o direito ao recebimento de horas extras sem a indicação de qualquer condição ou justificativa, em afronta ao inciso XVI do art. 7º da Constituição Federal.

Enunciado 28 – Trabalho em feriados. Comerciantes. Necessidade de Convenção Coletiva de Trabalho.

Permanece obrigatória a autorização em convenção coletiva para o trabalho dos comerciantes em feriados, à luz da Lei 10.101/2000.

GRUPO 6**COMISSÃO DE EMPREGADOS E A REPRESENTAÇÃO SINDICAL**

Coordenadora: Sonia Arantes Sales Vargas (Fecomerciantes-MG), Advogada da Fecomerciantes-MG, doutora em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade *del Museo Social Argentino*.

Relator: Walter de Souza Fernandes (Fecep), Advogado, pós-graduado em direito do trabalho e processo do trabalho pela EMATRA-TRT9, e em direito tributário pela FGV. Professor universitário. Assessor jurídico da Federação dos Comerciantes do Paraná (FECEP).

Enunciado 29 – Inconstitucionalidade do § 1º do art. 510-C da CLT. Comissão de Representantes no local de trabalho. Entidade Sindical

É inconstitucional a parte final do § 1º do art. 510-C da CLT, que veda a participação da entidade sindical representante da categoria profissional na organização do pleito eleitoral para a criação e eleição das comissões de representantes previsto no art. 510-A da CLT, afrontando a expressa previsão contida no art. 8º, incisos III e VI da Constituição Federal.

- I. A comissão de representantes a que se refere o art. 510-A da CLT não substitui o sindicato profissional no desempenho da atividade sindical e de representação dos membros da categoria – art. 8º, inciso VI da Constituição Federal, e, quando previsto estatutariamente, é órgão integrante do sindicato profissional, sendo vedada a celebração de Acordo Coletivo.
- II. Incluem-se nos empregados a que se refere o *caput* do art. 510-A os empregados terceirizados.

- III. A independência da comissão de representantes a que se refere o § 2º do art. 510-B da CLT diz respeito a não ingerência patronal ou estatal no desenvolvimento de suas atribuições, sendo obrigatória a participação e a condução do sindicato dos empregados da categoria nas situações elencadas em seus incisos.
- IV. A comissão de empregados, no desempenho de suas funções, necessariamente terá assistência jurídica prestada pelo sindicato profissional da categoria.

Justificativa:

A Lei 13.467/2017 regulamentou as comissões de representantes dos empregados nas empresas, mas excluiu a participação dos sindicatos em todo o processo de formação, eleição e acompanhamento da comissão de representantes dos empregados, ao incluir a expressão “entendimento direto com os empregadores” inserida no caput do artigo 510-A.

Nesse sentido, é importante destacar a importância da atuação do sindicato dos trabalhadores no encaminhamento desse processo de formação das comissões dos empregados, tendo em vista sua função principal, qual seja a tutela dos interesses dos trabalhadores que, na sistemática sindical brasileira, integram a categoria (CF, artigo 8º, III).

Inúmeros doutrinadores e estudiosos do direito do trabalho ao se dedicarem ao estudo da Lei 13.467, veem entendendo, e não sem razão, que inúmeros dispositivos da nova lei são efetivamente inconstitucionais ou ferem princípios norteadores do direito do trabalho; outras tantas ferem preceitos normativos da OIT que foram ratificadas pelo Brasil, outras ainda contrariam outros dispositivos da própria CLT e que não foram alterados. Na análise dos artigos 510-A, 510-B, 510-C e 510-D fica flagrante esse descompasso da Lei 13.467/2016 com a legislação vigente, com os princípios do direito e até mesmo com a nossa atual Carta Política e a vilipendiada CLT.

Na parte final do *caput* do art. 510-A da CLT da nova lei afirma que a finalidade da comissão de representantes é justamente promover “o entendimento” diretamente entre empregados e empregador. O termo entendimento pode soar um tanto quanto duvidoso, mas com a análise do artigo seguinte as dúvidas são dirimidas. Veja-se que o artigo 501-B, fixa, entre outras atribuições da comissão de representantes, a representação dos empregados perante a administração da empresa (I); a promoção do diálogo e o entendimento entre empregados e empregador de forma a prevenir conflitos (III); a busca de soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho (IV), além de encaminhar reivindicações ao empregador (VI). Assim, não há dúvidas que cabe às comissões a representação dos empregados e a negociação coletiva diretamente com o empregador.

A existência da comissão de representantes dos empregados não poderá resultar no enfraquecimento da atuação do sindicato profissional. Trata-se, portanto, de um órgão complementar que deve atuar em conjunto para a tutela efetiva dos interesses dos trabalhadores.

Observa-se não haver obstáculo à participação da comissão de representantes dos empregados no processo de negociação, prerrogativa exclusiva dos sindicatos, desde que o sindicato profissional não seja afastado do processo de negociação coletiva da comissão de representantes dos empregados.

A comissão de representantes dos empregados deve assumir o papel de interlocutora, ou seja, deve ser a intermediária perante os empregados, o empregador e o sindicato profissional, favorecendo o processo de comunicação e reivindicação, sempre em busca de melhores condições de trabalho. As atribuições conferidas à comissão e elencadas no art. 510-B, concedem aos representantes da comissão um papel significativo no processo de negociação coletiva, o que fere o inciso VI do artigo 8º da CF/88 que prevê que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”.

Segundo a atual Carta Política, em seu artigo 8º incisos III e VI, é dos sindicatos o “monopólio” da representação dos membros da categoria profissional na medida em que expressamente exige a parti-

cipação dos sindicatos nas negociações coletivas bem como taxativamente afirma que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Veja-se que o artigo 513 da CLT não foi revogado ou alterado, e este é específico ao afirmar que são prerrogativas do sindicato: “a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida;” e “b) celebrar contratos coletivos de trabalho”. Nesse sentido é que se encontra vigente o artigo 514 da CLT que prevê como deveres dos sindicatos: “c) promover a conciliação nos dissídios de trabalho.”

Assim, a única possibilidade dos empregados, ainda que por meio de comissão de representantes, poderem negociar diretamente com o empregador, é a prevista no art. 617 e parágrafos da CLT, que se dá quando houver recusa imotivada do sindicato profissional em negociar, e desde que a Federação ou Confederação correspondente não tenham assumido o encargo.

Para se adequar o referido dispositivo à Constituição Federal e à própria CLT, necessariamente havemos de reconhecer que a comissão de representantes, com a prerrogativa negocial com a qual foi instituída, passa a ser parte integrante do próprio sindicato de primeiro grau, sob pena de vilipendiarmos a atribuição negocial que, em nome da categoria profissional, é sempre do sindicato obreiro. A comissão de representantes, na forma como concebida, é, pois, um órgão da entidade sindical profissional, sob pena de ser reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do artigo 510-A. Assim, melhor seria que em vez de um novo título – IV-A, o legislador tivesse optado por acrescentar ao Título V, mais especificamente inserir as disposições dos artigos 510-A, B, C e D, dentro dos artigos 513 ou 514.

Sendo as comissões de negociação órgãos integrantes do próprio sindicato, estas, por sua vez, não substituem o sindicato, ao contrário, agem em nome deste e, para tanto, deverá o sindicato profissional prestar assistência jurídica à comissão de representantes.

Enunciado 30 – Inconstitucionalidade do § 1º do art. 510-C da CLT. Comissão de Representantes no local de trabalho. Entidade Sindical

Os processos de criação e de eleição das comissões de representantes que tratam os artigos 510-A e seguintes da CLT serão obrigatoriamente conduzidos pela entidade sindical representante da categoria profissional vinculada à atividade preponderante da empresa.

- I. As disposições estatutárias sobre o processo eleitoral, composição e atuação da comissão previstas no estatuto do sindicato representante da categoria profissional aplicar-se-ão completamente às comissões de representantes.
- II. Concorrerão originariamente ao pleito de membros da comissão de representantes unicamente empregados da empresa, associados ou não à entidade sindical profissional; em não havendo candidatos suficientes para o preenchimento das vagas, poderão ser elas ocupadas por representantes indicados pelo sindicato profissional, membros da categoria profissional ou não.
- III. A dispensa do empregado membro da comissão de representantes ocorrerá unicamente em caso de falta grave devidamente comprovada em processo judicial específico, nos termos do art. 8º, inciso III da Constituição Federal.

Justificativa:

A Convenção 135 da OIT, promulgada pelo Decreto n. 131 de 22 de maio de 1991, estabelece que os representantes dos trabalhadores na empresa devam ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que possam prejudicá-los (artigo 1º).

Segundo a citada Convenção os representantes podem ser tanto os representantes nomeados ou eleitos pelo sindicato que representa os trabalhadores, quanto podem ser livremente eleitos pelos trabalhadores da empresa, conforme as disposições da legislação nacional ou

de convenções coletivas, cujas funções não se estendam a atividades que sejam reconhecidas como prerrogativas exclusivas dos sindicatos de oportuna transcrição:

ARTIGO 3º

Para os fins da presente Convenção, os termos “representantes dos trabalhadores” designam pessoas reconhecidas como tais pela legislação ou a prática nacionais, quer sejam:

- a) representantes sindicais, a saber representantes nomeados ou eleitos por sindicatos;
- b) ou representantes eleitos, a saber representantes livremente eleitos 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.

No sistema jurídico brasileiro, estabeleceu o Legislador Constitucional de 1988 que nas empresas com mais de duzentos empregados é assegurado aos trabalhadores a escolha de um representante para promover o entendimento direto com o empregador:

Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

A representação dos empregados nas empresas foi regulamentada pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, artigos 510-A, 510-B, 510-C e 510-D.

Vê-se que embora o legislador não tenha se utilizado da melhor técnica ao criar título específico para tratar das comissões de representantes, dando a entender que elas tratam de órgãos autônomos, desvinculados dos sindicatos, não menos verdade é que o legislador

infraconstitucional em nenhum momento proibiu o sindicato profissional de se fazer presente nas comissões de representante.

Ocorre, no entanto, que mais adiante, no § 1º do artigo 510-C, o legislador se descuidou e cometeu uma heresia jurídica na medida em que vedou a “interferência” do sindicato profissional no processo eleitoral, mais especificamente na instituição da comissão eleitoral, ou seja: excluiu-se o sindicato profissional da organização do processo eleitoral. Ora, se a comissão de representante é um órgão do sindicato profissional, não há como se afastar o sindicato profissional da constituição da referida comissão, sob pena de entendermos que o sindicato foi alijado de sua prerrogativa legal de se autogerir e de representar sua categoria. Ademais observe-se que o artigo 513 da CLT, o qual não foi alterado pela Lei 13.467/2016, prevê expressamente que cabe aos sindicatos “c) eleger ou designar os representantes da respectiva categoria ou profissão liberal”.

O sindicato profissional deverá não só supervisionar, mas coordenar o processo de eleição das comissões de representantes, sob pena de nulidade absoluta do pleito eleitoral.

Assim, para se poder conjumar as disposições da nova Lei de forma a não ferirmos de morte as Normas Constitucionais aplicáveis, e nem tampouco contrariar a expressa previsão de outros dispositivos da própria CLT, a “interferência” a que faz menção a parte final do supracitado parágrafo primeiro do artigo 510-C, deve ser entendida como a “ingerência infundada” do sindicato profissional na indicação dos candidatos ou no resultado das eleições.

Fazendo as comissões de representante parte da estrutura sindical, e uma vez considerando-se que as disposições sobre o processo eleitoral são em número reduzido, temos que nada obsta que os estatutos das entidades sindicais prevejam procedimentos específicos e complementares à eleição dos representantes, inclusive prevendo a possibilidade de outros empregados, que não necessariamente empregados da empresa empregadora, ou até mesmo não membros da categoria, a concorrer ao pleito à representante sindical nas comissões

de representantes. Assim, seria o caso, por exemplo, de concorrer ao pleito profissional da área de segurança do trabalho, mesmo não sendo empregado ou membro da categoria profissional.

Outra situação que deve ser necessariamente atenuada é a instituição de comissão com número inferior ao previsto em lei (05 membros). Assim, sempre que não houver número suficiente de empregados que se habilitem a preencher todas as cinco vagas de representante sindical, deverá o sindicato profissional indicar representantes qualificados a exercer tal mister.

A representação dos empregados na empresa, por certo, não substitui a atuação sindical, mas atua como instrumento efetivo no preenchimento de lacunas presentes na relação entre o sindicato e o empregador, desde que assegurada a participação do sindicato profissional na organização do pleito eleitoral para a criação/eleição das comissões de representantes dos empregados.

■ RELATÓRIO DE ENUNCIADOS APRESENTADOS

TEMAS DE DEBATES			
GRUPO 1 - Custeio do sistema sindical			
NOME	CATEGORIA	ENTIDADE	ENUNCIADOS
CAROLINE FERREIRA COSTA DE DEUS ANDRADE	Advogado Trabalhista		Fixação de benefícios em prol somente dos associados – contribuição assistencial.
CRISTIANE AMARAL DA SILVA	Advogado Trabalhista	Sintaubate	Custeio do sistema sindical.
FÁBIO LEMOS ZANÃO	Advogado Trabalhista	Feaac	Dada a natureza jurídica da contribuição sindical, por não se admitir a facultatividade de contribuição para-fiscal e, por decorrência da obrigatoriedade do exercício da representação sindical a todos os integrantes das categorias econômicas e profissionais de forma indistinta, independentemente de filiação e de prévia e expressa anuência.
FÁBIO LEMOS ZANÃO	Advogado Trabalhista	Feaac	Para os fins do artigo 611-B, inc. XXVI da lei 13.467/17, por se tratar de norma que visa a proteção da liberdade de filiação às entidades sindicais, apenas será considerado objeto ilícito os acordos e convenções coletivas que fixarem o desconto compulsório relativamente à contribuição associativa às entidades sindicais, não se aplicando referido dispositivo às contribuições sindicais, assistenciais e confederativas.
FÁBIO LEMOS ZANÃO	Advogado Trabalhista	Feaac	As empresas deverão respeitar os acordos firmados por entidades sindicais que digam respeito à forma de instituição, desconto de contribuição e exercício de direito de oposição, antes da vigência da Lei 13.467/17, por se tratarem de atos jurídicos perfeitos, nos termos do artigo 5º, inc. XXXVI da CF.

TEMAS DE DEBATES			
GRUPO 1 - Custeio do sistema sindical			
NOME	CATEGORIA	ENTIDADE	ENUNCIADOS
HILDEBRANDO BARBOSA DE CARVALHO	Advogado Trabalhista	Fenavenpro	Contribuição Sindical: Natureza Tributária. Compulsoriedade. Inaplicabilidade do direito facultativo previsto nos artigos 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT, conforme redação ofertada pelo artigo 1º, da Lei nº 13.467/2017 (denominada de Reforma Trabalhista).
LUCAS MORENO PROGIANTE	Advogado Trabalhista	Sincomerciários Catanduva	As cláusulas normativas dos acordos ou convenções coletivas de trabalho serão aplicadas exclusivamente aos trabalhadores da categoria que contribuam para o custeio sindical.
LUCAS RODRIGUES DA COSTA	Advogado Trabalhista	Sincomerciários Catanduva	Custeio do sistema sindical. Advento da Lei nº 13.467/2017. Contribuição facultativa. Fragmentação da unicidade sindical. Assistência exclusivamente ao contribuinte.
NELSON BENEDITO GONÇALVES NOGUEIRA	Advogado Trabalhista		Alternativa para o financiamento aos sindicatos caso o imposto sindical seja extinto.
RENATO MELO	Advogado Trabalhista		Ratificar o IV, Art. 8º da CRFB/88, acrescentando que: a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha de todos empregados, compulsoriamente, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei.

TEMAS DE DEBATES			
GRUPO 1 - Custeio do sistema sindical			
NOME	CATEGORIA	ENTIDADE	ENUNCIADOS
THIAGO LEAL RESENDE	Advogado Trabalhista	CNTC	A Constituição Federal, em seu artigo 8º, IV, ressalva a legalidade da contribuição sindical prevista em lei. Sendo obrigatória conforme a redação anterior à reforma trabalhista, o artigo 579 da Consolidação das Leis do Trabalho dizia que a contribuição era devida por todos aqueles que participassem de uma determinada categoria profissional ou econômica, ou profissão liberal, em favor do sindicato respectivo.
WAGNER VIANA LUZ	Advogado Trabalhista	Fecomerciantes MG	Taxa Negocial. Convenção Coletiva de Trabalho. As empresas, como intermediárias, descontarão da remuneração de todos os seus empregados, a importância de 6,0% (seis por cento) dos salários dos meses de xxxxxx e xxxxxx, a título de taxa negocial, até o limite de R\$xxxx (xxxx reais), como deliberada e aprovada pela Assembleia Geral da Categoria, com vistas ao art. 07º, inciso XXVI, da CR/88, ao art. 08º, inciso IV, da CR/88, ao art. 08º, da Convenção 95 da OIT aos arts. 462 e 513, letra "e" da CLT.
ZILMARA DAVID ALENCAR	Advogado Trabalhista		Forma de cobrança da contribuição sindical. Autorização prévia e expressa da categoria mediante assembleia geral. Ato soberano da vontade coletiva.

TEMAS DE DEBATES

GRUPO 1 - Custeio do sistema sindical

NOME	CATEGORIA	ENTIDADE	ENUNCIADOS
ZILMARA DAVID ALENCAR	Advogado Trabalhista		A autorização prévia e expressa para o desconto da contribuição sindical realizada por Assembleia Geral, nos termos das disposições estatutárias, convocando toda a categoria representada especificamente para esse fim, atende às formalidades legais estabelecidas nos arts. 545 a 601 da CLT.

TEMAS DE DEBATES			
GRUPO 2 - Trabalho em condição degradante			
NOME	CATEGORIA	ENTIDADE	ENUNCIADOS SUGERIDOS
JOÃO ANDRÉ VIDAL DE SOUZA	Advogado Trabalhista	Fecomercários SP	A estipulação de jornada de trabalho de 12 horas concomitante com a redução do intervalo de descanso no acordo coletivo de trabalho pode evidenciar prática de jornada exaustiva e coloca em risco a integridade física do trabalhador, caracterizando-se como norma coletiva com situação de trabalho degradante.
JOÃO ANDRÉ VIDAL DE SOUZA	Advogado Trabalhista	Fecomercários SP	O acordo coletivo de trabalho que estabelecer o enquadramento do grau de insalubridade de um determinado ambiente de trabalho e prorrogar jornadas em ambientes insalubres, desprovido de estudo prévio a respeito dos limites de tolerância poderá ter a sua validade questionada.
JOÃO ANDRÉ VIDAL DE SOUZA	Advogado Trabalhista	Fecomercários SP	Revogação do §1º do Art. 477. A ausência de assistência do respectivo sindicato profissional no ato da rescisão do contrato de trabalho não garante a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana e a omissão legal subverte o sentido legal do combate ao trabalho escravo.
JOÃO ANDRÉ VIDAL DE SOUZA	Advogado Trabalhista	Fecomercários SP	A nenhum sindicato profissional é facultado negociar coletivamente condições de trabalho que possam direta ou indiretamente estabelecer práticas de trabalho escravo ou de trabalho degradante.

TEMAS DE DEBATES

GRUPO 2 - Trabalho em condição degradante

NOME	CATEGORIA	ENTIDADE	ENUNCIADOS SUGERIDOS
JOÃO ANDRÉ VIDAL DE SOUZA	Advogado Trabalhista	Fecomercários SP	Terceirização – A ampliação da terceirização para as atividades principais das empresas deverá proporcionar benefícios para os trabalhadores em respeito à dignidade da pessoa humana. A ausência de benefícios reais aos trabalhadores caracteriza trabalho degradante e prejudica o valor social do trabalho.
JOÃO ANDRÉ VIDAL DE SOUZA	Advogado Trabalhista	Fecomercários SP	Os trabalhadores e prestadores de serviços em empresas terceirizadas e de trabalho temporário que tenham suas funções ligadas diretamente às atividades próprias da empresa serão representados pelos sindicatos profissionais preponderantes a fim de evitar a prática de trabalho degradante.
LEONARDO GIL PEDROSA	Advogado Trabalhista	CNTC	Reforma Trabalhista incentiva a prática de trabalhos em condições degradantes.
MALU COSTA FONSECA	Advogado Trabalhista		Deve ser estabelecido mecanismos que permita o sindicato profissional exercer poder de polícia, no sentido estrito a fim de fiscalizar o labor a quando ocorre sob condições insalubres (calor excessivo e pouca ventilação, por exemplo), sem equipamentos de proteção e segurança (como capacetes, calçado apropriado, luvas etc.), má alimentação, falta de higiene.

TEMAS DE DEBATES			
GRUPO 3 - Negociado sobre legislado			
NOME	CATEGORIA	ENTIDADE	ENUNCIADOS SUGERIDOS
ANDRE LUIZ COMDOTO OSHIRO	Advogado Trabalhista		Art. 611-A, §1º - violaria o princípio da ubiquidade, art. 5º XXXV, da CF? Ao analisar objeto lícito não poderia ser anulada a cláusula? Art. 611-A, §2º - E como examinar a legalidade da transação? Art. 611-A, §3º - Pode a Lei já estabelecer a contrapartida específica? Art. 611-A, §4º - não haveria violação do inciso XXVI do art. 7º da CF/ 88? Foi criada uma eficácia anexa para anulação de uma cláusula normativa? Art. 611-A, §4º- Não será possível ação anulatória individual contra CCT e ACT?
CRISTIANE JANICE FRAGOSO DOS SANTOS PAVAN	Advogado Trabalhista		Fixação de prêmio e de contribuição negocial.
FLÁVIA DORADO TORRES	Advogado Trabalhista		Como se dará a alteração dos contratos de trabalho em curso, considerando a regra do negociado sob o legislado.
JOSÉ ALBERTO DOS SANTOS	Advogado Trabalhista		A lei especial prevalecendo à lei geral.
JOSÉ ALBERTO DOS SANTOS	Advogado Trabalhista		O princípio da boa-fé objetiva.
JOSÉ ALBERTO DOS SANTOS	Advogado Trabalhista		A antinomia entre os §1º do artigo 444 e os § 5º do artigo 59, artigo 59-A e artigo 59-B.
LUCIENE DE FÁTIMA RODRIGUES VALENTIM	Advogado Trabalhista	Sec Bh	Incluir nas negociações coletivas (CCT e ACT), cláusulas que limitem a contratação de empregados terceirizados por CNPJ.
MARCOS VINICIUS POLISZEZUK	Advogado Trabalhista	Feaac	Negociado sobre legislado. Limites. Art. 611-A
MARCOS VINICIUS POLISZEZUK	Advogado Trabalhista	Feaac	Art. 611-A. enquadramento de grau de insalubridade. Violação de direito fundamental.

TEMAS DE DEBATES			
GRUPO 3 - Negociado sobre legislado			
NOME	CATEGORIA	ENTIDADE	ENUNCIADOS SUGERIDOS
MARCOS VINICIUS POLISZEZUK	Advogado Trabalhista	Feaac	Negociação coletiva direta com comissão dos trabalhadores. Nulidade. Princípio protetivo. Obrigatoriedade da presença da entidade sindical.
MARCOS VINICIUS POLISZEZUK	Advogado Trabalhista	Feaac	Negociação coletiva in pejus. Princípio da autonomia negociada coletiva. Nulidade.
MARCOS VINICIUS POLISZEZUK	Advogado Trabalhista	Feaac	Direitos indisponíveis. Impossibilidade de redução ou supressão por norma coletiva.
MARCOS VINICIUS POLISZEZUK	Advogado Trabalhista	Feaac	Validade das normas coletivas. Vedação da ultratividade. Inconstitucionalidade.
MARIA FRANCISCA ALVES DA CRUZ GOMES	Advogado Trabalhista	Sintaubate	Negociado sobre legislado.
PABLO VASCONCELOS PAVAN	Advogado Trabalhista		Aprovação do desconto da contribuição sindical por assembleia geral para federações e confederações.
WALTER DE SOUZA FERNANDES	Advogado Trabalhista	Sincomar	Para efeito do reconhecimento da prescrição intercorrente, conforme previsto no art. 11-A da CLT, esta jamais será declarada na fase de conhecimento, somente se considerando o descumprimento da determinação judicial a que faz referência parágrafo 1º, a omissão imotivada na indicação de meios para o prosseguimento da execução, e que, portanto, caracterize o desinteresse da parte no prosseguimento da causa.
WALTER DE SOUZA FERNANDES	Advogado Trabalhista	Sincomar	A prevalência do negociado sobre o legislado, conforme preceitua o caput do art. 611-A da CLT dependerá, entre outras exigências, da observância dos seguintes requisitos.

TEMAS DE DEBATES			
GRUPO 3 - Negociado sobre legislado			
NOME	CATEGORIA	ENTIDADE	ENUNCIADOS SUGERIDOS
ZILMARA DAVID ALENCAR	Advogado Trabalhista		Negociado sobre o legislado. Validade de cláusula que restringe as formas de contratação (terceirização/teletrabalho/trabalho intermitente).
ZILMARA DAVID ALENCAR	Advogado Trabalhista		A Lei 12.790/2013 que dispõe sobre a regulamentação do exercício da profissão de comerciante, prevalece sobre a Lei n.º 13.467/2017, que instituiu a reforma trabalhista, em razão da sua especificidade.

TEMAS DE DEBATES

GRUPO 4 - Acesso à Justiça do Trabalho e barreiras processuais

NOME	CATEGORIA	ENTIDADE	ENUNCIADOS SUGERIDOS
CAROLINA MARZOLA HIRATA ZEDES	Procuradora do Trabalho	TRT 15 ^a	Deferimento da justiça gratuita àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social. Direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita e ao acesso à justiça.
CAROLINA MARZOLA HIRATA ZEDES	Procuradora do Trabalho	TRT 15 ^a	Assistência jurídica integral e gratuita. Benefício da justiça gratuita. Persistência da assistência judiciária gratuita sindical.
CAROLINA MARZOLA HIRATA ZEDES	Procuradora do Trabalho	TRT 15 ^a	Comprovação da insuficiência de recursos pela pessoa natural. Lacuna axiológica.
CAROLINA MARZOLA HIRATA ZEDES	Procuradora do Trabalho	TRT 15 ^a	Indeferimento do pedido de justiça gratuita formulado por pessoa natural. Obrigatoriedade de concessão de oportunidade à parte para comprovar o preenchimento dos pressupostos legais.
CAROLINA MARZOLA HIRATA ZEDES	Procuradora do Trabalho	TRT 15 ^a	Honorários periciais à parte sucumbente no objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. Inconstitucionalidade.
CAROLINA MARZOLA HIRATA ZEDES	Procuradora do Trabalho	TRT 15 ^a	Obtenção em juízo de créditos de créditos capazes de suportar o pagamento dos honorários periciais pela parte beneficiária da justiça gratuita. Inconstitucionalidade. Natureza alimentar do crédito.
CAROLINA MARZOLA HIRATA ZEDES	Procuradora do Trabalho	TRT 15 ^a	Exceção de incompetência territorial. Produção de prova oral pelo excipiente no juízo em que houver indicado como competente. Inconstitucionalidade. Violação ao princípio da igualdade processual, ao contraditório e à ampla defesa

TEMAS DE DEBATES			
GRUPO 4 - Acesso à Justiça do Trabalho e barreiras processuais			
NOME	CATEGORIA	ENTIDADE	ENUNCIADOS SUGERIDOS
CAROLINA MARZOLA HIRATA ZEDES	Procuradora do Trabalho	TRT 15ª	Requisitos da petição inicial. Pedido certo, determinado e com indicação de seu valor. Possibilidade de apresentação de pedido genérico nos casos previstos em lei. Aplicação do art. 324, § 1º, cpc.
CAROLINA MARZOLA HIRATA ZEDES	Procuradora do Trabalho	TRT 15ª	Extinção sem resolução do mérito dos pedidos que não sejam certos, determinados e com indicação de seus valores. Efetividade processual e primazia do julgamento do mérito. Lacuna axiológica.
CAROLINA MARZOLA HIRATA ZEDES	Procuradora do Trabalho	TRT 15ª	Ausência do reclamante. Arquivamento da reclamatória trabalhista. Pagamento das custas processuais, ainda que beneficiário da justiça gratuita. Inconstitucionalidade.
LÚCIA HELENA DOS SANTOS BRAGA	Advogado Trabalhista	Sintaubate	Acesso à justiça do trabalho e barreiras processuais.
THIAGO LEAL RESENDE	Advogado Trabalhista	CNTC	Os artigos 790-B, 791-A e 844 da CLT são completamente INCONSTITUCIONAIS uma vez que impõe custas mesmo aos que comprovarem insuficiência de recursos. Não devendo basear uma gratuidade de justiça em valores e sim para onde eles são destinados.
ZILMARA DAVID ALENCAR	Advogado Trabalhista		Ação de anulação de cláusula de instrumento coletivo. Entidades sindicais subscritoras. Litisconsorte necessário. Ônus processual da lide.
ZILMARA DAVID ALENCAR	Advogado Trabalhista		Redução do valor do depósito recursal para entidades sem fins lucrativos. Possibilidade de aplicação às entidades sindicais.

TEMAS DE DEBATES

GRUPO 4 - Acesso à Justiça do Trabalho e barreiras processuais

NOME	CATEGORIA	ENTIDADE	ENUNCIADOS SUGERIDOS
ZILMARA DAVID ALENCAR	Advogado Trabalhista		Responsabilidade quanto ao pagamento dos honorários periciais. Beneficiário da justiça gratuita. Exceção aplicada ao trabalhador vítima de acidente de trabalho. Artigo 790-b da Clt.

TEMAS DE DEBATES

GRUPO 5 - Jornada de Trabalho e Novas formas de contratação

NOME	CATEGORIA	ENTIDADE	ENUNCIADOS SUGERIDOS
EMERSON FERREIRA DOMINGUES	Advogado Trabalhista	Sincomerciários São Carlos	Nos termos da Lei no 12.790/2013 (Lei dos Comerciantes), a jornada de trabalho regulamentada dos comerciantes é de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, admitindo-se jornada de 6 (seis) horas diárias para os trabalhos realizados em turnos de revezamento, vedado o empregado do mesmo trabalhador em mais de 1 (um) turno, não se reconhecendo válidas à categoria as alterações da Lei 13.467/2017.
JAIRO DE SOUSA LIMA	Advogado Trabalhista		É proibido a contratação de trabalhador para prestação de trabalho intermitente nos três meses subsequentes às dispensas coletivas ou recontrações de empregados.
JAIRO DE SOUSA LIMA	Advogado Trabalhista		Nos contratos para prestação de trabalho intermitente, se a duração semanal não for previamente estipulada, presume-se acordadas doze horas e se a jornada não houver sido estabelecida, o empregador é obrigado a conceder trabalho por, no mínimo, três horas a cada dia.
THIAGO LEAL RESENDE	Advogado Trabalhista	CNTC	Distrato de comum acordo.
ZILMARA DAVID ALENCAR	Advogado Trabalhista		Teletrabalho. Atividade compatível. Controle de jornada. Atividade não compatível. Instrução normativa expedida pelo ministério do trabalho.
ZILMARA DAVID ALENCAR	Advogado Trabalhista		REPRESENTAÇÃO SINDICAL. SINDICATO DA ATIVIDADE PREPONDERANTE. Fixação do vínculo sindical entre o empregado terceirizado e o sindicato da categoria dos trabalhadores diretamente vinculados à empresa tomadora de serviços

TEMAS DE DEBATES

GRUPO 6 - Comissão de Empregados e a Representação Sindical

NOME	CATEGORIA	ENTIDADE	ENUNCIADOS SUGERIDOS
ANTÔNIO CARLOS PENZIN NETO	Advogado Trabalhista	Fecomercários MG	Os processos de criação e de eleição das comissões de empresa serão obrigatoriamente conduzidos pela Entidade Sindical Profissional, que, a seu critério, poderá indicar um membro, diretor eleito ou trabalhador da empresa específica.
ANTÔNIO CARLOS PENZIN NETO	Advogado Trabalhista	Fecomercários MG	Para fins de enquadramento sindical dos trabalhadores que prestem serviços no âmbito das empresas representadas pela Entidade Sindical Patronal conveniente terão como referência a atividade preponderante da tomadora de serviços, para definição da sua representação sindical, com exceção das serviços de vigilância, conservação e limpeza, categoria diferenciada que obedecerão o enquadramento sindical obedecerá a atividade econômica principal da prestadora de serviço
RODRIGO LOBO BORGES	Advogado Trabalhista	Sintaubate	Comissão de empregados e a representação sindical.
WALTER DE SOUZA FERNANDES	Advogado Trabalhista	Sincomar	É inconstitucional a parte final do parágrafo 1º do art. 510-B da CLT, que veda a participação da entidade sindicato profissional na organização do pleito eleitoral para a criação/eleição das comissões de representantes.
WALTER DE SOUZA FERNANDES	Advogado Trabalhista	Sincomar	Os processos de criação e de eleição das comissões de representantes serão obrigatoriamente conduzidos pela entidade sindical representante da categoria profissional vinculada à atividade preponderante da empresa, que indicará os membros da comissão eleitoral.

TEMAS DE DEBATES**GRUPO 6 - Comissão de Empregados e a Representação Sindical**

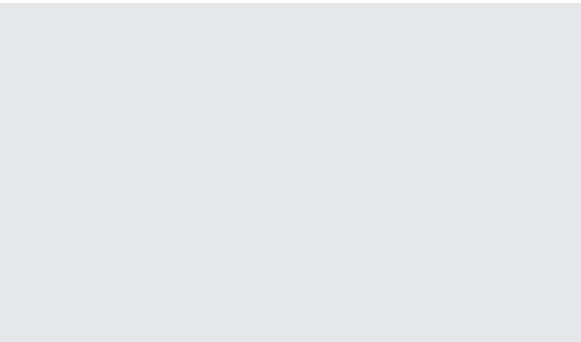
NOME	CATEGORIA	ENTIDADE	ENUNCIADOS SUGERIDOS
ZILMARA DAVID ALENCAR	Advogado Trabalhista		Representação dos trabalhadores no local de trabalho. Cabe às entidades sindicais a defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria representada. Decorre dessa prerrogativa constitucional o livre exercício da negociação coletiva.
ZILMARA DAVID ALENCAR	Advogado Trabalhista		Terceirização. Representação sindical. Sindicato da atividade preponderante.





■ ARTIGOS

Os Artigos foram organizados por ordem alfabética dos autores e tratam de temas bastante pertinentes à atual situação dos direitos trabalhistas individuais e coletivos e as inovações introduzidas pela Lei 13.467 de 2017, que certamente contribuirá na busca contínua do aprimoramento das relações de trabalho.





A FALSA REFORMA

Antônio Carlos Penzin Neto¹⁴

Elencados entre os direitos e garantias fundamentais, os direitos sociais, dentre eles os direitos dos trabalhadores, encontram-se sob a égide do princípio do não retrocesso social ou da vedação ao retrocesso, segundo o qual, em apertadíssima síntese, é vedado ao legislador revogar leis (parcial ou integralmente), de modo a reduzir, limitar ou suprimir tais conquistas do ordenamento jurídico.

A propósito, J.J. Gomes Canotilho ensina que *“A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isso quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação, etc.), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema “fático” da irreversibilidade das conquistas sociais, o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtracção à livre e oportunística disposição do legislador, a diminuição dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural.”*

Em seguida, conclui o renomado jurista português: ***“Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras das chamadas “conquistas sociais” (assim, por ex., será inconstitucional uma lei que reduza o âmbito dos cidadãos com direito a subsídio de desemprego e pretenda alargar o tempo de trabalho necessário para a aquisição do direito à reforma.”*** (DIREITO CONSTITUCIONAL, Ed. Coimbra, 5^a Edição, 1992, páginas 474/475).

¹⁴ Advogado e coordenador do Departamento Jurídico da Fecomerciarior-MG, com MBA Direito Tributário FGV.

Os direitos fundamentais estão em marcha para frente. O ordenamento jurídico nesse campo, portanto, deve sempre progredir.

A premissa da vedação do retrocesso social deve sempre ser considerada quando nos deparamos com uma legislação como é a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a chamada “Reforma Trabalhista”.

Vale dizer, a palavra “reforma” carrega a ideia de uma mudança que busca uma melhora, uma evolução. Sob esse prisma, a alcunha de “Reforma Trabalhista” recebida pela Lei nº 13.467/2017, é deveras injusta e não deve ser utilizada.

De fato, a Lei nº 13.467/2017, que alterou profundamente a CLT, sob o falso argumento de “*adequar a legislação às novas relações de trabalho*”, é um momento trágico na história da construção dos direitos trabalhistas no Brasil.

Seus defensores argumentam que a lei tem como objetivo modernizar as relações trabalhistas e gerar empregos. Segundo eles, não houve violação dos direitos constitucionalmente assegurados e a nova lei irá minimizar a insegurança jurídica criando mecanismos de negociação direta, fortalecendo a atuação sindical. Uma falácia.

Ainda que não se possa ter uma ideia exata do impacto que a referida lei causará, visto que entrará em vigor somente em 11/11/2017, e somente o tempo dirá o tamanho do estrago, é certo que o intuito do legislador foi, na verdade, precarizar os direitos dos trabalhadores, enfraquecer os sindicatos, afastando-os dos momentos mais cruciais da vida do trabalhador e por fim criar uma série de obstáculos e embaraços processuais para negar ao trabalhador o acesso à justiça. Trata-se, portanto, de uma falsa reforma.

Mas, afinal de contas, o que esperar de uma lei que, além de não ter sido objeto de um amplo debate com a sociedade, de acordo com matéria do “*Intercept Brasil*”, “*das 850 emendas apresentadas por 82 deputados durante a discussão do projeto da Reforma Trabalhista na comissão especial, 34% foram redigidas em computadores de representantes da Confederação Nacional do Transporte (CNT), da Confederação Nacional das Instituições Financeiras*

(CNF), da Confederação Nacional da Indústria (CNI) e da Associação Nacional do Transporte de Cargas e Logística (NTC&Logística)". (Fonte: <https://theintercept.com/2017/04/26/lobistas-de-bancos-industrias-e-transportes-quem-esta-por-tras-das-emendas-da-reforma-trabalhista/>).

A Lei 13.467/2017 é uma legislação produzida pelos patrões e para os patrões. Anos de lutas, conquistas dos trabalhadores alcançadas através de árdua luta sindical e pela atuação dos operadores do direito seja perante os tribunais, seja no mundo acadêmico, foram simplesmente aniquilados por uma lei cuja confecção não foi debatida pela sociedade e, principalmente, pelos atores da relação trabalhista.

Especificamente quanto a duração da jornada de trabalho, enquanto em todo mundo se fala em redução, de modo a garantir que os trabalhadores tenham tempo adequado para dedicar a suas famílias e a outros aspectos de sua vida, a nova lei, na contramão do mundo, traz diversos dispositivos que ampliam as possibilidades de elástico da jornada.

Banco de horas e jornada de trabalho 12x36 pactuada diretamente entre empregado e empregador, sem a essencial participação do sindicato, inclusive através de acordo individual tácito!, possibilidades de supressão e redução do intervalo para repouso e alimentação, são apenas algumas das várias alterações precarizantes trazidas pela Lei 13.467/2017.

É essencial que o trabalhador brasileiro tenha a percepção que sofreu um ataque fulminante nos seus direitos e crucial que ele compreenda que a sua reação deve ser imediata, principalmente através de ações coletivas capitaneadas pelo movimento sindical, que nesse momento histórico tem um papel essencial do qual não pode se abster.

Cabe à classe trabalhadora através dos seus sindicatos questionar juridicamente a validade dos dispositivos da Lei 13.467/2017, principalmente da perspectiva da sua incompatibilidade com as normas constitucionais e com os tratados e convenções internacionais das quais o Brasil é signatário.



BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

Carolina Marzola Hirata Zedes¹⁵

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.467.2017, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, promoveu profundas alterações no Direito Material e no Direito Processual do Trabalho. Tendo em vista que foi publicada no DOU em 14.07.2017 (sábado), e considerando a “vacatio legis” de 120 (cento e vinte dias) (art. 6º, da Lei n.º 13.647.2017), entrará em vigor no próximo dia 11.11.2017.

No que pertine ao objeto do presente estudo, fez inserir na Consolidação das Leis do Trabalho, o CAPÍTULO III-A, regulando o “PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL”, “in verbis”:

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

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

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

categoria.

15 Procuradora do Trabalho. Ex-Procuradora do Estado de Goiás. Especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela PUC-Minas. Mestranda em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela Unimep. Autora de livros e artigos jurídicos. Professora em cursos preparatórios para carreiras jurídicas.

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

“Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença.

“Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados.

Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo”.

Na sequência, serão abordados os aspectos principais do novel instituto.

DOPROCESSODEJURISDIÇÃOVOLUNTÁRIAPARAHOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL – QUADRO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

A Lei n.º 13.467.2017, sob o pretexto de regular um processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial, poderá ter como efeito a institucionalização de uma prática que anteriormente era considerada vedada: a utilização da Justiça do Trabalho como órgão homologador de rescisão contratual, com o objetivo de se obter o efeito de quitação geral do contrato de trabalho ou o parcelamento e redução das verbas trabalhistas.

Dessarte, não é incomum a utilização da Justiça do Trabalho como órgão homologador de rescisão contratual, isso para que a empresa obtenha o efeito de quitação geral do extinto contrato de trabalho (OJ 132 da SDI-2, do TST), independentemente das parcelas consignadas no TRCT (Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho) (Súmula n. 330 do TST).

Mais comum ainda é o simples não pagamento das verbas rescisórias devidas ao empregado para que, na Justiça do Trabalho, o valor seja reduzido por acordo e parcelado.

Tais práticas, em razão de causarem notório prejuízo ao empregado – forçado a ser privado de suas verbas alimentares ao final do contrato de trabalho, para atender ao objetivo espúrio do empregador de obter em juízo o efeito de quitação geral do extinto contrato de trabalho – eram combatidas tanto por magistrados, quando se extinguia o processo sem resolução do mérito, por aplicação do art. 142 do CPC (então art. 129 do CPC de 1973), como pelo Ministério Público do Trabalho, através do ajuizamento de inúmeras ações civis públicas e formalizações de termos de ajustamento de conduta, cujos objetivos consistiam justamente na obtenção de tutela inibitória de obrigação de não fazer (abster-se de utilizar a Justiça do Trabalho como órgão homologador de rescisão contratual ou de simular lide), além de indenização pelo dano social.

DOPROCESSODEJURISDIÇÃOVOLUNTÁRIAPARAHOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL – ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

A competência funcional para decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho é da Vara do Trabalho (art. 652, inciso IV, alínea “f”, da CLT, conforme redação conferida pela Lei n.º 13.467.2017)

As partes formularão petição conjunta, não podendo ser representadas por advogado comum. A lei expressamente exclui o “jus postulandi”, requerendo assistência técnica por parte de ambas as partes. O empregado poderá estar assistido por seu sindicato. No prazo de quinze dias, a contar da distribuição, o juiz analisará o pedido e, se necessário, designará audiência, proferindo sentença. Não há limitação quanto às provas a serem produzidas e tampouco quanto à iniciativa de ofício por parte do juiz, cabendo a ele a descoberta da verdade a respeito das reais condições do acordo.

O pedido de homologação de acordo extrajudicial suspende a prescrição quanto aos direitos nela especificados, isto é, no que tange somente às parcelas discriminadas na petição conjunta. Transitada em julgado a sentença, o prazo recomeça a correr pelo que sobejar. Para outras rubricas, o prazo prescricional tem curso contínuo (não se suspende).

A sentença é homologatória de transação. Claro que o juiz não se encontra obrigado a homologar a avença. Não há sentido e haveria mesmo inconstitucionalidade ao se vedar ao magistrado exercer seu mister judicante de aplicar a lei, ferindo sua independência funcional. Nesse sentido, continua válido o entendimento consubstanciado na Súmula 418 do TST: “a homologação de acordo constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança”.

Ademais, sempre que o magistrado se convencer que, pelas circunstâncias do processo (e aí a importância de se instruir o pedido), as partes se serviram do processo para atingir objetivo ilegal (seja salvaguardando o patrimônio de outras dívidas e prejudicando terceiros, seja para obter o efeito de quitação geral do extinto contrato de trabalho) ou verificar a existência de simulação, deverá aplicar o art. 142 do CPC e impor multa por litigância de má-fé para sancionar o comportamento das partes (art. 793-B, inciso III, da CLT). Além disso, deverá oficiar o Ministério Público do Trabalho para que as medidas de ordem coletiva sejam adotadas, evitando-se a disseminação da prática.

A quitação a ser conferida deverá ser restrita tão-somente às parcelas discriminadas, fazendo-se um paralelo com a suspensão do prazo prescricional, sem o efeito de quitação geral do extinto contrato de trabalho (como parece ser a “mens legislatoris”). Veja-se que, se a suspensão atinge somente as parcelas expressamente consignadas, não há motivo para que a sentença homologatória tenha o efeito de liberação geral do extinto contrato de trabalho, isso para se preservar a equidade e igualdade processual.

DOPROCESSODEJURISDIÇÃOVOLUNTÁRIAPARAHOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL - EFEITOS

Nesse ponto, observa-se claramente que a institucionalização do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordos extrajudiciais incrementará o número de processos propostos perante a Justiça do Trabalho, o que contradiz o propósito inicial do projeto de lei da reforma trabalhista, de redução da taxa de judicialização. Vale lembrar que uma das justificativas da proposta de alteração consistia justamente no excessivo número de ações trabalhistas, como um dos fatores e inoperância da Justiça do Trabalho.

É o que destaca o dossiê sobre a Reforma Trabalhista, de autoria do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho da UNICAMP (<http://www.dmtemdebate.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Dossie%CC%82-da-Reforma-Trabalhista.pdf>):

“Pelo procedimento previsto no projeto, a Justiça do Trabalho passa a exercer uma função meramente homologatória de acordos extrajudiciais entabulados entre empregado e empregador, individualmente e independentemente de assistência sindical, objetivando quitação ampla e irrestrita das parcelas trabalhistas devidas ao trabalhador, via chancela judicial. Vale lembrar que o Direito do Trabalho tem como um de seus princípios fundantes o da inafastabilidade das normas de ordem pública pela vontade das partes. A reforma acaba por cancelar a quebra desse princípio legitimando a ação de empregadores em busca da quitação judicial de suas obrigações. Assim, o projeto de lei, prevê a possibilidade de empregados e empregadores, individualmente, transacionarem sobre as verbas trabalhistas que são devidas ao trabalhador, competindo a Justiça do Trabalho apenas a função de reconhecer a validade deste acordo entabulado entre as partes e sob a imposição do detentor do capital, homologando a avença e liberando o em-

pregador de qualquer verba devida referente ao extinto contrato de trabalho.

Este procedimento, previsto no projeto de lei, denominado procedimento de jurisdição voluntária, certamente contribuirá para o aumento de demandas perante a Justiça do Trabalho e para a ineficiência da instituição, uma vez que os empregadores passam a ter interesse próprio no ajuizamento deste tipo de reclamação trabalhista, dado que alcançarão inegáveis benefícios decorrentes da chancela judicial e da quitação geral das verbas trabalhistas devidas ao empregado. Assim, o acordo que for entabulado pelas partes e homologado pela Justiça do Trabalho terá valor absoluto de liberação geral do empregador pelas obrigações decorrentes do extinto contrato, mesmo que não tenha quitado todas as verbas devidas, mas apenas aquelas que constam do acordo homologado.

Interessante notar que o discurso dos defensores da reforma, ao justificar as normas inconstitucionais e restritivas do acesso à Justiça, se pauta sempre pelo argumento da necessidade de redução das demandas que são submetidas à apreciação do Justiça do Trabalho. Contudo, quando o interesse que está em jogo é a quitação de obrigações trabalhistas, com liberação geral em relação ao extinto contrato de trabalho, não há qualquer preocupação com os efeitos que o procedimento de homologações de acordos individuais vai produzir em relação à quantidade de demandas que assolarão o Judiciário especializado”.

Aliás, trata-se neste particular de argumento falacioso. Como consigna a Nota Técnica ANPT, SINAIT e ANAMATRA sobre a Reforma Trabalhista, os processos trabalhistas correspondem somente a 6,8% dos processos pendentes no Poder Judiciário brasileiro:

“Muitos dos defensores desta “Reforma Trabalhista” tem levantado o argumento de que o Brasil é o recordista mundial em ações trabalhistas, algo que, em princípio, constitui uma realidade. Ocorre que estes pegam esse dado isoladamente, “esquecendo” de mencionar que o nosso país é, em verdade, o campeão mundial de judicialização, de processos judiciais, correspondendo a Justiça do Trabalho por menos de 7% (exatamente 6,8% do total de processos pendentes no Poder Judiciário brasileiro. As Justiças Estaduais, por exemplo, correspondem a cerca de 80% das ações judiciais pendentes no Brasil e a Justiça Federal a aproximadamente 12,3%¹⁶”.

Embora a lei faça a ressalva de que o ingresso com esse processo de jurisdição voluntária não afasta a aplicação do prazo para pagamento das verbas rescisórias e da multa do art. 477, § 8º, da CLT (de um salário, devidamente corrigido, a favor do empregado), a verdade é que, ainda que arcando com esse ônus, será mais vantajoso ao empregador, como já vem acontecendo, ingressar com o pedido de homologação de acordo extrajudicial, pois, em regra, essa multa é transacionada na Justiça do Trabalho.

Muitas vezes acordos na Justiça do Trabalho são celebrados e homologados (portanto, chancelados pelo Estado) ainda quando inexistente qualquer controvérsia quanto aos fatos, implicando verdadeira renúncia aos direitos trabalhistas, consignando-se, ainda, o efeito de liberação geral do extinto contrato de trabalho, para se chegar a uma composição. Cuida-se de claro desvirtuamento do princípio da conciliação que rege este ramo especializado. O princípio em tela certamente não pode servir como escudo para uma prática prejudicial somente a uma das partes da relação de emprego. Em razão desse desvirtuamento, sempre houve o interesse de maus empregadores de se valerem da Justiça do Trabalho como órgão homologador de rescisão contratual.

16 Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016.

Na Justiça Comum, quando se ingressa com ação de indenização por dano moral, em decorrência de acidente de carro, não se dá, como regra, quitação do dano material, exceto quando houver transação expressa quanto a este ponto. A quitação abrange tão somente aquilo que foi posto em juízo e não vale como uma alforria, ao contrário do que ocorre na Justiça do Trabalho em que a diretiva jurisprudencial é oposta, isto é, não havendo ressalva, a quitação abrange todo o extinto contrato de trabalho e impede a repositura de outra ação, com objeto diverso (vide OJ 132, da SDI-2, do TST).

Parece-nos que será decisiva a forma como este instituto será aplicado. Diga-se que a legislação referente à validade do negócio jurídico – a simulação, a qual pode ocorrer inclusive na esfera processual – não foi extirpada do mundo jurídico, continuando válida. O mesmo se pode afirmar quanto à nulidade do negócio jurídico em razão de perseguir objetivo ilegal (art. 166, inciso VI, do Código Civil).

Assim, sempre que o magistrado se convencer que, pelas circunstâncias do processo, as partes se serviram do processo para atingir objetivo ilegal (seja salvaguardando o patrimônio de outras dívidas e prejudicando terceiros, seja para obter o efeito de quitação geral do extinto contrato de trabalho, com redução dos haveres trabalhistas) ou verificar a existência de simulação, deverá aplicar o art. 142 do CPC e impor multa por litigância de má-fé para sancionar o comportamento das partes (art. 793-B, inciso III, da CLT).

Nessa imposição de multa, deverá o magistrado verificar se de fato houve conluio com o empregado, quando este também deverá ser apenado, ou se somente o empregador agiu com má-fé, quando a multa deverá ser arcada integralmente por aquele que teve o comportamento imoral. O objetivo descortinado durante a instrução do processo, ou seja, o que tencionavam as partes com o processo, será o grande indicativo do verdadeiro litigante de má-fé.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme afirmado, o que transparece é que a finalidade da alteração legislativa, ao positivar a possibilidade de homologação de acordo extrajudicial, sob o molde de um processo de jurisdição voluntária, foi autorizar uma prática considerada ilícita pela doutrina e pela jurisprudência.

Ao se aceitar a tramitação desse tipo de processo, sem maiores controles quanto ao mérito das verbas transacionadas pelas partes, cada extinção de relação de contrato de trabalho redundará na propositura de um correlato processo de homologação. Estes assolarão as Varas do Trabalho, não para cumprirem seu mister constitucional de pacificação de conflitos, mas para simplesmente chancelarem acordos quer servirão tão somente para blindar a empresa de uma demanda futura trabalhista, prejudicando o empregado que, na prática, ficará sem nenhum direito.

Sem embargo desse controle individual e caso a caso dos processos de jurisdição voluntária, seria oportuna a alteração ou cancelamento da OJ 132, da SDI-2, do TST, cessando, doravante, qualquer controvérsia quanto à abrangência da quitação obtida com a homologação do acordo extrajudicial – restrita ao objeto inicial.

O que deve sempre estar presente é que a missão constitucional do Poder Judiciário, e como um de seus ramos, da Justiça do Trabalho, seja no exercício de jurisdição voluntária ou contenciosa, não pode ser outra senão de promover a pacificação social e distribuir a justiça no caso concreto. Toda atividade jurisdicional deve ser orientada para esses fins maiores de justificação social de existência e deles não pode se divorciar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO (ANPT). Nota Técnica Reforma Trabalhista. Disponível em: <http://>

www.anpt.org.br/attachments/article/3017/NOTA%20TE%CC%81CNICA%20ANPT%20-%20SINAIT%20-%20ANAMATRA%20-%20REFORMA%20TRABALHISTA.pdf. Acesso em 06.08.2017.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2ª ed. Brasil: Ed.Forense, 2016;

CASSAR, Vólia Bomfim. REFORMA TRABALHISTA. Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16. In: <https://drive.google.com/file/d/oBxLfUqyUbMSXMzNXUThxNHhVY1IRdIBycmhxMTdTMG12RFNn/view>. Acesso em 21.05.2017;

DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. Parte Geral. Vol. 1, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. Procedimento Comum. Vol. 2, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. Provas. Vol. 3, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. 4, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. Execução. Vol. 5, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. Processo dos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Vol. 6, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FUX, Luiz. O novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica normativa. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/ministro-luiz-fux-cpc-seguranca-juridica-normativa>, acesso em 16.08.2017;

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela de Direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas de Processo Civil. São Paulo: Editora Malheiros, 1999;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, RT, 2015;

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC. São Paulo: Editora RT, 2010;

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 6^o ed. São Paulo: Editora RT, 2012;

MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016;

MIESSA, Elisson. Manual dos Recursos Trabalhistas. Teoria e Prática. 2^o ed. Salvador: JusPodium, 2017;

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Propostas de Emendas ao Substitutivo do PL 6787.2016. E-mail veiculado pelo Procurador-Geral do Trabalho aos membros em 24.04.2017 e entregue ao Relator do PL na Câmara dos Deputados;

MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017;

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41;

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume Único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS. Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho da UNICAMP. Dossiê sobre a Reforma Trabalhista. Disponível em: <http://www.dmttemdebate.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Dossie%CC%82-da-Reforma-Trabalhista.pdf>. Acesso em 21.09.2017:

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA INSTITUIÇÃO COMPULSÓRIA DE CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL POR ACORDO, CONVENÇÃO COLETIVA OU SENTENÇA NORMATIVA A EMPREGADOS NÃO SINDICALIZADOS

Fábio Lemos Zanão¹⁷

“O jurista tem a grave tarefa de promover a melhor aplicação do direito, aumentando, com sua atividade, o grau de certeza da ciência do direito. A tarefa do jurista é a luta contra o arbítrio. Tudo o que ele escreve e exterioriza serve de norte para ações futuras, motivo pelo qual não pode interpretar o direito contra os preceitos éticos, morais e, principalmente, democráticos, porque isto seria ato de sabotagem, de ação revolucionária, mas não método de busca científica.”

Rosa Maria de Andrade Nery.¹⁸

I - Considerações Gerais

O objetivo do presente trabalho é apresentar críticas às razões do voto de relatoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes, quando do julgamento do ARER 1018459-RG/PR¹⁹, uma vez que referido julgado, atual-

17 Advogado, mestre pela PUC-SP e Doutorando pela PUC-SP.

18 Rosa Maria de Andrade Nery. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes, in Nelson Nery Junior, Luiz Fux e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: RT, 2006, pp. 422/430.

19 Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. 2. Acordos e convenções coletivas de trabalho. Imposição de contribuições assistenciais compulsórias descontadas de empregados não filiados ao sindicato respectivo. Impossibilidade. Natureza não tributária da contribuição. Violação ao princípio da legalidade tributária. Precedentes. 3. Recurso extraordinário não provido. Reafirmação de jurisprudência da Corte (ARE 1018459-RG/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.02.2017, processo eletrônico, repercussão geral – mérito, DJe 046, 09.03.2017, pub. 10.03.2017).

mente, está sendo difundido pela mídia²⁰ e utilizado como verdadeiro precedente judicial por diversos protagonistas do direito sindical, trazendo cunho de inconstitucionalidade à fixação da contribuição assistencial aos não sindicalizados por parte de entidades sindicais patronais e profissionais – os quais encontram-se supostamente tolhidos de decidirem, através de suas assembleias gerais, a respeito da fixação da referida contribuição de forma compulsória, mesmo tendo muitas destas entidades firmado termos de ajustamento de conduta com o Ministério Público do Trabalho de suas respectivas regiões, à luz do próprio posicionamento também exarado pelo Supremo Tribunal Federal²¹.

20 STF veda cobrança de contribuição assistencial a não sindicalizados. <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-03/stf-veda-cobranca-contribuicao-assistencial-nao-sindicalizados>>. Acesso 05.06.2017, às 11h02min; Sindicato não pode exigir verba de não filiado. <<https://jota.info/trabalho/sindicato-nao-pode-exigir-verba-de-nao-sindicalizados-24022017>> Acesso 05.06.2017, às 11h03min; STF ratifica decisão contra taxa assistencial. Para advogado, é novo ataque a sindicatos. <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/07/stf-ratifica-decisao-contra-taxa-assistencial-para-advogado-e-novo-ataque-sindicatos/>>. Acesso 05.06.2017, às 11h01min; Limite à contribuição assistencial. <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,limite-a-contribuicao-assistencial,70001714932>>. Acesso 05.06.2017, às 11h04min.

21 Sentença normativa em dissídio coletivo. – O STF, ao julgar, em 23.03.1977, o RE 79317, decidiu que sentença normativa que concede estabilidade provisória a gestante não ofende a Constituição Federal. – O salário do substituto não traduz fixação de salário-mínimo profissional, mas é apenas meio hábil para garantir os efeitos da sentença normativa durante a sua vigência. Inexistência de violação dos arts. 8.º, XVII, b, e 142, § 1.º, da Emenda Constitucional n.1/69. – Não contraria a Constituição cláusula, em dissídio coletivo, de desconto, a favor do sindicato, na folha de pagamento dos empregados, de percentagem do aumento referente ao primeiro mês, desde que não haja oposição do empregado até certo prazo antes desse pagamento. – Cláusula que estabelece multa no caso de não cumprimento, pelo empregador, das obrigações de fazer contidas nas normas estabelecidas em sentença proferida em dissídio coletivo não ofende o disposto nos arts. 8.º, XVII, b, e 142, § 1º da Constituição Federal. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, Tribunal Pleno, RE 88022-SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 16.11.1977, DJ 10.03.1978, RTJ 86-03, p. 897). E mais recentemente: Contribuição – Convenção coletiva de trabalho - A contribuição prevista em convenção coletiva, fruto do disposto no art. 513, alínea e da Consolidação das Leis do Trabalho, é devida por todos os integrantes da categoria profissional, não se confundindo com aquela versada na primeira parte do inciso IV do art. 8º da Carta da República. “Descabe confundir filiação, sempre a depender da manifestação de vontade do prestador dos serviços ou da pessoa jurídica de direito privado que integre a categoria econômica, com o fenômeno da integração automática no âmbito da categoria. Por outro lado, sob a óptica da legislação comum, tem-se a alínea e do art. 513 da Consolidação das Leis do Trabalho que revela serem prerrogativas dos sindicatos ‘impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas’. Vê-se que a imposição não se faz relativamente àqueles que hajam aderido, associando-se ao sindicato, mas também no tocante aos integrantes das categorias. Ora, a Carta de 1988 veio a dar estatutura maior a esse preceito, dispondo que: ‘A assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei’” (STF, 2.ª Turma, RE 189960-3-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.11.2000).

O acórdão objeto da análise é oriundo da ação civil pública movida pelo Ministério Público do Trabalho (Procuradoria Regional do Trabalho da 9ª Região) em face do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas, Material Elétrico, de Veículos Automotores, de Autopeças e de Componentes e partes para veículos automotores da Grande Curitiba – SMC, do Sindicato Nacional da Indústria de Máquinas – SINDIMAQ e do Sindicato das Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico do Estado do Paraná – Sindmetal-PR, através da qual a procuradoria pretende a condenação das entidades sindicais para que estas se abstenham de:

- a. instituir, em acordo ou convenção coletiva de trabalho, contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoração, reversão salarial ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando não-filiados ao sindicato beneficiado; e
- b. instituir contribuição, fundo ou qualquer outra espécie de financiamento, independentemente da nomenclatura utilizada, em benefício do sindicato dos trabalhadores, a ser custeada pelo empregador ou pelo sindicato dos empregadores.

Com o posicionamento firmado pelo TST através do Precedente Normativo 119²², uma das entidades sindicais ingressou com o competente recurso extraordinário, ao qual foi negado seguimento, originando assim o recurso de agravo com o intuito de submeter o caso à apreciação do STF.

Não se pretende, através deste estudo, trazer exclusivamente discussões sobre a eventual constitucionalidade, ou não, da fixação de contribuição assistencial compulsória a todos os representados pela

22 Contribuições sindicais. Inobservância de preceitos constitucionais. PN 119 do TST: A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoração ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.

entidade sindical, mas, em verdade, tentar demonstrar a todos os interessados pelo tema que a decisão objeto dos comentários em nada altera o panorama atual, não sendo possível falar em mudança jurisprudencial já fixada pelo TST através do Precedente Normativo 119 nem, tampouco, força vinculante ou efeito *erga omnes* do referido aresto.

O objetivo do presente arrazoado também se destina a identificar até que ponto a decisão do STF, pelo reconhecimento da repercussão geral do tema e o julgamento da lide através do Plenário Virtual, não tenha configurado atitude comum da Suprema Corte brasileira²³ - um verdadeiro ativismo judicial²⁴ -, o que demanda a crítica existente.

II – O reconhecimento da repercussão geral através do Plenário Virtual e a decisão de mérito pelo não-voto (voto tácito)

Dispõe a Constituição Federal em seu art. 102, § 3º, que “*No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de 2/3 (dois terços) de seus membros.*”

Da simples leitura do Regimento Interno do STF percebe-se claramente que a repercussão geral encontra-se disciplinada através dos arts. 322 a 329, sendo certo que, na hipótese de o relator entender se tratar de caso de repercussão geral,²⁵ ele submeterá sua decisão, aos demais, por meio eletrônico, e, na ausência de manifestações suficientes para a recusa, reputar-se-á existente a repercussão geral²⁶.

23 Nelson Nery Jr., em sua obra *Princípios do processo na Constituição Federal* (9. ed., São Paulo: RT, p. 46/48), critica com veemência os poderes adquiridos pelo Supremo Tribunal Federal com viés de verdadeiro Tribunal Constitucional, posto que, diferentemente deste, ele integra o próprio organograma do Judiciário e sua composição não é formada pela representatividade dos demais Poderes, o que acarreta um problema de legitimidade.

24 Georges Abboud, em sua obra *Discrecionariiedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial* (São Paulo: RT, 2014, p. 481/482), define ativismo judicial como sendo “toda a decisão judicial que se fundamenta em: convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente e legalidade – aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico e não como mero positivismo strito ou subsunção do fato ao texto normativo”.

25 Art. 323, RISTF.

26 Art. 324, RISTF.

Esta inércia, este não-voto ou, pior, a própria falta de acesso ao sistema do Plenário Virtual,²⁷ por parte dos demais ministros integrantes da corte, leva a questão à apreciação, questão esta concebida como tendo repercussão geral pela decisão monocrática do relator, no caso em comento, do Ministro Gilmar Ferreira Mendes²⁸.

Não se olvide de dizer que esta medida restritiva ao cabimento do Recurso Extraordinário é sucessora da outrora arguição de relevância que vigorou no país no sistema da revogada Constituição Federal de 1969 e, como bem observam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery,

“no regime vigente, não é mais ao STF que cabe essa tarefa, mas à lei federal, que poderá indicar positiva ou negativamente o que será ou não será repercussão geral. A norma só terá eficácia depois da edição de lei regulamentando a matéria”²⁹.

Sendo assim, não se pode aceitar que ao relator do recurso sejam atribuídos “superpoderes” para, sob a pecha de maior celeridade e uniformização das decisões da mais alta corte do país, definir sem critérios objetivos o real conceito de repercussão geral; ainda mais quando, através da Resolução 587/2016 do STF, o então presidente Ministro Ricardo Lewandowski houve por bem possibilitar o julgamento dos agravos internos e embargos de declaração em ambiente eletrônico³⁰.

27 Segundo informações prestadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, dos últimos 100 temas levados a julgamento ao plenário virtual, apenas 21 contaram com a manifestação de todos os ministros da Corte, sendo que, dos 11 ministros que integram a Corte, apenas quatro deles se manifestaram em todos os processos. Fonte: <www.migalhas.com.br>. Acesso 05.06.2017, às 12h06min.

28 Infelizmente a atribuição de “superpoderes” ao relator, aliada ao fato da implantação do Plenário Virtual, sob o argumento de ditar maior celeridade à tramitação dos processos no STF, tem ocasionado inúmeros equívocos por parte da Corte Suprema. Em decisão no ARE 724406, o Presidente do STF, à época, decidiu monocraticamente, em sede de agravo em recurso extraordinário, um processo que, em verdade, não tinha o próprio recurso ordinário. Isto se deu em virtude de o referido processo ter chegado ao STF via processo eletrônico por equívoco. Como se não bastasse, a Presidência da Corte decidiu pelo não reconhecimento da repercussão geral; estando assim prejudicado o recurso extraordinário. Inconformado, o Estado de Pernambuco interpõe agravo interno demonstrando o equívoco (ARE 724406-PE, Estado de Pernambuco vs. Damocles Virgílio Leite do Amaral, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 27.11.2013).

29 *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, 5. ed., São Paulo: RT, p. 672.

30 Resolução 587/2016, STF. “Art. 1º Os agravos internos e embargos de declaração poderão, a crité-

Como bem assevera Teresa Alvim, o conceito de repercussão geral é vago e indeterminado, não sendo facilmente identificável no mundo empírico; mas não se deve, por este motivo.

“ter a impressão de que o fato de este conceito ter sido incluído, seja na Constituição, seja na lei que disciplina esta figura possa ensejar o exercício do poder discricionário por parte do Poder Judiciário”³¹.

Esta apreciação da repercussão geral deve, portanto, ser feita de maneira técnica, sem espaço para discricionariedade, pois, se assim não for, o STF assume verdadeira feição política além da jurisdicional, podendo a Corte, de forma válida, decidir por não decidir³².

Não se pode admitir que determinado tema seja reconhecido como sendo de repercussão geral apenas porque o STF, pura e simplesmente, assim o disse, uma vez que esta reconhecida existência, ou não, constituirá paradigma para os demais casos futuros, o que torna imprescindível a demonstração clara e exaustiva das razões jurídicas da decisão, sendo inadmissível deixar essa aferição para critérios subjetivos do julgador ou do STF como um todo³³.

Todavia, à luz do disposto no art. 323-A³⁴ do Regimento Interno do STF, o relator, considerando se tratar de um caso de reafirmação de jurisprudência dominante, houve por bem, uma vez reconhecida a repercussão geral, decidir também o mérito do recurso por meio eletrônico, o que abordaremos com mais propriedade no seguinte tópico³⁵.

rio do relator, ser submetidos a julgamento em ambiente eletrônico, por meio de sessões virtuais, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário”.

31 Repercussão Geral. *Revista do IASP*, RT, 2007, n. 19, p. 54.

32 Daniel Prochalski. A repercussão geral em matéria tributária. In J.S. Fagundes Cunha (coord.). *O direito nos tribunais superiores: com ênfase no novo Direito Processual Civil*. Ed. Luiz Fernando Queiroz. Curitiba: Bonijuris, 2015, p.169/170.

33 Georges Abboud. *Discricionariedade administrativa e judicial* cit., p. 369/370.

34 RISTF: “Art. 323-A. O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico”.

35 Embargos de declaração em recurso extraordinário com agravo. 2. Decisão que avançou no julgamento do mérito, reafirmando a jurisprudência do STF. Irrecorribilidade da decisão que trata da repercussão geral, art. 543-A, CPC [1973]. Inaplicabilidade. Cabimento de embargos de declaração. 3. Plenário Virtual. Publicidade e motivação – art. 93, IX, CF. O julgamento pelo Plenário

Da análise do julgamento do ARES 1018459-RG/PR verifica-se que, ao menos em princípio, não seria possível a realização do julgamento do mérito recursal em sede de plenário virtual, uma vez não se tratar de agravo interno nem, tampouco, embargos de declaração e, mesmo se fosse o caso de reafirmação de jurisprudência, ousamos dizer que referido julgamento fere, sobremaneira, o princípio da colegialidade das decisões, a qual configura elemento que deve ser ínsito a todas as modalidades de decisões dos Tribunais e, como dito alhures, conferindo cada vez mais poderes ao relator e transformando o julgamento dos tribunais em decisões monocráticas³⁶.

Entendemos que o julgado objeto de análise, pela simples inobservância do art. 93, inc. IX da Constituição Federal e do art. 11 do Código de Processo Civil, e sem considerar os demais alvos de críticas que serão elencados no decorrer do presente arrazoado, por si só, é nulo em virtude de violação ao princípio da publicidade dos julgamentos realizados pelo Poder Judiciário, haja vista não se tratar de uma das hipóteses previstas no art. 189 do Código de Processo Civil nem, tampouco, haver lei específica que mitigue este princípio a bem do interesse público³⁷.

Virtual tem suficiente publicidade e produz decisões motivadas. Sistemática semelhante àquela do Plenário físico. 4. Plenário virtual. Restrição à possibilidade de realização de sustentação oral. Possibilidade. Julgamento de mérito estrito às hipóteses em que reafirmada jurisprudência do Tribunal. Existência de outros julgamentos em que não se admite a sustentação oral. 5. Correção da proclamação do julgamento. Ato do Presidente – art. 135, § 2º, do Regimento Interno. Desnecessidade da submissão ao Plenário. 6. Omissão da participação de ministros. Impedimentos. Aplicação das regras de quórum. A participação de seis ministros é suficiente para conclusão do julgamento. 7. Diligências externas. Poderes de investigação do Ministério Público. Compatibilização. Matéria estranha ao objeto do recurso extraordinário. 8. Reafirmação de jurisprudência. Cotejo suficiente dos precedentes ao caso concreto. 9. Embargos de declaração rejeitados (STF, Tribunal Pleno, ARE 859251-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22.10.2015, processo eletrônico, DJE 222, divulg. 06.11.2015, publ. 09.11.2015).

36 Georges Abboud. *Discrecionalidade administrativa e judicial cit.*, p. 306.

37 A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu art. 6, traz que: "1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando o interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada extremamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça" (Irineo Cabral Barreto. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, 2.ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1999, pp. 113/114).

Da análise dos autos verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, ao conhecer do recurso de agravo interposto contra a decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho que negou seguimento ao recurso extraordinário e que pretendia discutir a constitucionalidade, ou não, do Precedente Normativo 119 do TST, em momento algum obedeceu os requisitos e as exigências legais formais para proferir o julgamento. Isto porque, tratando-se de recurso extraordinário, uma vez superada a questão da repercussão geral, obrigatoriamente, as partes tiveram tolhido seu direito à sustentação oral³⁸, razão evidente, a nosso ver, de nulidade do julgado³⁹; aliado ao fato de, em verdade, inexistir reafirmação da jurisprudência da Corte julgadora, conforme será devidamente exposto.

38 CPC: "Art. 937. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do *caput* do art. 1.021: I - no recurso de apelação; II - no recurso ordinário; III - no recurso especial; IV - no recurso extraordinário; V - nos embargos de divergência; VI - na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação; VII - (vetado); VIII - no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência; IX - em outras hipóteses previstas na lei ou no regimento interno do tribunal. [...] Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos. [...] § 5º O agravo poderá ser julgado, conforme o caso, conjuntamente com o recurso especial ou extraordinário, assegurada, neste caso, sustentação oral, observando-se, ainda, o disposto no regimento interno do tribunal respectivo. [...]".

39 Ao comentar o art. 937 do CPC, os Profs. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que: "É tarefa da lei processual dizer quando cabe ou não cabe sustentação oral nos processos que versem sobre ações de competência originária de tribunal e recursos. A CF 96, I, a dispõe sobre a obrigatoriedade de os tribunais, no regimento interno, observarem e seguirem a lei processual. Compete ao CPC e à lei processual extravagante dizer as regras de processo e procedimento; compete ao regimento interno de tribunal dispor sobre o funcionamento *interna corporis* da corte (formação de órgãos fracionários, substituição automática, férias de juizes, impedimentos funcionais etc.). Regimento interno não pode criar direito nem obrigação (CF 5.º II); legislar sobre direito processual é atribuição privativa do Poder Legislativo da União (Congresso Nacional), nos termos da CF 22 I. Todos os tribunais do País (STF, STJ, TRF, TJ) estão sujeitos à lei processual, de sorte que as regras aqui estatuídas sobre sustentação oral a todos se aplicam" (Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 1858/1859).

III – Da inexistência de reafirmação de jurisprudência firmada pela Corte Suprema que possibilitasse o julgamento do mérito recursal através do Plenário Virtual – matéria de caráter infraconstitucional

Conforme anteriormente exposto, o art. 323-A do Regimento Interno do STF disciplina que, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, o julgamento de mérito também poderá ser realizado por meio eletrônico.

O voto proferido na repercussão geral no recurso ordinário com agravo n. 1.018.459 (Paraná), de relatoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes, manifestou-se pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência daquela Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido de que é inconstitucional a instituição, por acordo, convenção coletiva ou sentença normativa, de contribuições que se imponham compulsoriamente a empregados da categoria não sindicalizados.

De forma a sustentar tal reafirmação jurisprudencial, o D. Ministro relator deixou registrados os seguintes precedentes da Corte:

Agravo regimental do recurso extraordinário. Contribuição confederativa. Súmula nº 666/STF. Precedentes. 1. A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição é exigível apenas dos filiados ao respectivo sindicato (Súmula nº 666/STF). 2. Agravo regimental não provido (STF, 1.ª Turma, RE 495248-AgR/SE, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 26.8.2013).

Extraordinário. Inadmissibilidade. Jurisprudência assentada. Contribuição confederativa. Exigibilidade apenas de filiados. Aplicação da súmula 666. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte (STF, 2.ª Turma, RE 176533-AgR/SP, Min. Rel. Cezar Peluso, DJe 16.5.2008).

Recurso extraordinário. 2. Contribuição confederativa. Art. 8º, IV, da Constituição Federal. 3. Instituição por Assembleia Geral. 4. A contribuição confederativa, por não ser instituída por lei, não tem caráter tributário - art. 8º, IV, da CF - sendo obrigatória apenas para os filiados do sindicato. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, 2.ª Turma, RE 171905-AgR/SP, Min. Rel. Néri da Silveira, DJe 22.5.1998).

Recurso extraordinário. Agravo regimental. Contribuições destinadas ao custeio de sindicatos. Exigibilidade. 1. A contribuição assistencial visa a custear as atividades assistenciais dos sindicatos, principalmente no curso de negociações coletivas. A contribuição confederativa destina-se ao financiamento do sistema confederativo de representação sindical patronal ou obreira. Destas, somente a segunda encontra previsão na Constituição Federal (art. 8º, IV), que confere à assembleia geral a atribuição para criá-la. Este dispositivo constitucional garantiu a sobrevivência da contribuição sindical, prevista na CLT. 2. Questão pacificada nesta Corte, no sentido de que somente a contribuição sindical prevista na CLT, por ter caráter parafiscal, é exigível de toda a categoria independente de filiação. 3. Entendimento consolidado no sentido de que a discussão acerca da necessidade de expressa manifestação do empregado em relação ao desconto em folha da contribuição assistencial não tem porte constitucional, e, por isso, é insuscetível de análise em sede de recurso extraordinário. 4. Agravo regimental improvido (STF, 2.ª Turma, RE 224885-AgR/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 8.6.2004).

Contudo, da detida análise dos precedentes aos quais o D. Ministro relator se referiu como sendo as hipóteses de reafirmação da jurisprudência dominante do STF percebe-se, facilmente, que todos os julgados dizem respeito apenas e exclusivamente ao tema da contribuição confederativa, e não da contribuição assistencial.

Analisando-se todos os julgados obtidos através da pesquisa jurisprudencial disponibilizada pelo site <www.stf.gov.br>, percebe-se que a única hipótese de reafirmação da jurisprudência do STF seria no sentido de não ter reconhecida a repercussão geral ao feito, uma vez que, de maneira unânime, a Corte Suprema já havia se posicionado sobre o tema da contribuição assistencial no sentido de se tratar de questão infraconstitucional e que, portanto, não poderia ser analisada em sede de recurso extraordinário.

Este posicionamento quanto à contribuição assistencial se tratar exclusivamente de matéria infraconstitucional, pela Corte Suprema, já se encontrava, como dito alhures, plenamente firmado, a ponto de o Plenário do STF reputar a ausência de repercussão geral quando eventual ofensa à Constituição Federal se apresentar de forma indireta ou reflexa⁴⁰.

O próprio Ministro relator do voto atacado, Min. Gilmar Ferreira Mendes, em caso análogo ao citado e seguindo o posicionamento unânime do STF, teve a oportunidade de se manifestar da seguinte forma:

“Razão assiste ao agravante quanto à alegação de que não se trata de contribuição sindical. Entretanto, também não há que se falar de contribuição confederativa.

A discussão dos autos refere-se à cláusula de Convenção Coletiva de Trabalho que determina o desconto de percentual específico das folhas de pagamento dos empregados sindicalizados ou não, com o fito de ‘auxiliar com as despesas aos serviços assistenciais, sociais e recreativas do Sindicato’.

⁴⁰ Recurso. Extraordinário. Incognoscibilidade. Contribuição assistencial. Instituição por assembleia. Cobrança de trabalhadores não filiados a sindicato. Questão infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que, tendo por objeto questão relativa à exigibilidade de contribuição assistencial, instituída por assembleia, de trabalhadores não filiados, versa sobre matéria infraconstitucional (STF, Tribunal Pleno, AI 752633-RG/SP, Min. Cezar Peluso, DJ 17.09.2009).

Essa Corte firmou entendimento de que a cobrança de contribuição assistencial é matéria restrita a interpretação de normas infraconstitucionais.

(...)

*Assim, nego provimento ao agravo regimental”.*⁴¹

Como se percebe, não há o que se falar em reafirmação de jurisprudência se, em verdade, o julgado ora em comento é a decisão pioneira a respeito da inconstitucionalidade da imposição de contribuições que se imponham compulsoriamente a empregados da categoria não filiados ao sindicato.

Note-se que a irregularidade do julgado não se repousa apenas no fato de não se tratar de mais um caso de reafirmação de jurisprudência. Em verdade, da atenta leitura do aresto percebe-se claramente a manobra utilizada pelo relator: mesmo sabidamente estando a analisar uma questão que retrata um tema reconhecidamente da seara infraconstitucional – contribuição assistencial –, a intenção manifesta e discricionariamente “motivada” pelo relator do caso decidiu, genericamente, sobre todas as eventuais contribuições a serem fixadas e, exclusivamente, em detrimento das entidades laborais, ficando de fora as contribuições relativas aos sindicatos representativos da categoria econômica.

Esta postura adotada pelo relator do julgado, a nosso ver, reflete a problemática atual da nossa Corte Suprema, cada vez mais ativista e pautando-se não pelas normas previstas pelo ordenamento jurídico vigente, mas sim pelas suas próprias convicções pessoais.

Não se pretende aqui defender a impossibilidade de o jurista mudar seu posicionamento, uma vez que ele pode fazê-lo, desde que fundamente seu ato dentro do ordenamento jurídico vigente. O que não se deve admitir, e que demonstra o verdadeiro ativismo judicial do caso em comento, é a alteração de posicionamento do Min. Relator sem que houvesse fundamentação condizente com a decisão proferida.

⁴¹ AgReg no RE 381859-7/SP, 30.09.2008.

Georges Abboud leciona que

“O STF não fica vinculado, inexoravelmente, às suas decisões, e pode alterar seu posicionamento, seja porque ocorreram alterações fáticas e jurídicas substanciais, seja porque o Supremo modificou seu entendimento e passou a considerar errônea a decisão anterior. A vinculação do STF à sua sentença não pode ser inexorável, sob o risco de cristalizarmos a Constituição, transformando-a em fotografia. A interpretação, principalmente a constitucional, deve ser dinâmica, para poder solucionar de maneira adequada os conflitos sociais que surgirem.

No entanto, é fundamental ressaltar que o STF, sempre que entender pela necessidade de modificar suas decisões, precisará realizar uma minuciosa fundamentação sobre essa decisão, e será da responsabilidade do Supremo todo o ônus de argumentação para demonstrar e fundamentar por que está alterando e se afastando de sua anterior decisão”⁴².

Esta “surpresa” ao jurisdicionado, de ter de se deparar com uma decisão contrária à posição dominante da Corte Suprema sem, contudo, estarem expostas as razões determinantes da modificação da orientação, a nosso ver, reflete o ativismo judicial por parte do Min. Relator do voto atacado, corroborado pela inércia de seus pares que “decidiram por não decidir”.

Clarissa Tassinari, com propriedade, elucida que

“Por tudo isso, o ativismo judicial revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, criado pelo Direito, mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas), sobre o qual a comunidade jurídica deve, primeiro, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático. E, no questionamento de como pode ser compreendida a manifestação judiciária, é pos-

42 Processo constitucional brasileiro. São Paulo: RT, 2016, p. 269/270.

sível encontrar posicionamentos que retrataram a indexação da decisão judicial a um ato de vontade daquele que julga. É este entendimento que se busca explorar como finalização do capítulo, fazendo, de início, uma retomada de como a questão da vontade adentrou no Direito especialmente através de Hans Kelsen, passando por uma leitura da obra de Antoine Garapon sobre o papel do Judiciário na contemporaneidade e, por fim, realizando uma aproximação com a doutrina norte-americana, o que possibilita definitivamente distanciar judicialização da política de ativismo judicial, firmando o entendimento deste último fenômeno como decorrente de um ato de vontade do julgador”.⁴³

Este, a nosso ver, é o maior problema que enfrentamos atualmente não apenas no Supremo Tribunal Federal, mas em todo o Judiciário brasileiro: magistrados que primeiro decidem para, depois, fundamentarem suas decisões. Num Estado Democrático de Direito, não há espaço para que o Judiciário fundamente suas decisões em suas convicções particulares ou, nem mesmo, fundamente de forma discricionária, através de critérios não jurídicos⁴⁴.

Lênio Streck afirma que

“combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático etc. – que, como se sabe, são algumas das várias facetas do subjetivismo – quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade”⁴⁵.

Uma decisão proferida pelo relator, acompanhada pelo não-voto de alguns Ministros da Suprema Corte, como dito alhures, fundada em precedentes inexistentes e contrários ao anterior posicionamento do próprio relator, que altera suas convicções sem trazer as razões pelas

43 *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56.

44 Georges Abboud. *Discricionariedade administrativa e judicial* cit., p. 482/484.

45 *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 110.

quais passou a entender a respeito de determinado tema e desconsiderando os limites impostos pela lei e pela Constituição Federal, a nosso ver, é uma decisão ativista e, como tal, deve ser combatida.

Dita decisão, para se livrar do adjetivo *ativista* e para ser considerada uma decisão correta para o caso concreto, deveria, ao menos, ter observado os seguintes requisitos mínimos: i) identificar precisamente a facticidade ínsita ao caso; ii) identificar a legalidade aplicável ao caso; iii) identificar as demais fontes jurídicas positivas aplicáveis ao caso; iv) resgatar a análise teórica do direito, mediante a incidência da fonte não positiva do direito, a doutrina; v) observar a estrita relação de individualização dos pedidos do autor, bem como das exceções e dos pontos de defesa do réu; vi) demonstrar por que a solução proferida pelo julgador é superior às demais, compreendendo a apresentada por uma das partes ou presente em outras decisões; e vii) preocupar-se com as consequências jurídicas de sua decisão⁴⁶.

Sem dúvida alguma, tais requisitos cumulativos não foram observados pela Corte Suprema.

IV – Da análise do mérito recursal e da inconstitucionalidade do Precedente 119

Da simples leitura da decisão judicial proferida extrai-se que, no entender do relator – que contou com o acompanhamento de alguns dos demais membros da Corte –, o julgado se consubstancia no fato de entender que a contribuição assistencial fixada pelo ente sindical profissional, através das assembleias gerais e constante nas convenções e acordos coletivos seria devida apenas e tão somente pelos empregados filiados à entidade, à luz do princípio da liberdade sindical, esculpido através do art. 8º, inc. V, da CF.

Deixando de interpretar sistematicamente os ditames constitucionais, a decisão proferida, sob a pecha de respeitar o princípio da liber-

⁴⁶ Georges Abboud. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 756/758.

dade de associação, deixou de lado um outro princípio estatuído pela Carta Constitucional – o princípio da vinculação sindical⁴⁷.

Esta vinculação independe de ato de manifestação de vontade e surge em decorrência lógica da própria representatividade exercida e do sistema legal brasileiro, que prevê as três instâncias de entidades de classe (sindicatos, federações e confederações), vinculação esta que surgiu para impedir a discricionariedade entre as diversas categorias e entidades de classe que, em razão de divergências políticas, éticas ou econômicas, por exemplo, poderiam, por mera discricionariedade, pretender o exercício da representação determinada pela Constituição Federal por intermédio de uma entidade que sequer tivesse condições reais de exercer dita representação.

Imaginemos que o princípio da vinculação sindical não vigorasse em nosso país. Este fato permitiria que, por exemplo, um empregado que exercesse suas funções laborais no comércio e, portanto, pertencente à categoria profissional dos comerciários⁴⁸ pudesse, se fosse de sua vontade, filiar-se ao sindicato dos metalúrgicos do ABC e, desta forma, seguir a convenção coletiva de trabalho firmada pela categoria dos metalúrgicos por possuir condições negociadas mais benéficas.

Ocorre que, de fato, isto não é possível, haja vista vigorar em nosso país o princípio da unicidade sindical⁴⁹, sem contar o fato notório de que, certamente, uma comissão de negociação formada por empregados da categoria profissional de metalurgia, negociando direitos em prol de metalúrgicos e com a categoria econômica das indústrias de metalurgia, não terá condições, sequer, de saber as reais necessidades dos profissionais do setor do comércio.

Não se pode confundir a liberdade de filiação – por conta da qual o empregado ou a empresa pode, facultativamente, filiar-se ou não a seu respectivo sindicato, a que está vinculado por disposição legal e exercício de sua profissão ou ramo de atuação – com o dever de soli-

47 CF, art. 8º, inc. III e VI.

48 Lei 12.790/2013.

49 CF, art. 8º, inc. II.

dariedade, de retribuir a representação pelo sindicato nas negociações coletivas e, como consequência, de estar submetido às conquistas decorrentes de eventual acordo, convenção coletiva ou sentença normativa. Aquela liberdade trará como consequência a possibilidade de a pessoa, física ou jurídica, participar das decisões da entidade, participar das eleições sindicais e exercer seu direito de voto ou candidatura, além de outros direitos e obrigações que estiverem previstos no respectivo estatuto social. Já o princípio da solidariedade⁵⁰ está intimamente ligado ao fato de que os destinatários da norma coletiva, em decorrência do êxito das negociações ou através do ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica donde se extrai a sentença normativa, por força do princípio da vinculação, serão todos, independentemente de operada a filiação, destinatários da norma⁵¹ e, por conta disto, nasce o dever de contribuição de forma compulsória. Esta abordagem, inclusive, já foi objeto de análise pelo próprio STF, que entendeu, por força do art. 513 da CLT, ser possível as entidades sindicais imporem contribuição assistencial a toda a categoria independente de filiação⁵².

50 “Inicialmente, a OIT se opôs às contribuições sindicais quando impostas compulsoriamente, entendendo que afrontava o princípio da liberdade sindical. Mas logo admitiu que o desconto nos salários de contribuição, mesmo determinada por lei, impondo a cobrança de uma cotização de solidariedade, atingindo trabalhadores não sindicalizados, mas que se beneficiaram do contrato coletivo ajustado, não era incompatível com os princípios da liberdade sindical, como sumulado em seu verbete n. 112. A Convenção n. 95 da OIT, dirigida à proteção do salário, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24, de 29 de maio de 1956, ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957 e promulgada pelo Decreto n. 41.721, de 25 de junho de 1957, em seu art. 8º, 1, assim dispõe: ‘Descontos em salários não serão autorizados, senão sob condições e limites prescritos pela legislação nacional ou fixados por convenção coletiva ou sentença arbitral’. Fácil observar a semelhança que tem o texto com o art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. Para a OIT ‘O sistema de se deduzir automaticamente dos salários uma cotização para fins de solidariedade, a cargo de trabalhadores não sindicalizados que desejam servir-se dos benefícios obtidos por meio do contrato coletivo de trabalho de que é parte a organização sindical interessada, não está coberto pelas pertinentes normas internacionais do trabalho, mas não é o considerado incompatível com os princípios de liberdade sindical’” (José Carlos Arouca. *Curso Básico de Direito Sindical*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2009, p. 214).

51 Pedro Paulo Teixeira Manus. Artigo 8º da Constituição e o monopólio da representação sindical no Brasil (<www.conjur.com.br>. Acesso 26.06.2017, às 17h05min), nos ensina: “Mas, por outro lado, sendo nossa estrutura sindical fundada no princípio da unicidade sindical, o sindicato representa toda a categoria, naquela base territorial, vinculando todos os trabalhadores, ou empregadores, quer se trate de sindicato profissional ou patronal. Deste modo a convenção coletiva celebrada por sindicato de trabalhadores com sindicato de empregadores cria direitos e obrigações a todos os integrantes desta categoria, sejam sócios ou não do sindicato, por força do referido princípio do sindicato único. [...]”.

52 “Contribuição – convenção coletiva. A contribuição prevista em convenção coletiva, fruto do disposto no art. 513, alínea e da Consolidação das Leis do Trabalho, é devida por todos os integrantes da categoria profissional, não se confundindo com aquela versada na primeira parte do inciso

O voto proferido e ora atacado também não se encontra em consonância com a melhor interpretação do sistema jurídico vigente, uma vez que, segundo sua fundamentação, o relator assevera:

“Importa salientar que, mesmo que houvesse a previsão do direito de oposição ao desconto, este não seria capaz de convalidar a incidência da contribuição aos empregados não associados, mormente ante as disposições do art. 545 da CLT, segundo o qual se permite o desconto pelo empregador somente se devidamente autorizado pelo trabalhador – obviamente que não pela ausência de manifestação contrária por parte do obreiro.”

Mais uma vez, com o devido acatamento, a decisão esquece de considerar não apenas a própria dicção do art. 462 da CLT⁵³, mas também o posicionamento do próprio STF, quando do julgamento da ADI 3206-25/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio, e cujo voto foi devidamente acompanhado pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes. Na oportunidade, o Ministro relator deixou claro que

“acabou-se por introduzir, no tocante à prerrogativa dos sindicatos de impor contribuições aos integrantes da categoria profissional, exigência estranha ao art. 513, alínea e, da Consolidação das Leis do Trabalho. Vale frisar que o art. 545 desse diploma, ao estabelecer a necessidade de autorização, refere-se não à contribuição sindical de que cuida o art. 513, alínea e, mas às mensalidades devidas ao sindicato.”

IV do art. 8º da Carta da República [...] Descabe confundir filiação, sempre a depender da manifestação de vontade do prestador dos serviços ou da pessoa jurídica de direito privado que integre a categoria econômica, com o fenômeno da integração automática no âmbito da categoria. Por outro lado, sob a óptica da legislação comum, tem-se a alínea e do art. 513 da Consolidação das Leis do Trabalho que revela serem prerrogativas dos sindicatos ‘impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas e profissionais ou das profissões liberais representadas’. Vê-se que a imposição não se faz relativamente àqueles que hajam aderido, associando-se ao sindicato, mas também no tocante aos integrantes das categorias. Ora, a Carta de 1988 veio a dar estrutura maior a esse preceito, dispondo que: ‘IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei. Esta última é, iniludivelmente, a famigerada contribuição sindical, inconfundível, portanto, com a contribuição dita confederativa e que visa ao custeio do sistema sindical’ (STF, 2.ª Turma, RE 189960-3, rel. Min. Marco Aurélio, decisão unânime, DJU 10.8.2001).

53 CLT: “Art. 462. Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo [...]”.

Entendemos que não apenas o voto proferido encontra-se equivocado, mas também o próprio precedente que consubstancia as razões do voto. Seguindo esta afirmação, Murilo Carvalho Sampaio Oliveira expõe que

*“Quando este nega a incidência da taxa assistencial sobre o trabalhador não-filiado, embora este mesmo trabalhador seja beneficiado pela atuação sindical que produziu a norma coletiva, constata-se a conveniência em não se filiar ao sindicato. Isto porque enquanto o filiado pagará a contribuição compulsória, a assistencial, a confederativa e a mensalidade sindical, caberá ao não associado tão somente o pagamento da primeira contribuição, apesar de gozar dos mesmos benefícios dos trabalhadores filiados. Graças ao TST a filiação ao sindicato é uma opção economicamente desvantajosa. Ou seja, no discurso de promover a liberdade individual de filiação, o precedente 119 do TST termina por desestimular a filiação do sindicato pelo discriminem, ferindo a liberdade coletiva sindical”.*⁵⁴

No mesmo sentido, posiciona-se Davi Furtado Meirelles:

“Como a contribuição destinada ao custeio do processo de negociação coletiva ocorre em benefício de todos (associados ou não), nada mais justo que o seu custeio fique a cargo de todos os beneficiários dela. Mais ainda, quando lembramos que no processo negocial o sindicato está exercendo a sua função principal em favor de toda a categoria. O contrário, ou seja, permitir que essa cobrança recaia apenas sobre os filiados (como tem decidido o TST e outros Tribunais Regionais pelo país), é que gera uma situação injusta, na medida em que todos se beneficiam e apenas alguns pagam a conta. E esse é o entendimento da própria OIT. O seu Comitê de Liberdade Sindical já emitiu parecer no sentido de que ‘(...) O sistema de se deduzir automaticamente dos salários uma cotização para fins de soli-

54 Murilo Carvalho Sampaio Oliveira. Em busca da liberdade sindical: uma análise crítica do sistema sindical brasileiro. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 128, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 165.

dariedade, a cargo de trabalhadores não sindicalizados que desejam servir-se dos benefícios obtidos por meio do contrato coletivo de que é parte a organização sindical interessada, não está coberto pelas pertinentes normas internacionais do trabalho, mas não é considerado incompatível com os princípios de liberdade sindical (...). Coibindo possíveis abusos na cobrança desse tipo de contribuição destinada ao custeio da negociação coletiva (assistencial, negocial, revigoração, solidariedade), pugnamos pelo entendimento de que a mesma não fere a liberdade sindical desejada. A sua regulamentação seria o melhor caminho, e não a sua vedação aos não associados, posição esta que desestimula por completo a ação sindical e o processo de sindicalização, fazendo que com os sindicatos se enfraqueçam e se tornem reféns de propostas pouco recomendáveis para a sua sobrevivência.”⁵⁵

Não se pode considerar constitucional um precedente⁵⁶ normativo que viola o princípio da vinculação sindical, previsto constitucionalmente, e reduz a natureza jurídica da entidade sindical à mera associação.

Como sabemos, o sindicato possui natureza jurídica de direito privado mas, indubitavelmente, exerce um *munus público a favor de toda a sua categoria representada. Possui legitimidade processual para o ajuizamento de ação civil pública e mandado de segurança coletivo, entre outras medidas de natureza coletiva, e detém o direito-dever de exercer a representação dos interesses coletivos da categoria, através das próprias negociações coletivas que redundam em acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas.*

Esta distinção entre associação pura e simples e entidade sindical, recentemente, foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal

55 Davi Furtado Meirelles. Liberdade sindical: o modelo ideal. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 137, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 45.

56 A Comissão de Jurisprudência e Precedente Normativos do TST, através do ofício CMJPN 24/2016, em resposta ao Pedido de Cancelamento do Precedente Normativo 119, efetuado pela FEA-AC – Federação dos Empregados de Agentes Autônomos do Comércio do Estado de São Paulo, através do Min. Presidente da referida comissão, Dr. João Orestes Dalazen, já informou que, em 14.10.2016, dita comissão emitiu parecer favorável ao cancelamento do PN 119, encaminhando a postulação ao Presidente do TST para prosseguimento do feito.

que, através do voto⁵⁷ de Relatoria do Min. Marco Aurélio Mello, assim se posicionou:

“Diversamente da regência alusiva a sindicato, observados os arts. 5º, inc. LXX, e 8º, inc. III, da Lei Maior, no que se verifica verdadeiro caso de substituição processual, o art. 5º, inc. XXI, nela contido, concernente às associações, encerra situação de representação processual a exigir, para efeito da atuação judicial da entidade, autorização expressa e específica dos membros, os associados, presente situação próxima à de outorga de mandato, não fosse a possibilidade de concessão da referida anuência em assembleia geral”.

E continua, citando outro julgado (RE 192305-9/SP, 2.ª Turma, DJ 21.05.1999):

“Dúvidas não pesam sobre a distinção entre o instituto previsto no inciso XXI – representação – e no inciso LXX – substituição processual –, ambos do rol das garantias constitucionais. As associações representam os filiados, judicial ou extrajudicialmente, quando expressamente autorizadas, enquanto os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, substituem membros ou associados, em juízo, considerada a ação constitucional que é o mandado de segurança.”

Desta forma, se a representatividade exercida pela associação é de tamanha importância, ao passo de estar prevista no rol descrito do art. 5º e considerado como sendo um direito fundamental⁵⁸, ainda mais o princípio da representatividade sindical que, como dito alhures, é um direito-dever da entidade em exercer a representação de toda a cate-

57 RE 612043/PR.

58 J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 528) afirma que “Os direitos consagrados e reconhecidos pela Constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais. A Constituição admite, porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. São chamados direitos materialmente fundamentais.”

goria, indistintamente e sob o prisma do princípio da unicidade sindical, o que evidencia a importância deste direito, atribuído às entidades sindicais e elevado à natureza de direito fundamental num Estado Democrático de Direito⁵⁹.

O posicionamento extraído do voto proferido e objeto da análise, ao reafirmar a aplicação do Precedente Normativo 119 do TST e consignar a possibilidade de imposição de contribuição assistencial apenas aos empregados filiados à entidade sindical, restringe, sobremaneira, o direito de representação consagrado constitucionalmente, visto que, no Estado Constitucional, somente pode haver restrição a direito fundamental quando preenchido rol de requisitos: a) a restrição deve estar constitucionalmente autorizada; b) a restrição deve atender ao interesse social, e não pode se fundamentar na preservação do interesse público; c) a restrição deve estar exaustivamente fundamentada; d) o ato do Poder Público que restringe direito fundamental pode ser amplamente revisado pelo Judiciário; e) a restrição a direito fundamental deve ser proporcional nos termos da *Übermassverbot* e a *Untermassverbot*.⁶⁰

De uma só vez, o posicionamento firmado fere a isonomia e a proporcionalidade entre os trabalhadores representados. Isto porque o sindicato tem o dever de representar a categoria como um todo mas, nos termos do Precedente em destaque, só teria o dever de exigir a contribuição assistencial de seus filiados.

Ensina-nos, com propriedade, Lênio Luiz Streck:

“A proporcionalidade deve estar presente, em princípio (e veja-se a ambiguidade da expressão), em toda applicatio. Ou seja, qualquer decisão deve obedecer a uma equanimidade; deve

59 Georges Abboud, em sua obra *Discricionariedade administrativa e judicial* (cit., p. 494), salienta que “o cidadão, no Estado Constitucional, merece muito mais do que ter sua questão jurídica solucionada com base em parâmetros discricionários. Em um modelo em que são privilegiados os direitos fundamentais do cidadão e que a motivação dos atos do Poder Público adquire *status* de direito fundamental, torna-se imperioso a construção de uma teorização que exija mais do Poder Público, mediante uma avaliação qualitativa de seus atos, em que as decisões judiciais e administrativas podem ser avaliadas como corretas e como errôneas.”

60 Georges Abboud. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado. *Revista dos Tribunais*, n. 907, 2011, pp. 104/112.

haver uma justa proporção entre as penas do direito penal; o prazo fixado para prisão preventiva não pode ser desproporcional; uma lei não pode ser 'de ocasião' ou de 'conveniência', etc. Isolado, o enunciado 'proporcionalidade' ou 'princípio da proporcionalidade' carece de significatividade. O sentido da proporcionalidade se manifestará de dois modos: ou a lei contraria a Constituição porque o Estado se excedeu, ocasião em que se estará diante da proibição de excesso (Übermassverbot) ou a lei poderá ser inconstitucional porque o Estado protegeu de forma insuficiente determinado direito, hipótese que se poderá invocar a Untermassverbot. Não há um lócus privilegiado para a aplicação da 'devida/necessária proporcionalidade'. Necessariamente ela estará relacionada à igualdade na proteção de direitos. Desproporcionalidades ocorrem por violação da isonomia ou da igualdade. Veja-se, desse modo, como se torna irrelevante epitetar a exigência de proporcionalidade como princípio ou não. Mas, atenção: o sentido da desproporção – seja negativo (Übermassverbot) ou positivo (Untermassverbot) – somente poderá ser dado mediante a obediência da integridade do direito. Não é da subjetividade pura e simples do aplicador que, ad hoc, exsurgirá a (des)proporcionalidade. Isso implica afirmar que o 'princípio da proporcionalidade' não é instrumento para decisionismos. Alguma regra do sistema restará adequada à concreta normatividade ou a regra estará nulificada, conforme os vários exemplos tratados no decorrer destas reflexões"⁶¹.

Por fim, cabe ainda mencionar que a postura adotada pelo Precedente Normativo 119 e, agora, corroborada pela decisão do STF serve de desestímulo à sindicalização, haja vista que não haverá qualquer representado, seja trabalhador ou empresa, que, gozando das benesses decorrentes da atuação sindical, opte por sindicalizar-se, já que os direitos garantidos são afetos àqueles integrantes da categoria, independentemente de filiação. Logo, aqueles sindicalizados certamente

⁶¹ *Verdade e Consenso*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, n. 13.5.2, pp. 490/491.

deixarão de sê-lo pela própria orientação reflexa da Suprema Corte brasileira.

V – A não caracterização da decisão como verdadeiro precedente judicial

Como afirmado no início destas breves linhas, a decisão proferida no julgamento do ARER 1018459-RG/PR está sendo utilizada como verdadeiro precedente judicial por diversos protagonistas do direito sindical, trazendo cunho de inconstitucionalidade à fixação da contribuição assistencial aos não sindicalizados por parte de entidades sindicais patronais e profissionais.

Este fato (a decisão ser admitida como precedente judicial) está trazendo graves consequências a todas as categorias envolvidas, mormente àquelas que se encontram em negociações coletivas, gerando dúvidas sob diversos aspectos – seja em virtude de entendimento de diversos setores no sentido de que, em razão do referido julgado, as entidades signatárias de instrumentos coletivos não poderão, sob pena de eventual declaração de nulidade futura, incluir em seus acordos ou convenções coletivas cláusulas que versem sobre o desconto compulsório da contribuição assistencial, seja porque muitas entidades já possuem termos de ajustamento de conduta e, até mesmo, sentenças normativas que consagram o direito a instituição compulsória da referida contribuição, desde que garantido o exercício do direito de oposição e nos moldes fixados no acordo firmado com o *parquet*⁶².

62 A Orientação 3 da Conalis (Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical do MPT), que vigorou de 04.05.2010 a 16.08.2011, dispunha: Contribuição Assistencial. “É possível a cobrança de contribuição assistencial/negocial dos trabalhadores, filiados ou não, aprovada em assembleia geral convocada para este fim, com ampla divulgação, garantida a participação de sócios e não sócios, realizada em local e horário que facilitem a presença dos trabalhadores, desde que assegurado o direito de oposição, manifestado perante o sindicato por qualquer meio eficaz de comunicação, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, inclusive quanto ao prazo para o exercício da oposição e ao valor da contribuição.” Neste período, muito procuradores adotaram esta orientação e firmaram inúmeros termos de ajustamento de conduta com diversas entidades sindicais profissionais, de forma a tentar regulamentar a instituição e o exercício do direito de oposição por parte dos trabalhadores. Muitos procuradores, com fundamento no princípio da independência funcional, ainda seguem esta diretriz no que tange à contribuição assistencial.

Hermes Zaneti Jr. deixa claro que

“Precedentes judiciais não se confundem com direito jurisprudencial entendido como repetição de decisões reiteradas, por mais que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato”.

E continua dizendo que precedentes

“consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a ratio decidendi ou holding como o core do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (material facts e a solução jurídica dada para o caso) com o caso-atual. Por esta razão, não se confundem com a jurisprudência, pois não se traduzem em tendências do tribunal, mas na própria decisão (ou decisões) do tribunal com respeito à matéria. De outra sorte, não se confundem com a jurisprudência porque obrigam o próprio tribunal que decidiu, sendo este o responsável, tanto quanto as cortes inferiores, por sua manutenção e estabilidade”⁶³.

Castanheira Neves ensina que

“o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu (...) – que se soma ou se impõe – como padrão casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica”⁶⁴.

Admitir que o ARER 1018459-RG/PR, com o voto relator do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, seja considerado como um precedente a ser

⁶³ O valor vinculante dos precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 324/327.

⁶⁴ Antônio Castanheira Neves. O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais. Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra, 1983, p.12.

seguido por todo o Poder Judiciário, em virtude de ter sido uma decisão tomada em plenário, mesmo que virtual, com força vinculante e devendo orientar as decisões futuras de todo o Judiciário brasileiro é, sem sombra de dúvidas, um verdadeiro equívoco.

Primeiramente, insta esclarecer, como ponderado por Nelson Nery Jr., que

“somente no caso da súmula vinculante, o STF tem competência constitucional para estabelecer preceitos de caráter geral. Como se trata de situação excepcional – Poder Judiciário a exercer a função típica de Poder Legislativo – a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção”⁶⁵.

Destarte, além das hipóteses previstas no art. 927, incs. I e II do CPC⁶⁶, todos os demais casos arrolados na legislação adjetiva não podem vincular tribunal ou juiz, por faltar autorização constitucional para tanto e por não haver qualquer previsão constitucional fora daqueles elencadas no art. 103-A (súmula vinculante do STF) e art. 102, § 2.º (sentença de mérito transitada em julgado proferida pelo STF em ADI e ADC)⁶⁷.

Sem pretender adentrar na discussão sobre a vinculação dos efeitos *erga omnes* das ADI e ADC, no que tange à vinculação dos tribunais à *ratio decidendi*⁶⁸ da decisão proferida nestas demandas específicas, fato é que o STF – mesmo com toda a atribuição de poderes que lhe foi conferida e sendo um Tribunal cuja legitimidade é contestada⁶⁹ –, quando

65 *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1837. Vide também Hermes Zanetti, *ob. cit.*, p. 335/336.

66 CPC: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; [...]”.

67 Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil cit.*, p. 1840.

68 Como bem explica Georges Abboud, em sua obra *Discricionariedade administrativa e judicial* (cit., p. 308/309): “a *ratio decidendi* se configura como sendo o enunciado jurídico a partir da qual é decidido o caso concreto. É a regra jurídica utilizada pelo judiciário para a decisão do caso, ao passo o *obter dictum* corresponde ao enunciado, a interpretação jurídica, ou a uma argumentação ou fragmento de argumentação jurídica, expressamente contido na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda”.

69 Nelson Nery Jr. ensina que, diferentemente do STF, “em países que possuem tribunais constitucionais, como, por exemplo, a Alemanha, esse tribunal é o órgão constitucional de todos os poderes, situando-se no organograma do Estado ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, não sendo,

realiza controle difuso de constitucionalidade, por exemplo, esta decisão adquirirá efeitos *erga omnes* somente mediante a suspensão da lei considerada inconstitucional, pelo Senado Federal e nos termos da Constituição e, na hipótese de se tratar de controle de constitucionalidade que possa ser feito em sede de ação civil pública, por exemplo, e assim adquirir efeito *erga omnes* haja vista a natureza do direito invocado, essa decisão de inconstitucionalidade estará adstrita à motivação e não ao pedido principal, trazendo como consequência que a declaração de inconstitucionalidade, em si, não adquire efeito vinculante e, por conseguinte, não vincula os particulares⁷⁰.

Não se pode considerar todo e qualquer posicionamento jurisprudencial como um verdadeiro precedente nem, tampouco, decisão com efeito vinculante⁷¹. Ocorre que, no Brasil, como bem critica Georges Abboud, “o apego ao efeito vinculante é tamanho que, atualmente, já se atribui à súmula vinculante status superior ao da legislação e, com o NCPC, estende-se esta supremacia à grande parcela das decisões dos tribunais superiores”⁷².

Conforme nos ensinam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, se “para que súmula simples do STF e do STJ possam ter efeito vinculante a juízes e tribunais seria imprescindível que tivesse havido mudança da CF para autorizar essa vinculação”⁷³, não há, portanto, o que se falar em efeito vinculante da decisão objeto da análise.

portanto, órgão do Poder Judiciário, nem e situando acima dos Poderes Executivo e Legislativo. É formado por pessoas indicadas pelos três poderes, com mandato certo e transitório, vedada a contínua ou posterior recondução. O tribunal constitucional é, pois, suprapartidário” (*Princípios do processo na Constituição Federal* cit., p. 48).

70 Georges Abboud. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 251.

71 Conforme ensinamentos de Lênio Luiz Streck, em sua obra *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 194): “Ao editar uma súmula, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal passam a ter poder maior do que o legislador, pois, primeiro, ‘legislam’, ao conceberem a interpretação ‘correta’ de determinada norma; depois, quando existe discordância de tal interpretação, no bojo de qualquer processo em qualquer unidade da Federação, tal discordância é impedida de prosperar; razão de que o relator negará seguimento ao recurso ‘que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo tribunal”

72 *Discricionariedade administrativa e judicial* cit., p. 373.

73 Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1841.

A questão que se coloca através do presente arrazoado, a nosso ver, configura-se como sendo uma verdadeira “aberração jurídica”, pois estamos diante de uma decisão proferida pelo STF que, analisando uma matéria de natureza infraconstitucional, entendeu, contrariando todas as decisões anteriores da Corte, tratar-se de um caso de repercussão geral e, em sede de Plenário Virtual, julga o mérito da ação sob o argumento de se tratar de um típico caso de reafirmação de jurisprudência, sem, contudo, existir a jurisprudência em questão.

Uma decisão que simplesmente aplicar um caso-precedente já existente, a decisão que não tiver conteúdo de enunciação de uma regra jurídica ou de um princípio universalizável e a decisão que apenas se limitar a indicar a subsunção de fatos ao texto legal, sem apresentar seu conteúdo interpretativo relevante para o caso-atual e para os casos-futuros, não podem ser consideradas precedentes⁷⁴. O que se dirá de uma decisão que aplica a um caso precedente inexistente?

VI- Conclusão

Esta abordagem exclusiva sobre uma decisão recentemente proferida pelo Supremo Tribunal Federal, através do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes – que, em sede de Plenário Virtual e com o acompanhamento de alguns de seus pares, houve por bem firmar o posicionamento da Corte no sentido de que a fixação de contribuição assistencial fere o princípio da liberdade sindical e que, portanto, seria inconstitucional –, fez-se necessária tendo em vista os efeitos reflexos que a interpretação desta decisão está surtindo na esfera sindical.

Conforme exposto, o efeito midiático desta decisão colocou, à primeira vista, os protagonistas do direito sindical numa posição de incerteza e insegurança jurídica, sem saberem, ao certo, como proceder em relação aos efeitos práticos surtidos no cotidiano das entidades sindicais, mormente aquelas representantes de trabalhadores. Seja porque a entidade sindical depende da contribuição assistencial para continuar a gerir suas atividades, tendo ou não firmado termo de ajus-

⁷⁴ Hermes Zaneti Jr., ob. cit., p. 328/329.

tamento de conduta com o Ministério Público do Trabalho disciplinando a questão, seja porque diversas entidades sindicais, com a decisão proferida, tendem a optar pela não inclusão de referida contribuição em suas normas coletivas – o que prejudicará sobremaneira os cofres da entidade –, fato é que, num primeiro momento, propagou-se um verdadeiro abalo a todo o Sistema Sindical Brasileiro, composto por sindicatos, federações e confederações⁷⁵.

Depurando o acórdão e suas razões, pudemos observar que fatos e análises equivocadas precederam o julgamento. Primeiramente porque uma matéria de natureza infraconstitucional, contrariando posicionamentos anteriores do STF, foi reconhecida como tema de repercussão geral em razão do posicionamento monocrático do relator que, escorado no Regimento Interno da Corte e através do voto tácito de seus pares, teve sua posição referendada. Como se não bastasse, isso ocorreu sob o argumento de se tratar de simples reafirmação de jurisprudência, mas, diga-se, claramente tivemos a oportunidade de demonstrar não existir jurisprudência anterior do STF no sentido de analisar a matéria atinente à contribuição assistencial, não sendo possível, com o devido acato, tentar aplicar os parâmetros de julgamento utilizados quando da análise de outra matéria – contribuição confederativa – com características diversas daquela objeto da controvérsia.

O poderio atribuído ao STF é incontestado, e agora este poderio é exercido por um relator cujas decisões são públicas e notoriamente marcadas por um ativismo judicial exacerbado e escancarado, nítido até mesmo para aqueles que não integram a comunidade jurídica, o que certamente trará graves consequências aos destinatários da sua decisão e a todos aqueles que, por via reflexa, forem atingidos.

Diante desta realidade, entendemos que aos operadores do direito caberá a árdua tarefa de combater os equívocos desta e de qualquer outra decisão que, ativista ou não, discricionária ou não, atente contra o Estado Democrático de Direito.

⁷⁵ Aqui propositalmente não incluímos as Centrais Sindicais, por entendermos que estas, apesar de se beneficiarem das contribuições sindicais nos termos do art. 589, inc. II, *alínea b* da CLT, não integram o Sistema Sindical.

Pelas razões expostas é que ousamos dizer que dita decisão, em verdade, não pode e não deve ser caracterizada como um verdadeiro precedente judicial nem, tampouco, como jurisprudência dotada de efeito vinculante. Isto porque resta claro e evidente que o posicionamento do STF, como dito alhures, só surtirá efeito vinculante quando manifestado em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou através das súmulas vinculantes, pois este é o mandamento constitucional previsto no § 2º do art. 102 da CF.

Assim sendo, a decisão objeto de análise, por ora, nem mesmo surte efeitos entre as partes integrantes do processo, uma vez que os autos encontram-se aguardando o julgamento de embargos de declaração e, futuramente, mesmo com a manutenção da decisão da forma como fora proferida, certamente não trará efeitos vinculantes nem, tampouco, *erga omnes*; razão pela qual entendemos que para toda a seara sindical, num primeiro momento preocupada com o posicionamento do STF exarado através do Min. Gilmar Ferreira Mendes, temos a dizer que, em verdade, esta decisão nada alterou no país da Jabuticaba!

VII- BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014.

_____. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. Revista dos Tribunais, n. 907, São Paulo, RT, 2011, p. 88.

_____. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: RT, 2016.

AROUCA, José Carlos. Curso Básico de Direito Sindical. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. Precedentes Vinculantes em Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais. Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra, 1983.

FAGUNDES CUNHA, J. S (coord.). O direito nos tribunais superiores: com ênfase no novo direito processual. Ed. Luiz Fernando de Queiroz. Curitiba: Bonijuris, 2015.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Artigo 8º da Constituição e o monopólio da representação sindical no Brasil. <www.conjur.com.br>. Acesso 26.06.2017, às 17h05min.

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

MEIRELLES, Davi Furtado. Liberdade sindical: o modelo ideal. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 137, São Paulo, RT, 2010.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In NERY JUNIOR, Nelson; FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

_____; _____. *Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014.

OLIVEIRA, André Macedo de. *Recursos especiais repetitivos*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Em busca da liberdade sindical: uma análise crítica do sistema sindical brasileiro. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 128, São Paulo, RT, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

_____. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão Geral. *Revista do IASP*, São Paulo, RT, 2007, n. 19.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

Matérias jornalísticas

Limite à contribuição assistencial.

<<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,limite-a-contribuicao-assistencial,70001714932>>. Acesso 05.06.2017, às 11h04min.

Sindicato não pode exigir verba de não filiado. <<https://jota.info/trabalho/sindicato-nao-pode-exigir-verba-de-nao-sindicalizados-24022017>>. Acesso 05.06.2017, às 11h03min.

STF ratifica decisão contra taxa assistencial. Para advogado, é novo ataque a sindicatos. <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/07/stf-ratifica-decisao-contra-taxa-assistencial-para-advogado-e-novo-ataque-sindicatos/>>. Acesso 05.06.2017, às 11h01min.

STF veda cobrança de contribuição assistencial a não sindicalizados. <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-03/stf-veda-cobranca-contribuicao-assistencial-nao-sindicalizados>>. Acesso 05.06.2017, às 11h02min.



O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO E A “REFORMA TRABALHISTA” (LEI Nº 13.467/2017)

*Guilherme Guimarães Feliciano*⁷⁶
*Olivia de Quintana Figueiredo Pasqualetto*⁷⁷

Resumo: A redação original do artigo 818 da CLT, por tudo sintética, será agora substituída pela redação da Lei n. 13.467/2017, muito semelhante – mas não idêntica – àquela disposta no artigo 373 do novo Código de Processo Civil. Para aferir as consequências mais prováveis dessa alteração na teoria e no dia-a-dia forense, o presente artigo organiza-se em três blocos de reflexão: (i) análise da regra processual civil sobre ônus da prova, consubstanciada no artigo 373 do NCPC; (ii) exame das inversões pretorianas do ônus da prova no direito processual do trabalho brasileiro, observando a jurisprudência mais relevante e representativa de tais inversões no âmbito juslaboralista; e (iii) discussão da nova redação do artigo 818 da CLT, balizando sua interpretação a partir da possibilidade de uma repartição do ônus da prova dinâmica e sensível à natureza da pretensão do direito material.

Sumário: Introdução. 1 O ônus da prova no direito processual (civil) brasileiro. 2 A reforma trabalhista e a nova redação do artigo 818 da CLT. 3 Inversões pretorianas do

76 Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), gestão 2017-2019.

77 Mestre e Doutoranda em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada. Professora universitária.

ônus da prova no direito processual do trabalho brasileiro. Conclusões. Referências bibliográficas.

Introdução

A Lei nº 13.467/2017, que deu positividade à controversa “reforma trabalhista”, trouxe em seu bojo diversas alterações – muitas das quais qualificadas como verdadeiros retrocessos sociais (inclusive para os efeitos do art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica) –, seja no tocante ao direito material, seja quanto ao direito processual do trabalho.

Neste artigo, pretende-se analisar uma das alterações trazidas pela reforma em âmbito processual, qual seja, a alteração do artigo 818 da CLT no tocante ao ônus da prova. Eis um dos poucos pontos da “reforma” em que não se identifica propriamente um retrocesso; ao revés, comparativamente ao que dispôs historicamente o artigo 818 celetário e o que agora dispõe o artigo 373 do CPC/2015, pode-se mesmo reconhecer algum avanço. Tudo a depender, porém, do filtro e do ajuste hermenêutico.

A redação original do artigo 818 da CLT, por tudo sintética, resumia-se à afirmação de que *“a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”*. Esse texto será agora substituído, a partir de 11/11/2017, por uma nova redação, muito semelhante àquela disposta no artigo 373 do novo Código de Processo Civil.

Quais as consequências mais evidentes dessa alteração?

Para responder à questão, a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, este estudo foi organizado em três partes centrais: (i) a análise da regra processual civil sobre ônus da prova, consubstanciada no artigo 373 do NCPC; (ii) o exame das inversões pretorianas do ônus da prova no direito processual do trabalho brasileiro, observando a jurisprudência mais relevante e representativa de tais inversões no âmbito juslaboralista; e (iii) a nova redação do artigo 818 da CLT dada pela “reforma trabalhista”, apontando críticas por parte da doutrina e bali-

zando sua interpretação a partir da possibilidade de uma repartição do ônus da prova dinâmica e sensível à natureza da pretensão do direito material.

1 - O ônus da prova no direito processual (civil) brasileiro

O (novo) Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (NCPC), assim como já havia feito o código de 1973 e, antes dele, o de 1939, disciplinou a distribuição do ônus da prova a partir da positivação de regras estáticas para sua repartição em seus dois primeiros incisos (artigo 373, I e II, NCPC), assumindo como pano de fundo o modelo rosenberg-chiovendiano, pelo qual a prova dos fatos constitutivos cabe ao autor e prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos cabe ao réu (ROSEMBERG, 2002). Contudo, diferentemente dos diplomas anteriores, o NCPC positivou hipóteses gerais de relativização de tal regramento, como se lê textualmente no artigo 373, §1º, destacado a seguir:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do 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. (grifo nosso)

§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.

§30 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.

§ 40 A convenção de que trata o § 30 pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Neste particular, o NCPC dispôs expressamente sobre prática já assimilada no âmbito do processo civil: mesmo sob a égide do CPC/1973 – quando a única possibilidade legal de inversão do ônus da prova derivava da pactuação entre as partes (artigo 333, parágrafo único) e, ainda assim, se a convenção incidisse sobre direitos de caráter disponível⁷⁸ –, havia hipóteses específicas de inversão ou exclusão do “*onus probandi*” positivadas na legislação esparsa. São exemplos:

- a. a inversão do ônus da prova nas ações consumeristas, em favor do consumidor, e a critério do juiz, quando houver verossimilhança da alegação e/ou hipossuficiência do autor, “*segundo as regras ordinárias da experiência*” (permissão legal contida no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor)⁷⁹;
- b. a inversão do ônus da prova em matéria de publicidade, sendo certo que o “*ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina*” (artigo 38 do CDC), em caráter incondicional;

78 A exemplo da proibição do artigo 51, VI, do CDC, segundo o qual “*são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor*”.

79 Nesse sentido, segundo o artigo 6º do CDC, “*são direitos básicos do consumidor: [...] a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*”. Merece menção o debate doutrinário e jurisprudencial sobre a natureza da hipossuficiência que autorizaria a inversão condicional do artigo 6º, VIII, do CDC: se hipossuficiência técnica ou hipossuficiência econômica (como é a laboral), ou ainda se ambas. No primeiro sentido (hipossuficiência técnica), TJSP, AI n. 301006-4-7, 3ª Câmara. Direito Privado, rel. Des. Luiz Antônio de Godoy, j. 18.11.2003; TJSP, AI 214037-4-9, 1ª Câmara. Direito Privado, rel. Des. PAULO DIMAS MASCARETTI, j. 25.09.2001).

- c. a inversão do ônus da prova, em favor do devedor, nas ações relativas a estipulações usurárias e afins, ainda que não regidas pelo CDC, desde que haja verossimilhança da alegação (MP n. 2.172-32, de 23.08.2011⁸⁰);
- d. a inversão do ônus da prova, em favor do segurado, nas ações judiciais de aposentadoria (reforma), derivada da correspondente inversão do encargo probatório no plano administrativo (artigo 29-A, §1º, da Lei n. 8.213/1991⁸¹, com a redação da Lei n. 10.403, de 08.01.2002)⁸²;

80 A medida procurou conter os efeitos funestos das atividades usurárias e de agiotagem, declarando “nulas de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam: I - nos contratos civis de mútuo, taxas de juros superiores às legalmente permitidas, caso em que deverá o juiz, se requerido, ajustá-las à medida legal ou, na hipótese de já terem sido cumpridas, ordenar a restituição, em dobro, da quantia paga em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido; II - nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido” (art. 1º), e alcançando ainda “as disposições contratuais que, com o pretexto de conferir ou transmitir direitos, são celebradas para garantir, direta ou indiretamente, contratos civis de mútuo com estipulações usurárias” (i.e., simulações maliciosas — art. 2º). E, em todos esses casos, dispõe que “[n] as ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação” (art. 3º — g.n.). A ementa da MP n. 2.172-32/2001, aliás, já diz a que veio, nos planos material e processual: “Estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração” (grifo nosso).

81 “In verbis”: “O INSS terá até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da solicitação, para fornecer ao segurado as informações previstas no caput deste artigo”. O caput dispõe que “[o] INSS utilizará, para fins de cálculo do salário-de-benefício, as informações constantes no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS sobre as remunerações dos segurados”.

82 Com esse entendimento, cf. , por todos, Sandra Aparecida Sá dos Santos, A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, pp.97-98. “In verbis”: “Antes, o contribuinte era obrigado a apresentar a carteira de trabalho para comprovar o tempo de serviço e a remuneração. Agora, é o INSS que deve fornecer as informações relativas ao tempo e ao valor da contribuição do segurado, constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS). [...] É evidente que ocorrerá a inversão do onus probandi na esfera jurisdicional havendo necessidade de propositura da ação, pelo contribuinte, visando ao recebimento do benefício previdenciário, uma vez que cabe ao INSS fornecer ao segurado todas as informações constantes do Cadastro Nacional das Informações Sociais, nos termos da mencionada lei” (g.n.). Como se trata de uma interpretação derivada da inversão administrativa, esta hipótese é obviamente mais polêmica. Assim, em sentido contrário, v. Xavier Leonardo, Imposição e inversão..., p.310: “Não se trata, efetivamente, de uma regra de inversão do ônus da prova. Isto porque, em primeiro lugar, sua aplicação limita-se ao procedimento administrativo voltado para o recebimento do salário-de-benefício [rectius: do benefício]. Em segundo lugar, não se inverte um ônus de provar ao se estabelecer um dever legal de prestação de informações, no caso, constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais”. Mas a seguir concede: “A não apresentação dessas informações pelo INSS, porém, pode ser utilizada como elemento de con-

- e. (e) a exclusão ou inversão do ônus da prova, nos processos que demandam prova pericial médica, em desfavor da parte recusante à perícia que pressupõe disponibilidade física (artigo 232 do NCC⁸³).

Para além dessas possibilidades legais, tanto a jurisprudência cível como, sobretudo, a trabalhista já admitiam outras situações de inversão/exclusão do ônus da prova, antes mesmo do CPC/2015, em casuísticas ora “*secundum legem*”, ora “*praeter legem*” ou até mesmo “*contra legem*”. Dada a sua proeminência nessa temática, passa-se ao estudo específico da jurisprudência trabalhista.

2 - Inversões pretorianas do ônus da prova no direito processual do trabalho brasileiro

A (re)distribuição do ônus probatório não é novidade no âmbito da Justiça do Trabalho, que possui ampla jurisprudência, inclusive sumulada, sobre repartição do ônus da prova, ora meramente declaratória do modelo legislativo em vigor, ora efetivamente inovadora (chamadas, aqui, de inflexões pretorianas). Abaixo serão analisados alguns exemplos dessa tradição existente nos tribunais laborais.

A Súmula nº 6, VIII, do TST, dispõe que é “*do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial*”; reproduzindo, fielmente, o disposto no artigo 333, II, do CPC/1973 – e, agora, no artigo 373, II, do CPC/2015 –, já que em casos de equipa-

vicção do julgador ao apreciar uma demanda voltada para o recebimento do benefício previdenciário”. Entende-se correto o posicionamento de Sã dos Santos: se o único objeto da prova, nos pedidos simples de aposentadoria, é o tempo de serviço ou contribuição e o elenco histórico das contribuições — todas informações disponíveis no CNIS —, e se o INSS é legalmente obrigado a apresentá-los no procedimento administrativo (não se exigindo, naquele âmbito, qualquer atividade probatória anterior do segurado), não é lógico que, na demanda judicial, essa vantagem seja perdida. O ônus da prova resta aprioristicamente invertido, até mesmo em homenagem ao princípio da aptidão para a prova. Se, todavia, a prova documental carreada pela autarquia infirmar a pretensão inicial, caberá ao autor a contraprova, seja ela documental (v., no plano administrativo, o artigo 29-A, §2º, da Lei n. 8.213/1991), seja mesmo oral (v. artigo 55, §3º, da Lei n. 8.213/1991).

83 “*In verbis*”: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. V. a respeito G. G. Feliciano, *Direito à prova... passim*.

ração salarial, o empregador será o réu, isto é, o reclamado na ação trabalhista.

Aponta-se, contudo, que o enunciado não esclarece o que se considera como fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação, tal como o fez o artigo 461 da CLT, ao dispor sobre os elementos da perfeição técnica ou a diversa produtividade entre paradigma e paragonado, ou ainda o tempo de serviço na função superior a dois anos, todos fatos impeditivos à luz do artigo 461, *caput* e §1º, da CLT (atente-te que a Lei nº 13.467/2017 traz mudanças neste particular)⁸⁴.

A Súmula nº 12 do TST dispõe que as “anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção ‘*juris et de jure*’, mas apenas ‘*juris tantum*’”. Tal verbete não trouxe grande novidade, contudo assegura expressamente ao empregado o direito processual à contraprova. No subtexto, reputa-se satisfeito, pela prova preconstituída em CTPS, o “*onus probandi*” do empregador em torno da matéria.

A O.J. SDI-1/TST nº 215 dispunha que é “do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte”, i.e., a sua necessidade e a manifestação de vontade perante o empregador; aplicando-se a lógica do “*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*” (= incumbe a prova àquele que afirma, não ao que nega). No entanto, essa orientação foi cancelada pela Resolução nº 175, de 24.05.2011 do TST, levando à suposição de que a jurisprudência do TST poderia vir a infletir o ônus da prova, em favor do empregado, também

84 A nova redação do artigo 461 dispõe:

“Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade. §1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos. §2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público. §3º No caso do § 2º deste artigo, as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional. [...] §5º A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria. §6º No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

nessa hipótese. E, de fato, foi editada em 2016 a Súmula nº 460 do TST, pela qual é *“do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício”*. Dá-se, pois, clara inversão do ônus da prova, já que caberia ao reclamante, *a priori*, fazer a prova dos requisitos indispensáveis para o direito ao vale-transporte (fatos constitutivos do direito).

Já a Súmula nº 212 do TST estabelece que 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”*. Aqui efetivamente se inverteu o ônus da prova, a partir de uma presunção derivada do princípio da continuidade da relação de emprego: embora seja alegação do empregado a data e o modo de terminação da relação de emprego, cumprirá ao empregador provar eventual data ou modo mais favorável aos seus interesses, resolvendo-se as dúvidas em seu detrimento (e infletindo-se, portanto, a regra contida na redação original do artigo 818 da CLT, na direção do que fez a legislação portuguesa, *ut* artigos 435º, 1 e 3, do CT).

A O.J. SDI-1/TST nº 233 indicou que a *“decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período”*. Nisto, modulou o ônus da prova, infletindo parcialmente a regra do artigo 818 da CLT: comprovadas as sobrejornadas em certo período, o juiz poderá, por *“praesumptio hominis”*, considerar que as mesmas sobrejornadas eram praticadas em outros períodos não abrangidos pela prova (o que significa, na prática, *inverter o ônus da prova* dos excessos nos períodos não provados).

A O.J. SDI-1/TST nº 301 dispunha que,

definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito de FGTS, ou houve em valor inferior, alegada pela reclamada a inexistência de diferenças nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da prova, incumbin-

do-lhe, portanto, apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor.

Nessa situação também se aplicava o princípio da melhor aptidão para a prova (já que a guarda das guias é temporariamente obrigatória para o empregador – v., p. ex., artigos 2º e 3º da IN SIT/MTE n. 84/2010), mas buscava travesti-lo de legalidade formal com a remissão ao artigo 818 da CLT (redação original, segundo a qual “*a prova das alegações incumbe à parte que as fizer*”), dando interpretação ao dispositivo no sentido de reconhecer a alegação de inexistência de diferenças. Contudo, também essa orientação foi cancelada pela Resolução n. 175/2011, o que insinuava refluxo jurisprudencial, agora num sentido menos tuitivo. Não foi, porém, o que ocorreu. Em 2016, editou-se a Súmula n. 461 do TST, pela qual fica a cargo “*do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015)*”, seguindo o padrão do artigo 373, I, do NCPC.

A Súmula nº 338 do TST, enfim, consubstancia atualmente o melhor ou um dos melhores exemplos de inflexão do ônus da prova no universo processual trabalhista, em matéria de duração do trabalho, redistribuindo a carga probatória conforme a aptidão para a prova (embora, na literalidade da redação original do artigo 818 da CLT, a alegação de jornada extraordinária seja sempre do empregado), dispondo:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 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. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em ins-

trumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)
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. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)⁸⁵.

O mesmo se diga, mais recentemente, da Súmula 443 do TST, aprovada por ocasião da *Segunda Semana Jurídica do Tribunal Superior do Trabalho* (2012), presumindo, à falta de prova das razões objetivas da dispensa, que é discriminatória a dispensa de empregado portador de vírus HIV ou de outra doença de caráter estigmatizante. Nesses casos, presumida a discriminação, aplicam-se integralmente os efeitos da Lei n. 9.029/1995⁸⁶. Estabilizou-se, com o novo verbete, jurisprudência que há muito vinha sendo repercutida nos tribunais regionais⁸⁷. “*In verbis*”:

85 O artigo 74, §2º, da CLT estatui que “[p]ara os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso”. Logo, por dever legal, o empregador com mais de dez empregados está obrigado a manter controles de ponto, o que o torna muito mais apto para produzir essa prova em juízo. “A contrario”, manter esse ônus com o empregado, por obediência cega à letra do artigo 818 da CLT, significaria “premiar” o empregador desidioso com suas responsabilidades administrativas: desatendendo ao comando do artigo 74, §2º, da CLT, não geraria prova preconstituída; e, por seu ilícito (sancionado com multa, ut artigo 75 da CLT), teria em juízo a vantagem de que a prova da jornada alegada caberia, de regra, ao trabalhador-reclamante. Nada mais ignominioso.

86 A Lei n. 9029, de 13.04.1995, “proíbe a exigência de atestado de grávidas e esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências”.

87 V., e.g., TST, AIRR n. 8925-84.2010.5.01.0000, 8ª T., rel. Min. MÁRCIO EURICO VITRAL AMARO, j. 03.08.2011, in DEJT 05.08.2011. “*In verbis*”: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISITA - EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. REINTEGRAÇÃO. PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO . INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Nega-se provimento ao Agravo de Instrumento que não logra desconstituir os fundamentos do despacho que denegou seguimento ao Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se nega provimento” (g.n.). Ou, ainda, TST, RR n. 124400-43.2004.5.02.0074, 1ª T., rel. Des. JOSÉ PEDRO DE CAMARGO RODRIGUES DE SOUZA, j. 25.04.2012, in DEJT 11.05.2012. “*In verbis*”: “RECURSO DE REVISITA - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV - DISPENSA IMOTIVADA - PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO - DIREITO À REINTEGRAÇÃO. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a dispensa imotivada de empregado soropositivo é presumidamente discriminatória, salvo comprovação de que o ato decorreu de motivo diverso. Viabilizado o recurso por divergência válida e específica, merece reforma a decisão do Regional, para que se restabeleça a r. sentença que concedeu ao reclamante o direito à reintegração. Recurso de revista conhecido e provido” (g.n.).

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Ainda, neste sentido, merece atenção a questão da prova nos casos em que o Direito, seja por meio de legislação ou jurisprudência, não tratou do *“onus probandi”* com regras específicas, a exemplo dos casos de assédio. Apesar da matéria ainda não estar sumulada, a técnica da inversão do ônus da prova tem sido frequentemente aplicada pelos tribunais regionais do trabalho: em diversos julgados tem-se admitido, à falta de prova da normalidade da conduta, que o abuso foi perpetrado, mesmo à falta de testemunhas oculares. Não se trata de jurisprudência dominante⁸⁸, mas tais possibilidades merecem análise mais aprofundada, o que será feito mais adiante.

88 Assim, p.ex.: *“ASSÉDIO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Não restando provado, por parte da reclamante, o alegado assédio moral, correta a sentença ao não deferir a pleiteada indenização correspondente”* (TRT 7ª Região, RO n. 0001721-79.2010.5.07.0013, 2ª Turma, rel. Paulo Régis Machado Botelho, in DEJT 14.11.2011). *“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INEXISTÊNCIA DE PROVA. Não demonstrada pela prova dos autos o propalado assédio moral perpetrado pela reclamada, o indeferimento do pedido de indenização por danos morais é medida que se impõe. Recurso parcialmente provido”* (TRT 7ª Região, RO n. 0000702-47.2010.5.07.0010, 2ª Turma, rel. Maria Roseli Mendes Alencar, in DEJT 03.10.2011). *“DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE PROVA. O panorama instrutório se presta suficientemente para respaldar as lúcidas conclusões da magistrada sentenciante quanto à ausência de elementos probatórios robustos da ofensa moral alegada, em face mesmo da impossibilidade de se dar crédito aos depoimentos das testemunhas do autor - sob suspeita de troca de favores e aliciamento - os quais, por outro lado, foram contrariados, em seu conteúdo, pelas testemunhas conduzidas pela empresa que ressaltam o clima de tranquilidade e harmonia na agência gerenciada pela Sra. Rosângela, impondo-se, pois, a confirmação da sentença vergastada, também neste tocante”* (TRT 7ª Região, RO n. 0079900-91.2009.5.07.0003, 1ª Turma, rel. Rosa de Lourdes Azevedo Bringel, in DEJT 08.11.2011). *“ASSÉDIO MORAL. ÔNUS DA PROVA. Indevida indenização por danos morais quando não restou evidenciado o alegado assédio moral, ônus que incumbia ao reclamante (artigo 818 da CLT c/c artigo 333, inciso I, do CPC). Não se vislumbra nos autos quaisquer indícios de que tenha o autor tenha sofrido constrangimento em razão de receber salário inferior aos paradigmas indicados. Sentença que se mantém”* (TRT 9ª Região, RO n. 1558-2008-094-09-00.0, 4ª Turma, rel. Sérgio Murilo Rodrigues Lemos, in DJe 14.05.2010, p. 243). V. ainda, entre outros, TRT 9ª Reg., RO n. 00297-2006-673-09-00-7-ACO-34648-2007, 1ª T., rel. Des. UBIRAJARA CARLOS MENDES, in DJPR 23.11.2007; TRT 3ª Reg., RO n. 0001235-68.2011.5.03.0014, 2ª T., rel. Des. JALES VALADÃO CARDOSO, in DEJT 02.02.2012.

3 - A reforma trabalhista e a nova redação do artigo 818 da CLT

De acordo com a nova redação dada ao artigo 818 da CLT pela Lei nº 13.467/2017,

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.

Nota-se que a nova redação do artigo 818 da CLT em muito se parece com a redação dada ao artigo 373 do NCPC, já examinada acima. Em seus dois primeiros incisos, mantém a fórmula rosenbergh-chiovendiana (prova dos fatos constitutivos pelo autor e prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos pelo réu); e, em seu §1º, abre espaço para uma relativização dessa regra estática, seja para casos previstos em lei (i), seja ainda diante de peculiaridades da causa re-

lacionadas à impossibilidade (ii) ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo (iii), ou, por fim, em razão da maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário (iv).

Parte da doutrina, por entender que a nova redação do artigo 818 da CLT – semelhante à redação do artigo 373 do CPC/2015 – poderia imobilizar a distribuição do “*onus probandi*” na seara trabalhista, é refratária à novidade. Nesse sentido, ao comentar tal questão quando da edição do NCPC, Teixeira Filho (2015, p. 500) evidenciou preocupação sobre

trasladar-se para o processo do trabalho, no qual a desigualdade real das partes é fato inomitível, o critério civilista a respeito da distribuição do ônus objetivo da prova, que se sabe estar estribado, ao contrário, no pressuposto da igualdade formal dos litigantes.

Ainda em perspectiva aparentemente crítica, veja-se Silva (2017, p. 151), para quem

acabou a história de 74 anos do art. 818 da CLT, que procurava, em sua redação sintética, apartar-se do ônus da prova do processo civil e lançar luzes sobre uma espécie de aptidão da prova mais afeta ao empregador do que aos trabalhadores.

[...]

A expressão clássica do art. 818 original, no sentido de que a prova incumbe a quem fizer as alegações, foi objeto de profundas reflexões pela doutrina trabalhista, que invariavelmente atribuíam ao empregador o encargo de demonstrar os fatos, muitos deles negados, com documentação, perícias e testemunhos que ele supostamente estava mais propenso a fazer.

Tais críticas são compreensíveis e pertinentes, especialmente quando se trata de uma modificação trazida por uma “reforma” tão

ampla, não debatida e, de regra, veiculadora de retrocessos sociais de diversas ordens.

Nada obstante, entendemos que o disposto no parágrafo 1º do “novo” artigo 818 da CLT deve se interpretado de forma mais estratégica e alargada, especialmente quando trata das *“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”*.

Entende-se que tal dicção deve abrir espaço para que a distribuição do ônus da prova leve em consideração o que está sendo demandado ou, em outras palavras, seja sensível à natureza da pretensão do direito material. Assim, ao analisar o caso *“sub judice”*, poderá o juízo atribuir o *“onus probandi”* de modo diverso, desde que o faça **(a)** de forma fundamentada e **(b)** dando ao *“ex adverso”* a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. A repartição dinâmica não poderá, ademais, fulminar as possibilidades de prova de qualquer das partes: a decisão não poderá gerar situação em que *“a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”*.

Em boa hora, ademais, a Lei n. 13.467/2017 não admitiu a distribuição diversa do ônus da prova por força de *convenção das partes*, como prevê o artigo 373, §3º, do CPC, porque tal possibilidade atentaria contra a própria natureza dos interesses materiais geralmente disputados no processo laboral.

De outro turno, à diferença do preceito processual civil, o dispositivo sob análise prevê textualmente que a decisão que infletir o ônus estático da prova *“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” (g.n.)*. O texto certamente se refere à abertura da instrução *em audiência*, porque, a rigor, provas documentais já estarão sendo admitidas desde a propositura da ação, com a petição inicial. Ademais disso, à vista do que dispõe o artigo 765 da CLT, temos por indiscutível que, a depender da hipótese concreta versada nos autos, a redistribuição do *“onus probandi”* tanto

poderá se dar *após* a abertura da instrução em audiência, como também poderá o juiz *indeferir* fundamentadamente o pedido de adiamento da audiência, se o entender abusivo (assim, p. ex., se a parte interessada já tiver presentes, nas dependências da unidade, testemunhas aptas a discorrer sobre os pontos controvertidos).

Por fim, buscando afastar sensações de instabilidade e insegurança jurídica decorrentes da recepção legal do modelo de repartição dinâmica, é por tudo recomendável que doutrina e jurisprudência trabalhistas passem a utilizar mais largamente as *tecnologias processuais* que, noutros sistemas, têm balizado a flexibilização do modelo estático de repartição do ônus da prova. Feliciano (2016) analisou detidamente três dessas tecnologias, quais sejam, **(a)** o princípio da melhor aptidão para a prova; **(b)** a “*Anscheinsbeweis*” ou prova por verossimilhança; e **(c)** as constelações de indícios.

O princípio da melhor aptidão para a prova pode ser entendido como o princípio instrumental pelo qual se atribui o ônus de provar à parte que provavelmente esteja em situação mais confortável para cumpri-lo (isto é, para fornecer a prova). Tal princípio informa, por exemplo, a racionalidade da Súmula nº 338 do TST, “*in verbis*”:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA

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.

É possível encontrar a aplicação de tal princípio em julgados variados ao longo da jurisprudência, como exemplo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DEPÓSITOS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. **PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA.** 1. Segundo a jurisprudência firmada nesta Corte Superior, cabe ao empregador o ônus de comprovar a regularidade dos depósitos de FGTS, entendimento que se justifica pelo princípio da aptidão para a prova, inclusive pelo fato de que a empresa deve manter em seu poder os comprovantes dos depósitos do FGTS. 2. Admite-se o recurso de revista interposto contra acórdão regional proferido em desconformidade com a iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (art. 896, § 7º, da Consolidação das Leis do Trabalho). 3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se dá provimento (TST, RR n. 2149-25.2012.5.02.0015, 4ª T., rel. Des. Conv. ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA, j. 16.12.2015, in DEJT 18.12.2015).

Ressalte-se que tal princípio já havia sido positivado no artigo 373 do NCPC e, agora, também no §1º do artigo 818 da CLT, autorizado *“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”*.

A tecnologia da *“Anscheinsbeweis”*, importada do direito alemão,

baseia-se em “hipóteses-tipos” definidas pela lei ou pela jurisprudência que, uma vez verificadas no caso concreto, bastam para a satisfação do ônus probatório da parte, por mera verossimilhança (= plausibilidade, credibilidade, atributo do que parece ser verdadeiro ou tem condições de realmente ter acontecido) da alegação.

Diante da hipótese-tipo (*prima facie case*), incumbirá à parte contrária provar que aquele fato presuntivo não se verificou (FELICIANO, 2016)

Esse mecanismo destina-se, especialmente, a situações de grande assimetria processual e/ou nas pretensões materiais protegidas. Nesse sentido, o foi positivada segue o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (“... quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação...”), podendo decerto ser aplicada em outras espécies litigiosas, inclusive no âmbito da Justiça do Trabalho.

No direito processual do trabalho brasileiro, a “*Ancheisbeweis*” vinha sendo aplicada para inverter o ônus da prova em ações indenitárias relacionadas a acidentes do trabalho (assim, *e.g.*, nas ações em que se reclama, do empregador, indenização civil sob presunção do nexo causal entre o trabalho e a lesão sofrida, fiando-se em hipótese coberta pelo chamado nexo técnico-epidemiológico administrativo – NTEP).

Tal tecnologia aparece ainda quando da inversão do ônus da prova na dispensa discriminatória, em se tratando de empregado soropositivo para HIV (ou portador de outras doenças igualmente estigmatizantes), conforme indica a súmula n. 443 do TST, “*in verbis*”:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. **PRESUNÇÃO**. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO (Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012). **Presume-se discriminatória** a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Cite-se, por fim, a tecnologia das constelações de indícios, pela qual um conjunto coerente de fatos laterais tendentes ao fato principal (= objeto da prova) satisfaz o respectivo “onus probandi” (FELICIANO, 2016), permitindo atribuir à contraparte processual o ônus de provar a inocorrência do fato principal ou a imprestabilidade dos indícios para a

inversão no caso concreto. Essa é a concepção que embasa a O.J. SDI-1/TST nº 233, pela qual “a decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período”.

Nesse sentido, valendo-se das referidas tecnologias processuais (sem prejuízo de outras similares, igualmente testadas e admitidas pela “*communis opinio doctorum*”), e fazendo-o de forma fundamentada, é possível manter e até mesmo alargar a tradição dos tribunais laborais de evitar que a utilização do regramento estático sobre o ônus da prova conduza “a armadilhas probatórias que mortifiquem as pretensões materiais dos trabalhadores no processo laboral” (FELICIANO, 2016, p. 721).

O novel artigo 818 da CLT legou-nos, portanto, menos que um retrocesso, uma janela hermenêutica de possibilidades, passível de exploração com melhor ciência do que a que se aplicou, historicamente, à redação de 1943. Ao intérprete competirá, agora, extrair, do texto revisado, as suas integrais potencialidades.

Considerações finais

A nova redação do artigo 818 da CLT, atribuída pela Lei n. 13.467/2017 – da chamada “reforma trabalhista” –, assemelha-se sobremaneira ao quanto disposto, a propósito, na legislação processual civil, após o advento da Lei 13.105/2015 (artigo 373). A proximidade tanto se dá no tocante à adoção do modelo estático de distribuição do ônus da prova, quanto em relação à possibilidade de se esquivar da fórmula rosemberguiana para modular, mitigar, redistribuir ou mesmo excluir o ônus da prova, para além das amarras do “alegado”.

Frisa-se que o desapego legal-positivo àquelas amarras deve dar azo, no espaço forense, não apenas a relativizações baseadas em presunções (legais ou “*hominis*”), mas também em tecnologias processuais típicas, tais como a da melhor aptidão para a prova (a rigor,

uma norma-princípio que o sistema processual brasileiro passa a assimilar), a da constelação de indícios e a da “Anscheinsbeweis”, as quais minimizam, no contexto da repartição dinâmica do “onus probandi”, a sensação de imprevisibilidade e insegurança jurídica ao longo do curso processual.

Dessa forma, ainda que a Lei nº 13.467/2017 tenha uma vez mais abrigado o modelo estático de repartição do “onus probandi” (incisos I e II do artigo 818 da CLT), também abriu espaço para uma interpretação mais flexível de tal repartição, abolindo a “ditadura da prova do alegado” – o que, a rigor, já podia ser superado sob o pálio do artigo 765 da CLT, mas não tinha respaldo textual específico – e referendando algo que já era tradição na justiça laboral: distribuir o ônus da prova de forma a considerar a característica da pretensão material em jogo, proporcionando maior coerência com o fim último do Direito do Trabalho, qual seja, o de conferir maior equilíbrio a uma relação contratual essencialmente desigual.

Referências bibliográficas

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1936. v. I.

_____. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana: Cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Por um processo realmente efetivo: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do “due process of law”*. São Paulo: LTr, 2016.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2 ed. Tradução de Ernesto Krotoschin. Montevideo: Editorial B de F, 2002.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Homero Batista Mateus. Comentários à reforma trabalhista: análise da lei 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

O TEMPO DE TRABALHO NA “REFORMA” E O TEMPO PERDIDO

Jorge Luiz Souto Maior⁸⁹

*“Nosso suor sagrado
É bem mais belo
Que esse sangue amargo”*

(Tempo Perdido – Legião Urbana)

1 - Introdução

Da reiterada análise do contexto do advento da Lei nº 13.467/17 dois aspectos sempre ressaltam:

1. o tempo recorde em que se deu a aprovação de uma lei que tenta alterar profundamente as relações de trabalho no Brasil e o próprio modo de ser social;
2. o tempo perdido pela classe trabalhadora, que não foi capaz de compreender o que estava acontecendo e não reagiu à altura do tamanho da ofensiva que lhe fora desferida.

E quando se chega ao momento da inserção da Lei no mundo jurídico, quando se vislumbra a sua aplicação em concreto, esses dois problemas geram ao menos duas repercussões que são decisivas:

⁸⁹ Juiz do Trabalho titular da 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí-SP, professor livre-docente de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; coordenador do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (GPTC); membro da Rede Nacional de Grupos de Pesquisa em Direito do Trabalho e da Seguridade Social (RENAPEDTS).

1. em razão do tempo recorde para aprovação, resultado da compreensão da classe política no poder e dos setores econômicos diretamente interessados em sua aprovação de que o estágio de ruptura democrática poderia não durar muito tempo, a Lei em questão é muito mal elaborada, no sentido técnico-jurídico; e
2. ao se deparar com o conteúdo integral da Lei, a classe trabalhadora se surpreende e tenta recuperar o tempo perdido, mas não sabe exatamente como agir, dado que durante as últimas décadas priorizou a ação burocrática, que a faz acreditar que as perversidades da Lei serão revertidas por atuação de uma plêiade no campo jurídico ou na arena do jogo político institucional, pelo qual se cogita a recuperação da contribuição sindical, como concessão do próprio governo que promoveu o desmonte trabalhista, ou a reversão do quadro nas eleições de 2018.

Esse modo de encarar a situação, dentro da emergência do fato consumado, tem feito com que as pessoas, em geral, se esqueçam da origem da Lei nº 13.467/17, que foi, concretamente, uma imposição antidemocrática, impulsionada pela força do poder econômico e da grande mídia.

Esse esquecimento é muito grave porque no afã de buscar interpretações que impeçam as destruições de direitos preconizadas na Lei ou de projetar paliativos por meio de conciliações com os promotores do desmonte ou pelas vias eleitorais futuras, tende-se a naturalizar a quebra das instituições democráticas, além de estimular uma postura dissimulada, negando-se aquilo que se sabe, mas que não pode ser admitido para que não se tenha que levar às consequências necessárias o resultado da apreensão do conhecimento.

Essa forma de raciocínio pragmático, sem base empírica, que não passa de uma preocupação consigo mesmo, mas que não possui uma solução concreta, projetada e programada, produz irracionalidades e estimula a luta de todos contra todos, que foi, ademais, o que nos trouxe até aqui; a um momento extremamente perigoso em que, esti-

muladas pelas atuações individualistas, mas assombradas pelo medo (do presente e do futuro), muitas pessoas passam a considerar que a solução dos seus problemas, de forma contraditória, não está no exercício de seu esforço próprio, mas na eliminação das possibilidades do esforço alheio, que lhes seria garantido por atuação de um governo autoritário.

Ora, se o poder econômico, que dita as regras do jogo no capitalismo, se valeu expressamente desse expediente, que está refletido no processo de ruptura democrática do qual tem origem a Lei nº 13.467/17 e também no próprio conteúdo da Lei, que tenta pôr a classe trabalhadora de joelhos perante o capital, por que os cidadãos, premidos pela sobrevivência, se veriam comprometidos com a lógica democrática, com os respeito aos direitos civis, os Direitos Humanos, e com o princípio da solidariedade que embasa os Direitos Sociais? Isso, aliás, está refletido na pesquisa “Medo da Violência e Autoritarismo no Brasil”, realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e Datafolha, publicada no Jornal Folha de S. Paulo, edição de 06/10/16, no qual se destaca um aumento do desprezo à agenda de direitos. A ausência de políticas públicas, no que se refere à efetivação de direitos sociais e redução das desigualdades sociais, faz aumentar a violência urbana e o aumento desta diminui a adesão da população à agenda da efetivação de direitos sociais, retroalimentando a violência.

A Lei nº 13.467/17 não é, portanto, apenas uma lei que tenta “modernizar” as relações de trabalho. É um ato de poder, que reforça toda essa lógica antidemocrática e irracional, para favorecer os interesses econômicos no aspecto da facilitação de uma maior exploração do trabalho, potencializado as taxas de lucro de investidores estrangeiros.

No que se refere ao tempo de trabalho, por exemplo, os termos da Lei nº 13.467/17 buscam, cirurgicamente, facilitar seu aumento, eliminando a compensação remuneratória adicional e afastando as obrigações sociais, em detrimento do projeto de Seguridade Social.

2 - O dever de aplicar a Lei nº 13.467/17: como?

Falemos, então, especificamente, dos trechos da Lei nº 13.467/17, que se referem ao tempo de trabalho, mas não sem antes fazer a advertência de que é completamente despropositada a pressão, desenvolvida pela grande mídia, sobre os juízes para que apliquem a dita lei, irrefletidamente, tal qual está estabelecida.

Acho que quem diz isso não leu a lei. E é muito provável mesmo que a maioria das pessoas que defende a tal “reforma” trabalhista não saiba exatamente o que consta na Lei nº 13.467/17.

Ademais, essas mesmas vozes que hoje cobram a aplicação dessa lei não cobram e não cobravam a aplicação literal da Constituição Federal, assim como não cobravam a aplicação integral e efetiva da CLT pelos juízes do trabalho.

Diante dessa pressão seletiva, a pergunta básica a fazer é: aplicar como?

Ora, não é uma tarefa simples, considerando-se a condição humana e o estágio da evolução do raciocínio, aplicar uma lei que sugere a existência de um tal trabalhador autônomo que presta serviços de forma contínua e com exclusividade e trata do empregado que atua de forma descontínua e sem exclusividade?

Uma lei que é contrária à CLT, mas que tenta enxertar seus anti-valores na própria CLT, cujas normas, ainda em vigor, se contrapõem a vários dispositivos da lei. Uma lei que desdiz a Constituição, mas que prevê que as normas constitucionais devem ser respeitadas; que tenta atrair a noção privatista de negócio jurídico do Código Civil, mas que, sem eliminar o Direito do Trabalho, precisa conviver com os princípios do Direito do Trabalho e demais normas de Direitos Humanos.

Uma lei que traz vários dispositivos que tentam reduzir direitos dos trabalhadores, incentivar formas precárias de contratação, possibilitar o aumento sem limites da jornada de trabalho sem sequer o pagamento do adicional correspondente, abrir espaço para ajustes individuais

de trabalho e ampliar o poder do capital sobre os trabalhadores, mas que, ao mesmo tempo, foi sustentada nos argumentos de que veio para aumentar o poder dos sindicatos, ampliar empregos, não reduzir direitos, e preservar as garantias constitucionais.

Uma lei que, reitera-se, foi forjada a quatro paredes com a participação exclusiva de representantes do grande capital e que só foi aprovada em razão do regime de ruptura democrática vivenciado no país.

Uma lei que, portanto, sequer merece o status jurídico de “lei”, pois a lei, em um Estado Democrático de Direito, não é o mero resultado da imposição, pela força, dos interesses de um setor específico da sociedade, e que muito menos pode ser considerada uma lei trabalhista, vez que esta pressupõe a participação da classe trabalhadora no processo político de sua elaboração, conforme estabelecido desde a criação da OIT, em 1919.

Trata-se, pois, de um arremedo jurídico que deve ser rejeitado, como resultado de uma atuação que efetive, em respeito às garantias constitucionais conferidas aos cidadãos e, sobretudo, aos cidadãos integrados à classe trabalhadora, pelos poderes que foram instituídos exatamente para, em nome do Estado de Direito, impedir que a vida social fosse ditada direta e exclusivamente pelos detentores do capital, sendo que essa rejeição também deve se dar pela atuação política dos diretamente interessados, como reflexo do exercício do poder democrático que a Constituição lhes garante.

De todo modo, ainda que se abstraia tudo isso, ou seja, ainda que se queira fazer vistas grossas a todos os graves problemas que se integram à aprovação da Lei nº 13.467/17, como dito, aplicar a Lei em questão, no sentido de se atingir o objetivo não declarado de se reduzirem direitos trabalhistas, é uma tarefa irrealizável.

Senão vejamos, analisando os dispositivos ligados ao tempo de trabalho.

3 - Artíficos para a extensão da jornada de trabalho

A Lei, como dito, tenta ampliar as possibilidades de extensão da jornada de trabalho e se utiliza do incentivo à negociação coletiva para tanto, mas sempre de modo a não revelar a sua verdadeira intenção, o que lhe faz cair em constantes contradições.

No artigo 611-A, a Lei tenta estimular a negociação coletiva, prevendo hipóteses em que o negociado, inclusive, prevalecerá sobre o legislado. Mas, para fingir que mantém a lógica protetiva, típica do Direito do Trabalho, estabelece no art. 611-B, situações que não poderiam ser alvo de negociação coletiva, consideradas, inclusive, como “objeto ilícito”. Dentre as situações impossibilitadas de integrarem o negociado estão as que se relacionem com as “normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho” (inciso XVIII).

O legislador, no entanto, logo percebe o que fez, vez que essa previsão impediria negociações para extensão da jornada, e tenta corrigir o “erro”, dizendo, no parágrafo único do mesmo artigo que “Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

É evidente que o legislador com isso só consegue cair no ridículo, porque, por mais que tenha considerado que tinha o poder absoluto para ditar regras, não lhe teria sido permitido, por óbvio, negar toda a compreensão histórica que se integrou à experiência da humanidade no sentido de que a limitação da jornada é, antes de tudo, uma questão de ordem pública diretamente ligada à preservação da saúde, da higiene e da segurança no trabalho, sabendo-se, como se sabe, que o maior número de acidentes de trabalho ocorrem nos momentos em que os trabalhadores, já cansados, estão em atividade de hora extra.

Ou seja, o legislador disse que, por lei, o redondo não seria mais redondo e sim quadrado, mas a realidade científica e cultural não se altera por ato autoritário, ainda que expresso em uma lei.

Assim, por mais que se queira que os juízes apliquem literalmente a lei, esse dispositivo não tem a mínima chance de ser aplicado, vez que contraria a inteligência humana e mesmo aqueles que consideram que o juiz é um “escravo da lei” não podem lhe negar a condição humana.

Aliás, o 611-A, pelo qual se tenta admitir que a jornada de trabalho seja estendida, autorizando que o negociado prevaleça sobre a lei, diz que nas convenções e nos acordos pode ser firmado “pacto quanto à jornada de trabalho”, mas “desde observados os limites constitucionais” (inciso I), o que representa dizer que o negociado não tem prevalência sobre o legislado (ou o “constitucionalizado”).

Ou seja, o que está dito no próprio dispositivo que preconiza o negociado sobre o legislado é que a lei prevalece sobre o negociado, até porque todo o regramento em questão está fixado na lei. Vai entender...

A questão aqui, portanto, não é sequer a da interpretação da lei, mas a do sentido da norma constitucional, a qual o legislador, quando estabeleceu o banco de horas anual, inclusive por ajuste individual (§ 5º do art. 59: “O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses”), a compensação por acordo individual (§ 6º do art. 59: “É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês”) e jornada de 12 horas (art. 59-A), não leu na forma por ele mesmo preconizada, qual seja, a do atendimento à literalidade.

Cumpre, portanto, reler o que diz a Constituição, em seu art. 7º, inciso XIII:

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;”

Ora, o que está dito, de forma muito clara na norma é que se confere ao acordo ou convenção coletiva a faculdade de se estabelecer uma compensação de “horários” e uma “redução da jornada”.

Atendendo ao pressuposto da literalidade da norma, não se concebe, pois, que os limites de 8 horas diárias e 44 horas semanais sejam aumentados por meio de negociação, e esses limites constitucionais devem ser observados, conforme prevê a própria Lei.

Além disso, a extrapolação da jornada normal, segundo estabelece a Constituição, só é possível de maneira excepcional. Para a Constituição não existe o instituto das “horas extras”, como se pode extrair do teor literal do inciso XVI: “remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”. Ou seja, só se permite o trabalho além da jornada normal de forma extraordinária, e não podia ser diferente, já que a Constituição assegurou a limitação da jornada de trabalho como direito fundamental, o qual, evidentemente, não está sujeita a monetização, como indução da própria lei.

As horas extras habitualmente prestadas configuram ato ilícito, gerando o direito ao empregado a uma reparação por danos pessoais, como forma, também, de punir o empregador pela prática ilícita que lhe traz vantagem econômica e danos sociais graves em razão das doenças do trabalho provocadas. O pagamento do adicional de 50%, para as horas extras somente tem sentido quando estas são realizadas de forma extraordinária. Quando as horas extras se tornam ordinárias deixa-se o campo da normalidade normativa para se adentrar o campo da ilegalidade e, neste sentido, apenas o pagamento do adicional não é suficiente para corrigir o desrespeito à ordem jurídica.

Esse serviço extraordinário, ademais, está limitado a duas horas diárias, conforme fixado no art. 59 da CLT: “A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho” (art. 59, da CLT).

As horas trabalhadas além desse limite, não são, portanto, tecnicamente, horas extras. Representam também uma ilicitude. Um ataque a uma norma de ordem pública, pois ligada à preservação da saúde do trabalhador e à estruturação geral do mercado produtivo, interferindo na lógica da livre concorrência capitalista, nos direitos do consumidor e na política nacional pela busca do pleno emprego. Lembre-se que o Código Penal, por intermédio de seu art. 149, conforme redação que lhe fora dada pela Lei nº 10.803/03, define como “crime contra a liberdade pessoal”, reduzir alguém a condição análoga à de escravo, entendendo-se como tal o exercício do trabalho em “jornada exaustiva”.

Mas, como se estava dizendo, o legislador se preocupou mesmo em tentar permitir a elevação da jornada de trabalho, tanto que elencou outras supostas possibilidades de majoração no mesmo art. 611-A, no que se refere a: “II – banco de horas anual”; “III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas”; “XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho”; interferindo até mesmo na formas de controle da jornada: “X – modalidade de registro de jornada de trabalho”.

4 - A inaplicabilidade do banco de horas

Quanto ao banco de horas, pelo qual se tenta permitir uma espécie de compensação anual, sem um padrão de condutas, ou seja, sem se saber quando e como, a cada dia, será efetivado, deve-se reconhecer que este não está autorizado constitucionalmente, como demonstrado, e, portanto, por aplicação da própria Lei nº 13.467/17, não tem valor jurídico.

De todo modo, pensando-se a situação no contexto da lógica de preservação de empregos, o banco de horas só teria algum sentido se fosse direcionado a situações sazonais de ausência de serviço para uma compensação das horas não laboradas em momento posterior,

com a preservação da diferença remuneratória de hora normal e hora extra.

Não é possível que o banco de horas se estabeleça como mera estratégia de gestão para postergar o pagamento de horas extras, pois o trabalho prestado deve ser pago até o quinto dia útil do mês subsequente.

Pelo banco de horas, concretamente, tenta se permitir que uma dívida, caracterizada pelo trabalho além da jornada sem o correspondente pagamento no prazo legal fixado para tanto, qual seja, o 5º dia útil do mês subsequente ao trabalhado, seja paga por meio de uma compensação com horas de folgas, que, tecnicamente, valem menos do que as horas extras, sem que o empregado possa utilizar essa folga de forma útil, já que não tem previsão de quando ocorrerá. Ou seja, poderá ser paga em dinheiro, até um ano após o efetivo trabalho em sobrejornada, sem juros, correção monetária e multa, bastando que seja calculada com base no valor da remuneração da época, ou no momento da rescisão do contrato, pelo mesmo critério, nos termos do § 3º, do art. 59, da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/17: “Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma dos §§ 2º e 5º deste artigo, o trabalhador terá direito ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão”.

5 – Os desrespeitos legais ao direito de intervalo para repouso e alimentação

No que tange ao intervalo intrajornada, reduzido para até “trinta minutos para jornadas superiores a seis horas” (III, do art. 611-A), destaca-se, inicialmente, a contradição da lei, que preconiza uma não interferência do Estado nas relações de trabalho e, ao mesmo tempo, estabelece essa interferência, fixando o limite em 30 minutos.

Ora, imposição legal de um intervalo de uma hora não difere, na essência, da imposição, por lei, de um intervalo de 30 minutos. A diferença é apenas quantitativa e a redução para 30 minutos, nos termos da própria Lei nº 13.467/17, só pode ser considerada válida se for eficaz para atender a finalidade que é a de servir para alimentação e descanso.

Assim, se o tempo reduzido, em avaliação promovida pelo princípio da primazia da realidade, não for, concretamente, suficiente para atender a essa finalidade, a norma convencional estabelecida não terá nenhum valor jurídico, aplicando-se, como efeito, o padrão legal que se pretendeu afastar.

A incoerência do legislador pode ser verificada, igualmente, nos parágrafos 5º e 6º do art. 59 (§ 5º do art. 59: “O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses”; § 6º do art. 59: “É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês”).

Se não é para haver intervenção da lei no negociado porque a lei fixou os limites de seis meses e de um mês nas hipóteses retratadas?

O legislador, portanto, claramente, desconfia de sua própria premissa, a de que o negociado se sobrepõe ao legislado, o que, portanto, deixa de prevalecer, fazendo com que se reforcem os princípios jurídicos trabalhistas da norma mais favorável e da condição mais benéfica, que atraem tanto a aplicação da regra mais favorável ao trabalhador quanto impede o retrocesso normativo.

Tratando, ainda, do tema pertinente ao intervalo para repouso e alimentação, o legislador, no § 4º do art. 71, em vez de tentar garantir a eficácia da norma, que tem nítida natureza de proteção da saúde do trabalhador, isto é, em vez de impor o seu cumprimento, estabelecendo punição ao empregador que a descumprir, associa-se ao empregador e praticamente incentiva o desrespeito do intervalo, reduzindo o patamar punitivo que já se tinha estabelecido jurisprudencialmente.

Diz o texto legal:

“Art. 71.
.....

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

A intenção do legislador aqui, que é a de incentivar o descumprimento da lei, novamente, atinge o ponto do ridículo.

De fato, o legislador assume que o intervalo é “mínimo”, mas permite um suposto cumprimento parcial do mínimo, supondo, portanto, haver uma fração inferior ao que considerou como mínimo.

Mas como está tratando do descumprimento o que legislador instituiu é uma ilegalidade parcial.

Então, pelo padrão estabelecido, seria como se o próprio legislador estabelecesse que alguém que tem o potencial de furtar um conjunto de objetos obtivesse, como previsão da própria lei, a possibilidade de furtar metade da carga sujeito a uma punição apenas parcial, pela metade; ou prevendo que uma concessionária, obrigada a entregar um automóvel que foi adquirido em regular contrato de compra e venda, tivesse o permissivo de entregar apenas a carroceria e se ver na contingência de, uma vez acionada pelo comprador, unicamente ter que indenizar o valor correspondente a outra metade.

O legislador enquadrou o ilícito de modo a conferir ao empregador um direito de descumprir a lei. Simples assim...

6 - As inconsistências jurídicas do regime 12x36

No artigo 59-A, o legislador se esmera na perda do senso do ridículo.

Primeiro, contrariando a previsão constitucional, admite, expressamente, que se efetive uma jornada de trabalho de 12 (doze) horas, pressupondo que o dia seguinte sem trabalho representa uma compensação de 36 horas. O dia, para o legislador trabalhista, para efeito de criar uma ficção favorável à extensão da jornada de trabalho, possui 36 horas.

Segundo, permite que essa jornada se estabeleça por acordo individual, contrariando, mais uma vez a previsão Constitucional, que exige acordo ou convenção coletiva para se efetivar uma compensação de horários, como dito.

Mas o pior mesmo está, novamente, no incentivo dado pelo legislador ao descumprimento do direito ao intervalo, autorizando, expressamente, que o intervalo não seja concedido, transformando o direito do empregado ao intervalo no direito do empregador de não conceder o intervalo e pagar o valor correspondente, sem qualquer acréscimo punitivo.

Na visualização do legislador, o intervalo para repouso e alimentação não é um direito do empregado e sim uma faculdade do empregador, do que resulta a possibilidade, juridicamente admitida, de um empregado trabalhar 12 horas seguidas sem comer.

A previsão daria inveja aos industriais dos primórdios da Revolução Industrial! E se pensarmos que o legislador ainda incentivou a prática de horas extras no dito regime 12x36, inclusive em atividade insalubre, conforme se extrai da previsão contida no parágrafo único do art. 60, então se poderia chegar ao fato, sem efeito jurídico específico, de um trabalho prestado durante 14 horas seguidas sem alimentação e em atividade insalubre, o que, certamente, causaria inveja aos escravistas!

Vejamos o que diz o art. 59-A: “Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual

escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.”

Acham pouco? Não tem problema, há mais...

Em complemento, estabelece o parágrafo único do art. 59-A que o valor que for pago ao empregado pelo trabalho durante 12 horas seguidas, com intervalo indenizado, seguidas de um suposto descanso compensatório de 36 horas, remunera também o trabalho no descanso semanal remunerado e os feriados trabalhados.

Assim, o legislador promoveu, de forma explícita, um aniquilamento desses direitos, que se têm por cumpridos por mera ficção do legislador.

Ora, se o trabalho nos DSRs e feriados é devido em dobro ou sujeito a compensação específica e se a justificativa para se autorizar a jornada de 12 horas é uma compensação com o suposto descanso de 36 horas, uma situação nada tem a ver com a outra e, portanto, em concreto, o trabalho em DSR e feriados não está sendo nem pago nem compensado.

De fato, o legislador criou uma espécie de combo para a supressão de direitos trabalhistas, um tipo de pague 12 horas e leve 24...

Eis a previsão legislativa:

“A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.” (Parágrafo único do art. 59-A).

7 - A negação da insalubridade

Com relação às atividades insalubres, o legislador quis autorizar a realização de horas extras por meio de negociação coletiva, sem a necessidade de autorização do Ministério do Trabalho (inciso XIII, art. 611-A: “prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho”).

O legislador, assim, nega a própria existência da insalubridade, pois, como o próprio nome diz, esta representa uma atividade que expõe a saúde humana a risco, sendo que o objetivo mais atinente à efetivação dos direitos de personalidade seria o de evitar a atividade insalubre e não o pagamento de um adicional, mas o legislador anti-trabalhista, que editou a Lei nº 13.467/17, achou por bem não apenas não seguir esse caminho como também procurou facilitar a realização de horas extras na atividade insalubre. Ou seja, para esse legislador os riscos à saúde se resolvem com uma maior exposição do trabalhador aos elementos insalubres, não vendo nisso nenhuma questão de ordem pública.

Mais à frente, no entanto, o legislador, introduzindo o parágrafo único no art. 6o, para efeito permitir o trabalho em horas extras no dito regime 12x36, esqueceu-se do que havia dito no inciso XIII do art. 611-A e manteve vigente o caput do art. 6o, que exige a autorização do Ministério do Trabalho para a efetivação de horas extraordinárias em atividades insalubres.

Reza o dispositivo em questão:

“Art. 6o - Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”, ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Industria e Comercio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários

exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

Parágrafo único. Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso” (Parágrafo único com redação dada pela Lei nº 13.467/17)

Ao menos quem sabe se consiga, enfim, perceber como aberrante, ilegal e opressiva a prática da realização de trabalho em jornadas de 12 horas em dias seguidos, nos ditos regimes de 2x2, 4x2, 4x1 e até 5x1, os quais, adotados os próprios parâmetros da Lei nº 13.467/17 perdem qualquer lastro de validade, devendo ser definitivamente afastados da realidade das relações de trabalho, pois a única exceção feita na lei em questão – que já fere a Constituição, como dito – é a do denominado regime 12x36.

8 - Uma falsa contrapartida

Interessante verificar, ainda, a previsão da Lei nº 13.467/17, que diz não promove redução de direitos dos trabalhadores, trazida no § 3º do art. 611-B, segundo a qual “Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo”.

O legislador, claramente, tentou inverter a ordem natural das coisas, fixada na Constituição (inciso I, do art. 7º), pela qual a proteção contra a dispensa arbitrária é garantida a todos os trabalhadores.

Pela Lei nº 13.467/17 tentou-se fazer parecer que esse direito existe apenas para aqueles que tiveram seu salário reduzido por imposição de negociação coletiva.

De todo modo, em esforço interpretativo da norma supra, pode-se dizer que as garantias não se anulam e que, na verdade, se completam, porque a proteção contra dispensa imotivada não é propriamente proteção contra dispensa arbitrária, tal qual previsto no inciso I, do art. 7º da CF.

Mas o mais correto mesmo é reconhecer que a Constituição não permitiu a existência de uma negociação para pura e simples redução do salário, exigindo, dentro do propósito da melhoria da condição social dos trabalhadores, além da preservação dos empregos, que a redução seja temporária e proporcional à redução também dos ganhos dos diretores, dos sócios e dos acionistas, tudo sob o pressuposto da demonstração de uma dificuldade econômica da empresa não induzida por má administração ou desvio do patrimônio para os sócios ou outras empresas do grupo e também que seja eficaz para a melhoria da saúde econômica da empresa.

9 - A mesquinhez legislativa

Continuando a análise da Lei nº 13.467/17, naquilo que diz respeito ao tempo de trabalho, sobressai o disposto no § 2º do art. 4º:

“Art. 4º.

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

I – práticas religiosas;

II – descanso;

III – lazer;

IV – estudo;

V – alimentação;

VI – atividades de relacionamento social;

VII – higiene pessoal;

VIII – troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.”

O legislador deixa claro aqui o lado que assume na perspectiva da defesa de interesses.

Ora, em todos os demais dispositivos, o legislador foi bastante flexível para permitir a ampliação do tempo de trabalho e nos aspectos acima a sua postura, que atende, evidentemente, ao mesmo interesse, foi a da rigidez para afastar as situações relacionadas do cômputo do tempo de trabalho, agindo, inclusive, com extrema mesquinhez quando tenta sugerir que a troca de roupa ou uniforme se dá por “escolha própria” do empregado, ou mesmo o tempo relacionado à alimentação e à higiene pessoal.

10 - A preservação das horas “in itinere”

No § 2º do art. 58, o legislador tentou eliminar as horas “in itinere”, que, tecnicamente, é a integração ao cômputo da jornada de trabalho do tempo gasto, em transporte fornecido pelo empregador, da residência do empregado até o local de trabalho quando este se situar em local de difícil acesso ou não servido por transporte público regular (Súmula 90 do TST).

Disse o legislador:

“Art. 58.
.....

§ 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.”

Ocorre que o legislador não enfrentou, especificamente, os pressupostos jurídicos estabelecidos na Súmula mencionada, que resta em pleno vigor, portanto.

11 - A conveniência do avanço tecnológico

Tratando do tempo de trabalho, dispõe, ainda, a Lei nº 13.467/17, no inciso III, adicionado ao art. 62, que “não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo”, “os empregados em regime de teletrabalho”.

O legislador, que tentou justificar sua obra normativa, como resultado da evolução tecnológica, nega, expressamente, o próprio fundamento, pois recusa aplicar a tecnologia para garantir aos trabalhadores o direito constitucional à limitação da jornada. Ao contrário, prefere negar, expressamente, esse direito aos trabalhadores que atuam fora do estabelecimento do empregador, apenas para atender o propósito de facilitar a extensão da jornada sem o pagamento do devido adicional.

12 - Altos salários, baixos direitos

A Lei nº 13.467/17 também não esqueceu dos denominados altos empregados para estipular, no parágrafo único do art. 444, que: “A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário men-

sal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

Buscou-se, de forma evidente, permitir a exploração desses trabalhadores sem nenhum limite de horas, o que, matematicamente, pode até anular a vantagem econômica da maior remuneração, pois, junto com ela, vem a “supressão compressiva” de direitos. Se teria aqui o combo 2, do tipo “all inclusive”, para uma exploração sem limite do trabalho sob o argumento do pagamento de um alto salário, o que, certamente, não se amolda aos mais rudimentares preceitos da Teoria Geral do Direito, quanto mais do Direito do Trabalho.

13 - O controle efetivo da jornada

Por fim, preconizou a Lei nº 13.467/17, a possibilidade da norma coletiva estabelecer, livremente a “modalidade de registro de jornada de trabalho” (inciso X, do art. 611-A).

Mas, essa liberdade, certamente, não vai ao ponto de tornar o registro ineficaz para a sua finalidade, que é a permitir a quantificação precisa das horas trabalhadas, sendo que dessa previsão, em consonância com o disposto nos artigos 793-A e 793-B⁹⁰, deve-se extrair o princípio da intolerância frente à juntada aos autos de cartões de ponto fraudados, afinal a inserção de informações falsas em cartões de ponto e a omissão de salários nos recibos de pagamento correspondem à falsificação de tais documentos e possui graves implicações, que vão desde o prejuízo material daquele que vendeu sua força de trabalho e sequer recebeu as horas extras e os reflexos nas verbas salariais, até a sonegação de tributos (que gera efeitos prejudiciais a toda a socie-

90 [i]. “Art. 793-A. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente.

Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidente manifestamente infundado;

VII – interuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”

dade), passando pelo ilícito de se pretender ludibriar o Judiciário para impedir a aplicação da decisão mais justa ao caso concreto.

Assim, é importante que sejam verificados, um a um, todos os aspectos criminais da conduta da reclamada que assim procede, para que as autoridades competentes efetivamente atuem no controle e na repressão de ilícitos como os que se verificaram nos autos e, assim, que a inserção de informações falsas nos recibos (por meio de conduta omissiva) e nos cartões de ponto, além da utilização de tais documentos no processo, deixem de ser tratadas apenas como situações corriqueiras relacionadas meramente à prova processual trabalhista, atingindo a sua necessária abrangência. O fato em questão está tipificado em vários dispositivos penais, inscritos nos artigos 168, 171, 203, 299, 297, 304, 331, 347, do Código Penal e no art. 1º da Lei nº 4.729/65.

14 - A ilusão de mecanismos legais para a efetivação de delitos

E para que todos esses delitos contra a previsão constitucional da limitação do tempo de trabalho, autorizados pelo legislador, se efetivem, a Lei nº 13.467/17 estabeleceu que: “Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.” (§ 5º, do art. 611-B)

A intenção evidente do legislador foi a de que as ações individuais, nas quais os trabalhadores discutam a validade de normas coletivas restritivas de direitos, sejam promovidas ou desenvolvidas regularmente, o que, claramente, fere o princípio do acesso à justiça, até porque, desde o regramento estabelecido no Código de Defesa do Consumidor, as ações e os direitos coletivos não constituem óbice aos direitos e ações individuais, sendo que os primeiros só interferem nos segundos quando estabelecem condições mais benéficas.

Na mesma linha de consolidar os ilícitos, o art. 59-B dispôs que: “O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada,

inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.”

E o parágrafo único do mesmo artigo complementou: “A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.”

Neste último dispositivo, inclusive, o legislador tenta institucionalizar as “horas extras habituais”, e, nos outros dois, busca permitir, de forma expressa, que mesmo que o ajuste coletivo firmado seja descumprido pelo empregador não ocasione a invalidação do ajuste.

A previsão não respeita sequer as regras do “pacta sunt servanda” (superado pelo Código Civil de 2003...) e faz letra morta do benefício jurídico estabelecido na negociação ao empregado. A compensação se perde e o ajuste se transforma, por mágica, sem qualquer base jurídica, em mero argumento para alterar o limite da jornada normal, ou, mais propriamente, a base sobre a qual se calcularia a eventual quantidade de horas extras trabalhadas.

Seria o combo 3 que o legislador vislumbrou conferir ao empregador para o cometimento de mais essa ilegalidade com relação ao direito fundamental da limitação da jornada de trabalho.

Vale perceber que todas essas artimanhas jurídicas criadas pelo legislador para evitar a aplicação do direito constitucional da limitação da jornada de trabalho em 08 diárias e 44 horas semanais, está também em desacordo com a política de pleno emprego inserida na ordem econômica, conforme fixado no art. 170 da Constituição Federal, já que a limitação concreta da jornada de trabalho e as reduções da jornada, sem redução salarial, são as contribuições efetivas que o direito pode dar para minimizar esse problema econômico.

Por fim, destaque-se a demonstração inequívoca de que o legislador bem sabe da fragilidade jurídica de seus propósitos, conforme se verifica nos termos dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 8º:

“Art. 8º

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

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

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

O legislador, a toda evidência, tenta evitar que os juízes apliquem o Direito do Trabalho porque sabe que as regras por ele criadas ferem os princípios e os institutos jurídicos trabalhistas, extraídos no curso da história exatamente para impedir que a força do poder econômico impusesse sacrifícios excessivos aos trabalhadores, como estes que a Lei nº 13.467/17 agora tenta disseminar como mera expressão da “modernidade”.

Do ponto de vista jurídico formal, trata-se, no entanto, de uma tentativa vã, que ultrapassa o ridículo, vez que representa uma ofensa expressa às instituições do Estado Democrático de Direito, que tem como mola mestra a independência dos juízes.

De todo modo, ainda que se queira pautar a análise da negociação coletiva como negócio jurídico nos padrões do Direito Civil, o efeito não seria esse imaginado de validar supressão de direitos pelo uso da força econômica, da opressão e da ameaça do desemprego o sob um falso e indemonstrável argumento da dificuldade econômica. O Código Civil, ademais, não é composto apenas do art. 104, como imagina

o legislador. Com efeito, o Código Civil recusa validade ao negócio jurídico que se realize fora dos parâmetros da boa-fé, a qual inexistente em ambiente de coação (art. 151 do CC) e de estado de perigo (art. 156, do CC), que se materializam, por exemplo, na realidade das relações de trabalho, pela ameaça do desemprego. O art. 113 do Código Civil estabelece que, “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Prevê, ainda que é nulo o negócio quando “não revestir a forma prescrita em lei” (IV, do art. 166) ou quando “tiver por objetivo fraudar lei imperativa” (art. 166, VI), o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses denominadas de “Pejotização”, nos acordos para pagamento de salário como se fosse indenização, ou mesmo em qualquer pacto que permita renúncia, vedada tanto pelo artigo 9º da CLT quanto pelo art. 1.707 do Código Civil (“Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”). O art. 171, por sua vez, diz que é anulável o negócio jurídico por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”. E não se esqueça que os artigos 421 e 422 do Código Civil estabelecem que os contratos devem atender a uma função social e que devem estar baseados em boa-fé.

14 - Conclusão

Como se vê, diante da completa impropriedade técnico-jurídica da Lei nº 13.467/17, o legislador, seus incentivadores, apoiadores e patrocinadores terão que conviver com a frustração de verem desmontado o seu castelo de ilusões.

De fato, não há como aplicar a Lei nº 13.467/17, ao menos não no seu propósito de destruir por completo os direitos dos trabalhadores, e isso não por um ato de rebeldia, mas pelo devido respeito ao estágio evolutivo da inteligência humana, coletiva e historicamente, construída, e que se viu integrada ao Direito.

A pergunta que resta, no entanto, é: basta apontar os ridículos da Lei nº 13.467/17 e, com isso, inibir seus efeitos em casos concretos?

Parece-me que apesar das inúmeras impropriedades a Lei nº 13.467/17, não sendo afastada por completo por decisão do STF ou por outra lei que a revogue, não perderá a sua força para produzir efeitos concretos na realidade, ainda que regados a muita insegurança jurídica (de parte a parte), e enquanto isso ocorrer a tendência é a do aumento considerável do sofrimento nos ambientes de trabalho, já que a Lei nº 13.467/17 foi apoiada em enorme força midiática que contribuiu, e muito, para o aumento do poder empresarial e da fragilização da atuação coletiva dos trabalhadores, que, ademais, em razão da crise econômica, estão sob a ameaça constante do desemprego, sendo que, também, se veem sob as ameaças de elevados custos processuais caso queiram reaver, judicialmente os seus direitos, o que, por certo, aumenta seu estado de submissão. Esses custos processuais fixados na Lei nº 13.467/17 são inconstitucionais, é verdade, mas igualmente não deixam de produzir efeitos concretos.

Independente do destino interpretativo que se dê à Lei nº 13.467/17, sem uma modificação legislativa ou sem uma reação dos trabalhadores, por meio da atuação sindical, desvinculada do propósito exclusivo da contribuição sindical, o que se antevê é um aumento de casos de assédio moral, de doenças profissionais, de precarização etc.

É preciso compreender que o advento dessa lei, por si, já se constituiu uma grande derrota para o percurso mínimo da construção de uma sociedade menos injusta, menos opressiva, menos preconceituosa e menos desigual, que dirá, então, da visualização plena de um outro modelo de sociedade em que esses problemas possam ser não apenas minimizados, mas, concretamente, superados.

Assim, além da necessidade de deixar consignado na história os nomes dos responsáveis por essa tentativa da imposição de tamanho retrocesso, é fundamental, também, que os trabalhadores e trabalhadoras, assim como todas as pessoas sérias desse país, independente de lados, reajam contra a violência que está representada na proposição, na aprovação e no conteúdo da Lei nº 13.467/17, buscando a sua revogação.

Esse momento ainda está em construção, mas conforme for a nossa capacidade de formular compreensões e de agir, ficará marcado na história do Brasil ou como o momento em que se conseguiu resistir a um retrocesso sem precedentes ou, inversamente, como o momento em que um retrocesso sem precedentes se consagrou, não sendo possível prever o que advirá na sequência.

De forma bem sincera, acredito que as defesas explícitas de irracionalidades que nos apresentam a barbárie ou o autoritarismo como solução constituem, em si, o fundamento para que se perceba a gravidade do momento, favorecendo ao advento da defesa intransigente das conquistas intelectivas, sociais, econômicas, políticas e humanas auferidas no curso da história (e que, no nosso caso, ainda são muito restritas).

Independente disso, o que se pode dizer com certeza é que não apenas a história do Brasil está sendo construída ao vivo e a cores, mas também a nossa própria história. Cada um de nós, pelas posições ou omissões assumidas, querendo ou não, está escrevendo a sua história.

Esse é o tempo. Que não seja perdido!

A REFORMA TRABALHISTA: SENTIDOS E DESAFIOS

*Maurício Godinho Delgado*⁹¹

Diante da concorrida agenda de atividades do Ministro Maurício Godinho Delgado, que o impediu de escrever um artigo a tempo de ser incluído nesta publicação, optamos por selecionar trechos de sua palestra proferida no Seminário.

“O impacto não é só no Direito do Trabalho, é também no direito da seguridade social um impacto muito grande. Nós vamos nos ater naturalmente ao campo trabalhista.

Efetivamente estamos diante de algo inusitado na nossa história republicana, as mudanças no campo social do direito são muito grandes, produzidas pela lei da reforma trabalhista e qualquer análise levaria realmente um debate muito grande e eu tenho que me ater aqui aos pontos centrais.

Eu tenho estudado esse novo diploma legal a partir de três dimensões: direito individual do trabalho, direito coletivo do trabalho e direito processual do trabalho. As três são enormes.

Democracia sem direito do trabalho ainda não foi criada na história humana, daí a importância do direito do trabalho nas suas três vertentes: direito individual, direito coletivo, direito processual do trabalho. É claro que os modelos são diferentes, ninguém vai negar isso, o modelo

⁹¹ Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, professor de Direito do Trabalho e doutor em Direito e mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), é autor de vários livros, artigos e capítulos publicados em livros individuais, coletivos e revistas especializadas do país.

em inglês é muito diferente do modelo brasileiro, o modelo francês é mais próximo do modelo brasileiro, modelo alemão é bastante similar ao modelo brasileiro, só que o modelo que não teve as distorções ou as falhas do nosso modelo, tem o sistema sindical muito mais forte, o modelo alemão e isso foi decisivo para que o sistema alcançasse um alto sucesso, mas o modelo alemão tem uma legislação também muito forte, ele é bastante interventivo.

Em primeiro lugar, a boa parte da acusação que se faz ao direito individual do trabalho, que é o seu aparente excesso de intervenção não é correspondida essa acusação pelo exemplo dos países de maior sucesso econômico, social, cultural, institucional e democrático no mundo, que são os países do centro e do norte da Europa Ocidental, são países que tem uma legislação trabalhista, uns mais outros menos forte, significativa, tem um sindicalismo tremendamente fortes e tem formas de intervenção no contrato agudas, muito agudas, com a intervenção de uma maneira ou de outra sempre há uma peculiaridade nacional muito grande no poder empregatício e isso não atrapalha o desenvolvimento do capitalismo, ao reverso, isso aperfeiçoa o desenvolvimento do capitalismo, por que faz com que praticamente toda a população seja partícipe do sistema econômico, criando um mercado interno forte. Não há como criar um mercado interno forte sem um direito do trabalho forte.

É claro que se pegarmos aí uma ilha na Ásia, se pegarmos alguns exemplos de países muito pequenos, qualquer experimentação é possível, mas se tomarmos como parâmetro países grandes, a exceção dos Estados Unidos da América, o direito do trabalho cumpre e sempre cumpriu com muito sucesso e com muita moderação, com muita compatibilidade com o sistema capitalista, um papel progressista de fortalecer o desenvolvimento do sistema econômico, mas com justiça social, por que a ideia de justiça social é a ideia que distribuir renda, é a ideia que valoriza o trabalho humano e a ideia que gera práticas democráticas.

No plano do direito individual do trabalho a lei efetivamente tem mais de setenta preceitos normativos que alteram o direito anterior, é uma lei de construção peculiar, em um único *caput*, por exemplo, a lei altera quatro ou cinco coisas, em um único dispositivo, como por exemplo o artigo quarto, ela retira quatro a cinco parcelas, então do ponto de vista estatístico nós não sabemos até mesmo como quantificar as alterações da lei, porque não é simples você ter um *caput* que atinge de maneira diversificada diversos aspectos do contrato trabalho.

A conclusão que tenho chegado após estudar essa lei desde julho, desde a sua aprovação, com maior *vagare*, com maior profundidade, é que em se tratando de um diploma legal, portanto, positivado no nosso direito, o que se deve e se pode fazer é se adotar as técnicas da ciência jurídica, da chamada hermenêutica jurídica, os métodos científicos de interpretação para se extrair da legislação um resultado normativo mais civilizado, por exemplo, ao dispositivo da Lei se for lido na sua literalidade praticamente subverte o conceito de jornada de trabalho, eliminando todo tempo de disponibilidade do trabalhador, então, a jornada, por exemplo, numa grande empresa que ocupe um grande bairro de uma grande cidade, temos vários exemplos em mente, vocês conhecem vários casos, ela só começaria no momento em que o trabalhador coloca a sua mão máquina, há um dispositivo assim, naturalmente que este dispositivo não pode ser lido de maneira literal, de maneira gramatical, sob pena dele eliminar um tempo preciosíssimo da pessoa humana e que é tempo contratual, como na verdade existem outros dispositivos na própria CLT e temos afinal uma Constituição da República no país que alargam o conceito de duração do trabalho e o próprio artigo 4º reformado, ele elimina vários tempos, mas ao eliminar vários tempos, ele confirma a regra geral de que a jornada de trabalho em princípio começa lá no muro da fábrica e não no momento que o trabalhador, após uniformizado, coloca a mão na máquina por exemplo. Num exemplo tosco, mas que ainda acontece e acontece também nas lojas só no momento em que a pessoa, vocês são comerciantes, efetivamente atendem o primeiro cliente, é claro que não pode

ser assim, a interpretação tem que ser lógica, racional, sistemática e teleológica.

Peguem os livros de hermenêutica jurídica que não estejam ideologizados, neste momento fortemente ideologizado que vivemos no país, é obviamente uma interpretação que não pode preponderar, esse me parece, é portanto, um instrumento, uma postura, uma perspectiva, uma conduta muito importante que todos os profissionais do direito deve se valer sobre pena da lei ser efetivamente um instrumento de um profundo inimaginável retrocesso social, isso não interessa a nenhum brasileiro. poucas vezes me emocionei tanto em ouvir o hino nacional brasileiro, mas não tive coragem de enunciar as suas palavras, poucas vezes, não há pátria sem população, então, não se pode interpretar mais uma legislação em que a população seja a grande vítima, efetivamente a pátria é formada pelos seres humanos, pela natureza, pelas riquezas, pelos símbolos nacionais também, mas sem as pessoas humanas não existe Pátria, de maneira que este aspecto metodológico é fundamental, com esse aspecto metodológico se aperfeiçoa um pouco a legislação, mas não há como negar que a legislação suprime direitos, são inúmeros direitos, só o tempo à disposição, vários lapsos desse tempo estão explicitamente excluídos da legislação.

Outra modificação no plano do direito individual do trabalho muito radical, muito forte e absolutamente desnecessária, se fosse necessária para um esforço até se poderia compreender, mas necessária é a descaracterização das parcelas salariais, diversos dispositivos, como por exemplo, os novos texto do artigo 457 da CLT que trata da remuneração e do salário, eliminam a natureza salarial de diversas parcelas trabalhistas, naturalmente que os dispositivos poderão ser atenuados pela interpretação, mas em alguns casos isso é impossível, porque eles são expressos, explícitos e foram até a legislação previdenciária e inseriram também preceitos na lei 8212, do plano de custeio da seguridade social, então não a interpretação lógico, sistemática, teleológico que consiga corrigir esse erro estratégico do poder público brasileiro.

Não só o trabalhador tem uma perda material impressionante com a descaracterização da natureza salarial de parcelas eminentemente salariais, do ponto de vista técnico, se adotarmos a teoria, unânime a teoria, parcelas salariais são verbas contra prestativas devidas e pagas pelo empregador em função da existência do contrato, algo simples objetivo está sedimentado na doutrina, entretanto a lei intervém para esterilizar a natureza salarial, com isso reduz o patamar de ganhos econômicos do trabalhador, porque sendo salarial a verba ela incide sobre várias outras, esse é um dos instrumentos que o direito do trabalho tem para moderadamente elevar as condições de pactuação da força de trabalho no sistema econômico social, permitindo que o empregador não tenha que pagar tudo no mesmo momento, é uma inteligência do direito do trabalho, ele faz uma distribuição de renda mais com racionalidade, não de uma maneira abrupta, é ao longo do tempo, mas ao mesmo tempo essa modificação solapa o custeio da seguridade social, não há como se manter uma seguridade social com essa estratégia de descaracterizar o salário, então a população perde das duas maneiras, sem seguridade social não há como se falar em estado democrático de direito, estado de bem-estar social, em dignidade da pessoa humana, em justiça social, em subordinação da propriedade a sua função socioambiental, porque as pessoas adoecem, o tempo passa, claro que deveria passar um pouco mais devagar, todos nós precisamos de seguridade social, salvo aqueles que são em torno de meio por cento da população que podem viver de renda, dos 205 milhões de habitantes, provavelmente 195 milhões precisam sim da seguridade social ou até mais do que isso, então, no plano do direito individual do trabalho as perdas são muito significativas.

Um exemplo, não quero ficar muito no direito individual, porque temos que tentar distribuir o tempo, fundo de garantia do tempo de serviço, isso significa um mês de salário do trabalhador por ano, essa é a conta do fundo de garantia, é o equivalente mais ou menos, sempre há uma diferença, a um mês de remuneração que o trabalhador tem, só que este um mês está lá depositado para financiar obras de infraestrutura e programas habitacionais, a lei por uma série de artigos elimina a

irrigação do fundo social do FGTS, obviamente pela descaracterização da natureza salarial das parcelas, é o mesmo efeito com a seguridade social e lá na frente no direito processual do trabalho, sem nenhuma razão, eu digo para vocês, eu já relatei noventa mil processos no Tribunal Superior do Trabalho como relator que, quando nós somos relatores temos um conhecimento mais próximo do processo e efetivamente depois que se foi sumulada a questão de que o depósito recursal se faz na conta do FGTS, isso foi feito em 2012, nós não vemos, a não ser em processos antigos esse debate, ou seja, os advogados são inteligentes, são preparados, estudam e se qualificam como todos nós, todos os profissionais têm que fazer isso, então, a partir do momento que a jurisprudência pacificou, ninguém vai fazer a montagem de depositar em outro lugar, não vai funcionar, pois a lei acabou com o depósito no FGTS, com isso, ela retira um valor superior a 20% dos depósitos totais do FGTS, o valor que fica lá, vai gerando renda para a população brasileira abstratamente e cumpre um papel social, o depósito agora passa ser feito numa conta que só favorece o sistema bancário, são medidas absolutamente incompreensivas, do ponto de vista de uma estratégia de gestão social, porque solapar um Fundo Social tão importante quanto esse, a legislação combina muito bem o direito individual coletivo e social mas no sentido de reduzir o patamar civilizatório mínimo da ordem jurídica.

As mudanças no direito coletivo do trabalho são avassaladoras!

Eu imaginava no primeiro momento que no direito coletivo seria um estudo mais curto porque apenas três títulos da CLT foram efetivamente alterados e a alteração em um desses títulos que é o da organização sindical ela é aparentemente numericamente pequena, mas após estudar com maior vagar e como é a reflexão e também com o diálogo dos colegas, percebemos que alteração é avassaladora, de maneira que eu tenho que fazer a síntese.

No plano do direito coletivo do trabalho efetivamente as mudanças também são muito significativas, sabemos nós que somos do Judiciário-

rio, sabemos que os sindicalistas sempre tiveram uma incompreensão sobre o papel do sistema judicial, do Judiciário, sobre a jurisprudência, a jurisprudência trabalhista dizia-se da reforma trabalhista interfere muito na negociação coletiva trabalhista e a jurisprudência trabalhista não permite o florescimento da negociação coletiva trabalhista, as duas afirmações não são verdadeiras, eu sou professor universitário há 38 anos, então, eu vou atrás e pesquiso, não sou só juiz, eu sou juiz e sou professor, e sou professor na área que sou juiz, fiz questão de sair da minha área acadêmica e deslocar me para a área do direito trabalho para este também é meu objeto de estudo, pesquiso diariamente portanto.

Com a constituição de 88 a negociação coletiva foi fortemente incentivada conforme sabemos, ela praticamente não existia antes de 88, os sindicalistas sabem disso, não era comum fazer acordo coletivo e convenção coletiva, só categorias muito organizadas, muito tradicionais, no bom sentido, muito consistentes é que faziam, a própria legislação incentivava o dissídio coletivo, existia até uma tática dos sindicalistas, inteligente dentro do que a lei criava, que era o seguinte, fazia-se a greve de um dia e no final do dia o departamento jurídico do sindicato de trabalhadores já estava com a petição inicial do dissídio coletivo, protocolava, o empregador mal sabia que teve uma greve, a greve era mais a parte do processo de mobilização e voltava-se ao trabalho normalmente e se aguardava o resultado do processo fazendo algumas mobilizações como é natural da democracia e do sindicalismo, a legislação todo o sistema induzia nessa direção, após a constituição houve uma série de incentivos a negociação. A negociação cresceu fortemente, ouve uma multiplicação de acordos coletivos de trabalho e convenções coletivas de trabalho no país, agora estamos em um estado democrático de direito, há uma constituição, há normas internacionais de direitos humanos ratificados, a uma legislação estatal imperativo, então obviamente havendo litígio, o judiciário tem que se pronunciar no processo judicial e o judiciário considerava inválidas certas cláusulas de convenções e acordos coletivos.

Eu fiz um levantamento tomando em consideração vários anos de processos nacionais e as cláusulas em que o judiciário anulava mais não chegam a vinte cláusulas, aquela questão de intervalo, a questão das horas itinerantes que foram eliminadas na reforma, alguns aspectos de considerar não salarial uma ou outra verba em que a lei considerava salarial e a questão do custeio, que é de fato um calcanhar de Aquiles no diálogo entre o judiciário e o movimento sindical, Mas se nós examinamos do ponto de vista científico, no diploma coletivo negociado de 120 cláusulas, você ter quatro ou cinco glosadas pelo poder judiciário, significa que o poder judiciário está respeitando sim a negociação coletiva, qualquer remédio que tenha 95% de eficácia é considerado um milagre, a ciência exige para aprovação de um remédio sessenta a setenta por cento de razoável probabilidade de acerto, então, essas anulações na verdade eram situações típicas que não traduziram a ideia de que havia uma contradição inconciliável entre a jurisprudência trabalhista e a negociação coletiva.

Quanto ao custeio sindical

Efetivamente com relação ao tema do custeio é claro que os sindicalistas não poderiam recuar, tem que continuar tentar convencer o judiciário, é normal, de que a contribuição assistencial por negociação coletiva é democrática, é justa, porque se as vantagens vão para todos, naturalmente todos têm que pagar a despesa da negociação coletiva, da estrutura existente, dos bons advogados contratados, toda a despesa existe em qualquer movimento social e essa é de fato e assim é o padrão na Europa ocidental uma contribuição democrática, muito mais do que a contribuição sindical obrigatória, que me parece que tem muito mais problemas do que virtude realmente, então, e o segundo aspecto é que se considerava é que realmente a negociação coletiva trabalhista para ser exitosa ela tem que ter o poder de piorar as condições de vida e trabalho, essa é a tese prevalecente na lei que entra em vigor em novembro de 2017, essa tese pode ser a falência dos sindicatos, por que coloque-se na a posição dos trabalhadores, não

do militante sindical, o trabalhador comum que é fundamental, que é a base representada, se ele começar a perder direitos por conta da atuação do sindicato, ele será o primeiro adversário do sindicato, então na verdade, anulação de meia dúzia de cláusulas no contexto de cem, cento e vinte cláusulas existentes, era algo até benéfico e o ideal seria não mais se pactuar aquilo, por que hora é lamentavelmente isso a jurisprudência não aceita, então não vamos continuar compactuando, evitando esse conflito e esse desgaste, basta estudar jurisprudência e verificar se a matéria se tornou sumulada, é preciso de mudar, ir ao parlamento para tentar alterar, a jurisprudência já se solidificou, então, efetivamente, a indução que a lei da reforma faz para o sindicalismo passar a ser um agente de piora das condições de trabalho é um dos maiores desafios do movimento sindical, o movimento sindical efetivamente não pode seguir nesse curso, me parece, é uma indução forte que a lei faz, ela coloca com discurso de fortalecimento da negociação coletiva, não, se o remédio é adotado em dose desproporcional, ele muda de nome e de natureza, ele passa a ser um veneno, uma droga e a negociação coletiva não pode se transmutar em um instrumento de rebaixamento das condições de vida e de trabalho, este é um dos aspectos mais difíceis da reforma trabalhista aprovada pela lei 13.467, de 2017, com relação à atuação do sindicalismo, o sindicalismo vai ter que dialogar entre si, por que ele não pode seguir efetivamente nesse percurso porque a lei disse que ele pode reduzir direitos trabalhistas elencados no artigo 611-A, ele não deve fazer isso, ele não pode se tornar adversário do Trabalhador, é preferível que ele não negocie esse aspecto, afinal, não há negociação coletiva trabalhista sem a dualidade de vontades, o fato é que com relação ao direito coletivo do trabalho vários outros aspectos são colocados, a criação de um litisconsórcio necessário em todas as ações que tratam de anulação de cláusula de convenção acordo coletivo é uma regra também extremamente desafiante, porque ela pode transformar o sindicato em adversário do trabalhador processual e o trabalhador em adversário do sindicato e me parece que essa regra também tem que ser interpretada, não no sentido literal, mas no sentido lógico sistemático, ou seja, para abranger apenas estritamente as chamadas ações anulatórias, que são restritas

e em geral são ações que efetivamente só interessam ao sindicato e ao Ministério Público do Trabalho, nessas, efetivamente haveria litisconsórcio que não seria necessário efetivamente, do ponto de vista técnico, mas pela interpretação deveríamos restringir o âmbito da norma isso, não sabemos se isso é que vai prevalecer, se prevalecer reclamação em geral o trabalhador sempre faz um pedido ou outro com base na negociação coletiva, se houvesse litisconsórcio necessário também é um desafio quase intransponível para o sindicalismo.

O custeio sindical já falamos, a reforma extingue ou transmuta de uma maneira extintiva praticamente a contribuição sindical, não haveria até uma crítica da minha parte a esse aspecto, mas ao não fazer uma transição, como sempre se faz na vida e no direito e também ao não se aperfeiçoar o sistema, aprovando-se a contribuição normativa, a contribuição assistencial ou chamada cota de solidariedade a lei demonstra que não tem interesse em aperfeiçoar mas em retirar efetivamente o custeio da entidade sindical, me parece que os sindicatos vão ter, se não houver alteração nesse aspecto, e foge da minha perspectiva, os sindicatos vão ter que se agregar de uma maneira ou de outra porque a mudança é realmente impressionante.

Quando ao direito processual do Trabalho

Com relação ao direito processual do trabalho às normas também são extremamente restritivas, coloca-se o trabalhador contra o sindicato em diversos aspectos e há também uma profunda restrição ao acesso à justiça a pessoa comum, se prevalecer uma interpretação literalista dessas normas, entrar com ação trabalhista é quase que um ato de insensatez de uma pessoa normal, é muito arriscado entrar com ação trabalhista, vejam vocês nesses 90 mil processos que eu relatei em 9 anos e meio de corte superior na república brasileira, que eu me lembre, que eu me lembre, é claro que algumas coisas a gente esquece, não dá para ver todos os detalhes e eventualmente se o assunto não foi conhecido por uma razão meramente técnica processual, eu não entrei no assunto, mas os assuntos que eu entrei como relator ultra-

passei a tecnicidade do processo, que todos sabem que os processos numa corte superior eles têm um filtro formal muito forte, eu me lembro, de um processo, em 90.000 de relator em que eu entrei no mérito de um pedido de indenização por dano moral do empregador, da empresa, não o empregador pessoa física, eu já vi mais um ou outro caso, mas da empresa contra o trabalhador, a lei praticamente instiga esse tipo de pleito. Ao retirar os nomes com uma sagacidade política impressionante para os objetivos da lei, a palavra moral desapareceu, com isso eu igualizo o ser humano a pessoa jurídica e afasto a constituição, que colocou a pessoa jurídica no ápice, trato tudo como dano extrapatrimonial e são tratados de maneira totalmente idênticas, é quase uma instigação para uma reconvenção que torna o processo judicial arriscadíssimo, vários fatores a justiça gratuita a prevalecer uma interpretação literal está extinta no processo do trabalho, as normas do direito do consumidor são justas e favoráveis ao consumidor, as normas da CLT com relação à justiça gratuita são, se lidas de maneira literal, são absolutamente impiedosas e o trabalhador vai saber fazer essa leitura, agora eu já sou uma pessoa simples, vivo da minha renda do trabalho, que é modesta, o Brasil é um dos países de renda de trabalho mais Modesto, eu não posso correr um risco desse, sem contar as várias formas de quitação absoluta que a própria lei cria antes do processo judicial, então me parece que aqui também o desafio é muito grande e nós temos que tentar aculturar a lei, a construção da república, as normas constitucionais e internacionais, desculpe, sobre direitos humanos, a própria legislação federal existente, a própria CLT, por intermédio de uma interpretação que seja objetiva, científica, naturalmente proporcional, naturalmente ponderada, para se preservar algo dos comandos constitucionais, de criação estruturação, organização e manutenção de um estado democrático de direito no país, são desafios muito grandes em que o papel realmente dos sindicatos, nesse momento de autismo desafios se torna cada vez mais importante, não existe ainda na história democracia efetiva, democracia substancial sem direito do trabalho e sem sindicalismo, talvez estejamos criando algo no vício, mas me parece que não, parece-me que negligenciando a ideia da democracia isso não é bom para nossa Pátria.”

Sobre alguns questionamentos da plateia destacamos as seguintes respostas do Ministro Delgado:

Lei do Comerciante verso a Lei da Reforma Trabalhista sobre a jornada de trabalho?

Perfeito, uma das tendências da nova legislação é exatamente sobrelevar as regras do direito civil, esse artigo 8º, ele dá a impressão que ele revaloriza o direito civil no campo do direito do trabalho e uma das regras da teoria geral do direito civil e também nenhum de nós debate, é que a norma especial não é revogada pela norma geral e vice-versa, são leis que tem o mesmo status, se há uma lei especial, a lei especial prevalece, além disso, cabe-se aduzir e com relação à questão da duração do trabalho é efetivamente, embora a nova lei 13.467 seja um pouco contraditória nisso, ela afirma em um dispositivo ao, no outro dispositivo ela se lembra que tem a constituição no país, mas a verdade é que com relação à duração dos trabalho, nós temos preceito constitucional expresso que é 8 horas ao dia e 44 horas na semana, esse é o parâmetro, então, naturalmente a negociação coletiva trabalhista, ela pode estabelecer não uma duração trabalho superior a essa, pela interpretação que me parece lógica, racional, sistemática e teleológica, como se fosse possível dizer, bom, agora vamos trabalhar então 9 horas ao dia e 54 horas na semana, isso a negociação coletiva autorizou, não, eu acho que isso também seria uma interpretação absurda, eu acho que nem a literal permitiria isso, porque há preceitos um pouco conflitantes e não há dúvida que o mundo ocidental, acho que ainda não vai criar uma teoria constitucional nova, no sentido de que a constituição vale menos do que uma lei ordinária, então, me parece que efetivamente a duração do trabalho, embora essa lei tenha flexibilizado bastante as regras da duração do trabalho, a verdade é essa.

Mas com relação aos limites do que é hora normal e o que que é hora suplementar ou extra, porque a lei resgatou o conceito de hora suplementar, mas suplementar o tratamento jurídico é idêntico da hora extra, com adicional de 50%, verba de natureza salarial, reflexos,

então, eu posso dizer com convicção que não há autorização na lei para se mudar a duração do trabalho no país como regra, ou seja, mais de 8 horas ao dia e mais e 44 horas, há essas hipóteses de compensação de jornada que nós conhecermos, compensação bilateral, banco de horas, há também a hipótese do regime de 12 por 36, que a lei colocou como um regime também autorizado, até mesmo bilateralmente, embora possamos fazer uma interpretação um pouco diferente, mas o regime 12 por 36 é um regime de uma jornada de plantão e que o indivíduo tem que descansar, algo que em tese, faria uma compensação desse acréscimo aí de 4 horas, então, eu creio que não há uma mudança extremada, temos que naturalmente deixar um pouco que a jurisprudência decante, mas o meu entendimento é esse, é o que eu defendo nos meus textos, já sobre a matéria não consigo vislumbrar algo mais gravoso do que isso.

Na visão do ministro Maurício, os sindicatos poderão passar a adotar uma política de valorização e assistência exclusiva ao seu sócio, ao seu ativo contribuinte, inclusive em acordos e convenções coletivas?

Realmente há uma contradição nessa regra da legislação, a CLT tem vários dispositivos no artigo, não só no título quinto, mas também no título que trata do processo do trabalho, que trata da Justiça do Trabalho, no sentido de que os sindicatos têm que manter um sistema judicial para prestar serviços ao seu representado, pela constituição essa representação é ampla conforme sabemos, artigo 8º, em seus incisos a ideia de representação da categoria é constitucional, bem verdade que o conceito de categoria é apenas legal e não é constitucional, mas a palavra categoria o conceito está na Constituição e ele tem que ser enriquecido pela lei e a lei é a CLT. Nesse aspecto não houve exatamente mudança no título quinto e no título sexto da CLT, abstraindo-nos do dilema da terceirização, que é outra avalanche, que acabamos aí, não, em si é um seminário inteiro.

Eu tenho a impressão que não é possível que as negociações coletivas, a convenção coletiva e acordo coletivo no sistema constitucional brasileiro atenda apenas o filiado, eu não vejo possibilidade dessa interpretação efetivamente, essa interpretação me parece que fere a constituição, agora vejo sim uma forte contradição, se elimina o custeio das entidades sindicais e o custeio passa a ser apenas a mensalidade do sindicato e ou essas outras verbas mas voluntárias, o que as fazem parecer um pouco mensalidade, passa a ser um certo ar de mensalidade em acréscimo como toda entidade às vezes faz uma chaminha de custeio, como os condomínios, os clubes, as academias para enfrentar alguma despesa, é efetivamente, é um impasse muito grande, é claro que essa ideia de não representar o conjunto dos trabalhadores pode parecer cativante, interessante, mas eu não a defendo, pela minha interpretação acho que é importante demais do ponto de vista democrático, que o sindicato representa toda a categoria e não me parece que seja estratégico, digamos assim, o sindicato recuar e passarem a defender que ele representa como nos Estados Unidos só o seu filiado, imagine o que vai acontecer na prática, os sindicatos vão desaparecer, porque nos Estados Unidos eles estão desaparecendo, essa é uma força que o sindicato não deve abrir mão dela, ainda bem que ela exige uma reforma constitucional, senão provavelmente poderia estar nessa reforma da Lei, enfraquece demais a entidade sindical.

Eu estudando a democracia no país, eu enxergo três instituições num país tão desigual como nós tem saído muitas estatísticas nessa linha que tem o papel histórico institucional de ter uma visão de inclusão social, é a previdência social, por isso que insisto que nós não podemos nos esquecer dela, é o direito do trabalho com as suas instituições, duas, portanto, duas instituições estatais e é também no plano da sociedade civil as entidade sindicais, as entidade sindicais existem para fazer o contra ponto a essa avalanche ideológica em favor do poder econômico, se eliminarmos essa horizontalidade das entidades sindicais, eu creio que isso enfraquecerá de uma maneira absoluta o sindicalismo, no Estados Unidos da América que é um país fortemente ultra liberalista, conforme sabemos, com metade dos estados tem lei

antissindicais e a suprema corte não as declara inconstitucionais, segundo dados da OIT, de 1 ou 2 anos atrás, portanto, estão aí na internet, a taxa de sindicalização no Estados Unidos computando os sindicatos na área pública, onde a taxa é muito maior, todos sabem, todo mundo é assim, é de apenas 6%, esse caminho não dá certo, não dá certo esse caminho, eu sei que o desafio é muito grande, mas esse caminho não dá certo, restringir a representação do sindicato acho um erro.

Quanto aos termos de ajustamento de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho sobre a cobrança das contribuições assistenciais serão aplicados a luz da nova legislação trabalhista?

A nova legislação ela efetivamente atingiu apenas a contribuição sindical obrigatória, ela deveria ter regularizado, no meu modo de entender, a contribuição assistencial que me parece uma contribuição democrática, justa, equânime, tem a ideia de justiça social, se você recebe todas as vantagens, você tem que contribuir, eu não quero filiar ao sindicato, ótimo, não filie, você não é obrigado a filiar-se, mas se a ordem jurídica lhe dá todas as vantagens da negociação coletiva, você tem que dar alguma contribuição para que o sistema funcione, isso tem o nome de justiça social, nós fazemos isso, felizmente, porque não vivemos na selva, praticamente todo dia, não é verdade, temos aí uma série de situações em que você compreende que você tem que contribuir para a sociedade, mas a sociedade lhe dá, obviamente, muito retorno, agora, o fato é que a lei não quis fazer isso, então, se a lei não alterou a situação jurídica com relação à contribuição assistencial, ela continua sendo igual ao que acontecia antes, ou seja, ela continua não sendo acolhida pela jurisprudência. Eu quero chamar atenção que como juiz eu cumpro a jurisprudência, apenas tenho o trabalho de colocar, fica ressalvado o entendimento desse relator e coloco lá meu entendimento.

Eu acho que o juiz não é um artista, o artista quanto mais criativo, provavelmente será melhor, o juiz não, juiz é uma autoridade do estado, ele cumpre a jurisprudência dominante, agora, pessoalmente,

olha, esclarece, eu estou cumprindo mas naturalmente entendo que a jurisprudência deveria evoluir, estou só esclarecendo para não parecer que eu não cumpro a jurisprudência dominante, cumpro sim, mas naturalmente procuro tentar alterar a jurisprudência, às vezes se consegue, as vezes não se consegue, isso é parte da democracia, da vida real.

REFORMA TRABALHISTA – DESAFIOS DO MOVIMENTO SINDICAL

Roberto Parahyba de Arruda Pinto⁹²

Em novembro do ano passado, durante a apresentação do seu relatório anual ao principal órgão das Nações Unidas, o relator especial da ONU sobre o direito à liberdade de reunião e associação pacífica, Maina Kiai, destacou 3 (três) principais causas para a piora das condições de trabalho e do aumento das desigualdades sociais no mundo, quais sejam:

- 1^a) busca inflexível de lucros - A função social da propriedade, os direitos sociais trabalhistas, o patrimônio público, o equilíbrio ambiental, tudo isso tem sido classificado como entraves ao desenvolvimento econômico, como despesas que devem ser cortadas na busca incessante do maior lucro possível, alcançado à custa da devastação da natureza e da gestação perversa de desigualdades sociais;
- 2^a) o aumento do poder corporativo - as grandes empresas se fortalecerem tornando-se corporações altamente poderosas e se comparando com as nações. Aí um dos principais, e mais discutidos aspectos da globalização;
- 3^a) a natureza das relações de trabalho em transformação

Indubitavelmente, vivenciamos profundas mudanças no modelo de organização do trabalho, mercado, sobretudo, pela descentralização da atividade produtiva, em contraposição à verticalização da divisão do trabalho do modelo fordista/taylorista, que moldou o sur-

⁹² Presidente da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (ABRAT), foi presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo (AATSP) e diretor da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP). É especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca, Espanha e autor de diversos artigos em revistas especializadas.

gimento do Direito do Trabalho. Época em que o trabalhador permanecia durante longo período, anos a fio, vinculado a uma determinada empresa, em contratos de trabalho por prazo indeterminado, de longa duração, seguindo uma carreira profissional, ladeado por vários colegas de serviço. A referida verticalização, ou seja, a absorção pela empresa (de grande porte) de todas as etapas do processo de produção, promovia uma concentração dos trabalhadores na fábrica, identificados por interesses profissionais comuns, situação coletiva que ocasionou a constituição de sindicatos. A naturalidade do fenômeno sindical e da associação dos membros da mesma profissão pela proximidade do exercício do trabalho, aglomerados nos mesmos locais e identidade de padrões de vida, é salientada na CLT, cujo art. 511, § 1º, define a similitude de condições de vida oriundas da profissão ou trabalho em comum como a expressão social da categoria profissional e a solidariedade de interesses econômicos como o vínculo social básico da categoria econômica.

O Direito do Trabalho resulta de um modo de ser, representado pela fábrica concentrada. Modo de ser contraditório, afinal, era preciso reunir para produzir, e o ato de reunir os corpos tinha como efeito unir corações e mentes. A expressão “corações e mentes” evoca uma música dos Titãs com esse título, da qual extraio a seguinte passagem: **“Não aguento mais viver dentro dessa prisão. Meu amor, minha guerra, eu erro e você erra. Todos são tão diferentes, corações e mentes. Tantos jovens adolescentes, corações e mentes...”**. “Todos são tão diferentes” - diria que o “conceito chave” da vida em sociedade é respeitar essas nossas diferenças, respeito esse tão escasso, quanto necessário nos dias atuais, em que a intolerância é ainda potencializada nas redes sociais. Respeitar as diferenças significa sobretudo respeitar a dignidade da pessoa humana, em seu aspecto mais primordial: o comunicativo, relacional, o da interação entre as pessoas. É reconhecer a essencial unicidade-universal: que cada pessoa humana é credora de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana. A unicidade na pluralidade, como professa Hanna Arendt em seu livro “A condição humana”: **“a pluralidade é a condição da ação huma-**

na pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir⁹³.

O problema é que no padrão de abissal desigualdade que marca, ou melhor envergonha a sociedade brasileira, inibe a construção de relações de reciprocidade, dificultando que as pessoas vejam a si, e aos demais, como merecedores de igual respeito e consideração. Numa sociedade individualista e de consumo como a brasileira isto redundaria necessariamente em tensão social, violência e banalização da vida. Os mais de um milhão de homídeos nas duas últimas décadas são a face brutal do esgarçamento do tecido social. A desigualdade não é um acidente na história de uma sociedade, mas sim fruto de deliberadas escolhas políticas e institucionais que favorecem a concentração de renda.

A brutal concentração de capitais no topo da pirâmide social permanece inalterada, como atesta o relatório “A Distância Que nos Une – Um retrato das desigualdades brasileiras, recém divulgado pela ONG Oxfam Brasil, em 25 de setembro de 2017. De acordo com o estudo, apenas 5% da população, os mais ricos, recebe mensalmente o mesmo que os demais 95%. A desigualdade patrimonial é igualmente escandalosa. Seis brasileiros (Jorge Paulo Lemann, Joseph Safra, Marcel Telles, Carlos Alberto Sicupira, Eduardo Sabvein, e Ermirio Pereira de Moraes) concentram a mesma riqueza que a metade mais pobre da sociedade.

No Brasil, o trabalho hoje já está caracterizado pela flexibilidade e rotatividade. Por contratos de trabalho de curta duração, especialmente dos trabalhadores terceirizados, em que os vínculos empregatícios não atingem a média de um ano de trabalho, o que retrata a fugacidade dos contratos de trabalho. Um grande contingente de trabalhadores tem participação intermitente no mercado de trabalho formal, oscilando entre a condição de desligados e admitidos durante anos seguidos. Destaca-se o sentido decrescente da remuneração,

93 ARENDT, Hanna. A condição humana. 10. Ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2001, p.16

porquanto a remuneração das admissões é, em média, inferior a mesma média dos trabalhadores desligados.

As relações entre as pessoas no trabalho são superficiais e descartáveis, e os laços de lealdade, confiança e compromisso mútuo se afrouxam em decorrência das experiências de curto prazo.

A terceirização é um dos procedimentos mais evidentes de transformação havida nas relações de produção com a introdução do conceito da empresa em rede. Por meio desse procedimento, a empresa transfere parte dos serviços, como setores ou seções, a outras empresas, suas parceiras, ou traz para as suas dependências, para ali prestarem serviços, trabalhadores vinculados a outras empresas. A externalização dos serviços, destrói as expectativas de progresso e melhoria no trabalho. Não há mais o futuro: somente o presente. Não há mais possibilidade de carreira, a continuidade na empresa e a ascensão nela são visões antigas, ultrapassadas. Quem é terceirizado nem mesmo pertence aos quadros da empresa em que trabalha, como poderia nela ascender? Talvez lhe reste como aspiração e única possibilidade de ascensão na empresa tomadora de serviços a efetivação nela: deixar a precariedade da condição de terceirizado e ter um lugar na empresa. Não ser mais invisível.

A terceirização promove a dispersão e pulverização dos trabalhadores, dificultando sua aglutinação. É fato: as profundas mudanças ocorridas no mundo do trabalho diminuíram sobremaneira o poder de organização e mobilização da – fragmentada e heterogênea - classe trabalhadora.

Há pouco tempo atrás a consciência de se pertencer a uma classe era facilmente perceptível. Atualmente não se sabe a que grupo social se pertence. As pessoas perderam a noção de pertencimento a um grupo estabelecido. Isso aparta as pessoas de círculos sociais e iden-

tidades que antes tinham. Elas se sentem isoladas e manipuladas. O mal-estar social da civilização atual é uma combinação de isolamento com ressentimento pela degradação da qualidade de vida.

A globalização, associada às novas tecnologias sacrificou empregados e reduziu a renda média do trabalhador. A ascensão do capitalismo financeiro tem provocado o esgarçamento das bases de solidariedade e representação dos trabalhadores. Como disse Luiz Carlos Bresser Pereira no recém lançamento (28.08.2017) da Frente Parlamentar em Defesa da Soberania Nacional: **"A classe liberal dirigente do Brasil é formada por rentistas, que vivem de aluguéis, juros e dividendos, e os financistas, que administram a riqueza dos rentistas."** Não há mais sindicatos, partidos ou organizações da sociedade civil em que as pessoas se sintam representadas.

Para o maior avanço do movimento sindical é necessária, antes de mais nada, uma autocrítica. Principalmente sobre a necessidade de, no atual momento de deforma trabalhista, se ultrapassar a defesa das categorias específicas, do fortalecimento do corporativismo, para se valorizar a construção do sentido de pertencimento à classe trabalhadora. Para que o sindicato se transforme como um instrumento de defesa e conquista de direitos sociais trabalhistas e de cidadania.

Para tanto, o movimento sindical deve estar aberto a reflexões e debate, pressuposto para o fortalecimento dos trabalhadores e suas organizações. E de reafirmar o caráter classista, democrático e social de luta pela defesa dos direitos trabalhistas, espécie do gênero dos direitos fundamentais. O retrocesso social implementado pela "reforma" trabalhista atinge a sociedade como um todo, além de ser eivado de inconstitucionalidade.

Em 28 de setembro de 2017, o Papa Francisco recebeu os delegados da Confederação Italiana dos Sindicatos dos Trabalhadores (Cisl), que estavam reunidos em Congresso. Na ocasião, ele indicou dois desafios que o movimento sindical deve enfrentar e vencer se quiser continuar desenvolvendo seu papel essencial pelo bem comum: a profecia e a inovação. A profecia é a vocação mais verdadeira do sindicato, explicou

o Papa, é “expressão do perfil profético da sociedade”. É o estabelecimento de um projeto de luta, para a mudança da sociedade.

Aliás, a CLT de 1943 foi resultado da elaboração de um projeto de industrialização para o país que requeria a construção de um mercado de trabalho, assim como de um mercado de consumo, essas mais de 200 (computando-se artigos, incisos e parágrafos) alterações introduzidas na CLT pela Lei 13.456/2017 não serve a projeto de industrialização nenhum, aliás, muito pelo contrário. Persegue-se apenas a redução do custo do trabalho, dentro de uma lógica equivocada e perversa (por ver o ser humano como uma mercadoria), qual seja: a redução do custo do trabalho produzirá como efeito a melhoria da economia e, com isso, a ampliação do nível de emprego. A lógica do capital financeiro, que prestigia a rentabilidade do cassino financeiro fechado em detrimento do investimento na economia real, nas inovações tecnológicas, no incremento do mercado consumidor e da produção. Em sentido diametralmente oposto, Henry Ford dizia que pagava bons salários aos seus funcionários para que eles pudessem comprar os carros que produziam, retroalimentando a economia. Maior produtividade significa mais lucro, que chegava aos trabalhadores por meio de salários mais altos. Os trabalhadores tinham assim mais dinheiro para comprar produtos, criando o que os economistas chamam de ciclo virtuoso de crescimento.

A Lei 13.457/2017 foi aprovada no Congresso Nacional de forma açodada, a jato, em um regime de urgência desmesurado e absolutamente irresponsável, sem qualquer debate com a sociedade, numa rapidez imprimida com o objetivo de preservar o grupo que, momentaneamente, ocupa o Poder Executivo Federal. E por um Congresso formado por parlamentares portadores de fortunas pessoais, vez que a mercantilização das eleições, viciadas em doações empresariais, diminuiu sensivelmente as chances de um cidadão de origem popular ascender ao sistema representativo, dele excluindo a classe trabalhadora. Tais doações empresariais estarão proibidas nas eleições de 2018, em decorrência da decisão proferida pelo STF na ADIn 4.650 ajuizada pela OAB Federal, relatada pelo Ministro Luiz Fux, que declarou na funda-

mentação de seu Voto que esse sistema “permite a captura do político pelos titulares do poder econômico”.

O segundo desafio do movimento sindical, segundo o Papa Francisco, é a inovação, o que para ele significa proteger não só quem está dentro do mercado de trabalho, mas quem está fora dele, descartado ou excluído. **“O capitalismo do nosso tempo não compreende o valor do sindicato, porque esqueceu a natureza social da economia. Este é um dos maiores pecados. Economia de mercado: não. Digamos economia social de mercado, como nos ensinou São João Paulo II”**

Diria que o principal desafio é o de buscar a unidade. Fundamental resgatar a solidariedade de classe, ter uma pauta mínima que unifique todos os trabalhadores e trabalhadoras. Nesse aspecto, a reforma trabalhista facilita sobremaneira, porque coloca as divergências do movimento sindical em um plano inferior, diante da enorme luta comum, que deve, necessariamente, ser travada na esfera coletiva, para obstar ou minimizar os trágicos efeitos da reforma trabalhista. Para incrementar essa luta coletiva, a aliança com os movimentos sociais é de fundamental importância.

Durante a tramitação da reforma trabalhista no Congresso Nacional o movimento sindical conseguiu superar as divergências e organizar uma agenda única de mobilização. Essa união foi importante para os grandes protestos dos últimos meses, incluídas as greves gerais. Apesar do movimento sindical não ter conseguido barrar a reforma, foi capaz de mostrar unidade.

As entidades sindicais devem colocar a pauta coletiva acima dos interesses corporativos. Devem caminhar para processos de negociação em conjunto, o que será o primeiro passo para a construção de entidades de ramo e o fortalecimento dos processos de negociação coletiva.

Nesse sentido, em 29 de setembro de 2017, deu-se um fato alvissareiro aos movimentos sindicais. Pela primeira vez, os metalúrgicos, historicamente divididos em várias correntes ideológicas e centrais sindicais, anunciaram a unificação das negociações salariais, da convenção

coletiva e de um calendário de negociações. A conjuntura exige uma nova postura. E a ABRAT esteve em uma reunião ocorrida no prédio do Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo com esse desiderato, em que contou com a presença de representantes de entidades metalúrgicas das mais variadas tendências, com vistas à contribuir, ainda que com uma centelha, para o fortalecimento e para a união recém anunciada dos metalúrgicos.

Essa nova postura, de união para enfrentar esse maior retrocesso social dos últimos tempos, representado pela reforma trabalhista, é o principal desafio do movimento sindical.

Termino citando, mais uma vez, o Papa Francisco: Não existe uma boa sociedade sem um bom sindicato. E não há um bom sindicato que não renasça todos os dias nas periferias, que não transforme as pedras descartadas da economia em pedras angulares. Sindicato é uma bela palavra que provém do grego **syn-dike, isto é, 'justiça juntos'**. **Não há justiça se não se está com os excluídos**".



Formato	17 x 24cm
Mancha gráfica:	11,2 x 19,7 cm
Fontes:	Fedra Sans Medium 14/18 (títulos) Fedra Sans Book 11,5/16 (textos)
Papel:	Off Set 75