



MANUAL DE APOIO

Inconstitucionalidades
da Lei nº 13.467/2017

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	3
2	ÍNDICE REMISSIVO	5
3	A PROTEÇÃO AO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	7
4	DESVIRTUAMENTO DO REGIME DE EMPREGO (TRABALHO AUTÔNOMO)	12
5	DERROGAÇÃO DE PROTEÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA AOS EMPREGADOS COM MAIOR REMUNERAÇÃO E COM DIPLOMA DE FORMAÇÃO SUPERIOR	17
6	TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL	27
7	VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO SALÁRIO MÍNIMO	35
8	VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ISONOMIA SALARIAL	46
9	DESVIRTUAMENTO INCONSTITUCIONAL DE VERBAS REMUNERATÓRIAS	52
10	LIMITES JURÍDICOS À FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO	60
11	TERCEIRIZAÇÃO NA REFORMA TRABALHISTA	106
12	NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E A ESTRUTURA SINDICAL BRASILEIRA	130
13	A REFORMA TRABALHISTA, AS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA	138
14	O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL: INCONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA	154
15	TEMAS PROCESSUAIS NA REFORMA TRABALHISTA	168

INTRODUÇÃO

Publicada a Lei n. 13.467/2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e as Leis n. 6.019/1974, 8.036/1990, e 8.212/1991, com a justificativa de adequar a legislação às novas relações de trabalho (por isso denominada REFORMA TRABALHISTA), o Ministério Público do Trabalho envidou esforços ainda mais intensos (eis que já havia atuação robusta no sentido de apontar os prejuízos aos trabalhadores e as incompatibilidades com a CF) da nova lei com o atual texto) visando a atenuar os perversos e deletérios efeitos da novel legislação no paradigma brasileiro de proteção do valor social do trabalho. O protagonismo do MPT na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis nunca foi tão importante.

Nesse sentido, uma das providências iniciais adotadas no âmbito da instituição foi a constituição de **Grupo de Trabalho com o objetivo de identificar e analisar as inconstitucionalidades da Lei n. 13.467/2017, propondo estratégias** de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, **bem como elaborando Manual de Apoio** aos Membros do Ministério Público do Trabalho. Compõem referido grupo os seguintes Procuradores do Trabalho:

- CLÁUDIA HONÓRIO, PTM de Foz do Iguaçu/PRT 9ª Região;
- CRISTIANO OTAVIO PAIXAO ARAUJO PINTO, PRT 10ª Região;
- HELDER SANTOS AMORIM, PRT da 3ª Região;
- JOÃO BATISTA BERTHIER LEITE SOARES, PRT 1ª Região;
- PAULO DOUGLAS ALMEIDA DE MORAES, PRT 24ª Região;
- PAULO JOARÊS VIEIRA, PRT 4ª Região (Coordenador do Grupo de Trabalho); e
- RENAN BERNARDI KALIL, PTM de Campo Mourão/PRT 9ª Região.

O presente Manual de Apoio, portanto, é fruto das reflexões mantidas no referido Grupo de Trabalho, e propõe-se a **apresentar aos colegas argumentos para lidar com as inconstitucionalidades mais flagrantes da dita Reforma Trabalhista.**

As **inconstitucionalidades foram analisadas por temas**, eis que as análises pontuais de dispositivos da nova lei trariam considerações incoerentes e/ou insuficientes, pois há diversos dispositivos versando sobre uma mesma temática, e que necessitam ser enfrentados conjuntamente. Do mesmo modo, há dispositivos relacionados a mais de uma área temática, o que levou a análises sob diversos pontos de vista. Para facilitar a consulta, traz-se um **índice remissivo** com a indicação dos dispositivos da Reforma e a respectiva análise temática em que pode ser localizado no texto. Ao final, percebe-se que os argumentos se somam para a conclusão indubitável da contrariedade da Lei n. 13.467/2017 ao conjunto normativo constitucional.

As considerações ora lançadas têm **origem nas Notas Técnicas** elaboradas pelo MPT previamente à aprovação da Lei n. 13.467/2017, endereçadas à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e à Presidência da República, com vistas a apontar os equívocos e

inconstitucionalidades de uma reforma que se apresenta(va) como retrocesso na proteção social dos trabalhadores. Os apontamentos das NTs foram submetidos a debate no Grupo de Trabalho, resultando no material ora apresentado aos Membros do Ministério Público do Trabalho.

Não se objetiva indicar modos de atuação, eis que peculiares a cada Membro em consonância com o princípio da independência funcional. **Tampouco se pretende esgotar as discussões** sobre as incongruências da nova lei diante do ordenamento constitucional pátrio, pela própria complexidade do debate e considerando as interpretações que ainda serão consolidadas a partir da entrada em vigor da reforma. **Trazem-se sugestões de leituras dos dispositivos que mais deturpam o sistema atual de proteção constitucional ao trabalho, com vistas a fomentar a unidade institucional no enfrentamento do tema, tão necessária.**

Leituras que, **para uma compreensão adequada e ampla do cenário trabalhista que se apresenta, devem se somar aos frutos dos outros Grupos de Trabalho** constituídos no MPT para enfrentamento da Reforma Trabalhista.

Alude-se ao Grupo de Trabalho constituído com o objetivo de **identificar e analisar as violações da Lei nº 13.467/2017 frente às Convenções da Organização Internacional do Trabalho e outras Normas Internacionais de Direitos Humanos**, propor estratégias de controle de convencionalidade perante o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, bem como elaborar também um Manual de Apoio aos Membros do Ministério Público do Trabalho.

Também se faz referência ao **Grupo de Trabalho de Hermenêutica Infranconstitucional da Lei n. 13.467/2017**, com o objetivo de: (i) **mapear os pontos estratégicos da Reforma que impactem fortemente a atuação do MPT**, a partir dos seguintes eixos temáticos: 1) Terceirização de Atividades Finalísticas (Objeto da ADI 5.735); 2) Temas Processuais: 2.1) Restrições inconstitucionais de acesso à Justiça do Trabalho e 2.2) violação à independência funcional da Justiça do Trabalho; 3) Prevalência do Negociado sobre o Legislado; 4) Jornada de Trabalho como Elemento de Saúde e Segurança: limites constitucionais à flexibilização negocial; 5) Desvirtuamento do Regime de Emprego; 5.1) Descaracterização do regime de emprego e 5.2) Derrogação de proteção jurídica trabalhista aos empregados com maior remuneração e com diploma de formação superior; 6) Desvirtuamento de Verbas Salariais, Violação do Salário Mínimo e do Salário Equitativo; 7) Tarifação do Dano Extrapatrimonial; e (ii) **elaborar teses** sobre cada um dos pontos mapeados, nos eixos temáticos acima destacados, com foco em resolução de antinomias normativas e interpretação principiológica.

Salienta-se, por fim, que a **indispensável definição democrática de estratégias de atuação do MPT** diante das alterações decorrentes da Lei n. 13.467/2017, seja na seara das arguições de inconstitucionalidades e/ou inconveniências, na fixação de enunciados hermenêuticos, seja na proposição de formas de atuação judicial e extrajudicial, requer **articulações institucionais internas e externas**, a serem realizadas nas searas e pelas instâncias adequadas.

Identificado o escopo do presente Manual, e ciente de suas limitações, mas na esperança de sua utilidade, apresentam-se aos colegas o resultado das pesquisas realizadas.

ÍNDICE REMISSIVO

A PROTEÇÃO AO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - Cláudia Honório

- Breve análise sistemática da proteção normativa do trabalho na **CRFB/1988**, passando pelos arts. 1º, incs. III e IV; 3º; 5º, § 1; 6º; 7º; 60, § 4º; 170, caput e inc. VIII; 193; e 205.

DESVIRTUAMENTO DO REGIME DE EMPREGO (TRABALHO AUTÔNOMO) - Cláudia Honório

- **CRFB/1988**: arts. 3º, inc. III; 5, inc. XXXV; 7º, inc. I; 60, § 4º, inc. IV; 170, caput e incs. III, VII e VIII;
- **CLT**: arts. 2º, 3º; 9º; **442-B***

DERROGAÇÃO DE PROTEÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA AOS EMPREGADOS COM MAIOR REMUNERAÇÃO E COM DIPLOMA DE FORMAÇÃO SUPERIOR - Cláudia Honório

- **CRFB/1988**: arts. 1º, inc. III e IV; 3º, inc. I a III; 5º, caput; 6º; 7º, caput e incs. I, V, XXVI e XXXII; 8º, inc. III; 170; 193; 218, § 3º.
- **CLT**: arts. 3º, par. ún.; **444 e par. ún.***; 468.

TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL - Cláudia Honório

- **CRFB/1988**: arts. 1º, inc. III; 3º, incs. I e III; 5º, caput e inc. V, VI, X e XXXV, §1º;
- **CLT**: arts. 8º; **223-A***; **223-C***; e **223-G***.

VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO SALÁRIO MÍNIMO - Paulo Joares Vieira

- **CRFB/1988**: arts. 1º, inc. III; 3º; 5º, caput; 7º, incs. II, IV, VI, VII e XIV; 39, § 3º; e 201.
- **CLT**: arts. **58-A*** e § 1º; **75-D***; e **452-A***.

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ISONOMIA SALARIAL - Paulo Joares Vieira

- **CRFB/1988**: arts. 1º, inc. III; 3º; 5º, caput; 7º, caput e incs. V, XXX, XXXI e XXXII; e 170.
- **CLT**: arts. 5º; e **461, §§ 2º e 3º***.

DESVIRTUAMENTO INCONSTITUCIONAL DE VERBAS REMUNERATÓRIAS - Paulo Joares Vieira

- **CRFB/1988**: arts. 7º, caput, incs. III, IV, V, VIII, IX, XIII, XVI e XVII; 201, § 11º.
- **CLT**: **59-A, caput***; **71, § 4º***; **457, §§ 2º e 4º***.

LIMITES JURIDICOS À FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO - Paulo Douglas Almeida de Moraes

- **CRFB/1988**: arts. 5º, §§ 2º e 3º; 6º; 7º, caput e incs. III, IX, XIII, XV, XVI, XXII, XXVI; 60, § 4º, inc. IV; 196; e 227.
- **CLT**: arts. **4º, caput e § 2º***; **58, § 2º***; **59, §§ 5º e 6º***; **59-A***; **59-B***; **60, par. ún.***; **62, inc. III***; **71, § 4º***; **75-B***; 235-C, caput; art. 235-D, § 8º; 238, § 3º; **444, par. ún.***; **452-A, § 5º***; **611-A***; **611-B***; e **620***.

TERCEIRIZAÇÃO NA REFORMA TRABALHISTA - Helder Santos Amorim

- **CRFB/1988**: arts. 1º, inc. IV; 3º, inc. I; 5º, caput e incs. I, II e XXIII; 7º, incs. I, III, V, XI, XII, XVII, XXI, XXII, XXIV, XXX, XXXI e XXXII; 8º, incs. III e VI; 24, inc. XIV; 37, caput e incs. II e XXI; 170, incs. II, III, IV, VII e VIII; 173, § 1º, inc. II; 184; 186; 193; 212, § 5º; 218, §4º; e 227.
- **Lei n. 6.019/1974**: arts. **4º-A, caput***; **4º-C***; **5º-A, caput***; **5º-C***; **5º-D***.
- **CLT**: art. 9º.

NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E A ESTRUTURA SINDICAL BRASILEIRA - Renan Bernardi Kalil

- **CRFB/1988**: arts. 1º, incs. II, III e IV; 3º, incs. I, II, III e IV; 4º, inc. II; 5º, incs. XX e XXXVI, e § 2º; 7º, inc. IV, VI, XIII, XIV, XXII e XXVI; 8º, caput e incs. II e V; 9º; 170, incs. III e VIII.
- **CLT**: arts. **578***; **579***; **587***; **602***; **611, caput**; **611-A***; **611-B***; 612.

A REFORMA TRABALHISTA, AS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - João Batista Berthier Leite Soares

- **CRFB/1988**: arts. 1º, inc. IV; 5º, incs. XIII e XXXV; 6º; 7º, caput e seus incisos; 21, inc. XXIV; 170, inc. VIII; 193; 205; 227.
- **CLT**: arts. 2º; 3º; 8º; 60; **611-A***; **611-B***; **620**.

O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL: INCONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA – Cristiano Paixão

- Afirmação do acesso à justiça como garantia institucional, considerando o núcleo do constitucionalismo moderno, e o contexto histórico brasileiro que ensejou a forte tutela dos direitos fundamentais e estabelecimento de garantias institucionais na CRFB/1988. Trata-se de contextualização fundamental para entender a gravidade da inconstitucionalidade da Lei n. 13.467/2017 ao impor, sistematicamente, obstáculos ao acesso à justiça.

TEMAS PROCESSUAIS NA REFORMA TRABALHISTA – Helder Santos Amorim

- **CRFB/1988**: arts. 1º, incs. III e IV; 2º; 3º, incs. I e III; 5º, caput e incs. II, XIII, XXXV, LIV, LV e LXXIV, e § 2º; 6º; 7º, incs. I, IV, XXIX; 60, § 4º, inc. III; 93, inc. IX; 114, incs. I e IX, e § 2º; 145, § 1º; 170, incs. III e VIII.
- **CLT**: arts. 2º; 3º; 8º, **§3º***; **507-A***; **507-B***; **611-A, §§ 1º e 4º***; 702, inc. I, **f, e §§ 3º e 4º***; 732; **790-B, § 4º***; 790, **§§ 3º e 4º***; **791-A, § 4º***; **793-B***; **793-C***; 844, § 2º*.

A PROTEÇÃO AO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Cláudia Honório

A **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** significou um marco jurídico e político pátrio de **restauração democrática e institucionalização de direitos fundamentais**.

Já em seu primeiro artigo, consagra a **dignidade da pessoa humana** como um dos fundamentos da República Federativa (art. 1º, inc. III), em evidente opção do perfil do Estado Democrático de Direito pretendido. Em **patamar axiológico-normativo superior**, a dignidade da pessoa humana constitui-se como valor-fonte do sistema normativo pátrio¹, irradiando conteúdo para todo o ordenamento jurídico, sendo sua proteção dever dos poderes estatais e de toda a sociedade.

Na sequência, os **objetivos fundamentais** da República, proclamados no artigo 3º da CRFB/1988, refletem a **valorização da pessoa humana e a orientação das ordens econômica, social e política** para construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação, e garantir o desenvolvimento nacional.

A Constituição Federal de 1988 avança muito na **consolidação de direitos e garantias fundamentais**, com o generoso rol do artigo 5º, e o artigo 6º, que ressalta a jusfundamentalidade dos direitos sociais².

Ainda, a Constituição estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm **aplicação imediata**, nos termos dos §1º do art. 5º da CRFB/1988. Em síntese, significa que se deve extrair das normas definidoras de direitos fundamentais a maior eficácia possível, independentemente de medida concretizadora³, com vistas a assegurar aos indivíduos o pleno exercício dos direitos com liberdade, igualdade, segurança e, assim, promover justiça social.

Observa-se, desde o início da Carta, um **postulado de desenvolvimento da pessoa humana**, contexto no qual se insere a **valorização social do trabalho**. Aliás, percebe-se a **ressignificação do direito ao e do trabalho** promovida pelo sentido da ordem constitucional vigente.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.75-90.

² Os direitos sociais recebem caracterizam-se como demandas do ser humano em sua situação concreta na ordem social. Frente ao acúmulo de graves desigualdades, problemas sociais e econômicos, e à constatação de que a liberdade e a igualdade formais eram insuficientes e irrealis, avolumaram-se movimentos pelo reconhecimento de direitos que reclamavam postura ativa do Estado (como saúde, educação, assistência social, previdência, trabalho, etc.), a fim de ver realizada a justiça social, sendo então consagrados direitos fundamentais de segunda dimensão. Cf. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 126 e ss.

³ O que “não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo a forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 272.

Ao lado da cidadania e da dignidade da pessoa humana, o primeiro artigo da Constituição Federal de 1988 enuncia o **trabalho como valor social** (art. 1º, inc. IV), elevado à hierarquia máxima como fundamento do ordenamento jurídico nacional, afirmando uma escolha do modelo jurídico, social, político e econômico que se pretende (re)construir.

Especialmente, encontra-se, no artigo 6º da CRFB/1988, de modo inédito na ordem constitucional brasileira, o **trabalho como direito fundamental social**, que, por sua vez, desdobra-se em diversos direitos e dimensões (individual e coletiva, positiva/prestacional e negativa/abstenção, subjetiva e objetiva), referidos nos artigos 7º a 11 da Constituição, tendo como finalidade a melhoria progressiva da condição social dos trabalhadores.

Reforçando a opção do constituinte, o caput do artigo 170 dispõe que a **ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano**⁴ e na livre iniciativa, e objetiva assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da busca do pleno emprego (art. 170, inc. VIII, CRFB/1988).

Ademais, o artigo 193 da Carta estabelece a **prioridade do trabalho na ordem social**. Inclusive o artigo 205 enuncia como um dos objetivos da educação a **qualificação para o trabalho**, ao lado do pleno desenvolvimento da pessoa e de seu preparo para o exercício da cidadania, firmando estreita relação entre trabalho, autonomia e dignidade.

Pelo conjunto de normas de valorização e proteção, há uma inegável primazia axiológica do trabalho na Constituição Federal de 1988.⁵

Todo esse **sistema de proteção normativa e valorativa do ser humano**, ao mesmo tempo em que se constitui como **núcleo básico de todo o ordenamento** jurídico brasileiro, também produz **eficácia dirigente** para o Estado, de atuação para realização dos princípios, objetivos e direitos fundamentais; fixação de **parâmetro de constitucionalidade** material dos atos estatais; **eficácia irradiante**, conduzindo a interpretação das normas; vinculação dos particulares à sua observância; fixação de **deveres** de proteção pelo Estado; imposição de criação de organizações e procedimentos para efetividade dos direitos fundamentais em jogo.⁶

Nesse particular, cabe ressaltar que, na Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais (nos quais se incluem os direitos sociais do trabalho) estão protegidos pela **cláusula pétrea** inserta no § 4º do art. 60 da CRFB/88.

⁴ Observa-se que no caput do artigo 170 da CRFB/1988 o trabalho é tomado como objeto a ser valorizado, diferente da livre iniciativa, simplesmente mencionada. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 55.

⁵ WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012. p. 220-229.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 141-151. Também sobre o caráter duplo dos direitos fundamentais, conferir: HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 228.

Entretanto, cabe afirmar que **a restrição de direitos fundamentais é possível e aceitável**, afinal os direitos não são absolutos nem ilimitados. Os direitos garantidos mediante princípios são necessariamente restringíveis, porque seu grau de aplicabilidade depende das condições fáticas e jurídicas que se apresentam no caso concreto.⁷

Os direitos fundamentais não constituem apenas posições jurídicas titularizadas por um indivíduo (dimensão subjetiva), mas também valores ou fins que a comunidade valoriza e protege (dimensão objetiva), o que implica a necessidade de compatibilização com outros valores e fins igualmente tutelados.⁸

Sendo certo que a lei pode restringir o âmbito de proteção de um direito fundamental, também é certo que os **direitos não podem ficar ao arbítrio do legislador**. Há limites (formais e materiais) à atividade do legislador, para evitar que a lei, sob o pretexto de restringir, ponderar ou externar o conteúdo de um direito, acabe por aboli-lo.⁹

Os **limites formais** correspondem à necessidade de autorização constitucional expressa para a restrição de um direito, e que a restrição aos direitos fundamentais ocorra apenas por lei emanada do Poder Legislativo, abstrata, geral e com efeitos *ex nunc*.

Os **limites materiais** referem-se a: existência de justificativa constitucional para a restrição, a fim de proteger outro direito ou valor constitucionalmente tutelado; preservação do núcleo essencial do direito restringido¹⁰; proporcionalidade – adequação, necessidade e razoabilidade – da medida restritiva.

Na seara da **proporcionalidade**, pelo exame da adequação, verifica-se se a medida restritiva é *adequada* para alcançar finalidade ordenada ou permitida pela Constituição. A medida será *necessária* se a sua finalidade não puder ser alcançada por outro meio com igual ou maior eficácia e menos invasivo ao direito. Já na avaliação da *razoabilidade* ou proporcionalidade em sentido estrito, realiza-se a ponderação de bens entre a gravidade ou intensidade da intervenção no direito fundamental e as razões que a justificam.

⁷ Esse o sentido da expressão “mandado de otimização”, de Alexy, para definir os direitos fundamentais de cunho principiológico: “princípios são mandados de otimização que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que, a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas.” (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 86.)

⁸ Sobre a dupla dimensão dos direitos fundamentais, conferir: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 155.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 623.

¹⁰ “A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental.” (SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais...**, P. 402).

Relaciona-se aos limites materiais à restrição dos direitos a noção de proibição do retrocesso social, conforme definição do princípio trazida por Canotilho:

O princípio da **proibição do retrocesso social** pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (“lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. [...] A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana [...].¹¹

Ou seja, em um Estado Social e Democrático de Direito, torna-se garantia institucional determinado sistema concretizado pelo legislador ordinário a partir de direito fundamental reconhecido pela Constituição. Sendo assim, futura medida legislativa não pode suprimi-lo, reduzi-lo de modo arbitrário ou desproporcional, nem fazê-lo retroceder nos patamares sociais já alcançados, sob pena de inconstitucionalidade.

Certamente, a proibição do retrocesso não impede alterações realizadas pelo poder público nas instituições e regulamentações existentes.¹² Todavia, **significa para o legislador a tarefa de garantir e desenvolver a concretização do direito fundamental** com densidade normativa que permita, *progressivamente*, alcançar os objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Nesse sentido, a proibição de retrocesso vale também como **proteção ao padrão mínimo civilizatório**, sendo sua outra face o princípio da satisfação progressiva (contínua e crescente) dos direitos fundamentais.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 339-340. No mesmo sentido, Felipe Derbli: “A idéia de retrocesso social se traduz numa conduta comissiva do legislador, que, ao editar lei que revoga, total ou parcialmente, legislação anterior, retorna arbitrariamente ao estado originário de ausência de concretização legislativa da norma constitucional definidora de direito social ou reduz o nível dessa concretização a patamar inferior ao compatível com a Carta Magna. (DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social no direito brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 367).

¹² Defendendo o caráter necessariamente relativo do princípio da proibição do retrocesso, Ingo Sarlet afirma que “a atividade legislativa não pode ser reduzida à função de execução pura e simples da Constituição, seja pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em Direito Constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Sobre a Assim Designada Proibição de Retrocesso Social no Constitucionalismo Latino-Americano. **Revista do TST**, Brasília, vol. 75, n.º 3, jul/set 2009, p. 137.) Em leitura crítica do princípio da proibição do retrocesso, Jorge Reis Novais aponta o caráter *prima facie* da norma e sintetiza: “a proibição só incide sobre retrocessos que afectem o mínimo social, que afectem o conteúdo essencial dos direitos em causa, que sejam desproporcionais ou desrazoáveis, ou que afectem a proteção da confiança, a igualdade ou a dignidade da pessoa humana” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 245).

Considerando que, na atualidade, a economia de mercado não disponibiliza postos de trabalho para toda a população economicamente ativa, o excesso de oferta de mão de obra, aliado à busca do lucro incessante, tende a promover a **desvalorização do trabalho**, com conseqüente sujeição do trabalhador a condições incompatíveis com sua dignidade, o que reclama a **necessária intervenção estatal para a garantia de padrões mínimos** ao ser humano trabalhador – núcleo da noção de **trabalho digno**.¹³

Nesse contexto, cabe realizar a análise da **Lei n. 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”)**, que em diversas disposições opera **supressão e/ou restrição ilegítima de direitos fundamentais sociais** garantidos pela Constituição Federal de 1988, **reduzindo ou eliminando a proteção jurídica deferida aos trabalhadores** e enfraquecendo a noção de trabalho digno, em afronta direta a regras, princípios¹⁴ e valores da Constituição Federal, como se passa a demonstrar.

¹³ Há parâmetros obrigatórios a serem observados na relação de trabalho, a fim de que cumpra sua finalidade de desenvolver a capacidade humana e satisfazer necessidades individuais e coletivas, bem como condições proibidas, sob pena de desrespeito à dignidade do trabalhador e desvalorização social do trabalho. Nesse sentido, José Claudio Monteiro de Brito Filho enuncia **padrões mínimos inerentes ao trabalho digno**. No **plano individual**, refere-se ao próprio direito ao trabalho, liberdade de escolha do trabalho, igualdade de oportunidades para e no trabalho, direito de exercer o trabalho em condições que preservem a saúde, direito a uma remuneração justa e direito a justas condições de trabalho (como limitação de jornada, ambientes adequados e proibição do trabalho infantil). No **plano coletivo**, alude à liberdade sindical. E no da seguridade, proteção contra a perda do emprego e outros riscos sociais. Cf. BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente** – Análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 49-55. Por outro lado, o desrespeito aos direitos mínimos vincula-se à noção de **trabalho em condições degradantes**, que é uma contradição em termos, por ser a antítese do trabalho: aquele em que se desconsidera a condição de humanidade do trabalhador, explorando-o como mero objeto da cadeia produtiva. O trabalho degradante pode ser definido como “aquele em que há a falta de garantias mínimas de saúde e segurança, além da falta de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação, tudo devendo ser garantido – o que deve ser esclarecido, embora pareça claro – em conjunto; ou seja, e em contrário, a falta de um desses elementos impõe o reconhecimento do trabalho em condições degradantes.” (BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves. **Trabalho escravo contemporâneo**: o desafio de superar a negação. São Paulo: LTr, 2006. p. 132-133).

¹⁴ Acerca da eficácia dos princípios constitucionais – notadamente, in casu, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho – Ana Paula de Barcellos identifica uma **eficácia interpretativa**, que obriga o intérprete a adotar solução hermenêutica que melhor realize o efeito pretendido pelo princípio constitucional, bem como uma **eficácia negativa**, da qual decorre a noção de vedação de retrocesso social, que remete à invalidade das soluções que contrariam a realização plena daqueles princípios. “[...] o que a eficácia vedativa do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação das normas que, regulamentando o princípio, concedem ou ampliam direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é, a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando revoga-se uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar.” (BARCELLOS, Ana Paula. O Mínimo Existencial e Alguas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 19-21).

DESVIRTUAMENTO DO REGIME DE EMPREGO (TRABALHO AUTÔNOMO)

Cláudia Honório

Antevendo o aumento das pressões pela desregulamentação do trabalho nas décadas seguintes, o constituinte de 1988 deslocou os **direitos sociais trabalhistas** do capítulo da ordem econômica e social, onde se localizavam nas Constituições anteriores, inserindo-os em seu Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II, destinado aos **Direitos e Garantias Fundamentais** (arts. 7º a 11).¹⁵

Com essa opção inédita, a Constituição Federal de 1988 alçou os direitos sociais dos trabalhadores à condição de direitos fundamentais, como patamar mínimo civilizatório deferido ao trabalho, verdadeiras **cláusulas pétreas** (art. 60, § 4º, inc. IV, CRFB/1988) que os coloca a salvo de qualquer intenção desregulamentadora do poder constituinte derivado e do poder legislativo infraconstitucional.¹⁶

Nesse viés, tem-se que a Lei n. 13.467/2017, denominada “Reforma Trabalhista,” apresenta, em diversos dispositivos (ora de forma direta, ora de modo sub-reptício) **intento desregulamentador, afastando direitos fundamentais sociais dos trabalhadores** e, com isso, **reduzindo o patamar de proteção social** conferido pelo constituinte.

Esse **propósito precarizante, inconstitucional**, evidencia-se no **art. 442-B da CLT**, inserido pela Reforma, pelo qual se afirma que o **mero cumprimento de formalidades legais na contratação de trabalho autônomo é suficiente para afastar o regime constitucional de emprego** e, conseqüentemente, afastar a incidência dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores dispostos nos arts. 7º a 11 da CRFB/1988. Veja-se:

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

¹⁵ No Brasil, desde a Constituição de 1934 que direitos destinados aos trabalhadores vêm garantidos em normas constitucionais relacionadas à ordem econômica e social, ou apenas à ordem econômica, como ocorreu com a Carta de 1937. A constitucionalização de direitos trabalhistas não constitui, portanto, novidade na vida jurídica do país. Mas foi a Constituição de 1988 que inaugurou a **fundamentalização** desses direitos, como pressupostos do Estado Democrático de Direito.

¹⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 108.

No direito brasileiro há muito sedimentou-se a presunção (relativa) de que o vínculo formado entre trabalhador e tomador é empregatício, justamente por ser o **regime mais favorável e protetor ao ser humano trabalhador** em um contexto socioeconômico excludente e desequilibrado:

No Brasil, desponta a singularidade de esta antiga presunção jurídica ter sido incorporada, de certo modo, até mesmo pela Constituição da República de 1988, ao reconhecer, no vínculo empregatício, um dos principais e mais eficazes instrumentos de realização de notável bloco de seus princípios cardeais, tais como o da dignidade do ser humano, o da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica, o da valorização do trabalho e do emprego, o da justiça social, o do bem-estar individual e social, o da segurança e o da subordinação da propriedade à sua função socioambiental. Com sabedoria, a Constituição percebeu que não se criou, na História do Capitalismo, nessa direção inclusiva, fórmula tão eficaz, larga, abrangente e democrática quanto a estruturada na relação de emprego.¹⁷

Logo, o **padrão de proteção definido constitucionalmente ao trabalho é, sobretudo, o regime de emprego**: “A Constituição, nos arts. 6º a 12, além dos demais dispositivos relativos ao trabalho, dispersos no texto constitucional, estabelece todo um plexo de direitos fundamentais que, embora possam ser, prima facie, aplicáveis a todos os trabalhadores, configuram o padrão de identidade constitucional de proteção ao regime de emprego.”¹⁸

A **relação de emprego protegida**, prevista expressamente no art. 7º, inc. I, da Constituição Federal, consiste em **direito fundamental** assentado no objetivo de reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, inc. III, CRFB/1988) e na própria finalidade da ordem econômica desenhada pelo constituinte, no sentido de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, a função social da propriedade, a redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego¹⁹ (art. 170, caput, e incs. III, VII e VIII, CRFB/1988).

A relação de emprego é conceito universalizado pelo direito do trabalho²⁰ e conformado historicamente a partir do elemento-central da subordinação²¹, com a finalidade de conferir proteção jurídica e social ao trabalhador, inegavelmente em posição de desvantagem (econômica, social e/ou hierárquica) na relação capital-trabalho.

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 346.

¹⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012. p. 299.

¹⁹ “O pleno emprego não implica só a possibilidade de obter o sustento pelo trabalho, mas de realizar-se no trabalho com dignidade. Daí decorre um comando normativo de busca do pleno emprego, que vincula especialmente o Estado, seja o legislador, o administrador ou o juiz, como objetivo a ser perseguido pela ordem normativa econômica que se funda no valor do trabalho, mas também vincula também os entes privados, cuja autonomia está adstrita à função social da propriedade e do ‘contrato, o que estabelece a conexão com o objetivo de pleno emprego.” (WANDELLI, op. cit., p. 261).

²⁰ “A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes. Não obstante esse caráter de mera espécie do gênero a que se filia, a relação de emprego tem a particularidade de também se constituir, do ponto de vista econômico-social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo. Essa relevância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual – o Direito do Trabalho.” (DELGADO, op. cit., p. 310).

Portanto, a proteção da relação de emprego ampara-se no **reconhecimento constitucional da desigualdade material entre as partes** contratantes da relação de trabalho subordinado, com objetivo de afastar a plena liberdade de iniciativa que rege os contratos da órbita civil, para proteger direitos fundamentais do trabalhador, respeitando, assim, sua dignidade.

A **relação de emprego**, nesse contexto, emerge como conceito-chave (embora não único) a fim de **atrair a incidência dos direitos fundamentais** listados na Constituição Federal. Caracteriza-se a partir da constatação de cinco elementos fático-jurídicos: “a) prestação de trabalho por *pessoa física* a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade”, elementos estes reconhecidos pelos **arts. 2º e 3º da CLT**, plenamente em vigor. Consequentemente:

Sendo a definição jurídica de emprego, decorrente dos dispositivos dos arts. 2º e 3º da CLT, o conceito pressuposto para a incidência de diversos dos direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição, ou seja, o principal mecanismo de acesso à plataforma fundamental de reconhecimento e pertencimento societário e de acesso a bens realizadores de necessidades básicas, não pode o legislador excluir arbitrariamente parcelas de trabalhadores desse conceito, alijando-os de grande parte daqueles direitos.²³

Nesse sentido, **viola o conjunto de direitos fundamentais dos trabalhadores, amparados na relação de emprego, norma ordinária que afaste a configuração desse específico vínculo de proteção social** (com direitos indisponíveis) em face de simples declarações de vontade das partes – próprias da órbita contratual civil, mas incompatíveis com a ontologia do Direito do Trabalho. É o que ocorre com a disposição legislativa em análise (art. 442-B da CLT), que intenta afastar o regime de emprego mediante mera formalização de contrato de trabalho autônomo, independentemente da presença dos requisitos da relação empregatícia. Trata-se de **incentivar a fraude** à legislação justralhista.

O legislador possibilita que empregados, a partir da vigência da nova lei, possam ser contratados como autônomos pelo mesmo empregador, admitindo-se a prestação de serviços com exclusividade ao tomador de serviços, e de forma contínua (noção de permanência), sendo a simples formalização da contratação da prestação de serviços suficiente para afastar a condição de empregado. Na prática, pretende-se que continue a prestação de serviço nos mesmos moldes, mas com a vantagem – apenas para o empregador – de não mais arcar com os custos da relação de emprego.

²¹ A compreensão multidimensional do fenômeno da subordinação envolve as noções de: subordinação clássica (submissão ao poder de direção empresarial quanto ao modo de realização da prestação laborativa – recebimento de ordens); subordinação objetiva (decorrente da integração do trabalhador aos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços); e subordinação estrutural (vinculação do trabalhador à dinâmica de organização e funcionamento da atividade do tomador de serviços, independentemente de ordens diretas ou integração aos objetivos do empreendimento). Cf. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 327-328.

²² DELGADO, op. cit., p. 313. Grifamos.

²³ WANDELLI, op. cit., p. 303.

A crueldade da disposição pode ser percebida no fato de o empregador passar apenas a pagar um preço fixo pelo *serviço prestado* (como mercadoria) definido pelo “livre” mercado (cada vez mais populoso) de autônomos, minimizando a subjetividade da pessoa-que-trabalha. Nesse cenário, se o trabalhador adoece, ou não ganha a remuneração mínima para satisfação de suas necessidades, cabe a ele mesmo arcar com as consequências (afinal, “escolheu” a liberdade na prestação de serviços). E quando não mais atende aos anseios do tomador, é simplesmente encerrado o contrato, sem mais.

Cabe, nesse ponto, retomar o **conceito de trabalhador autônomo**:

[...] é a **pessoa física que dirige o seu próprio trabalho, com liberdade** de iniciativa, autodeterminação técnica e poder de organização, **em favor de uma pluralidade de credores**, assumindo os riscos inerentes ao negócio. **Sem ingerência alheia**, possui ampla discricionariedade na produção, detendo as ferramentas de labor, maquinário e local de funcionamento. Negocia preços diretamente com clientes e escolhe a maneira de realizar os serviços como melhor lhe aprouver. Atua, pois, como patrão de si mesmo, **sem submissão** ao comando do tomador dos serviços, não estando inserido no círculo diretivo e disciplinar da empresa tomadora.²⁴ (grifamos)

Ao admitir a prestação de trabalho por pessoa física, com personalidade e *exclusividade* pelo trabalhador, de *forma contínua*, e mediante contraprestação, a contratação de **trabalhador autônomo se diferencia da relação de emprego pelo elemento da subordinação** ao tomador dos serviços – aferível apenas no caso concreto. Tomando tal conceito, então, esboçam-se **duas conclusões** acerca do novel dispositivo da CLT.

A primeira é que o **art. 442-B da CLT não apresenta qualquer utilidade**, quando afirma não se tratar de relação de emprego a prestação de serviços pelo autônomo, nas hipóteses em que realmente se tratar de trabalho autônomo (sem subordinação), eis que tal afirmação decorre da própria natureza da contratação referida.

A segunda é que o **art. 442-B da CLT, por sua inconstitucionalidade, não terá eficácia na prática**.

Ao afastar de modo arbitrário uma determinada relação de trabalho do regime de emprego protegido, impedindo a incidência de diversos direitos fundamentais e a garantia de um padrão de trabalho juridicamente protegido, o dispositivo viola todo o arcabouço constitucional sobre o direito ao trabalho. E considerando que a Constituição Federal garante, no art. 5º, inc. XXXV, que nenhum ato ficará isento da apreciação do Poder Judiciário, poderá ser arguida a fraude da contratação de trabalhador autônomo quando presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego, eis que vigentes os arts. 2º, 3º e 9º da CLT.

²⁴ GONÇALVES, Leandro Krebs. Autônomo. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). **Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e de direito previdenciário aplicado ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. p. 186-187.

A relação de emprego define-se pelos fatos que configuram as suas características: pessoalidade da prestação do serviço, não eventualidade, subordinação hierárquica ao empregador e remuneração, conforme art. 3º da CLT, não revogado. É contrato-realidade. Estando presentes esses elementos, todo escrito em contrário não tem eficácia, por força do art. 9º da CLT, segundo o qual “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Além disso, contra a forma falsa opera o princípio da primazia da realidade, segundo o qual, havendo discrepância entre a forma e os fatos, prevalecem estes.²⁵

“Imperioso, portanto, que todo dever de proteção relacionado ao direito ao trabalho impõe ao Estado a obrigação de coibir quaisquer práticas empresariais potencialmente fraudadoras da incidência desse plexo jurídico de proteção ao emprego. Aí se expressa a eficácia irradiante do direito ao trabalho, bem como a obrigação de progressividade em sua implementação [...]”²⁶

²⁵ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Reforma Trabalhista**: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017. p. 57. WANDELLI, op. cit., p. 300.

²⁶ WANDELLI, op. cit., p. 300.

DERROGAÇÃO DE PROTEÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA AOS EMPREGADOS COM MAIOR REMUNERAÇÃO E COM DIPLOMA DE FORMAÇÃO SUPERIOR

Cláudia Honório

Dentre as disposições advindas da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), destaca-se a inserção do **parágrafo único ao artigo 444 da CLT**, permitindo que **condições de trabalho sejam livremente pactuadas (ou derogadas) por acordo individual**, firmado diretamente entre empregado e empregador, **inclusive com prevalência sobre o estabelecido na negociação coletiva da própria categoria profissional**. Todavia, tal liberdade de pactuação individual é **restrita ao empregado** que possui **diploma de nível superior e salário** mensal igual ou acima de duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (o que equivale, em 2017, a R\$ 11.062,62).

Veja-se o novel enunciado normativo:

CLT, Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

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

Pensa-se que uma análise adequada do dispositivo deve considerar ao menos **três eixos**: **(i)** da “livre” estipulação das condições de trabalho, diretamente entre empregado e empregador; **(ii)** da “livre” estipulação das condições de trabalho por empregado portador de diploma de nível superior e que perceba determinado salário mensal; e **(iii)** da mesma eficácia legal e preponderância da “livre” negociação das condições de trabalho em relação aos instrumentos coletivos da categoria.

Inicia-se o exame do referido dispositivo, então, com alusão **às peculiaridades do contrato de trabalho**, das quais decorre a **restrição da autonomia privada** ou da livre estipulação do conteúdo da pactuação.

A **relação de emprego é contratual**, sustentada na vontade das partes, mas se trata de um **contrato especial**, diante da **disparidade da condição social e econômica** e da existência de **subordinação** entre os contratantes. “Aqui reside a diferença específica da relação contratual empregatícia perante as demais relações jurídicas contratuais correlatas: não exatamente em seu objeto (prestação de trabalho), mas precisamente no modo de efetuação dessa prestação – em estado de subordinação (e com pessoalidade, não eventualidade e onerosidade, acrescente-se).”²⁷

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 339.

A **relação de emprego** é conceito universalizado pelo direito do trabalho²⁸ e conformado historicamente a partir do **elemento-central da subordinação**²⁹, com a finalidade de conferir **proteção jurídica e social ao trabalhador, inegavelmente em posição de desvantagem** (econômica, social e/ou hierárquica) na relação capital-trabalho.

“Na verdade, a noção de tutela obreira e de retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (ideia inerente ao princípio protetor) [...] *abrange, essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho.*”³⁰

É justamente do **reconhecimento da desigualdade material entre as partes** contratantes da relação de trabalho subordinado, que se constrói a **proteção normativa da relação de emprego**, com objetivo de **afastar a plena liberdade** de iniciativa que rege os contratos da órbita civil, a fim de **garantir direitos fundamentais ao trabalhador**, respeitando, assim, sua dignidade.

Nessa toada, o **padrão de proteção ao trabalho definido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é, sobretudo, o regime de emprego.**³¹ Há uma estrutura normativa constitucional que garante proteção social e jurídica ao trabalho subordinado, assentada nos **princípios da justiça social, da valorização social do trabalho e da dignidade da pessoa humana**, inscritos nos arts. 1º, inc. III e IV, 3º, inc. I a III, 6º, 170 e 193 da CRFB/1988, e densificada nas regras dos arts. 7º a 11 da Carta, que garantem os **direitos fundamentais dos trabalhadores** – dentre os quais consta expressamente no art. 7º, inc. I, a **relação de emprego protegida**.

A relação de emprego emerge como conceito-chave (embora não único) da **incidência dos direitos fundamentais dos trabalhadores** listados no art. 7º da Constituição Federal.

²⁸ “A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes. Não obstante esse caráter de mera espécie do gênero a que se filia, a relação de emprego tem a particularidade de também se constituir, do ponto de vista econômico-social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo. Essa relevância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual – o Direito do Trabalho.” (DELGADO, op. cit., p. 310).

²⁹ A compreensão multidimensional do fenômeno da subordinação envolve as noções de: subordinação clássica (submissão ao poder de direção empresarial quanto ao modo de realização da prestação laborativa – recebimento de ordens); subordinação objetiva (decorrente da integração do trabalhador aos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços); e subordinação estrutural (vinculação do trabalhador à dinâmica de organização e funcionamento da atividade do tomador de serviços, independentemente de ordens diretas ou integração aos objetivos do empreendimento). Cf. DELGADO, op. cit., p. 327-328.

³⁰ DELGADO, op. cit., p. 214.

³¹ WANDELLI, Leonardo Vieira. O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012. p. 299.

Por essa razão, **viola o conjunto de direitos fundamentais dos trabalhadores, amparados na relação de emprego, autorização legislativa para livre negociação do conteúdo do contrato de trabalho subordinado, que afaste a específica proteção social e jurídica** conferida a qualquer relação de emprego, mediante simples declarações de vontade das partes – próprias da órbita contratual civil, mas incompatíveis com a ontologia do Direito do Trabalho.

Sendo a relação de emprego, “um contrato *dirigido*, de *adesão* e com forte *subordinação jurídica* do contratado”³², o campo para a **livre estipulação das condições de trabalho é bastante reduzido**. A uma, porque basicamente o trabalhador aceita ou não as condições impostas de antemão pelo empregador, diante do estado de subordinação e necessidade; e a duas, porque incidem normas cogentes de proteção ao ser-humano-trabalhador.³³

Portanto, **a estipulação das condições de trabalho, diretamente entre empregado e empregador, não é efetivamente livre**. O próprio *caput* do art. 444 da CLT dispõe que a livre estipulação das partes interessadas é possível “em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho”.

Com tais observações, rumando para o **segundo eixo da presente análise**, pode-se aprofundar a previsão expressa no parágrafo único do art. 444 da CLT, de **tratamento normativo diferenciado** para o “empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”, no que tange à “livre” negociação das condições de trabalho com o empregador.

Entende-se que o **tratamento distinto, em razão do valor do salário e do grau de escolaridade**, para fins de pactuação das condições de trabalho, **é inconstitucional por diversos fundamentos**, como se passa a demonstrar.

Desde logo, a diferenciação estabelecida no parágrafo único do art. 444 da CLT **subverte a ordem (axio)lógica do Direito do Trabalho**, que é intermediar os sujeitos da relação capital-trabalho, de modo a garantir um mínimo de direitos fundamentais ao trabalhador, num cenário de evidente desigualdade em relação ao empregador. E tal desigualdade não depende da remuneração ou do grau de instrução do trabalhador, mas sim de um dos requisitos iminentes à própria relação de emprego – a subordinação.

³² DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Responsabilidade civil no direito do trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 723. “A rigor, o contrato de trabalho é, simultaneamente, dirigido e por adesão, o que vale dizer: contém uma parte imposta pelo Estado (normas protetivas cogentes) e outra predeterminada pelo empregador e aderida pelo empregado. Acerca da presença concomitante do dirigismo e da adesão do empregado na esfera do contrato de trabalho, Evaristo de Moraes Filho observa, num primeiro momento, que o dirigismo contratual sobreveio para ‘restabelecer o equilíbrio rompido entre as duas partes durante o (liberalismo do) século XIX’ para, em seguida, asseverar: ‘o empregado adere às condições oferecidas pelo empregador, condições estas, entretanto, que devem obedecer todas as demais previamente inscritas e escritas pelas fontes normativas superiores.’” (Ibid., p. 724).

³³ Faz-se referência ao princípio da imperatividade das normas trabalhistas: “As regras justralhistas são, desse modo, essencialmente imperativas, não podendo, de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes. Nesse quadro, raros são os exemplos de regras dispositivas no texto da CLT, prevalecendo uma quase unanimidade de preceitos imperativos no corpo daquele diploma legal. Para este princípio prevalece a restrição à autonomia da vontade no contrato trabalhista, em contraponto à diretriz civil de soberania das partes no ajuste das condições contratuais. Esta restrição é tida como instrumento assecuratório eficaz de garantias fundamentais ao trabalhador, em face do desequilíbrio de poderes inerente ao contrato de emprego.” (DELGADO, op. cit., p. 216.)

O legislador, ao estabelecer a diferenciação do parágrafo único do art. 444 da CLT, partiu da **premissa de que tal trabalhador tem – por sua instrução formal e ganhos financeiros – condições plenas e equânimes de negociar diretamente** com o empregador as condições de seu contrato de trabalho, valendo tal negociação (individual) inclusive sobre o negociado coletivamente para a mesma categoria profissional. Por sua instrução formal e ganhos financeiros, o trabalhador **não necessitaria da proteção social prevista na legislação cogente**, nem na negociação coletiva.

Trata-se, portanto, de **derrogação pura e simples de qualquer proteção jurídico-trabalhista quanto aos principais elementos da relação de trabalho subordinado** (haja vista que as hipóteses de negociação são aquelas indicadas no art. 611-A da CLT) – como limitação de jornada, registro e controle dos horários de trabalho, concessão de intervalos, garantia de remuneração por produtividade, vedação de trabalho em feriados, definição legal do grau de insalubridade do ambiente de trabalho, limitação e remuneração do trabalho extraordinário, inclusive em atividades insalubres etc. – o que, na prática, submete tais condições à plena liberdade de iniciativa que rege os contratos do Direito Civil.

Todavia, a **premissa ou presunção absoluta do legislador é falsa**, pois o cenário da relação de emprego é sempre assimétrico, sendo inconcebível a liberdade negocial plena do trabalhador, inclusive para desconsiderar a legislação e os instrumentos coletivos de trabalho – sobretudo quando estabelecem condições mais benéficas.

A remuneração mais elevada e a formação acadêmica do trabalhador não constituem fatores capazes de elidir a desigualdade de forças existente entre o empregador e o empregado na relação de trabalho subordinado. O fato de receber alto salário e ter formação acadêmica não afasta o vínculo de emprego, e a hipossuficiência não é escolha do trabalhador ou prerrogativa de determinada categoria de empregados.

O conceito de subordinação meramente econômica ou intelectual não foi acolhido pelo direito pátrio, de forma que **não há limite máximo de salário ou nível de escolaridade que afaste a incidência da legislação trabalhista quando presentes os elementos caracterizadores do vínculo de emprego**.

Quanto maior a especialidade e o nível de escolaridade, pode haver, sim menor intervenção do empregador na forma como é exercida a atividade; entretanto, isso não descaracteriza a **subordinação, ínsita a todo vínculo empregatício**, e decorrente da própria organização da prestação de serviços e dinâmica da atividade econômica.³⁴ Lembre-se que:

O trabalhador é e sempre será a parte fraca da relação entre trabalhador e empregador. **Por mais educação e por mais preparo cultural que aquele detenha, a sua posição sempre será de inferioridade. Não uma inferioridade pessoal, cultural ou de raciocínio, e sim uma inferioridade relacional**, ou seja, enquanto sujeito daquela determinada relação jurídica. Isto porque, na posição de trabalhador, é necessidade vital a conquista ou permanência no trabalho, por fatores óbvios de sobrevivência. **É falaciosa a independência ou autonomia do trabalhador, conquistada ou concedida**. Ele sempre será dependente do empregador, no sentido de que **não pode prescindir daquele trabalho para sua sobrevivência e de sua família**.³⁵ (grifamos)

Muitas vezes se percebe em relação aos trabalhadores de mais altos salários e formação, ainda maior subordinação na relação de emprego. Justamente o trabalhador que recebe maior salário tem mais receio e está mais vulnerável aos abusos do poder hierárquico do empregador, culminando na dispensa imotivada, eis que sua recolocação no mercado de trabalho, com manutenção do mesmo padrão de vida, é sabidamente mais difícil – sobretudo quando se trata de trabalhador altamente qualificado, com alta faixa salarial e – não raro, com mais de 40 anos. Assim, poderá “livremente concordar” com aumento da jornada, redução da jornada com redução salarial, perda de benefícios, dentre outras hipóteses, diante da pressão decorrente da necessidade de manutenção do contrato de trabalho.

Nesse aspecto é que, em uma visão crítica, “a proteção do trabalhador é um mito. Aquilo que está no lugar do que não pode – ou não deve – ser dito. Está a enunciar que protege, quando nem sempre tutela. Afinal o direito do trabalho é o direito capitalista do trabalho.”³⁶ Isso porque proteger significa admitir o estado permanente de dominação.

“Os discursos flexibilizantes, hegemônicos na globalização, não se sobrepõem à realidade social, que persiste em caracterizar o trabalhador de hipossuficiente. O modo de produção pós-fordista, apesar de alterar as formas de trabalho e seus contratos, tem agravado a exploração e a dependência econômica do trabalhador. A crise do princípio da proteção não conduz à sua negação, mas engendra uma necessidade de repensá-lo.”³⁷

O mercado de trabalho cada vez mais competitivo e o advento de novas formas de contratação (que excluem total ou parcialmente o direito do trabalho, como o trabalhador autônomo exclusivo e contínuo, o trabalhador terceirizado para exercício de qualquer atividade, o trabalhador com jornada intermitente, o teletrabalhador, etc.) – que, diga-se, não trouxeram aumento do padrão salarial e social do trabalhador – levam à persistência da hipossuficiência daquele que trabalha.

Sendo **equivocado o pressuposto para a diferenciação do empregado com maior salário e diploma de curso superior, eis que mantida a subordinação** inerente à relação de emprego, evidente que **a diferenciação estabelecida no parágrafo único do art. 444 da CLT afronta o direito fundamental à isonomia, previsto no caput do artigo 5º da CRFB/1988, eis que se trata de discriminação injustificada ou arbitrária.**

³⁴ Faz-se alusão especialmente à dimensão estrutural da subordinação na relação de emprego: “**Estrutural** é, finalmente, a subordinação que se expressa “pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.” (DELGADO, op. cit., p. 328).

³⁵ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra**: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 162.

³⁶ COUTINHO, Aldacy Rachid. **O princípio da proteção revisitado**. Revista Bonijuris, Curitiba, v, 13, jul. 2001. p. 07.

³⁷ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A crise do princípio da proteção no direito do trabalho**. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/1607262>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 72-73.

Uma interpretação apenas formal e literal do princípio da igualdade impediria qualquer tratamento diferente, independentemente da situação. De fato, é importante o conteúdo negativo do princípio (**igualdade formal**), a fim de impedir privilégios e discriminações ilícitas. Entretanto, a noção de igualdade apenas se completa com seu conteúdo positivo (**igualdade material**), que, levando em consideração a diversidade própria de uma democracia, admite a criação de tratamentos distintos para situações distintas, a fim de alcançar a efetiva igualdade.

Assim, **há situações em que é legítimo o tratamento discriminatório** sem que se ofenda a igualdade – mas, ao contrário, promovendo-a. Fala-se, então, em **discriminação legítima ou positiva**, consistindo em tratamento diferenciado para beneficiar indivíduos ou grupos vulneráveis e, com isso, obter maior inclusão social, reduzir as desigualdades e combater a discriminação negativa. O ordenamento constitucional brasileiro acolhe o princípio da igualdade em suas vertentes formal e material, possibilitando modalidades de (discrimin)ação afirmativa.

O que **não se admite são distinções arbitrárias, desprovidas de razoável justificativa baseada em critérios relevantes constitucionalmente.**

É clássica a doutrina para **identificar hipóteses em que as diferenciações serão juridicamente legítimas**: deve haver justificativa lógica ou adequação racional entre o critério de discrimen e o tratamento desigual (discriminação legal) dele decorrente³⁸. Argumenta que devem concorrer quatro elementos para que um discrimen legal seja compatível com o princípio da isonomia:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.³⁹

³⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 38.

³⁹ *Ibid.*, p. 41.

A partir de tais premissas, tem-se que a **diferenciação trazida com o parágrafo único do art. 444 da CLT não se coaduna com o princípio da isonomia**, pois: não se assenta em fundamento razoável, eis que o salário e o grau de escolaridade não fazem cessar a subordinação inerente à relação de emprego e, portanto, a assimetria entre os contratantes; tampouco constituem elementos discriminatórios relevantes, proporcionais ou logicamente justificáveis (não há qualquer estudo científico que justifique o limite salarial adotado pelo legislador, por exemplo); e, mais importante, a diferenciação é incompatível com os valores constitucionais inerentes à proteção do trabalho.

A diferenciação decorrente da reforma trabalhista, no aspecto analisado, significa, além de violação ao princípio geral de isonomia, também **violação direta do inc. XXXII do art. 7º da CRFB/1988**, que proíbe “distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”. Importa destacar que esta **proibição de discriminação** já tinha assento no art. 3º, parágrafo único, da CLT, segundo qual não haverá distinções relativas à **espécie de emprego** e à **condição de trabalhador**, nem entre o trabalho intelectual, técnico ou manual.

Não pode haver distinção, do ponto de vista da incidência dos direitos fundamentais nas relações de emprego, pelo trabalho realizado, rendimento do trabalhador ou seu grau de escolaridade, pois **o núcleo dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro é a noção de dignidade**, valor inerente a toda pessoa.

Até mesmo porque não há trabalho exclusivamente intelectual, manual ou técnico. Há, apenas, diferentes finalidades em cada grau de instrução formal. A instrução superior se destina a formar cientistas e pesquisadores, enquanto a instrução técnica, de nível médio, visa a formar profissionais para o mercado de trabalho.⁴⁰

Ademais, o discrímen baseado em critério de maior remuneração **viola o disposto no inc. V do art. 7º, da CRFB/1988**, que prevê como direito fundamental “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”. Isso porque a norma constitucional visa à **valorização salarial das atividades laborais mais complexas**, que demandam do trabalhador maior emprego de conhecimento e especialização. A inovação legislativa contradiz tal mandamento, pois, por força da maior remuneração e maior escolaridade, **destina ao trabalhador patamar de proteção jurídica mais reduzido**, sujeitando seu contrato de trabalho a toda sorte de pressão econômica.

⁴⁰ No Brasil, conforme os arts. 36-B, 36-C e 36-D da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), os **cursos técnicos** estão divididos em três categorias básicas: Integrada, Concomitante e Subsequente. Na **forma integrada**, o estudante realiza o ensino médio e o curso técnico conjuntamente, reunindo em uma só matrícula os conhecimentos escolares às competências da educação profissional. No curso técnico **concomitante**, o aluno cursa paralelamente o ensino médio e o curso técnico. Nessa modalidade, o aluno possui duas matrículas e conclui a formação técnica no ensino médio. Já na condição **subsequente**, o aluno precisa ter concluído o ensino médio para matricular-se no ensino técnico. Essa última modalidade pode gerar confusão, pois, não obstante se exija a conclusão do ensino médio, o curso técnico subsequente **não é considerado de nível superior** ou equiparado a curso de graduação.

Contradiz, ainda, o **estímulo constitucional à formação científica e ao oferecimento de condições especiais de trabalho** aos que dela se ocupe, nos termos do **art. 218, § 3º, CRFB/1988**, segundo o qual “o Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho”.

Logo, a estipulação das condições de trabalho, diretamente entre empregado e empregador, além de não ser efetivamente livre, não justifica a existência de regras diferenciadas de acordo com a remuneração e o grau de instrução do empregado.

Alcançando, enfim, o **terceiro eixo da análise** do parágrafo único do art. 444 da CLT, cabe tratar da mesma eficácia legal e preponderância da “livre” negociação das condições de trabalho em relação aos instrumentos coletivos da categoria.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXVI, **prestigiou a autonomia coletiva da vontade**⁴¹, que pode ser definida, em síntese, “como o poder de autorregulamentação das relações de trabalho, ou de matérias correlatas, pelos grupos profissionais e econômicos, por meio de suas organizações representativas. A negociação coletiva é o seu instrumento, as normas coletivas de trabalho o seu produto.”⁴²

Lembra-se que um dos princípios que informam a negociação coletiva é o da **equivalência dos contratantes coletivos**, significando que os contratantes (sindicato profissional e empregador, ou sindicato profissional e sindicato econômico) estão em um mesmo patamar sócio-jurídico. Por isso, em todas as situações em que admite a flexibilização de direitos (CRFB/1988, art. 7º, inc. VI, XIII e XIV), a Constituição a condiciona expressamente à **negociação coletiva**, em nenhum momento autorizando **flexibilização de direitos** de fonte heterônoma por acordo individual.

Como salientado, nas relações de trabalho a **autonomia da vontade encontra limites** no próprio ordenamento jurídico e na hipossuficiência do trabalhador em qualquer tratativa diante do empregador, limites estes que constituem a própria razão da existência do direito do trabalho. Tais limites se aplicam tanto à autonomia da vontade individual quanto à autonomia da vontade coletiva.

⁴¹ “Com efeito, muito embora o texto constitucional de 1988 tenha abrandado, de forma significativa, a rigidez do período anterior, manteve, em relação a alguns aspectos da sindicalização, normas incompatíveis com modelo que consagre a liberdade sindical. Se verificarmos a Constituição Federal, principalmente o art. 8º, veremos que, ao lado das liberdades coletivas de associação e de administração, garantidas em regime de liberdade, foram mantidas restrições às liberdades coletivas de organização (unicidade sindical, base territorial mínima, sindicalização por categoria e sistema confederativo da organização sindical) e de exercício das funções (representação exclusiva da categoria pelo sindicato, inclusive nas negociações coletivas e manutenção da competência normativa da Justiça do Trabalho), além de se restringir a liberdade sindical individual, pelas restrições à liberdade coletiva retro.” (BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito estrangeiro comparado e da doutrina da OIT – proposta de inserção da comissão de empresa**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 89-90.)

⁴² SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2014. p. 133.

Nessa linha, para que um instrumento coletivo de trabalho incida sobre determinado setor econômico-profissional, prevalecendo sobre normas fixadas genericamente pelo Estado (núcleo do princípio da adequação setorial negociada), devem ser atendidos dois pressupostos: as normas autônomas juscoletivas devem **implementar padrão setorial de direitos superior** ao padrão geral oriundo da legislação aplicável, e devem abarcar a **transação de parcelas de indisponibilidade apenas relativa**. Nesse sentido:

[...] cabe perceber que a negociação coletiva trabalhista supõe o respeito a certos princípios e/ou requisitos, sob pena de se transformar em perverso instrumento de precarização de direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas, sem contar de manifesta inversão da lógica e estrutura normativas e principiológicas da Constituição da República, que são fundadas, como se sabe, *na centralidade da pessoa humana na ordem social e na ordem jurídica*.⁴³

Não se admite negociação (quer coletiva, quer individual⁴⁴) dos direitos trabalhistas revestidos de indisponibilidade absoluta. “Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um **patamar civilizatório mínimo** que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, inc. III, e 170, caput, CRFB/1988).⁴⁵

Do conjunto de princípios constitucionais protetivos do trabalho emana um **mandamento de otimização da proteção social do trabalhador**, que visa “fornecer critérios de criação, interpretação de normas (legais, regulamentares ou contratuais) e de resolução de conflitos. [...] também viabilizar, por meio do direito, alterações mais amplas de justiça social, que interfiram na estrutura social de modo a favorecer a classe trabalhadora, alçando-a a posição de relevância social cada vez maior.”⁴⁶ Esse princípio se encontra densamente previsto no **caput do art. 7º da Constituição**, que garante a melhoria da condição social do trabalhador.

Nesse sentido, a **negociação coletiva**, prevista como **direito fundamental** do trabalhador, no art. 7º, inc. XXVI, da CRFB/1988, consiste em garantir que, por meio desse instrumento, os trabalhadores coletivamente organizados em sindicatos possam conquistar “outros [direitos] que visem à melhoria de sua condição social”.

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 95.

⁴⁴ Faz-se referência ao princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, que “traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato.” (DELGADO, **Curso de direito do trabalho...**, p. 217).

⁴⁵ DELGADO, **Direito coletivo do trabalho...**, p. 244-245. Grifamos.

⁴⁶ OLIVEIRA, Aparecido Batista de. **Crítica do princípio da melhoria da condição social do trabalhador**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-21012015-080246. Acesso em: 06 jun. 2017. p. 275.

Com tais considerações, e retornando à dicção do parágrafo único do art. 444 da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017, **pretende-se que a livre estipulação das condições de trabalho diretamente entre empregado e empregador** – no que concerne aos temas do art. 611-A da CLT, que também foi inserido pela Reforma Trabalhista – **aplique-se com a mesma eficácia legal e preponderância em relação aos instrumentos coletivos** de trabalho. Isso significa, com outras palavras, **afastar a negociação coletiva**.

Abre-se parênteses para refletir sobre a pretensão do legislador de **relegar a negociação coletiva aos trabalhadores com baixos salários e menor instrução** (em desempenho de atividades preponderantemente manuais), em clara e injustificada discriminação. Como se o trabalhador com maior salário e grau de escolaridade não precisasse da representação sindical, **desconsiderando a garantia fundamental albergada no art. 8º, inc. III, CRFB/1988**.

Pois bem. Uma vez que o *caput* do art. 444 da CLT dispõe que a livre estipulação das partes interessadas é possível “em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos”, e os instrumentos coletivos apenas são admitidos se melhoram a condição social do trabalhador, pode-se concluir que **a livre estipulação a que alude o parágrafo único do art. 444 da CLT, caso admitida, somente prevalecerá sobre instrumento coletivo se for mais favorável ao trabalhador, e desde que não contravenha às disposições fundamentais de proteção ao trabalho**. Veja-se que, sem sentido semelhante, a CLT, no art. 468, veda a alteração contratual lesiva ao trabalhador, independentemente de sua concordância. Do contrário, a livre estipulação será ilimitada e levará, por conseguinte, à precarização das condições de trabalho.

Diante de todo o exposto, considera-se evidente que o parágrafo único do art. 444 da CLT opera **restrição ilegítima de direitos fundamentais sociais** garantidos pela Constituição Federal de 1988, **ao reduzir a proteção social e jurídica deferida indistintamente a todos os trabalhadores**.

TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Cláudia Honório

Do contexto constitucional de valorização do ser humano e proteção de sua dignidade – alçada a fundamento da República, no art. 1º, inc. III, da CRFB/1988 – decorre um **dever geral de tutela da pessoa humana**, que informa, também, todo o plano da reparação civil.

Nesse passo, a Constituição Federal de 1988, em seu **art. 5º, inc. V, X e XXXV**, garante a todos, *sem distinção*, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, direito à resposta *proporcional* ao agravo e à *indenização* pelos danos (extra) patrimoniais experimentados:

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:

[...]

V - é assegurado o **direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano** material, moral ou à imagem;

[...]

X - são **invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem** das pessoas, assegurado o **direito a indenização pelo dano** material ou moral decorrente de sua violação.

[...]

XXXV - **a lei não excluirá** da apreciação do Poder Judiciário **lesão ou ameaça a direito**;

Pode-se afirmar que a Constituição, levando proteção às diferentes dimensões da existência humana⁴⁷, dá ensejo à **tutela dos danos pessoais em sentido amplo**⁴⁸, até porque há danos que apenas são conhecidos na constante evolução das experiências humanas:

Por uma série de fatores que tivemos ocasião de assinalar – dentre os quais ressalta a maior consideração à pessoa e aos reflexos, no Direito Privado, do princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana – verifica-se, hoje em dia, extraordinário crescimento do campo do dano extrapatrimonial: integram e concretizam a dignidade humana, no campo da responsabilidade civil, interesses tais como a tutela e preservação da vida privada, da intimidade ou o “direito de estar só, consigo mesmo”, a dor e os afetos, as expectativas de vida e os projetos existenciais, a imagem e a autoestima, a estética, as criações do intelecto em seus aspectos não-patrimoniais, a honra e o nome, entre outros que a realidade – e a jurisprudência que por vezes a traduz – constroem em acelerada expansão.⁴⁹

⁴⁷ “A ordem jurídica constitucional tutela a pessoa humana em suas diferentes facetas, seja no aspecto familiar, juslaboral, negocial, no plano da reparação civil. Enfim, numa normativa plural, de respeito à alteridade, a ordem constitucional elegeu como centro da ordem jurídica, vale dizer, como pilar do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana.” (OLIVEIRA, Ariete Pontes de; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. A tutela juslaboral e a reparação por danos à honra do trabalhador. In: SOARES, Flávia Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 48).

⁴⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira. O dano existencial da pessoa-que-trabalha: um repensar à luz do direito fundamental ao trabalho e da psicodinâmica do trabalho. In: SOARES, Flávia Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 148.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira) v. V, tomo II (arts. 389 a 420). Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 344. Discorrendo acerca das amplas possibilidades de configuração e proteção do dano existencial nas relações de trabalho, conferir: WANDELLI, op. cit., p. 145-159.

Ao lado da abertura dos bens tutelados, emerge como vetor do sistema constitucional de proteção o **princípio da reparação integral dos danos**, não havendo previsão de qualquer teto específico ou quantificação para a indenização. Nesse sentido, orienta-se:

[...] o sistema jurídico para o ideal de se **buscar a mais ampla e justa tutela**, em quaisquer casos em que interesses amparados pelo Direito são violados. Isso implica, de um lado, a certeza da **amplitude da proteção**, a fim de se **reparar todas as espécies de danos** aos quais se estende a proteção jurídica; e, de outro lado, a **obtenção, da maneira mais completa possível, de formas e medidas reparatórias** que atendam aos interesses da parte vítima e ao imperativo de pacificação social.⁵⁰ (grifamos).

A **reparação integral** ou adequada dos danos extrapatrimoniais decorrentes de relações de trabalho é mandamento que decorre do objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, da CRFB/1988), sobretudo neste que é um dos campos mais férteis para a violação de direitos fundamentais, decorrente da assimetria entre trabalhador e empregador, diante da dependência do trabalho como meio de subsistência e realização.

Decorre do sistema axiológico constitucional também a **inadmissibilidade de tratamento discriminatório na reparação dos danos**, especialmente considerando a condição social do sujeito ofendido, diante do disposto no **art. 3º, inc. III**, da CRFB/1988, que estabelece como um dos objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e do **art. 5º, caput**, que enuncia o princípio da isonomia.

Com tais considerações, tem-se que a **Lei n. 13.467/2017**, denominada “Reforma Trabalhista,” apresenta, em diversos dispositivos relacionados ao título “Do Dano Extrapatrimonial”, nítido **intento restritivo da tutela constitucional dos direitos fundamentais**.

Inicie-se a análise com a seguinte norma:

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

Ao estabelecer que os **danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho serão regidos exclusivamente pelas disposições contidas na CLT**, o legislador ordinário pretende afastar o próprio regime constitucional sobre o tema, e mesmo a aplicação supletiva das regras do Código Civil, que tem disciplina específica e nuclear no direito comum acerca da matéria.

⁵⁰ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 4. ed. ampl., atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 90.

A respeito, não é demais lembrar que **nenhuma lei infraconstitucional pode, legitimamente, afastar a incidência das normas constitucionais**, diante da **supremacia constitucional**:

[...] na hipótese particular das normas constitucionais, a imperatividade assume uma feição peculiar, qual seja, a da sua **supremacia** em face às demais normas do sistema jurídico. Assim, a Constituição, além de imperativa como toda norma jurídica, é **particularmente suprema**, ostentando posição de proeminência em relação às demais normas, que a ela deverão se conformar, seja quanto ao modo de sua elaboração (conformação formal), seja quanto à matéria de que tratam (conformação material). Essa supremacia da Constituição (ou sua imperatividade reforçada e superlativa) em face às demais entidades normativas advém, naturalmente, da soberania da fonte que a produziu: o *poder constituinte originário*, circunstância que a distingue, sobremaneira, das outras normas do sistema jurídico, que são postas pelos poderes constituídos. Para além disso, ainda vigora na doutrina a idéia de que a Constituição é suprema em razão da *natureza de suas normas*, na medida em que estas refletem a real estrutura da organização do poder político de determinado Estado, que elas retratam e disciplinam.⁵¹

Ainda, em uma **visão sistemática do ordenamento jurídico**⁵², não se admite que uma norma afaste a aplicação de outra norma compatível ou que estabelece maior grau de proteção jurídica, sobretudo diante do princípio da aplicabilidade imediata e máxima eficácia dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CRFB/1988), como são os direitos do art. 5º, inc. X, da CRFB/1988, e o direito à reparação dos respectivos danos.

Nessa esteira, tem-se que o **núcleo infraconstitucional da responsabilidade civil** se encontra nas disposições do **Código Civil**, que estão em **consonância com o paradigma da reparação insculpido na Constituição Federal de 1988**, uma vez que:

- (a) **destaca e valoriza a proteção aos direitos da personalidade** (arts. 11 a 21), estendendo-a, inclusive, às pessoas jurídicas, no que lhes é pertinente aplicar (art. 52);
- (b) distingue, explicitamente, a **obrigação de reparar o dano moral, sem limitações** quanto às suas diversas manifestações (dano à honra, dano à liberdade, dano ao nome, dano à imagem etc.) e áreas de incidência (individual ou coletiva) (arts. 186 e 927);
- (c) garante a **reparação do dano moral, de maneira ampla e a mais completa possível**, incumbindo ao órgão julgador, mediante arbitramento, à luz da equidade e do postulado da razoabilidade, **fixar o valor da condenação em cada caso concreto**, a fim de atender, nessa tarefa, às funções compensatória e sancionatória, e também o norte preventivo-pedagógico dessa específica e peculiar espécie da responsabilização (arts. 927, 941, 946, 948, 949, 950, 952, 953 e 954).⁵³ (grifamos)

⁵¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 25.

⁵² O sistema jurídico pode ser compreendido “como sendo uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Lei Maior.” (FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 44).

⁵³ MEDEIROS NETO, op. cit., p. 121.

Tais considerações civilistas sobre reparação de danos morais **certamente são aplicáveis às relações de trabalho**, pois estão em harmonia com os princípios inerentes a este ramo especial do direito. “Não obstante a insuficiente disciplina da tutela moral nas relações de trabalho na CLT, são plenamente aplicáveis as normas dos demais diplomas normativos sobre a regulamentação da matéria, em virtude da norma de abertura do art. 8º da CLT, a qual determina a aplicação subsidiária do direito comum ao direito do trabalho.”⁵⁴

Considera-se que referido entendimento deve prevalecer mesmo diante da dicção excludente advinda da “Reforma Trabalhista”, considerando a **existência de lacunas na disciplina da CLT sobre o tema, e a total compatibilidade das disposições do Código Civil acerca da reparação do dano extrapatrimonial, com os princípios fundamentais do direito do trabalho** – eis que as normas civilistas (curiosamente) oferecem maior proteção ao trabalhador, constituem-se normas mais favoráveis para a integral reparação do dano, e garantem condições mais benéficas ao trabalhador – sendo plenamente atendido o disposto no **art. 8º da CLT**, que não foi revogado.

Outro dispositivo excludente advindo da Lei n. 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”) na seara dos danos extrapatrimoniais, é o **art. 223-C na CLT**, que enuncia os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física:

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

Com isso, a **Reforma Trabalhista incide em inconstitucionalidade, ao excluir diversos bens extrapatrimoniais da tutela jurídica**. É o caso da liberdade religiosa ou do direito à vida privada, expressamente mencionados nos incisos VI e X do artigo 5º da CRFB/1988; da integridade psíquica, do gênero, da origem, da raça e da idade, dentre outros exemplos. Bastante falha a enunciação do legislador, portanto.

“Cabe registrar que, os direitos que irradiam dos direitos da personalidade em razão da cláusula geral da tutela à pessoa humana são apenas exemplificativos.”⁵⁵ Afinal, diante da tutela constitucional dos danos pessoais em sentido amplo, gera dano moral ação ou omissão ofensiva a qualquer aspecto inerente à dignidade da pessoa humana, e que apenas será identificado no caso concreto.

⁵⁴ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Danos morais nas relações de trabalho. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 190. No mesmo sentido, afirma José Afonso Dallegrave Neto: “É oportuno observar que o contrato de trabalho, ante as suas características, encerra uma verdadeira profusão de danos, os quais devem ser analisados sob o enfoque da teoria civilista da responsabilidade civil, guardadas as devidas adaptações principiológicas próprias do Direito do Trabalho e os valores supremos albergados na Constituição da República.” (DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 59.)

⁵⁵ OLIVEIRA, RENAULT, op. cit., p. 46.

Também é inconstitucional a “Reforma Trabalhista”, no que concerne aos danos extrapatrimoniais e sua reparação nas relações de trabalho, nos dispositivos relativos à **tarifação (prévia fixação de valor máximo) da indenização por dano extrapatrimonial**, contidos no **art. 223-G da CLT**:

Art. 223-G. [...]

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

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

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

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

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

[...]

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

Nesse aspecto, a reforma trabalhista dispõe que a **indenização decorrente do dano extrapatrimonial – ocorrido no âmbito de uma relação de trabalho – tem limites máximos de pagamento**, considerando especialmente a **natureza da afronta** e o **último salário contratual do trabalhador** prejudicado.

Em **sentido diametralmente oposto**, a **Constituição Federal e o Código Civil** não contêm quaisquer disposições relacionadas à limitação da indenização. Como visto, a proteção constitucional é regida pelo **princípio da reparação integral** do dano, e no mesmo passo está o Código Civil, dispondo que a indenização se mede pela **extensão do dano** (art. 944, CC).

A definição de valor máximo da indenização por danos extrapatrimoniais constitui **limitação incompatível com os direitos assegurados no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição**, que garantem **resposta proporcional ao agravo e indenização integral dos danos** materiais ou morais sofridos. Ao estabelecer rígidos limites à fixação de valores indenizatórios (em padrões bastante modestos, diga-se) a norma acaba por inviabilizar a individualização das situações e, por conseguinte, a reparação integral do dano.

Considerando que o dano extrapatrimonial atinge bens imateriais do indivíduo, não é possível – e nem expressão de justiça – determinar previamente as repercussões (diversas, complexas e subjetivas) da lesão.⁵⁶

Se, por um lado, com o art. 223-G da CLT se pretendeu a proibição do excesso (valores abusivos de indenização, enriquecimento ilícito de uma parte, banalização de pedidos em

⁵⁶ “No campo da responsabilidade civil, o solidarismo constitucional manifesta-se na postura dos julgadores em buscar a reparação efetiva do dano infligido ao trabalhador, enxergando-o em sua essência, não apenas como sujeito de direito abstrato, mas antes como gente em sua dimensão humana e digna. [...] pela própria natureza dos direitos imateriais de personalidade, não é possível fixar valores nominais a todas as situações concretas, indiscriminadamente.” (DALLEGRAVE NETO, op. cit., p. 190).

ações judiciais, etc.), por outro **desconsiderou a proibição da proteção insuficiente** – a outra vertente do **princípio da proporcionalidade**:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a **inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social**, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre **da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.**⁵⁷ (grifamos).

Com a tarifação da indenização, certamente ocorrerão **casos em que a proteção máxima conferida pela lei será insuficiente para reparar todo o dano sofrido**, violando, então, diretamente a principiologia constitucional. Também será **insuficiente para coibir novas práticas danosas**, bem como conscientizar o ofensor quanto à ilicitude de sua conduta. Inservível, em suma, para que sejam atingidas as **finalidades da indenização**:

Reconhecida a responsabilidade do agente por danos morais, a reparação destes tem como função, a **compensação dos danos** subjetivos e/ou objetivos ao ofendido, o **apenamento com caráter pedagógico** para o causador do dano e a compensação pecuniária pela impossibilidade de *restituo in integro* da esfera moral, não sendo descartada a reparação *in natura* em determinadas situações, como a retratação, publicação de resposta, cirurgia plástica, conjugada ou não com a indenização pecuniária.⁵⁸

Vale ressaltar que o **Supremo Tribunal Federal já decidiu pela incompatibilidade da tarifação da indenização por dano moral** prevista na Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/1967), diante da tutela ampla garantida pela Constituição Federal de 1988, conforme se infere do precedente firmado no **RE 396.386/SP**, de 29/06/2004, em que foi relator o Ministro Carlos Velloso:

A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição.⁵⁹

⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano XXXII, n. 97, mar/2005, p.180. O conceito da proibição da proteção insuficiente como decorrência do princípio da proporcionalidade já foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo da decisão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário RE 745745 AgR/MG, de 02/12/2014, da 2ª Turma, em que foi relator o Ministro Celso de Mello.

⁵⁸ SANTOS, op. cit., p. 197.

⁵⁹ O entendimento foi reiterado em outras oportunidades pelo STF, como salientado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, proferido no julgamento da ADPF 130/DF, examinada em 30/04/2009 pelo Tribunal Pleno, em que foi relator o Ministro Carlos Britto: “Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça. Cito, nessa linha, dentre outras seguintes decisões: o RE 396.386-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 447.484/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 240.450/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI 496.406/SP, Rel. Min. Celso de Mello”.

Os fundamentos da decisão são **perfeitamente aplicáveis à presente situação**.

Em idêntico sentido dispõe a **Súmula 281 do STJ** que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Somando-se às inconstitucionalidades suscitadas, tem-se que o tabelamento prévio da indenização por dano moral, nos moldes do art. 223-G da CLT, **atrelando o valor da indenização ao salário contratual** do trabalhador ofendido **viola o princípio constitucional da isonomia** (art. 5º, *caput*, e inc. X, da CRFB/1988) e colide diretamente com o **princípio da dignidade** da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CRFB/1988), eis que todos são iguais em dignidade e igualmente merecedores de proteção jurídica.

Com a Lei n. 13.467/2017, passa a ser juridicamente possível que os envolvidos em um mesmo evento danoso recebam valores diferentes de indenização, mesmo tendo sofrido idênticos prejuízos. A norma institui expressamente **tratamentos diferenciados de acordo com a condição da pessoa prejudicada** – sendo reduzida a proteção conferida pela lei ao trabalhador.

Além da **limitação da indenização especificamente para o trabalhador** – em contraposição ao regime não tarifado do direito civil –, a nova lei permite que empregados vítimas do mesmo dano tenham **reparações distintas, de acordo com o último salário contratual** recebido pelo ofendido. Assim, a intimidade de um empregado que percebe alto salário, por exemplo, merecerá maior proteção do que a intimidade de um empregado que recebe salário mínimo.

Ora, o valor do **salário percebido pelo trabalhador não constitui critério constitucionalmente válido para mensuração da dor** decorrente do dano extrapatrimonial. Esse critério constitui **evidente discriminação inconstitucional**, na medida em que confere importância reparatória ao abalo moral do sujeito na medida de sua colocação no mercado de trabalho – e, portanto, na medida das oportunidades auferidas por sua condição socioeconômica, em um retorno ao tratamento discriminatório conferido conforme a classe de pessoas, em um passado escravocrata não muito distante.

A **fixação do valor da indenização** deve considerar uma **pluralidade de critérios legítimos**, a exemplo dos seguintes:

a) em relação à natureza da ofensa, a consideração:

- a.1) da intensidade ou grau de culpa (parágrafo único do art. 945 do CC);
- a.2) a concorrência de culpa (art. 945 do CC);
- a.3) a gravidade objetiva da ofensa (relevância ou teor de bem jurídico atingido);

b) em relação aos efeitos da ofensa, a consideração:

- b.1) da dor da vítima (a intensidade ou grau do sofrimento ou humilhação);
- b.2) dos reflexos pessoais e sociais do ato;
- b.3) da extensão e duração das consequências da ofensa (permanência ou temporalidade do dano – possibilidade de superação física ou psicológica da ofensa);

c) em relação às circunstâncias da ofensa, a consideração:

c.1) da situação social, política e econômica das pessoas envolvidas;

c.2) dos meios utilizados para possibilitar a ofensa;

d) em relação ao arrependimento, a consideração:

d.1) da existência de retratação espontânea;

d.2) do efetivo esforço para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.⁶⁰

Ora, o sopesamento de tais critérios é incompatível com qualquer limitação (mínima ou máxima) pré-estabelecida pelo legislador.

Ademais, ressalta-se a previsão do **§ 3º do art. 223-G da CLT**: “Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar o dobro da indenização”. A disposição é curiosa, pois **inaplicável em casos de lesões gravíssimas** – como aquelas que levam à morte do trabalhador ou que afastam completamente o obreiro do emprego (por exemplo, tetraplegia ou estado de coma), obviamente hipóteses não passíveis de serem repetidas entre partes idênticas, tornando inócuo o dispositivo legal que permitiria majorar a indenização.

Em síntese, o art. 223-G da CLT **impõe restrição inconstitucional a direitos fundamentais**. Não há sequer justificativa constitucional para a medida adotada pelo legislador, não havendo qualquer outro direito ou valor constitucionalmente tutelado que justificasse a limitação da reparação dos danos extrapatrimoniais. O núcleo essencial do direito à reparação integral é desrespeitado com a norma, eis que a prévia limitação de valores compromete seriamente, em diversas situações, a eficácia do direito. Ademais, não há proporcionalidade na medida legislativa restritiva. Não é adequada para alcançar qualquer finalidade ordenada ou permitida pela Constituição; pelo contrário, contraria seus princípios e fundamentos. Ainda, não é juridicamente necessária, tendo em vista que a limitação da indenização já decorre das circunstâncias do caso concreto. Por fim, a gravidade da intervenção legislativa no direito fundamental à tutela ampla dos direitos pessoais e à integral reparação dos danos decorrentes não apresenta a mínima razoabilidade, sobretudo diante das falsas razões que a fundamentam e das discriminações perversas que impõem.

⁶⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. **Curso de responsabilidade trabalhista**: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 278-279.

VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO SALÁRIO MÍNIMO

Paulo Joarês Vieira

O salário mínimo é, ao mesmo tempo, um dos direitos mais básicos e um dos mais importantes entre os assegurados aos trabalhadores na Constituição Federal de 1988.

O estabelecimento de uma retribuição mínima aos trabalhadores é uma aspiração antiga, vinculada ao conceito de garantia de condições mínimas de vida, compatíveis com a dignidade humana do empregado e sua família.

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, estabelece que *“Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”*.

Também o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966, tratado de direitos humanos ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 591, de 6 de julho de 1992, prescreve em seu artigo 7º o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis que assegurem especialmente “a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: (...) ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto”.⁶¹

Seguindo esta mesma linha, de que o salário mínimo deve assegurar uma existência digna para o trabalhador e sua família, a CRFB/1988 assim dispõe:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...].

A norma é clara no sentido de fixar um patamar mínimo de salário, assegurando que nenhum trabalhador receberá menos do que o valor estipulado em Lei, o qual deve ser suficiente para atender às necessidades básicas de sua família.

Conforme leciona o professor Ingo W. Sarlet, ao comentar o inciso IV do artigo 7º:

Isso significa que **o salário percebido pelo trabalhador, aqui estabelecido um patamar mínimo, deve ser suficiente para assegurar condições mínimas de bem-estar ao trabalhador e sua família, de modo a garantir**

⁶¹ “ARTIGO 7º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;”

o acesso aos bens sociais descritos no dispositivo citado acima. O vínculo com o direito-garantia ao mínimo existencial resulta evidente, assim como não se pode desprezar o quanto a garantia da possibilidade de trabalhar e com isso assegurar seu próprio sustento e dos seus dependentes, constitui dimensão relevante para um direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da própria noção de autonomia, do ser humano construtor de seu próprio destino.⁶²

A respeito do conteúdo normativo e alcance da norma prevista no art. 7º, inc. IV, CRFB/1988 é oportuno lembrar que assim se manifestou o STF no julgamento da ADI 1458⁶³, na qual se discutia o valor atribuído ao salário mínimo mensal em medida provisória:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - **O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados.** Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere ou non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. **SALÁRIO MÍNIMO - SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS - GARANTIA DE PRESERVAÇÃO DE SEU PODER AQUISITIVO. - A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. - O legislador constituinte brasileiro delineou, no preceito consubstanciado no art. 7º, IV, da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público - e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV) -, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório. SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL. - A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. - As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente,**

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 603.

⁶³ ADI 1458 MC DF, julgada pelo Tribunal Pleno, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 20-09-1996.

como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. [...]

Em seu voto o **Ministro Celso de Mello** transcreve doutrina do hoje **Ministro Luis Roberto Barroso**:

É por essa razão que LUIS ROBERTO BARROSO, ao versar o tema ora em análise, discutindo-o na perspectiva da efetividade dos direitos e garantias de ordem social, expede considerações que devem constituir objeto de necessária reflexão (“O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas”, p. 151/152, 2ª ed., 1993, Renovar):

“Esta não é, definitivamente, uma norma programática. Não apenas porque o caput do dispositivo refere-se expressamente a um direito assegurado, como também porque o preceito descreve a utilidade a ser fruída – salário capaz de satisfazer as necessidades vitais básicas de um trabalhador e sua família – e específica, embora de modo implícito, a conduta devida: pagar salário que atenda aos requisitos enunciados.

Descumprindo o comando constitucional, um trabalhador, individualmente, ou o sindicato, representando a categoria, poderão requerer ao Judiciário a observância forçada da norma. A efetividade desse preceito é, tecnicamente, menos intrincada do que pode parecer à primeira vista. Confirme-se.

No regime constitucional anterior, o salário mínimo era fixado por decreto presidencial. Atualmente, tal competência transferiu-se para o Congresso Nacional. Se algum empregador pagar valor inferior ao estabelecido, obterá, através da Justiça do Trabalho, a diferença devida. Aqui não se apresenta nenhuma dificuldade.

Quid iuris, se o vício se contiver, não no ato em si do empregador, Mas no do Congresso Nacional, por fixar um salário mínimo que desatenda os requisitos constitucionais? Em outras palavras: existe remédio jurídico a ser utilizado contra o ato legislativo que institua um salário mínimo incapaz de satisfazer as necessidades normais de um trabalhador e sua família?

A resposta é afirmativa. Tanto mais agora que o novo texto constitucional simplificou a tarefa jurisdicional ao estabelecer uma série de parâmetros objetivamente aferíveis. No regime da Carta de 1969, a cláusula ‘necessidades normais’ sem qualquer outro detalhamento, padecia de um conteúdo fluido, algo impreciso, ainda que não indeterminável.

*Presentemente, todavia, o próprio inciso IV enuncia os fatores a serem tomados em conta na fixação do salário mínimo: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Muito embora seja impossível erradicar-se totalmente um certo grau de subjetividade, é plenamente possível a um juiz, por dados oficias ou mediante prova técnica, estimar, v.g., o valor de aluguel de uma habitação modesta em bairro operário, o custo de alimentação valorado por uma cesta básica, as despesas de transporte tendo em vista o preço da passagem, etc. **Mesmo quando os valores pudessem oscilar significativamente, de acordo com o que cada um viesse a considerar como padrão mínimo de dignidade, o fato é que há um núcleo central em relação ao qual haverá consenso em qualquer circunstância.***

Seria puramente ideológica, e não científica, a negação da possibilidade de o Judiciário intervir em tal matéria. Porque em diversas outras situações em que a Constituição ou a lei utilizam conceitos vagos e imprecisos, é exatamente ao juiz que cabe integrar, com sua valoração subjetiva, o comando normativo. Assim se passa, por exemplo, quando ele fixa o valor da ‘justa indenização’ na desapropriação (CF/88, art. 5º, XXIV); quando nega eficácia a ato, lei ou sentença estrangeira por ofensa à nossa ‘ordem pública’ (LICC, art. 17); ou quando fixa alimentos ‘na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada’ (C. Civil, art. 400). Assentada a premissa, é bem de ver que se a União, por seu órgão legislativo, fixa valor do salário mínimo em quantitativo insuficiente para o atendimento das necessidades vitais básicas de um trabalhador e de sua família, o ato que o institui vicia-se por inconstitucionalidade”.

Tudo isso significa, na perspectiva do preceito consubstanciado no art. 7º, IV, da Carta Política, que a insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configurará um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito **concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso**

geral de remuneração, estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. (Grifamos)⁶⁴

O erudito voto do **Ministro Celso de Mello** assim sintetiza a questão: “Há, na realidade, em tema de salário mínimo, uma inderrogável obrigação estatal que vincula o Poder Público ao **dever de fixar um piso remuneratório capaz de satisfazer as necessidades primárias de subsistência do trabalhador e dos membros de sua família**”.⁶⁵

Note-se que embora a discussão naqueles autos gire em torno do valor então fixado para o salário mínimo, resulta claro o entendimento de que este configura piso remuneratório geral, o qual deve atender às necessidades básicas do trabalhador e sua família.

Em nenhum momento a garantia constitucional do salário mínimo remete à jornada de trabalho que será cumprida pelo trabalhador ou a vincula à jornada prevista no inciso XII do artigo 7º, não podendo, portanto, o legislador ordinário estabelecer tal vinculação para afastar a sua incidência, com base na contratação para o cumprimento de jornada reduzida, considerado o limite máximo de 44 horas semanais.

Ou seja, **o patamar mínimo estabelecido como direito fundamental não está vinculado ao volume de horas trabalhadas, mas às necessidades básicas do trabalhador e sua família**, de modo que não é viável o seu pagamento proporcional, quando contratada jornada inferior a 44 horas semanais, pois, evidentemente, implica frustrar o sentido e alcance da garantia constitucional.

Ora, a própria noção de “mínimo” repele interpretações que, sob qualquer argumento, justifiquem o pagamento de salário inferior, pois nesse caso deixaria de existir um “mínimo”.

Em verdade, a questão foi muito bem sintetizada em voto proferido pelo **Min. Carlos Britto**: “para admitir que o servidor, mesmo se aposentando proporcionalmente, pudesse receber abaixo do mínimo, teríamos de trabalhar com a categoria jurídica nova, absurda, a do submínimo; quer dizer, o mínimo já é o piso abaixo do qual não se admite absolutamente nada”.⁶⁶

Esta conclusão resta reforçada pela norma do inciso VII do artigo 7º: “VII - **garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável**”.

Sabendo-se que as hipóteses de remuneração variável ocorrem em relações contratuais que, em geral, não permitem o controle da jornada de trabalho praticada pelo empregado (por exemplo trabalho a domicílio remunerado por peças produzidas, trabalho exclusivamente externo remunerado por comissões sobre vendas, etc.), resta evidente que a intenção do constituinte é que nenhum trabalhador receba salário inferior ao mínimo legal, independentemente da jornada trabalhada.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ RE 340.599-3, julgado pela 1ª Turma do STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.11.2003.

Não há dúvida, inclusive na jurisprudência, de que a garantia prevista no inciso VII se refere ao salário mensal, não ao salário por hora ou dia trabalhado.

As mesmas garantias foram asseguradas aos servidores públicos, conforme o artigo 39, § 3º, da CRFB/1988.

Assim, são **violadores da Constituição os dispositivos** da Lei n.º 13.467/2017 que **instituem** modelos de **contratos de trabalho** sem garantia efetiva de pagamento de **salário mínimo mensal**:

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

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

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

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

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

[...]

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

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

- I - remuneração;
- II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;
- III - décimo terceiro salário proporcional;
- IV - repouso semanal remunerado; e
- V - adicionais legais. [...]

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

A hipótese encontra previsão expressa no art. 452-A da CLT, ao assegurar apenas o pagamento do valor do *“o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo”*, sem estabelecer um número mínimo de horas trabalhadas no mês. Como decorrência da própria intermitência que caracteriza o contrato, é natural e esperado o trabalho em jornada inferior a 44 horas semanais (podendo ser zero, inclusive) e o pagamento de remuneração em valor inferior ao mínimo mensal.

Igual situação resulta do contrato a tempo parcial previsto no artigo 58-A da CLT, pois estabelece a possibilidade de contratação para jornada máxima de 30 horas semanais, sem assegurar o pagamento do salário mínimo mensal. A nova redação do artigo amplia possibilidade já prevista na CLT, agravando seu impacto social.

Ocorre que o § 1º do art. 58-A, com a redação definida pela Medida Provisória 2.164-41, de 2001, e que segue vigente, prevê que: “§ 1º **O salário a ser pago aos empregados sob o regime de tempo parcial será proporcional à sua jornada**, em relação aos empregados que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral.”

Naturalmente, nos casos em que os empregados a tempo integral recebem o salário mínimo mensal, a proporcionalidade resultará no pagamento de valor inferior, na medida da jornada contratada.

Essa interpretação, embora nos pareça equivocada, é a que tem prevalecido na Justiça do Trabalho, sendo objeto da **Orientação Jurisprudencial nº 358 do TST**:

358. SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. EMPREGADO. SERVIDOR PÚBLICO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.02.2016) - Res. 202/2016, DEJT divulgado em 19, 22 e 23.02.2016

I - **Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado.**

II – Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Note-se que a orientação atribui interpretação contraditória ao inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal, de um lado admitindo a proporcionalidade do salário mínimo à jornada para os empregados privados e de empresas públicas e, de outro, vedando para os empregados da administração direta.

Em relação ao artigo 75-D, a norma prevê a possibilidade de transferência de parte dos custos e riscos da atividade econômica ao empregado, permitindo que o contrato individual disponha sobre a responsabilidade “pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto”, a qual pode ser atribuída ao empregado.

Ocorre que o legislador ordinário não cuidou de resguardar a integralidade do salário mínimo mensal, apesar de a norma implicar possibilidade de redução de salário, na medida em que os custos de equipamentos e estrutura para o trabalho podem absorver grande parte da remuneração do trabalhador, remanescendo valor inferior ao mínimo legal. Além disso, não há que se olvidar que os mencionados itens podem sofrer reajustes superiores aos aplicados aos salários, resultando em redução salarial, em afronta à norma do art. 7º, inc. VI, da CRFB/1988.

Em verdade, o legislador constituinte estabeleceu um sistema de proteção social à remuneração ou renda mínima dos trabalhadores, o qual não se esgota nos incisos IV e VI do artigo 7º, mas se estende aos benefícios previdenciários e ao seguro-desemprego, por exemplo.

Nesse sentido, o art. 7º prevê em seu inciso II o direito dos trabalhadores urbanos e rurais ao “seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário”.

O artigo 201 da Constituição, ao tratar do regime geral da previdência social, estabelece:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e **atenderá, nos termos da lei, a:**

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

[...]

§ 2º **Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.**

[...]

§ 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a **trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria** que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, **garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo.**

Parece claro, portanto, que a Constituição estabelece o salário mínimo mensal como base para o sistema de proteção à renda mínima, vinculada à preservação da dignidade do trabalhador e sua família, tanto no período de atividade quanto em situações de desemprego ou recebimento de benefícios previdenciários.

Seguindo a diretriz constitucional, não apenas a Lei do seguro-desemprego determina que o *“valor do benefício não poderá ser inferior ao valor do salário mínimo.”* (Lei 7.998/90, art. 5º, § 2º), mas também estende o benefício ao pescador artesanal durante o período de defeso, mais uma vez acentuando que será *“no valor de 1 (um) salário-mínimo mensal.”* (Lei 10.779/2003, art. 1º).

Aqui cabe uma observação: seria um evidente paradoxo que se admitisse, por exemplo, que um trabalhador contratado para jornada de 22 horas semanais recebesse salário equivalente a 50% do valor do salário mínimo mensal durante toda a sua vida ativa e quando deixasse de trabalhar, ao se aposentar, passasse a receber o salário mínimo integral (valor mínimo do benefício), com reajuste de 100%, exatamente ao ingressar na inatividade.

Ou então, que nos períodos de desemprego involuntário receba seguro equivalente a um salário mínimo mensal, enquanto durante a sua atividade em contrato intermitente ou a tempo parcial receba valor inferior ao mínimo.

Este singelo exemplo serve apenas para ilustrar o quanto a tese da proporcionalidade do salário mínimo é incompatível com o texto constitucional, isto sem mencionar, é claro, que a contribuição previdenciária seria recolhida sobre valor inferior ao do benefício respectivo, gerando desequilíbrio nas contas da previdência social.

A edição de normas que permitem o pagamento de valor inferior ao salário mínimo mensal, seja com base na proporcionalidade à jornada de trabalho a tempo parcial, a previsão de pagamento de salário mínimo horário para o contrato intermitente ou com o repasse de parte dos custos da atividade econômica ao trabalhador implicam violação ao sistema constitucional de proteção à renda mínima e esvaziamento do conteúdo prático da garantia prevista no art. 7º, incisos IV e VII.

Não pode o legislador ordinário tornar sem efeito a garantia ao salário mínimo, impedindo a sua concretização e mesmo amesquinhando um direito tão essencial aos princípios fundamentais eleitos pela Carta Magna. Ademais, contraria frontalmente alguns dos objetivos fundamentais da República, como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (artigo 3º da CRFB/1988).

A tese adotada pela OJ 358 do TST, na prática, nega vigência ao art. 7º, inc. IV, da CRFB/1988, pois da sua aplicação resulta a inexistência do salário mínimo, na forma e com os objetivos previstos na Carta Magna.

Para que se perceba o quanto é equivocado o argumento de que o salário mínimo corresponde a uma jornada de 8 horas diárias ou 44 semanais, basta ver que no próprio artigo 7º da CRFB/1988 há previsão de jornada de 6 horas, no inciso XIV (“jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”), a qual não afasta, evidentemente, o direito ao salário mínimo mensal.

Do mesmo modo, há diversas outras categorias que possuem jornada de trabalho inferior a 8 horas assegurada na legislação ordinária, tais como bancários, telefonistas, músicos, operadores cinematográficos, etc., as quais, a prevalecer tal raciocínio, poderiam receber salário inferior ao mínimo legal, na proporção da jornada estipulada, o que obviamente não se sustenta.

Pretendesse o constituinte estabelecer a vinculação entre o salário mínimo e a jornada máxima de trabalho, teria feito expressamente. Mas não o fez e, ao contrário, vinculou às necessidades básicas do trabalhador e sua família.

Observe-se que, evidentemente, as necessidades básicas de um trabalhador contratado para jornada de 4 ou 6 horas não são inferiores às de outro, contratado para jornada 8 horas diárias.

Ademais, não se pode perder de vista que, em regra, a jornada de trabalho é fixada pelo empregador, já que o contrato de trabalho é tipicamente de adesão, não sendo razoável deixar ao seu critério fixar, na prática, o mínimo necessário às necessidades do empregado.

A jurisprudência do c. STF é firme no sentido de que a todo o trabalhador é assegurado o salário mínimo mensal, mesmo quando contratado para jornada reduzida, como se pode constatar dos seguintes precedentes:

Em decisão sobre o tema, o **Min. Dias Toffoli** assentou que “Em casos análogos ao dos autos, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal vem se manifestando no sentido de que o pagamento de vencimentos proporcionais **não podem ter valor inferior ao salário mínimo**”.⁶⁷

Também merece registro decisão⁶⁸ proferida pelo **Min. Luiz Fux**, chamando atenção para o fato de que naquele caso a trabalhadora cumpria jornada de 20 horas semanais:

[...]

É o Relatório. DECIDO.

A irresignação merece prosperar, uma vez que o **acórdão recorrido não está em conformidade com a jurisprudência deste Tribunal**.

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 582.019, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, em 25 de junho de 2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou o entendimento jurisprudencial segundo o qual é a remuneração total dos servidores que não pode ser inferior ao salário mínimo e não o seu vencimento básico.

Confirmam-se, a propósito, a ementa desse julgado:

"CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. SALÁRIO-BASE INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. ARTS. 7º, IV, E 39, § 3º (REDAÇÃO DADA PELA EC 19/98), DA CONSTITUIÇÃO. I - Questão de ordem. Matéria de mérito pacificada no STF. Repercussão geral reconhecida. Confirmação da jurisprudência. Denegação da distribuição dos recursos que versem sobre o mesmo tema. Devolução desses RE à origem para adoção dos procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC. Precedentes: RE 579.431-QO/RS, RE 582.650-QO/BA, RE 580.108-QO/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 591.068-QO/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 585.235-QO/MG, Rel. Min. Cezar Peluso. II - Julgamento de mérito conforme precedentes. III - Recurso provido" (RE n.º 582.019-RG, DJe de 13.2.2009).

Também naquela assentada, o Supremo Tribunal editou a Súmula com efeito vinculante n.º 16: *"OS ARTIGOS 7º, IV, E 39, § 3º (REDAÇÃO DA EC 19/98), DA CONSTITUIÇÃO, REFEREM-SE AO TOTAL DA REMUNERAÇÃO PERCEBIDA PELO SERVIDOR PÚBLICO"*.

In casu, o **acórdão recorrido, no entanto, assentou:**

"(...) vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal pacificou essa matéria, consolidando a compreensão de que o vencimento básico pode ser inferior ao salário mínimo, desde que a remuneração total do servidor (nesta incluída a remuneração percebida a título de avanços trienais, salário família e abono salarial) não seja inferior àquele, consoante Súmula Vinculante n.º 16: (...).

Examinando que efetivamente a servidora (Doméstica, Padrão 01, do Município de Seberi) **percebe remuneração inferior a um salário mínimo**, como atestam os recibos de pagamentos de salários acostados nas fls. 13/16, cumprindo ainda grifar que sua situação não se amolda à dos trabalhadores que percebem remuneração variável, prevista no art. 7º, VII, da CF, e que, na lição de Uadi Lammêgo Bulos (Constituição Federal Anotada, 7ª edição, revisada e atualizada até a Emenda Constitucional n.º 53/2006, SP, Saraiva, 2007, p. 439), são aqueles 'trabalhadores que recebem comissões, gorjetas, percentagens, prêmios ou tarefas'.

A situação ora analisada é peculiar, na medida em que **a apelante, por exercer suas funções em regime de trabalho de 20 horas semanais, recebe vencimentos proporcionais a esta jornada reduzida**, conforme se depreende do registro do funcionário de fl. 29.

(....)

Assim, **considerando que a Constituição Federal estabelece em seu artigo 7º, inciso XIII, que a duração do trabalho normal é de quarenta e quatro horas semanais, e que, como dito, a servidora exerce suas atividades**

⁶⁷ RE664678, em 28.02.2012

⁶⁸ ARE 663.068, em 19.12.2011

em 20 horas semanais, correta a percepção de vencimento igual ou superior a metade do salário mínimo, que guarda tratamento harmônico à jornada laboral.

Destarte, havendo a comprovação de que a renumeração da apelante é superior a metade do salário mínimo vigente na época (fls. 13/16), tenho por correta a decisão acoimada, devendo, pois, ser mantida a improcedência da ação" grifo nosso (fls. 73-75).

Vê-se pelos próprios fundamentos do acórdão recorrido que é incontroverso que a servidora recorrente recebe remuneração total inferior ao salário mínimo.

Embora o Tribunal de origem tenha invocado a peculiaridade de a servidora exercer suas funções em carga horária de trabalho reduzida, o acórdão atacado não se ajusta à orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 582.019, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski.

Ex positis, conheço do agravo e dou provimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil e artigo 21, § 2º, do RISTF, invertidos os ônus sucumbenciais, ressalvada eventual concessão de justiça gratuita. (Grifamos).

Em outro precedente da lavrado **Min. Dias Toffoli**⁶⁹ consta expressamente a assertiva de que **“a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal vem se manifestando no sentido de que o pagamento de vencimentos não pode ter valor inferior ao salário mínimo, independentemente da jornada de trabalho do servidor”**.

Na mesma linha, ainda, decisão do **Ministro Celso de Mello**⁷⁰, reconhecendo o direito ao salário mínimo integral para Servidora que cumpre jornada de 20 horas semanais, tendo assentado que “esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos, proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal”.

Ainda, decisão proferida em janeiro de 2015, pela **Ministra Carmem Lúcia**:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. **SALÁRIO MÍNIMO APURADO SEGUNDO A DURAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: IMPOSSIBILIDADE.** RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

(....)

Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho: “SALÁRIO MÍNIMO – JORNADA REDUZIDA. O salário mínimo a que se refere o art. 7º, IV, da Constituição Federal é fixado com base na jornada normal de trabalho, ou seja, 8 horas diárias ou 44 semanais, estabelecida pelos arts. 7º, XIII, da Carta Magna e 58 da CLT. Se a jornada de trabalho do empregado for menor que a estipulada pela Carta Magna, é cabível o pagamento proporcional ao tempo de trabalho por ele executado, sem que haja a violação do art. 7º, IV, da Constituição da República. Recurso de Embargos não conhecido” (fl. 819).(...)

O Supremo Tribunal Federal assentou não ser constitucionalmente válida a remuneração do servidor inferior ao salário mínimo, independentemente da duração da jornada de trabalho. (...)

O acórdão recorrido divergiu dessa orientação jurisprudencial, pelo que deve ser reformado. (Grifamos).⁷¹

Assim, a norma do artigo 58-A, especialmente seu § 1º, que prevê a proporcionalidade com os salários dos empregados que cumprem jornada integral, deve ter interpretação conforme a Constituição, no sentido de que se refere ao salário contratual daqueles que exercem as mesmas funções, observado em qualquer caso o salário mínimo mensal.

⁶⁹ AI 815869, DJE 02.03.2012.

⁷⁰ AI 834.754-RS, DJE 27.11.2012.

⁷¹ RE 565621, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe-023 de 04/02/2015.

Quanto ao fato de que os precedentes se referem a empregadores públicos, que parece ter sido determinante para a elaboração da orientação do TST na matéria, com a devida vênia, tal aspecto nos parece irrelevante, pois a norma constitucional interpretada é rigorosamente a mesma, vale dizer, o art. 7º, inc. IV, da CRFB/1988, que estabelece o direito ao salário mínimo. Uma vez que o STF estabeleceu o sentido e alcance da norma, este deve ser observado tanto por empregadores públicos como privados.

Para assim concluir basta atentar para o fato de que os servidores públicos tem direito ao salário mínimo por aplicação extensiva do artigo 7º, inciso IV, conforme estabelece a norma do artigo 39, § 3º da CRFB/1988: “§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, [...]”.

Em síntese, o pagamento de salário inferior ao mínimo mensal estabelecido em lei afronta os dispositivos contidos nos arts. 1º, inc. III, 5º, caput, e 7º, IV e VII, da Carta Magna, além de violar um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, qual seja o da ***dignidade da pessoa humana***.

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ISONOMIA SALARIAL

Paulo Joarês Vieira

O princípio da igualdade consolidou-se especialmente a partir da Revolução Francesa, tendo posteriormente sido adotado em convenções internacionais, com destaque para a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que estabelece:

- I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
- II) **Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.**

A Constituição Federal consagra o princípio da igualdade de forma ampla, em diversos dispositivos, estabelecendo dentre os objetivos fundamentais da República reduzir as desigualdades sociais e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º). Na mesma linha, define que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, conforme os ditames da justiça social, devendo observar os princípios da redução das desigualdades sociais e busca do pleno emprego (art. 170).

O art. 5º, *caput*, assegura que “*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 igualdade*”.

Por sua vez, o artigo 7º da CRFB/1988 assim dispõe:

Art. 7º **São direitos dos trabalhadores** urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

V - **piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;**

[...]

XXX - **proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão** por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - **proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;**

XXXII - **proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;** [...].

Assim, resulta inequívoca a garantia fundamental ao tratamento isonômico nas relações de trabalho e, lidos em conjunto, sob o princípio da unidade constitucional, os dispositivos remetem a uma ordem de respeito, pelo legislador ordinário, à igualdade salarial entre trabalhadores submetidos a trabalho de igual valor.

O conteúdo e alcance da garantia constitucional devem ser interpretados em conformidade com os conceitos presentes nas Convenções da OIT, que ostentam status de

supralegalidade⁷², em especial as Convenções nº 100, 111 e 117, que fixam o pressuposto de igual remuneração para trabalho de igual valor.

Também o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966, tratado de direitos humanos ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 591, de 6 de julho de 1992, prescreve em seu artigo 7º (item a.i) o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente “um salário eqüitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção”.⁷³

No julgado do RE 603.616, Relator Ministro Gilmar Mendes, firmou o STF que os tratados de direitos humanos gozam de status de supralegalidade e “podem ampliar direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, mesmo para afastar ressalvas expressas feitas pelo texto constitucional”.⁷⁴

Nesse sentido, a convenção 117 da OIT prevê que os níveis de salário “deverão ser fixados de conformidade com o princípio de retribuição idêntica por trabalho idêntico, no mesmo processo e na mesma empresa”.

A Convenção 111 da OIT define que o termo discriminação compreende:

- a) **toda distinção, exclusão ou preferência** fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, **que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;**
- b) **qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego** ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

No plano da legislação ordinária, a matéria é regulada pelo artigo 461 da CLT, cabendo destacar que mesmo a redação até agora vigente, dada pela Lei nº 1.723, de 1952, sempre suscitou questionamentos de sua compatibilidade material com a Constituição Federal, pois, embora em seu *caput* adote a fórmula de que a todo trabalho de igual valor corresponderá igual salário (repetindo o que consta do artigo 5º da CLT), estabelece condicionantes que acabam por inviabilizar a concretização do princípio da isonomia em muitas situações.

Exemplo clássico⁷⁵ é o requisito de que a diferença de tempo de serviço entre as pessoas equiparadas não seja superior a dois anos, o que pode ser razoável quando um deles está ingressando na empresa, mas resulta desproporcional quando os empregados envolvidos contam ambos com longo tempo de serviço e passam a exercer a mesma função.

⁷² STF. RE 466.343/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. CEZAR PELUSO. DJe, 05 jun. 2009.

⁷³ ARTIGO 7º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) Um salário eqüitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual.

⁷⁴ STF RE 603.616, Tribunal Pleno, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJE 10.05.2016.

⁷⁵ SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. Isonomia sob Enfoques Constitucional e Internacional: por uma releitura do artigo 461 da CLT. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª região**. Equiparação Salarial. V.4, n. 37, fev. 2015.

No entanto, a jurisprudência do TST cuidou de atribuir ao artigo 461 interpretação que abrandou a rigidez de seus requisitos, compatibilizando-os com o princípio da isonomia, como facilmente se percebe dos enunciados de sua súmula nº 06.

Ocorre que, ao inserir alterações ao art. 461 da CLT, a Lei 13.467/2017, denominada “Reforma Trabalhista”, **impõe dificuldades desproporcionais à equiparação salarial** entre trabalhadores que exercem trabalho de igual valor, incorrendo em inconstitucionalidade por esvaziar o conteúdo da norma e frustrar a garantia à igualdade e tratamento não discriminatório.

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

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

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

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

(...)

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

Quando cotejada a nova redação do artigo 461 da CLT com o conteúdo e alcance da garantia de isonomia e não discriminação, assegurada na Constituição Federal, resulta clara a sua inconstitucionalidade.

A alteração promovida no texto do artigo 461 da CLT configura inequívoco retrocesso, tanto em relação à redação anterior da norma, quanto ao esforço interpretativo da jurisprudência, pois aprofunda requisitos e exigências para a equiparação salarial em tal escala que acaba por inviabilizar sua concretização para grande parte dos trabalhadores.

Basta uma rápida análise comparativa para assim concluir:

a) De acordo com a redação anterior, a equiparação se dá entre trabalhadores que prestem serviços ao empregador na mesma localidade, sendo que localidade é entendida inclusive como sendo a região metropolitana de uma grande cidade, por exemplo (súmula 6 do TST, inc. X).

O novo texto restringe a equiparação a empregados que prestem serviços no “mesmo estabelecimento empresarial”, o que reduz a possibilidade de paradigmas. Assim, por exemplo, numa empresa que tenha vários estabelecimentos em uma cidade (ex.: lojas, farmácias, supermercados, etc.), o empregado somente pode pedir equiparação com outro que trabalhe no mesmo estabelecimento, na mesma unidade.

b) A norma anterior exige que os empregados não tenham diferenças de tempo de serviço na função maior do que dois anos (súmula 6 do TST).

A nova redação mantém essa exigência e acrescenta mais um requisito: “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”.

c) Segundo a regra anterior, a existência de quadro de carreira somente impede a equiparação salarial se atender a dois requisitos: 1) estar homologado pelo Ministério do Trabalho (súmula 6 do TST); 2) as promoções obedeçam aos critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente.

A nova redação: 1) define que a empresa pode estabelecer o quadro de carreira por norma interna, dispensando qualquer forma de homologação; 2) permite que as promoções sejam feitas por apenas um dos critérios, o que permite que a empresa crie um quadro de carreira e nele promova livremente os empregados que desejar, pelo subjetivo critério de merecimento, de forma unilateral, legitimando, com isso, disparidades salariais despidas de qualquer critério objetivo.

d) Vigora no TST entendimento de que “é desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita.” (súmula 6).

A Lei 13.467 prevê, no entanto, que “equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos”.

e) Atualmente, a jurisprudência sumulada entende “irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma” (súmula 6).

A nova redação do artigo 461 exclui a equiparação quando o nível salarial do paradigma tenha sido conquistado em ação judicial.

Examinados tais requisitos, parece claro que o legislador ordinário criou um sistema de barreiras que visa a impedir o acesso dos trabalhadores a um tratamento salarial efetivamente isonômico, frustrando desse modo a proteção constitucional.

A lógica constitucional para assegurar a isonomia salarial é que haja trabalho de igual valor entre reclamante e paradigma, sem estabelecimento de outras condicionantes.

Naturalmente, cabe ao legislador ordinário conformar o exercício do direito, definindo os parâmetros de aferição do trabalho de igual valor. Porém, não se insere na margem de ação discricionária do legislador criar obstáculos que inviabilizem o acesso ao direito, esvaziando o núcleo essencial da garantia constitucional.

Assim, mostra-se compatível com a noção constitucional de trabalho de igual valor aquele desempenhado entre pessoas com igual produtividade e perfeição técnica, tal como definido pela disposição do art. 461 da CLT, pois tais parâmetros são coerentes com a atribuição de um valor ao trabalho.

Entretanto, o legislador da reforma trabalhista, não se atendo a esses critérios, avançou em definições que não guardam relação de pertinência com o objetivo isonômico da norma, criando e ampliando requisitos temporais e espaciais extremamente limitadores da isonomia, que devem ser por isso afastados, sob pena de esvaziar o sentido igualitário privilegiado pela norma.

Segundo Hédio Silva Júnior, citado por Thereza Cristina Gosdal, “o *discrímen* é possível quando houver correlação lógica com a norma de conduta e com os valores constitucionais. A finalidade da diferenciação deve ser acolhida pelo direito, destinada a promover a igualdade real. Em sua acepção formal o princípio da igualdade importa uma obrigação negativa, de não discriminar, seja na elaboração das leis, seja em sua aplicação, seja na observância dos direitos fundamentais”.⁷⁶

Os noveis parágrafos do artigo 461 da CLT revelam claro propósito de dificultar o reconhecimento judicial de equiparação salarial, o que, em razão inversa, implica elevar a potestade das empresas para estabelecer diferenças salariais conforme preferências pessoais ou por discriminação indireta, retroalimentando as diversas formas de discriminação que se reforçam pela lógica competitiva. Vale dizer, as normas não se destinam a promover a igualdade real, mas a evitá-la, com uso de empecilhos desarrazoáveis e desproporcionais.

Por exemplo, ao limitar a equiparação a empregados que atuam “no mesmo estabelecimento empresarial”, a norma viabiliza que um Banco confira salários diferentes a empregados de agências distintas situadas na mesma rua, que desenvolvam a mesma função, com a mesma perfeição técnica e com o mesmo tempo de serviço na função, inclusive, reforçando a lógica de atomização do direito e de fragmentação da classe trabalhadora, dificultando a atuação sindical em defesa da categoria, o que não se harmoniza com o primado da igualdade de tratamento.

A aplicação literal dessa restrição da isonomia salarial a empregados de um mesmo estabelecimento afastaria, inclusive, a incidência de isonomia salarial a empregados submetidos a regime de teletrabalho, cujo conceito legal (art. 75-B, CLT) implica a “prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação”.

Nesse sentido, os §§ 2º e 3º do art. 461, inseridos pela reforma trabalhista, preveem hipótese de simples exclusão do direito à equiparação, que não encontram fundamento racional, configurando, pois, *discrímens* violadores da norma constitucional garantidora de isonomia.

⁷⁶ GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da Mulher no Emprego**: relações de gênero no direito do trabalho. Curitiba: Genesis, 2003, p. 94.

Cabe lembrar que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece em artigo 4º que o exercício por ele assegurados poderá ser submetido “unicamente às limitações estabelecidas em lei, **somente na medida compatível com a natureza desses direitos** e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática”.

Assim é que, à luz da Constituição Federal, e em especial dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da ONU, e das Convenções 100, 111 e 117 da OIT, todas ratificadas pelo Brasil, as restrições impostas pelo legislador ordinário são inconstitucionais, pois violam direitos humanos fundamentais cuja natureza não permite revogação por meio de lei ordinária.

A esse respeito, firmou o STF que, no cotejo entre a norma de direitos humanos prevista em tratado internacional e aquela positivada no direito interno do Estado, deve o Poder Judiciário prestigiar, em sua atividade hermenêutica, a norma mais favorável à efetivação do direito:

[...] HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - O Poder Judiciário, no exercício de sua atividade interpretativa, deve prestigiar, nesse processo hermenêutico, **o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional de direitos humanos como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado)**, extraíndo, em função desse postulado básico, a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana.” Precedentes: HC 93.280/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. (RMS 32732 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014).⁷⁷

Portanto, **a título de conclusão**, a nova redação do artigo 461 da CLT, ao criar empecilhos desarrazoados à equiparação salarial, se revela inconstitucional, uma vez que:

- * viola as normas constitucionais que garantem a isonomia nas relações de trabalho (CRFB/1988, arts. 5º, *caput*, cominado com art. 7º, incs. XXX, XXXI e XXXII, além daquelas que vedam o retrocesso social (art. 7º, *caput*) e que garantem a proteção da dignidade humana (art. 1º, inc. III);
- * viola o art. 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além das Convenções Internacionais 100, 111 e 117 da OIT, normas dotadas de status de suprallegalidade, na forma do art. 5º, § 2º, da Constituição.
- * reduz a eficácia do direito fundamental a tratamento salarial isonômico, do que decorre sua inconstitucionalidade, em afronta ao art. 4º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;
- * viola a necessidade de concretizar, com a maior efetividade possível, o direito à igualdade de tratamento, assegurado no artigo 5º da CRFB/1988.

⁷⁷ STF RMS 32732 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJE 01/08/2014.

DESVIRTUAMENTO INCONSTITUCIONAL DE VERBAS REMUNERATÓRIAS

Paulo Joarês Vieira

A presente análise fixa-se apenas na questão do desvirtuamento da natureza remuneratória da parcela paga em contraprestação ao trabalho realizado em períodos destinados aos intervalos. A questão relativa à relação do intervalo intrajornada com o direito à saúde e segurança no trabalho será abordada em outro tópico deste estudo.

1. Remuneração do trabalho prestado em intervalo intrajornada

Dispõem os artigos 59-A, *caput*, e 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei 13467/2017:

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.

Art. 71. *Omissis*.

§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.**

Como se observa, essas novas disposições conferem caráter indenizatório à contraprestação pelo trabalho realizado no intervalo para repouso e alimentação, quando violado o direito ao descanso, incorrendo em desvirtuamento de sua natureza jurídica remuneratória, de *status* constitucional.

A artificialidade do desvirtuamento se evidencia, em primeiro plano, na contradição presente no próprio enunciado do § 4º do art. 71. Ao mesmo tempo em que atribui natureza indenizatória à verba devida pelo trabalho prestado no intervalo, o enunciado determina acréscimo de 50% “**sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho**”. Esse acréscimo de 50% encontra assento no inciso XVI do artigo 7º da Constituição Federal, e diz respeito a “**remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal**”. Isso, por si só, evidencia o caráter remuneratório da contraprestação do trabalho extraordinário, ainda que prestado no intervalo intrajornada, e do seu correspondente acréscimo.

Em princípio, o intervalo para descanso não integra a jornada de trabalho (CLT, art. 71, § 2º). No entanto, quando o empregado trabalha nesse período, tendo violado seu direito ao descanso, esse trabalho deve ser remunerado com salário, sobre o qual incidem todos os demais direitos, independente de indenização que possa ser devida pelo descumprimento do direito ao descanso.

Suprimido o intervalo intrajornada, em ofensa ao direito ao repouso, a verba devida em contraprestação ao trabalho prestado nesse correspondente período possui inegável caráter salarial, por imperativo constitucional, sendo violadora da Constituição sua artificiosa conversão legislativa em “indenização”.

Portanto, os dispositivos em análise são incompatíveis com a Constituição Federal, ao menos por duas razões.

A primeira decorre da natureza da obrigação de fazer prestada pelo empregado: se ele trabalha no período destinado ao intervalo, deve ser primeiramente remunerado pela entrega direta de sua força de trabalho. Essa verba não possui natureza indenizatória, pois não tem por objetivo reconstituir o patrimônio jurídico lesado do trabalhador. A lesão ao intervalo suprimido pode ensejar direito a indenização, pelo prejuízo imposto à saúde e ao convívio social do trabalhador, mas, essa indenização em nada se confunde ou compensa com o direito básico à remuneração.

O art. 7º da Constituição assegura aos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, direito à relação de emprego protegida, ao recebimento de “*salário mínimo, fixado em lei*” (inciso IV) e a “*piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho*” (inciso V).

Dessas garantias resultam a natureza salarial da contraprestação pelo trabalho, inclusive como fonte de incidência dos demais direitos trabalhistas previstos no mesmo dispositivo constitucional, tais como, FGTS (inc. III), décimo terceiro salário (inc. VIII), adicionais de trabalho noturno (inc. IX) e extraordinário (inc. XVI), férias anuais remuneradas (inc. XVII), dentre outros previstos na legislação ordinária.

Por definição, salário é a contraprestação do trabalho.⁷⁸ Ou, dito de outro modo, a contrapartida pela entrega da força de trabalho do empregado é o recebimento do salário. Assim, o que define a natureza salarial da parcela é o seu caráter de contraprestação pelo trabalho ou tempo à disposição do empregador.

Quanto ao conceito de salário e sua distinção em relação às indenizações, é precisa a lição de Amauri Mascaro do Nascimento:

Salário é a totalidade das percepções econômicas dos trabalhadores, qualquer que seja a forma ou meio de pagamento, quer retribuam o trabalho efetivo, os períodos de interrupção do contrato e os descansos computáveis na jornada de trabalho.

(...)

Indenizações diferem dos salários pela sua finalidade, que é a reparação de danos ou o ressarcimento de gastos do empregado, como diárias e ajudas de custo, as indenizações adicionais de dispensa etc.⁷⁹

⁷⁸ CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: LTr, 1951.

⁷⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 455.

O conceito de salário é dado pela Constituição e seu conteúdo de sentido encontra-se consolidado em larga experiência jurídica nacional, o que inviabiliza ao legislador ordinário conferir-lhe natureza diversa daquela que lhe atribuiu o Constituinte originário. Nesse sentido, o voto do Min. CELSO DE MELLO no RE 166.772, em que discutida a incidência de contribuições sociais sobre a remuneração de administradores autônomos:

[...] **salário constitui noção legal revestida de significado próprio, qualificável como expressão econômico-financeira da contraprestação do serviço realizado sob regime de execução subordinada [...].**

Daí a observação do em. Prof. RUY BARBOSA NOQQUEIRA, que, ao versar o tema em exame, salienta, em parecer de sua lavra, verbis:

'(...) Mas não é só. **O conceito de salário e empregador nos é dado pela própria Constituição. Tal fato acarreta a imutabilidade da extensão do que significa salário, pois não pode a lei infraconstitucional alterar o conceito dado pela Constituição**, de acordo com a precisa determinação do artigo 110 do Código Tributário Nacional. (...) Não pode a lei alterar a definição, conteúdo e alcance de institutos, conceitos e formas utilizados expressa ou até mesmo implicitamente pela Constituição,'

As expressões empregador, salários e empregado, Sr. Presidente, refletem noções conceituais largamente consolidadas no plano de nossa experiência jurídica. Desse modo, e não obstante o sentido comum que se lhes possa atribuir, **esses conceitos encerram carga semiológica que encontra, no discurso normativo utilizado pelo legislador constituinte, plena correspondência com o seu exato, técnico e jurídico significado, do qual não pode o legislador ordinário divorciar-se** ao veicular a disciplina de qualquer espécie tributária[...] (Grifamos).⁸⁰

Inegável, portanto, que ao legislador não é dado divorciar-se do sentido emprestado pela Constituição à verba salarial, sendo inconstitucional o desvirtuamento promovido com propósito de isentá-la da incidência de outros direitos trabalhistas reflexos e de contribuições sociais e tributárias.

A inconstitucionalidade das disposições inseridas pela legislação reformista ainda decorre dos incisos XIII e XVI do art. 7º da Constituição da República, que instituem jornada máxima e determinam a remuneração do trabalho extraordinário com um acréscimo remuneratório:

Art. 7º 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;

[...]

XVI - **remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;** [...].

O trabalho prestado em período destinado ao descanso do trabalhador implica elastecimento da jornada de trabalho. Por exemplo, se o empregado tem jornada contratual diária de 08 horas, com 01 hora de intervalo para descanso e alimentação, e trabalha no período em que deveria gozar o intervalo, terá ele trabalhado por 09 horas seguidas. Neste caso, terá extrapolado em 01 hora o limite constitucional de 08 horas diárias, devendo

⁸⁰ RE 166772, julgado pelo Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 16-12-1994.

receber remuneração correspondente às 09 horas trabalhadas, além do acréscimo de 50% sobre a hora extraordinária, na forma dos incisos XIII e XVI do art. 7º, acima transcritos. O fato dessa hora suplementar coincidir com o período de descanso não descaracteriza a natureza extraordinária da jornada, nem a natureza remuneratória da verba por ela devida, não obstante possa ensejar indenização adicional, em face dos prejuízos decorrentes da supressão do intervalo.

O art. 59-A da CLT, sob análise, trata do trabalho em jornadas de doze horas seguidas por trinta e seis horas de descanso (12 x 36), como “*exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação*”, que disciplina a jornada normal de trabalho. Disso resulta inafastável que trabalho que excede a oitava hora diária é extraordinário, pois ultrapassa a “*duração do trabalho normal não superior a **oito horas diárias***”, assegurada no inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal. Por conseguinte, a contraprestação respectiva possui natureza remuneratória, por definição constitucional.

Pelas razões acima expostas, esse dispositivo também é inconstitucional no ponto em que atribui caráter indenizatório à contraprestação do trabalho realizado em intervalo para descanso e alimentação, na jornada 12 x 36, **negando caráter salarial a verba devida como contraprestação pelo trabalho.**

Desse modo, conclui-se que de nenhuma maneira o tempo trabalhado durante o período em que o empregado deveria desfrutar intervalo para repouso e alimentação pode ser pago como verba indenizatória, sendo imperativo constitucional que tal verba possua natureza remuneratória.

2. Composição remuneratória. Caráter salarial da contraprestação pelo trabalho

É igualmente inconstitucional a privação de caráter salarial e a transformação em indenizatórias de outras verbas que, por natureza, constituem contraprestação pelo trabalho, conforme previsto nos §§ 2º e 4º do art. 457 da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017:

Art. 457. *Omissis.*

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

[...]

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

A nova redação do § 2º estabelece que várias rubricas, tais como ajuda de custo, diárias, prêmios e abonos, ainda que pagas com habitualidade, “*não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário*”.

Tais dispositivos desfiguram o caráter protetivo do salário, instituindo mecanismos facilitadores de fraude salarial, que consiste no mascaramento de verbas pagas como contraprestação pelo trabalho, retirando-lhes a natureza remuneratória para excluir-lhes da incidência dos demais direitos trabalhistas fundamentais, de contribuições previdenciárias e fiscais, em violação à eficácia do direito fundamental ao salário e de todos os demais direitos fundamentais que incidem sobre a remuneração (CRFB/1988, art. 7º, incs. III, VIII, IX, XVI, XVII, etc.).

A norma abre flanco ao mascaramento do salário do empregado em parcelas dissimuladamente pagas a título de ajuda de custo, diárias, prêmios e abonos, especialmente ao autorizar que esse pagamento seja feito com habitualidade.

Vale dizer que, em princípio, pela literalidade do enunciado, se o empregador pagar “abonos” todos os meses, “prêmios” semanais ou “ajudas de custo” em todos os pagamentos a todos os seus empregados, poderá escudar-se no novo art. 457, § 2º, da CLT para fazê-lo a título indenizatório, dessa forma frustrando tanto a sua integração às demais verbas asseguradas na Constituição Federal, como férias, 13º salário e horas, bem como esquivando-se do recolhimento de contribuições previdenciárias.

Ademais, o desvirtuamento da natureza das verbas frustra a concretização do direito à *“irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”*, assegurada no art. 7º, inc. VI, da CRFB/1988, na medida em que permite ao empregador suprimir as vantagens a qualquer momento, pois seriam formalmente indenizatórias, não salariais.

No Julgamento do RE 478.410/SP, Relator Ministro Eros Grau, em que se discutiu se o vale-transporte, quando pago em dinheiro, integraria o salário e, logo, se sobre ele incidiria contribuição previdenciária, firmou-se entendimento de que o pagamento em pecúnia em nada altera a finalidade da parcela paga *para* o trabalho, e não *pelo* trabalho, donde concluiu tratar-se de verba indenizatória e não remuneratória. Mas, leitura atenta do acórdão revela a preocupação do STF com eventual desvirtuamento da verba, firmando-se pressuposto **de que é a natureza intrínseca da parcela que deve ser considerada, com respeito à natureza salarial da parcela paga pelo trabalho:**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO [...] a conclusão de que **o fato de a lei prever determinado instrumento para cumprimento da obrigação de pagar não altera essa obrigação e não descaracteriza a natureza do instituto**. Ele continua sendo vale-transporte, seja pago mediante pedacinho de papel escrito 'vale-transporte', ou seja pago em dinheiro. [...]

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA [...] na verdade, **aqui se tem uma situação em que rigorosamente não há um ganho. A lei proíbe o ganho a qualquer título. Aqui não é ganho. Aqui é o recebimento de um determinado valor para que ele possa ter esse transporte sem o que o seu ganho, esse sim é contraprestação pelo trabalho, possa ser onerado** [...]

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO [...] **O vale transporte – a ajuda ou o dinheiro em si – se destina a ressarcir despesas com transporte**, e a Ministra disse-o bem: **não é ganho; o vale transporte é para desonerar o ganho; é para que o ganho habitual do trabalhador não seja comprometido com transporte** [...] ⁸¹

⁸¹ RE n. 478.410/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJE de 14.05.2010.

Aqui se observa que o § 4º do art. 457 da CLT ignora a natureza salarial das parcelas pagas *pele* trabalho pois, em conjunto com o § 2º, define como indenizatórias as importâncias (em dinheiro ou não) alcançadas “em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades”, classificando-as como “liberalidade”.

Ora, jamais pode configurar liberalidade algo que é alcançado ao trabalhador em razão de seu trabalho, como contraprestação pelo serviço prestado, menos ainda se executado com rendimento maior que o esperado.

Naturalmente, ao pagar um “prêmio” ao empregado que teve bom desempenho em suas atividades, o empregador não está ressarcindo qualquer despesa ou reparando um dano, mas simplesmente remunerando o trabalho, em típica contraprestação.

Cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal sempre considerou a habitualidade do pagamento como elemento relevante para a definição da natureza remuneratória das parcelas, como se verifica das súmulas editadas ao tempo em que ainda detinha competência trabalhista infraconstitucional. Por exemplo, ao interpretar o art. 457, § 1º, da CLT, definiu o STF:

SÚMULA 207: As gratificações **habituais**, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, **integrando o salário**.

No mesmo sentido, quando interpretou o art. 477 da CLT:

SÚMULA 459: No cálculo da indenização por despedida injusta, incluem-se os adicionais, ou gratificações, que, **pela habitualidade, se tenham incorporado ao salário**.

Como destacou o Min. Victor Nunes, Relator do AI 27.993/Guanabara (pub. 14/11/1962), adotado como precedente para edição da Súmula n.º 459, “tratando-se, pois, de gratificação habitual, a sua integração no salário corresponde à jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal”.

A noção de que os ganhos habituais do trabalhador integram seu salário foi expressamente adotado pela Constituição Federal, que disciplina a base de incidência da contribuição previdenciária:

Art. 201. *Omissis*.

§ 11. Os **ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário** para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

Decorre logicamente da norma constitucional que os **ganhos habituais recebidos pelo empregado a qualquer título integram a composição salarial também para incidência dos direitos trabalhistas**, pois somente nessa condição é que figura como base de incidência derivada das contribuições previdenciárias, já que o acessório segue o principal. Adotando interpretação nesse sentido, o STF editou o Enunciado n.º 688 de sua Súmula:

SÚMULA 688: É legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre o 13º salário.

Vê-se, assim, uma relação de ambivalência entre a natureza da parcela e sua integração ao salário de contribuição: se é salarial, incide contribuição previdenciária; se incide contribuição previdenciária, é salarial.

Em recente julgamento acerca da matéria, no RE 565.160, o STF fixou a seguinte tese:

CONTRIBUIÇÃO – SEGURIDADE SOCIAL – EMPREGADOR. A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, a qualquer título, quer anteriores, quer posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998 – inteligência dos artigos 195, inciso I, e 201, § 11, da Constituição Federal.⁸²

O voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia, no referido julgado, descreve o pedido formulado na petição inicial do processo decidido:

Postula seja a incidência da exação apenas sobre a folha de salários, **com a exclusão das seguintes verbas:** “adicionais (de periculosidade e insalubridade), gorjetas, **prêmios**, adicionais noturnos, **ajudas de custo e diárias de viagem (quando excederem 50% do salário percebido)**, comissões e **quaisquer outras parcelas pagas habitualmente**, ainda que em utilidades, previstas em acordo ou convenção coletiva ou mesmo que **concedidas por liberalidade do empregador [...]**. (Grifamos)

Em seu voto, a Ministra Carmen Lúcia transcreve doutrina de Leandro Paulsen, no sentido de que o conceito de salário decorre diretamente do texto constitucional:

O conceito de salário, portanto, recebeu extensão dada pelo próprio texto constitucional, que compreendeu no mesmo ‘os ganhos habituais do empregado, a qualquer título’. Não se pode, assim, restringir a incidência ao conceito de salário extraído da CLT, mesmo no período anterior ao advento da EC nº 20/98, impondo-se considerar a abrangência estabelecida pela redação original do § 4º do art. 201. (Grifamos)

Embora o enfoque da decisão não seja definir a natureza jurídica de cada uma das parcelas mencionadas, a posição adotada pela Suprema Corte é de que todas as questionadas pelo autor da ação estão abarcadas pelo conceito do art. 201, § 11, da CRFB/1988, pois configuram ganhos habituais do trabalhador e portanto possuem natureza salarial para fins previdenciários.

Esse conceito necessariamente irradia seus efeitos para o âmbito do contrato de trabalho, pois não haveria qualquer lógica ou racionalidade em considerar que uma mesma verba tenha natureza indenizatória para fins trabalhistas e salarial para fins previdenciários.

Como corretamente conclui a Ministra Carmen Lúcia no mencionado voto:

Consideradas as expressões postas na Constituição da República ao tratar da contribuição social, não se pode admitir que sua incidência se dê sobre verbas de natureza indenizatória, pois essas não estão abrangidas pelas expressões “folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço (...)” ou “ganhos habituais do empregado, a qualquer título”. **Se a finalidade das verbas indenizatórias é a simples recomposição do patrimônio do empregado, não há como enquadrá-las como salário, rendimentos ou ganhos.**

⁸² RE n. 565.160, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 23/08/2017.

Em resumo de todas essas considerações, temos que a natureza da parcela não se define pelo modo como é paga, pela nomenclatura que se lhe dê ou pelo arbitramento do legislador, mas sim pela habitualidade do seu pagamento (art. 201, § 11, CRFB/1988) e pela sua própria natureza: contraprestação *pelo* trabalho é salário, compensação por prejuízo sofrido *para* o trabalho é indenização.

Também se pode ver nítida correlação entre a habitualidade do pagamento da parcela, a natureza salarial e a incidência de contribuição previdenciária, razão pela qual se conclui que as normas inseridas pela Lei n.º 13.467/2017 contrariam tradicional jurisprudência do STF e o disposto no art. 201, § 11º, da Constituição da República de 1988.

Normas que desfiguram o caráter salarial ou remuneratório de verbas pagas como contraprestação pelo trabalho violam os referidos dispositivos constitucionais, com forte impacto, inclusive, na arrecadação da Previdência.

LIMITES JURÍDICOS À FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

Paulo Douglas Almeida de Moraes

Sumário: I – INTRODUÇÃO; II - PARTE GERAL; II.1 – Considerações metajurídicas pertinentes; II.1.1 – A flexibilização e as necessárias salvaguardas; II.1.2 – A relação direta entre jornada, saúde e segurança: o impacto do excesso de jornada nos acidentes do trabalho e no adoecimento dos trabalhadores; II.1.2.1 – Atividade do transporte rodoviário: um eloquente exemplo dos danos decorrentes do excesso de jornada; II.2 – Limitações constitucionais à flexibilização da jornada – abordagem geral e específica; II.2.1 – Limitações constitucionais à autonomia coletiva da vontade – abordagem geral; II.2.2 – Formas de contenção jurídica à flexibilização da jornada de trabalho – abordagem específica; II.2.2.1 - Limitações puramente constitucionais à flexibilização da jornada de trabalho: controle abstrato de constitucionalidade; II.2.2.1.1 - Limitações constitucionais aplicáveis ao tempo de trabalho; II.2.2.1.2 - Garantias constitucionais aplicáveis ao tempo de não-trabalho; II.2.2.2 - Limitações normativas internacionais à flexibilização da jornada de trabalho: controle de convencionalidade.; II.2.2.3 – Princípio da proibição do retrocesso social; II.2.2.4 – O controle concreto de constitucionalidade e o abuso do direito; III - PARTE ESPECIAL; III.1 – Análise das inovações legislativas trazidas pela lei n. 13.467/2017 com relação à duração do trabalho; III.1.1 – Exclusão do caráter de norma de saúde, higiene e segurança das regras que regem a duração do trabalho; III.1.2 – Negociado sobre o legislado em matéria de jornada de trabalho: autonomia coletiva e individual; III.1.2.1 – A autonomia coletiva da vontade e a flexibilização da jornada; III.1.2.2 – A autonomia individual da vontade e a flexibilização da jornada; III.1.3 – hipóteses excepcionais ao tempo à disposição; III.1.5 – Banco de horas; III.1.6 – Jornada “12 por 36”; III.1.7 – Teletrabalho; III.1.8 - Fim do caráter punitivo da supressão parcial do intervalo intrajornada; IV - NOTAS CONCLUSIVAS.

Palavras-Chave: reforma trabalhista - Lei n. 13.467/2017 – flexibilização – jornada de trabalho.

*“Pecar pelo silêncio, quando se deveria protestar,
transforma homens em covardes”
(Abraham Lincoln)*

I – INTRODUÇÃO

A Lei de Peel, editada na Inglaterra em 1802, tida como um dos marcos iniciais da normatização trabalhista mundial e concebida em plena revolução industrial, destacou-se por limitar a jornada de crianças e adolescente em 12 horas por dia, bem como por proibir o trabalho antes das 6 horas e após as 21 horas. Como bem leciona o saudoso mestre Amauri Mascaro do Nascimento⁸³, a Lei de Peel fora assim batizada em homenagem ao seu idealizador, o industrial Robert Peel que, no mesmo ano da edição da referida lei, publicou um manifesto intitulado “Ato da moral e da saúde”.

⁸³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 38.

Como se vê, o Direito do Trabalho, enquanto ramo do Direito que tem por missão, na sua acepção dinâmica, tornar concreta a proteção ao trabalhador, possui na sua gênese uma umbilical e indissociável relação com a limitação da jornada de trabalho, eis que corolário do direito fundamental à saúde.

Não é por outra razão que a Organização Internacional do Trabalho – OIT, fundada em 1919, atendendo à principal demanda das organizações sindicais no final do século XIX e começo do século XX, adotou como sua primeira convenção, a que estipulou o princípio das 8 horas por dia e 48 horas semanais e, em 1935, no bojo da Convenção n. 47, passou a adotar como novo padrão o limite de 40 horas semanais de trabalho.

No mesmo sentido, em 1948, adveio a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em cujo art. 24, determina que *“Todo o homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”*. Esta norma, que assumiu o status de constituição humanista mundial, foi sucedida por diversos diplomas internacionais globais e regionais que realçam o caráter fundamental do direito à limitação de jornada.

A centralidade da limitação da jornada de trabalho longe de traduzir uma opção ideológica, constitui-se numa imposição social e, sobretudo, biológica.

Com efeito, é necessário atentar para algo óbvio, mas cotidianamente ignorado: o tempo é a medida da vida.

Essa constatação, mais do que evidente, é matemática! Ora, se a vida é uma sucessão de “n” dias, cada qual somando vinte e quatro horas, ao limitar a jornada em oito horas, o constituinte nacional, acompanhando a normatização mundial, estabeleceu que o empregador pode dispor da atenção e da força de trabalho dos seus empregados por no máximo um terço do seu dia e, numa escala mais ampla, de um terço da sua vida.

A Lei n. 13.467/2017, mais conhecida como “reforma trabalhista”, se considerada sua literalidade, estabelece um verdadeiro divórcio entre o Direito do Trabalho e sua razão de existência, isto porque, dentre outros fatores, flexibiliza de modo desarrazoado o direito à limitação da jornada dos trabalhadores.

Contudo, felizmente a “reforma trabalhista” não adentrou no terreno da Constituição Federal, de modo que não se pode dizer que o Direito do Trabalho brasileiro foi destituído do seu regime jurídico-axiológico, ou seja, do conjunto de princípios que dá norte e confere suporte jurídico e ideológico à aplicação deste ramo do direito social nos casos concretos.

É essa, pois, a tarefa para a qual se propõe a presente reflexão: examinar as inovações legislativas atinentes à jornada de trabalho sob as lentes da Constituição da República, dos tratados internacionais de direitos humanos e do regime de princípios jus-laborais que orientam a hermenêutica jurídica.

Tal desiderato observará um processo trifásico: inicialmente, na parte geral, tecendo considerações metajurídicas pertinentes à matéria, passando, num segundo momento, para uma análise eminentemente jurídica e, por fim, na parte especial, abordando aspectos particulares sobre cada uma das inovações legislativas.

II - PARTE GERAL

II.1 – CONSIDERAÇÕES METAJURÍDICAS PERTINENTES

Conforme referido na introdução, a limitação da jornada de trabalho compõe uma das questões nucleares do Direito do Trabalho desde seu nascimento.

De outra parte, é necessário reconhecer que por contingências do atual estágio evolutivo do capitalismo mundial, a flexibilização da jornada de trabalho tem sido a tônica de reformas legislativas em vários países.

Essa circunstância metajurídica impõe, ao invés de uma postura meramente refratária ao movimento reformista, um olhar analítico para verificar em qual medida tais inovações vêm ao encontro do ideal de concretização do trabalho decente ou, ao contrário, vêm dificultar o alcance desse objetivo.

O desafio é, portanto, não negar as reformas, mas sim conformá-las aos imperativos jurídicos e sociais que reclamam que tais reformas contribuam para a construção de uma sociedade igualitária, justa e fraterna, calcada na valorização do trabalho humano como meio de garantir vida digna a todos.

II.1.1 – A FLEXIBILIZAÇÃO E AS NECESSÁRIAS SALVAGUARDAS

Cabe destacar que a flexibilização da jornada, preconizada pela OIT, vem no sentido de promover a chamada “duração decente do trabalho”, como requisito à promoção do “trabalho decente”, conforme vaticinam Sangheon Lee, Deirdre McCann e Jon C. Messenger em obra patrocinada pela OIT na qual analisa com profundidade a duração do trabalho em todo o mundo:

[...] os ajustes de duração decente do trabalho precisam atender a cinco critérios interconectados, razão pela qual esses arranjos devem:

- preservar saúde e segurança;
- ser favoráveis à família;
- promover a igualdade entre os sexos;
- aumentar a produtividade; e
- facilitar a escolha e a influência do trabalhador quanto à jornada de trabalho.⁸⁴

⁸⁴ **Duração do Trabalho em Todo o Mundo:** Tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada / Sangheon Lee, Deirdre McCann e Jon C. Messenger; Secretaria Internacional de Trabalho. – Brasília: OIT, 2009.-, p. 147.

Os renomados autores esclarecem, também, que políticas públicas voltadas à implementação da duração decente do trabalho exigem o fortalecimento das cortes e tribunais trabalhistas, bem como pressupõem a atuação proativa da fiscalização laboral, além, e sobretudo, reclama um movimento sindical capaz de efetivar o diálogo social, senão vejamos:

[...] abrangendo todas as dimensões que sugerimos para as políticas de duração do trabalho, existe a necessidade de esforços constantes para constituir e fortalecer instituições e mecanismos que assegurem a eficácia das políticas colocadas em vigor, quaisquer que sejam. **Requer isso, então, melhorias na administração, cortes e tribunais do trabalho e esforços no sentido de desenvolver mecanismos de vigoroso e efetivo diálogo social,** não apenas para assegurar que sejam identificadas, ouvidas e levadas em conta as necessidades e preferências dos trabalhadores, mas também para permitir que os empregadores e trabalhadores cheguem ao nível de cooperação necessário para criar medidas que, ao mesmo tempo, protejam os trabalhadores e aumentem a produtividade das empresas.⁸⁵ (Grifamos).

Neste diapasão, segue a advertência de que, caso não observadas as premissas necessárias, a flexibilização da jornada de trabalho tende a produzir resultados preocupantes e danosos aos trabalhados, conforme trecho a seguir transcrito:

No contexto de países em que as instituições coletivas não são bem desenvolvidas, e, portanto, na vasta maioria dos países em desenvolvimento e em transição, **o relaxamento dos padrões legais de jornada de trabalho em favor da flexibilidade, sem o desenvolvimento paralelo da negociação coletiva, aumenta as preocupações.** Isso ocorre especialmente no caso da ausência dos dados necessários para mensurar de forma adequada os impactos de tais mudanças na extensão e determinação das jornadas. Medidas de flexibilização do tempo de trabalho, se mal planejadas, podem levar a jornadas extensas durante períodos substanciais e impedir os trabalhadores de cuidar plenamente de outros aspectos de sua vida que dependem da previsibilidade de seu horário de trabalho ou prejudicar períodos tradicionalmente reservados pela comunidade inteira ao lazer, à vida em família e às obrigações domésticas.⁸⁶ (Grifamos)

A referida obra, embora editada em 2009, parecia prever o que viria a suceder no Brasil com o advento da Lei n. 13.467/2017.

Segundo dados da Pesquisa por Amostra de Domicílios – PNAD⁸⁷, a taxa média de sindicalização no Brasil de 2001 a 2011 é de apenas 18%, denotando a baixa adesão dos trabalhadores aos respectivos sindicatos.

O primeiro pressuposto para que o espaço conferido à autonomia coletiva da vontade seja ampliado é garantir a legitimidade do sistema sindical brasileiro, uma vez que a cúpula sindical, em todos os níveis, via de regra, encontra-se demasiadamente afastada da base de trabalhadores representados.

⁸⁵ Ibidem, p. 148-149.

⁸⁶ Ibidem, p. 159.

⁸⁷ Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=7&op=2&vcodigo=PD318&t=pessoas-10-anos-mais-idade-ocupadas>>. Acesso em: 16/11/2016.

É no mínimo temerário pensar em negociação coletiva sobrepondo a legislação se os dirigentes sindicais não possuem condições materiais e técnicas para, legitimamente, criar regras em nome de trabalhadores que não os reconhecem como seus verdadeiros representantes e líderes.

Não obstante tal realidade, o Poder Executivo, amplamente apoiado pelo Poder Legislativo, positivou a reforma trabalhista, cuja base principal é o “negociado sobre o legislado”, conferindo à autonomia coletiva da vontade amplo espaço para, dentre outras matérias, definir os limites da jornada de trabalho.

Além disso, a reforma, ao invés de melhor estruturar o Poder Judiciário Trabalhista, visou fragilizá-lo. Com a Fiscalização do Trabalho não é diferente, pois sem recursos e sem renovação do quadro de Auditores-Fiscais do Trabalho, há muito não consegue se desincumbir adequadamente da sua missão institucional. A situação da fiscalização do trabalho é dramática e compromete gravemente a capacidade do Estado brasileiro em cumprir seu dever de proteção para com os direitos fundamentais trabalhistas.

Tal contexto não parece ser do conhecimento, ou ser considerado pela mais alta corte de justiça brasileira.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões, demonstra alinhamento com a corrente de flexibilização e vem se posicionando favoravelmente à valorização da autonomia coletiva da vontade, sem qualquer ressalva, conforme se infere pelo julgado abaixo, da lavra do eminente constitucionalista, ministro Roberto Barroso:

Não socorre a causa dos trabalhadores a afirmação, constante do acórdão do TST [...] de que “o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância”. Não se pode tratar como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art.7º, XXVI, CF). As normas paternalistas, que podem ter seu valor no âmbito do direito individual, são as mesmas que atrofiam a capacidade participativa do trabalhador no âmbito coletivo e que amesquinham a sua contribuição para a solução dos problemas que o afligem.⁸⁸

Em verdade, à luz do princípio da proteção, positivado no *caput* do art. 7º da Constituição, seria mais do que plausível a interpretação restritiva à autonomia coletiva da vontade, impondo a ela limites legais, convencionais e constitucionais.

Entretanto, por razões puramente econômicas, a opção tem sido por conferir valor quase absoluto ao inciso XXVI do mesmo artigo 7º, ignorando o que se encontra ao final da cabeça do dispositivo.

Neste cenário de múltiplas interpretações jurídicas possíveis (algumas francamente forçadas), aos operadores do direito cabe realizar um esforço hercúleo no sentido de enfatizar elementos metajurídicos relevantes e capazes de demonstrar a inconveniência social e até

⁸⁸ STF, RE 590.415, Rel. Min. Roberto Barroso, 30.4.2015.

mesmo econômica da implementação da flexibilização da jornada de trabalho sem que as premissas para sua ocorrência estejam presentes. É fundamental, portanto, demonstrar que o exercício contributivo da autonomia coletiva da vontade reclama, previamente: o resgate da operacionalidade do sistema sindical, o fortalecimento e aparelhamento da fiscalização trabalhista e o prestígio e apoio à Justiça do Trabalho e ao Ministério Público do Trabalho, por meio do estabelecimento de regras materiais e processuais que permitam efetividade na investigação e na prestação da tutela jurisdicional.

II.1.2 – A RELAÇÃO DIRETA ENTRE JORNADA, SAÚDE E SEGURANÇA: O impacto do excesso de jornada nos acidentes do trabalho e no adoecimento dos trabalhadores

Ao descrever a evolução do conceito de saúde, a Organização Mundial da Saúde - OMS esclarece que no passado a saúde era tida como “a perfeição morfológica, acompanhada da harmonia funcional, da integridade dos órgãos e aparelhos, do bom desempenho das funções vitais; era o vigor físico e o equilíbrio mental, apenas considerados em termos do indivíduo e ao nível da pessoa humana”. No entanto, a OMS superou a acepção individualista, de modo que a saúde, hoje “passou a ser considerada sob outro plano ou dimensão; saiu do indivíduo para ser vista, também, em relação do indivíduo com o trabalho e com a comunidade”⁸⁹, sendo assim, atualmente, a organização define a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afeções e enfermidades”.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT, segue no mesmo sentido, conforme se constata no disposto no art. 3, e da sua Convenção 155, que trata de segurança e saúde dos trabalhadores, ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1992:

[...]

e) **o termo saúde, com relação ao trabalho, abrange** não só a ausência de afeções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho.

[...]

Mais à frente, no art. 5, b do mesmo diploma internacional, tem-se que a política nacional em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente do trabalho, deverá levar em consideração grandes esferas de ação, dentre as quais:

[...]

b) relações existentes entre os componentes materiais do trabalho e as pessoas que o executam ou supervisionam, e **adaptação** do maquinário, dos equipamentos, **do tempo de trabalho**, da organização do trabalho e das operações e processos **às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores;**

[...]

Como é fácil perceber, o conceito de saúde dado tanto pela OMS, quanto pela OIT possui harmonia absoluta com a “duração decente do trabalho” referida no tópico precedente. Em outras palavras, não há como conceber o conceito de saúde em sua dimensão coletiva ou mesmo individual, sem que esteja garantida a “duração decente do trabalho”.

⁸⁹ Disponível em <http://cemi.com.pt/2016/03/04/conceito-de-saude-segundo-oms-who/>

São fartos os estudos que examinam as implicações na saúde e nos riscos de acidentes do trabalho decorrentes das jornadas excessivas de labor.

O eminente ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Cláudio Brandão, em elucidativo artigo intitulado “Jornada excessiva de trabalho provoca acidentes”⁹⁰, reúne informações e refere a estudos que revelam com clareza solar que as jornadas excessivas de trabalho provocam o adoecimento dos trabalhadores, assim como figura como a principal causa de acidentes do trabalho.

Referindo Arnaldo Süssekind, José Augusto Rodrigues Pinto, Alice Monteiro de Barros, Orlando Gomes, Élon Gottschalk e Maurício Godinho Delgado, o jurista reafirma ser uníssono na doutrina a identificação do fundamento biológico do controle da jornada de trabalho.

O autor é categórico quando, ao associar labor em sobrejornada com fadiga, dispõe, com suporte no que apontou Maria José Giannella Cataldi, que fadiga

Significa cansaço ou esgotamento provocado por excesso de trabalho físico ou mental e conseqüentemente autointoxicação pela liberação de leucomáias no cérebro, aumento de ácido láctico nos músculos e creatinina no sangue e diminuição da resistência nervosa conducente a acidentes. Reduz a potência muscular, induz ao desconforto e dor e acredita-se que, em longo prazo, contribua para o desenvolvimento de distúrbios e lesões.

Como se vê, há processos químicos desencadeados pela fadiga, deixando fora de qualquer dúvida que o excesso de trabalho produz efeitos biológicos extremamente impactantes sobre o indivíduo.

O douto magistrado prossegue gizando que

[...] a relação entre estresse ocupacional e doença foi reconhecida há mais de 300 anos por Bernardo Ramazzini. Por outro lado, a relação entre estresse e doença coronariana está, há muito, comprovada. Desde o final da década de 40 tem-se observado que pode causar, entre outras enfermidades, aterosclerose acelerada e oclusão coronariana associada a níveis elevados de colesterol, triglicérides e ácidos graxos livres e desde a década de 90 foi cientificamente comprovada por R. A. Karasek e S. J. Theorell a ligação clara entre estresse ocupacional e doença cardiovascular.

O referido artigo alerta para uma dramática realidade brasileira: somos o segundo país no ranking de trabalhadores vitimados pela “síndrome de Burnout”, dentre os países pesquisados pela ISMA – *International Stress Management Association* (Alemanha, Brasil, China, Estados Unidos, Fiji, França, Hong Kong, Israel e Japão). Perdemos apenas para o Japão.

É também global o reconhecimento de que o excesso de trabalho é o principal componente para o favorecimento da ocorrência de acidentes do trabalho.

⁹⁰ BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Jornada excessiva de trabalho provoca acidentes. *Consultor Jurídico*, 20 de outubro de 2009.

Pesquisadores americanos (A E Dembe, J B Erickson, R G Delbos and S M Banks) publicaram estudo realizado com milhares de americanos, que aponta “uma forte relação diretamente proporcional entre a magnitude de exposição por horas prolongadas por semana e horas prolongadas por dia com a incidência de acidentes do trabalho”⁹¹.

O estudo aponta que a cada cinco horas adicionais por semana, acima de quarenta, há um aumento médio de 0,7 feridos por cada cem homens-hora de trabalho e, analisando a jornada diária, a conclusão é de que a cada duas horas extras por dia, acima da oitava hora, ocorre um aumento médio de 1,2 acidente por cada cem homens-hora de trabalho.

Em setembro de 2013 o Tribunal Superior do Trabalho, no âmbito do programa “trabalho seguro”, realizou um seminário dedicado ao debate em torno das condições de trabalho do motorista, em especial daqueles que transportam cargas.

No referido evento, coube especial destaque à exposição do Dr. Marco Túlio de Mello, um dos maiores pesquisadores brasileiros do sono e suas repercussões, inclusive laborais.

O renomado cientista, dentre outras informações de grande relevância para estabelecer a íntima relação que existe entre carga horária de trabalho e a capacidade de vigília do ser humano, apontou que o repouso em descompasso com o ciclo circadiano possui baixa qualidade e, por consequência, um efeito reparador muito menor do que o repouso realizado em conformidade ao “relógio biológico”.

Em se tratando de risco capaz de provocar acidentes do trabalho, o estudo apresentado é extremamente revelador. Quanto aos turnos de trabalho, esclareceu que o turno ideal é o matutino, sendo observado que o trabalho no turno vespertino eleva em 18,3% o risco relativo ocupacional e, se o trabalho é realizado à noite, esse risco é 30,4% superior ao turno ideal (o matutino).

Quando a análise para o risco de acidente tem por base o número de horas trabalhadas (intercaladas por pausas), o estudo demonstra que com cinco horas de trabalho o risco já aumenta, com dez horas quase duplica e com doze horas o risco chega a ser duas vezes e meia maior do que o observado com apenas duas horas de trabalho.

Se o trabalho é ininterrupto (sem pausas intercaladas) a evolução constitui ainda mais rápida e acentuada, pois, após cinco ou seis horas de trabalho contínuo o risco para acidentes do trabalho triplica.

Passando analisar a matéria sob uma perspectiva econômica, cabe referir mais uma vez o artigo do ministro Cláudio Brandão, o qual ressalta que:

⁹¹ A E Dembe, J B Erickson, R G Delbos and S M Banks. **The impact of overtime and long work hours on occupational injuries and illnesses: new evidence from the United States.** *Occup Environ Med* 2005 62: 588-597.

[...] os gastos da previdência social com benefícios acidentários saltou de R\$ 9,38 bilhões, em 2006, para R\$ 10,72 bilhões, em 2007, o que representa incremento da ordem de 9,2%; as Lesões por Esforço Repetitivo são responsáveis por 37,77% dos afastamentos acidentários e 65% das licenças médicas solicitadas por trabalhadores; os acidentes do trabalho causam 3 mil mortes por ano no Brasil, valendo salientar que esses dados não levam em consideração os trabalhadores do mercado informal e o índice de subnotificação chega a alcançar até 80% em determinadas atividades; os gastos anuais com acidentes do trabalho em 2008 alcançaram a espetacular cifra de R\$ 25 bilhões no Brasil.

Em síntese, seja por qualquer ângulo analisado, social ou econômico, a verdade é que o excesso de jornada de trabalho compõe o núcleo de uma grave crise de saúde pública, reclamando do Brasil uma atitude firme no sentido de restringir fortemente o trabalho em horas extraordinárias.

No entanto, as inovações legislativas trazidas pela Lei n. 13.467/2017 seguem em sentido contrário, causando fundadas preocupações quanto a provável elevação do número de acidentes do trabalho no Brasil.

II.1.2.1 – ATIVIDADE DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO: Um eloquente exemplo dos danos decorrentes do excesso de jornada⁹²

Dadas as semelhanças entre a regulamentação da profissão do motorista e a reforma trabalhista, é possível afirmar que o setor do transporte rodoviário de cargas e de pessoas experimentou essa reforma antes mesmo da Lei n. 13.467/2017, mais do que isso, em certa medida a inspirou.

A atividade do transporte rodoviário de cargas, embora figurasse (e ainda figura) como a campeã em mortes por acidentes do trabalho, seguia sem regramento específico até o ano de 2012, quando adveio a Lei n. 12.619/2012.

A Lei n. 12.619/2012, produzida por empregadores e empregados, estabeleceu claramente a obrigação do transportador controlar de modo fidedigno a jornada dos seus motoristas, bem como delimitou a jornada de trabalho destes profissionais em observância ao parâmetro constitucional de oito horas diárias com no máximo duas horas extras e, no que toca à remuneração dos trabalhadores, restringiu o pagamento por meio de comissões.

Em que pese os impressionantes resultados positivos produzidos pela norma, mesmo antes de sua entrada em vigor, os principais consumidores do serviço de transporte se opuseram a ela, eis que sua aplicação implicaria na elevação do custo do frete. A oposição veio dos produtores rurais e das *tradings* embarcadoras de *commodities*.

A partir daí, instalou-se, sob controle da bancada ruralista do Congresso Nacional, a Comissão Especial dos Motoristas – CEMOTOR, a qual produziu o texto que veio a dar origem à Lei n. 13.103/2015, que atualmente regula o setor.

⁹² MORAES, Paulo Douglas Almeida de. Negociado sobre o legislado: uma proposta onde todos perdem. Transporte rodoviário de cargas, um eloquente exemplo. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 82, n. 4, p. 246-271, out./dez. 2016. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/101996>>.

A nova lei trilhou caminho diametralmente diverso daquele seguido pela Lei n. 12.619/12. Ela, dentre outras inovações, elevou o limite de jornada de trabalho, estabeleceu hipóteses sem qualquer limite e preconiza o pagamento por comissão.

Resumidamente, a Lei n. 13.103/2015 legalizou o sistema de trabalho vigente antes da Lei n. 12.619/2012 e que produzia milhares de mortes e acidentes, os quais poderiam ser prevenidos pelo efetivo controle da jornada de trabalho.

A referência a essa experiência é especialmente interessante para a presente análise, pois parte substancial das flexibilizações introduzidas pela Lei n. 13.103/2015 possui eficácia condicionada à negociação coletiva. E com mais de dois anos de vigência, já é possível aferir o grau de permissividade contido nos instrumentos coletivos já pactuados, além de verificar os resultados concretos produzidos pelo “negociado sobre o legislado do transporte”.

A experiência demonstrou que o receio sobre a possível banalização do excesso de jornada não fosse contida pelo condicionamento à negociação coletiva (art. 235-C, *caput*, CLT) se mostrou procedente.

Numa contradição desconcertante, ainda durante o processo legislativo conduzido açodadamente na CEMOTOR alguns sindicatos laborais, sem hesitar, começaram a pactuar convenções coletivas inspiradas no texto do projeto de lei em construção, mas não só isso, eles chegaram, ainda sem o permissivo legal, a formular cláusulas ainda mais desfavoráveis do que as regras previstas no projeto.

Constatou-se que a totalidade das convenções e acordos coletivos do setor absorveu integralmente as inovações da lei, admitindo sem qualquer restrição a aplicação das exceções, sobretudo com relação a flexibilização da jornada de trabalho.

Pende de julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, de número 3961, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Transporte Terrestre – CNTTT em face da Lei n. 13.103/2015.

Embora, ainda, sem apreciação meritória, o parecer proferido pela C. Procuradoria Geral da República foi devastador. Inquinou, fundamentadamente, todos os dispositivos flexibilizatórios impugnados de inconstitucionalidade material.

Mas neste passo, abstraindo às numerosas violações constitucionais da Lei n. 13.103/2015, insta questionar: qual o resultado concreto observado no setor de transporte em decorrência desta lei?

O mais ilustrativo número diz respeito à evolução da positividade clínica para o uso de drogas. Em outubro de 2015, o Ministério Público do Trabalho e a Polícia Rodoviária Federal realizaram uma operação nas cidades sul-mato-grossenses de Campo Grande e Jaraguari visando checar a evolução do uso de drogas pelos motoristas.

Como a Lei n. 13.103/2015 autoriza, mediante negociação coletiva, que os condutores de produtos perecíveis trabalhem sem limite de jornada (art. 235-D, § 8º, da CLT), a operação se deu tanto na rodovia BR 163, como na Central de Abastecimento do Estado, a CEASA/MS.

Os resultados foram impressionantes.

Em 2012, com a Lei n. 12.619/2012 já em vigência, foram testadas amostras de motoristas na mesma BR 163 em Campo Grande/MS, cujos resultados apontaram 13% de positividade clínica para uso de drogas, principalmente cocaína.

Embora seja um percentual elevado, representou uma importante queda em comparação às aferições feitas em 2007, quando o índice foi de 30% de positividade.

Nos dias 06 e 07 de outubro de 2015, com a plena vigência da nova Lei n. 13.103/2015, foram colhidos questionários e testados para urina e queratina mais 103 motoristas. O nível de positividade clínica observado na CEASA chegou ao incrível índice de 56% e na BR 163 ao não menos alarmante patamar de 28%, ficando a média geral em 33% de positividade, sempre com prevalência da cocaína.

O salto de 13% de positividade em 2012 para 33% em 2015, demonstra que as novas regras da Lei n. 13.103/2015 produziram um quadro significativamente mais perigoso e socialmente injusto para a sociedade e para os motoristas.

Essa constatação, já por demais evidente, mostra-se irrefutável quando analisada a dramática situação dos motoristas que transportam perecíveis, na medida em que os motoristas testados na CEASA apontaram 56% de positividade.

A experiência demonstrou que os sindicatos simplesmente reproduzem o texto da lei nas convenções coletivas, sem qualquer suporte técnico ou mesmo razão lógica para tanto. Não se observou nenhuma preocupação real com as trágicas consequências da aplicação dos acordos sobre a vida e a morte dos motoristas.

Enfim, este exemplo ilustra situações que possivelmente ocorrerão em diversos segmentos após a vigência da Lei n. 13.467/2017. Isto em decorrência da esperada leniência sindical para com os canais flexibilizatórios trazidos pela norma.

Como já acontece com a Lei n. 13.103/2015, é plenamente possível buscar a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 13.467/2017 pela via concentrada, no entanto, ao considerar, em cada caso concreto, dados metajurídicos que demonstrem a magnitude dos prejuízos à saúde dos trabalhadores, tal qual no mencionado exemplo, mostra-se igualmente plausível o controle incidental e difuso por violação ao direito social e fundamental à saúde (arts. 6º e 196 da CRFB/1988) e à garantia disposta no art. 7º, inc. XXII da Constituição, que prevê o direito dos trabalhadores contarem com normas que visem reduzir os riscos de acidentes e não ampliá-los.

II.2 – LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS À FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA – ABORDAGEM GERAL E ESPECÍFICA

O extenso leque de dispositivos da Lei n. 13.467/2015 trouxe amplo espaço não apenas para flexibilizar a jornada de trabalho, mas também para flexibilizar uma gama muito maior de direitos trabalhistas.

A melhor compreensão dos limites constitucionais aplicáveis à aludida lei reclama, inicialmente, uma análise mais ampla quanto a esses limites e, num segundo momento, o estudo mais restrito à flexibilização da jornada propriamente dita.

II.2.1 – LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS À AUTONOMIA COLETIVA DA VONTADE – ABORDAGEM GERAL

Cabe iniciar essa digressão, que está longe de ser exauriente, com o seguinte questionamento: ainda que contássemos com um sistema sindical forte (o que infelizmente não é o caso), haveria viabilidade jurídico-constitucional para uma proposta que delegasse, sem limites e sem critérios, aos entes sindicais o poder de formular instrumentos coletivos com eficácia superior à legal?

Entendemos, que não.

Nem mesmo por emenda constitucional tal desiderato poderia ser licitamente atingido, pois eventual revisão *in pejus* do disposto no art. 7º, *caput* da CRFB/1988 esbarraria na impossibilidade de emenda que vulnere cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. IV, da CRFB/1988), bem como violaria o princípio da vedação ao retrocesso social.

Os defensores da proposta se ancoram no disposto no inciso XXVI do mesmo artigo 7º da Constituição, extraíndo a interpretação de que tal inciso conferiria validade às convenções e acordos coletivos independentemente de uma análise do seu conteúdo, *verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros **que visem à melhoria de sua condição social**:

[...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; [...].

Consiste em regra básica de hermenêutica que ao interpretar um inciso, alínea ou parágrafo, deve ser considerado o sentido dado pelo seu *caput*, de modo que, é grosseiramente forçada a interpretação que confere validade a instrumento coletivo que não vise a melhoria da condição social do trabalhador, pois tal finalidade foi expressamente gravada pelo constituinte originário na cabeça do artigo 7º.

Ora, se a condição de elevar a condição social do trabalhador vincula até mesmo os legisladores constituintes derivados e ordinário, com maior razão está plenamente vinculado o dirigente sindical no exercício da sua autonomia coletiva da vontade.

Portanto, todos os dispositivos trazidos pela Lei n. 13.467/2015 que contêm autorização, implícita ou explícita, para que convenções e acordos coletivos se sobreponham à lei, deverão receber interpretação conforme à Constituição no sentido de que suas disposições terão sua validade condicionada à verificação de que estas promovam, de modo efetivo, a melhoria da condição social do trabalhador.

Cabe, por fim, examinar, no plano infralegal quais seriam as balizas a serem observadas quanto aos acordos e convenções coletivas de trabalho.

Há mais de duas décadas os operadores do Direito do Trabalho se debruçam sobre os requisitos de validade dos acordos e convenções coletivas de trabalho (requisitos estes simplesmente ignorados pela Lei n. 13.467/2017).

As regras e princípios normativos possuem carga axiológica proveniente diretamente da Constituição Federal que lhes conferem sentido e finalidade, de modo que, num juízo de ponderação, quando dois ou mais princípios aparentam colisão, há que se recorrer a esse sentido deontológico para identificar o devido espaço de cada princípio analisado, cuidando para que nenhum deles sucumba completamente ao outro.

A Lei n. 13.467/2017 promove o aparente conflito entre o princípio do valor social do trabalho e o da autonomia coletiva da vontade.

A doutrina e a jurisprudência juslaboral, como já consignado, possuem sólida compreensão e posição sobre esse aparente conflito e quem melhor delineou tal questão foi o brilhante ministro do C. Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado, que ao analisar o espaço reservado à negociação coletiva em face da legislação heterônoma formulou dois princípios basilares e complementares: o *princípio da criatividade jurídica* e o *princípio da adequação setorial negociada*.

Ao discorrer sobre o *princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva*, o destacado doutrinador esclarece que essa peculiaridade, inerente ao Direito do Trabalho, consistente em conferir aos sindicatos o poder de, no bojo do processo coletivo negocial, produzir norma autônoma com eficácia legal, constitui a pedra angular que sustenta o próprio direito coletivo do trabalho, senão vejamos suas elucidativas lições⁹³:

1 - Princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva

O princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva traduz a noção de que os processos negociais coletivos e seus instrumentos (contrato coletivo, acordo coletivo e convenção coletiva do trabalho) têm real poder de criar norma jurídica (com qualidades, prerrogativas e efeitos próprios a estas), em harmonia com a normatividade heterônoma estatal.

Tal princípio, na verdade, consubstancia a própria justificativa de existência do Direito Coletivo do Trabalho [...]

⁹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Ltr, 2015, p. 1417.

Embora não apenas reconhecendo, mas também enaltecendo a legitimidade e possibilidade de produção normativa sindical no exercício da sua autonomia coletiva da vontade, Godinho alerta que “se torna necessário discutir-se a respeito da harmonização de tais normas coletivas negociadas ao conjunto da normatividade estatal trabalhista - o que será tratado pelo princípio a seguir disposto, da adequação setorial negociada”⁹⁴.

Como se observa, o *princípio da adequação setorial negociada*, reconhecendo que a autonomia coletiva da vontade não ostenta a condição de princípio absoluto, propõe-se a solucionar o potencial conflito aparente entre a autonomia coletiva da vontade e o valor social do trabalho, conforme se infere pelas lúcidas lições de Godinho⁹⁵:

2. Princípio da adequação setorial negociada

Este princípio trata das possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva. Ou seja, os critérios de harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva (através da consumação do princípio de sua criatividade jurídica) e as normas jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal.

[...]

Em que medida as normas juscoletivas podem se contrapor às normas jusindividuais imperativas estatais existentes? Desse dilema é que trata o que denominamos princípio da adequação setorial negociada ...

[...]

Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalhistas desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

Como é fácil perceber, com base no *princípio da adequação setorial negociada* a árdua tarefa de verificação de validade das normas coletivas é reduzida à verificação de dois critérios objetivos: se a norma coletiva eleva o patamar de proteção do trabalhador ou, havendo transação, se esta não se deu sobre direito indisponível.

Cabe, porém, especial atenção para que essas lições não sejam subvertidas. O notável doutrinador conclui sua exposição sobre o princípio da *adequação setorial negociada* reconhecendo a possibilidade de que a própria regra heterônoma estatal relativize seu caráter imperativo, abrindo espaço para a regulação coletiva, tal qual ocorreu com a fartamente referida Lei n. 13.467/2017, *verbis*:

Observe-se, por fim, que a jurisprudência, passadas duas décadas de eficácia da Constituição, tem buscado aferir a adequação setorial negociada de modo bastante objetivo e transparente. Nessa linha, de maneira geral, tem considerado que, estando a parcela assegurada por norma imperativa estatal (Constituição, Leis Federais, Tratados e Convenções Internacionais ratificadas), ela prevalece soberanamente, sem possibilidade jurídica de supressão ou restrição pela negociação coletiva trabalhista – salvo se a própria regra heterônoma estatal abrir espaço à interveniência da norma coletiva negociada.

⁹⁴ Ibidem, p. 1419.

⁹⁵ Ibidem, p. 1419-1420.

A ressalva final precisa ser cuidadosamente analisada, para não se chegar a equivocada conclusão de que bastaria a lei, genericamente, delegar aos sindicatos o poder de dispor contrariamente aos seus termos para tornar todo e qualquer instrumento coletivo juridicamente válido.

Insta ressaltar que a própria atividade legiferante encontra limites. Ela deve observar os parâmetros e limites constitucionais, sob pena de banimento do ordenamento jurídico, seja pelo controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, conforme discorrido na parte inicial desse tópico.

Nesse diapasão, quaisquer instrumentos coletivos celebrados com base em dispositivo legal delegatório, seja ele geral ou específico, possui sua validade condicionada à observância ao *princípio da adequação setorial negociada*.

II.2.2 – FORMAS DE CONTENÇÃO JURÍDICA À FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO – ABORDAGEM ESPECÍFICA

Já examinados, ainda que de modo perfunctório, os limites gerais à autonomia coletiva da vontade, agora é possível aprofundar uma camada a mais para analisar especificamente os limites jurídicos à flexibilização da jornada de trabalho.

Tal estudo passa pela identificação dos preceitos constitucionais capazes de desafiar o controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, tanto abstrata, quanto concretamente.

Além disso, a contenção jurídica para flexibilização da jornada conta com densa normatividade internacional de direitos humanos, que abre pleno espaço ao controle de convencionalidade das normas flexibilizadoras.

II.2.2.1 - LIMITAÇÕES PURAMENTE CONSTITUCIONAIS À FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: Controle abstrato de constitucionalidade

A flexibilização da jornada de trabalho pode, como já dito, seguir na direção de garantir ao ser humano trabalhador melhor qualidade de vida, como pode levar a jornadas de trabalho incompatíveis com a vida digna.

Em relação aos efeitos deletérios da flexibilização, os trabalhadores podem ser prejudicados não apenas pela exigência de longas jornadas, como também pela restrição aos períodos de repouso, daí ser pertinente falar em limitações aplicáveis ao tempo de trabalho e ao tempo de não-trabalho.

II.2.2.1.1 - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO TEMPO DE TRABALHO

O constituinte originário, acertadamente, optou por adotar uma regulamentação comparativamente detalhada nesta matéria, senão vejamos o teor do disposto no art. 7º, XIII da CRFB/1988:

Art. 7º 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; [...].

O dispositivo é claro em estabelecer os limites para os módulos diário e semanal da duração do trabalho. O primeiro em oito horas e o segundo em quarenta e quatro.

Com relação à possibilidade de labor após esses limites, cabe reparar que, ainda que o exercício de horas extraordinárias esteja reconhecido na carta magna pelo disposto no art. 7º, XVI, deve ser observado que o inciso vem infligindo ônus econômico para dissuadir seu exercício, ou seja, trata-se não de preceito autorizativo, mas sim de dispositivo que reconhece a possibilidade fática de ocorrência das extras, mas que desestimula sua prática.

A opção constitucional concernente em restringir o labor extraordinário é absolutamente concordante com os fundamentos biológico e social intimamente ligados à duração do trabalho, razão pela qual norma infraconstitucional não pode autorizar o que o constituinte buscou restringir, sob pena de afronta literal e direta às garantias albergadas no art. 7º, incs. XIII e XXII da Constituição Federal, ao direito social e fundamental à saúde (arts. 6º c/c 196, CRFB/1988), bem como ao elemento teleológico do próprio art. 7º, inc. XVI da Carta Magna.

Portanto, em matéria de horas extras, o espaço reservado ao legislador ordinário limita-se a estipular desestímulos adicionais aos já consagrados na Constituição, jamais estabelecer autorização para o seu exercício.

É, também, fora de dúvida que, em se tratando de jornada de trabalho, a flexibilização admitida é apenas para **compensar horários de trabalho e para a redução da jornada**, ainda assim, com a interveniência sindical obrigatória materializada em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Impende acrescentar que a compensação não pode servir de subterfúgio para admitir a realização de horas extras, pois, como já assentado, o labor extraordinário é repudiado e penalizado pelo constituinte, razão pela qual norma que, por via transversa, venha a autorizá-lo, viola o próprio art. 7º, inc. XVI da CRFB/1988.

Resumidamente é possível sintetizar os seguintes limites constitucionais aplicáveis às normas infraconstitucionais que veiculem flexibilização da jornada:

- a) estipular duração diária de trabalho máxima de oito horas;
- b) estipular duração semanal de trabalho máxima de quarenta e quatro horas;
- c) com relação às horas extraordinárias, jamais autorizar sua realização, limitando-se a prever formas adicionais de dissuasão para o seu exercício;
- d) admitir compensação de jornada (seja ela a título de banco de horas, acordo de compensação) somente mediante interveniência sindical;
- e) estabelecer mecanismos que não permitam que a compensação de horário de trabalho se converta em autorização clandestina para a realização de labor extraordinário.

Considerando que as normas relativas à jornada de trabalho ostentam, inegavelmente, o caráter de normas de saúde, higiene e segurança, conforme discorrido alhures, insta lembrar que além do art. 7º, incs. XIII e XVI, arts. 6º e 196 da CRFB/1988, qualquer norma infraconstitucional que não observe um ou mais dentre os limites acima referidos, viola também o disposto no art. 7º, inc. XXII, *verbis*:

Art. 7º. *Omissis*.

[...]

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

II.2.2.1.2 - GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO TEMPO DE NÃO-TRABALHO

De modo absolutamente alinhado com a perspectiva da OIT com relação à duração decente do trabalho, ancorado no direito social de lazer, positivado no art. 6º da Constituição, bem como no direito ao convívio familiar e social, previstos como direito fundamental da criança e do adolescente no art. 227 da carta magna, o destacado jurista Jorge Luiz Souto Maior desenvolve uma ampla análise do “homem trabalhador” que, em certa medida, incapaz de se desconectar do trabalho em razão da evolução tecnológica, vem se convertendo no “homem cibernético”.

Souto Maior ressalta que o direito à desconexão não seria um direito de cunho individual, mas sim coletivo, da sociedade e da própria família.

Na França, onde a duração semanal de trabalho é de trinta e cinco horas, entrou em vigor no 01/01/2017 lei que confere aos trabalhadores o direito de não responder e-mails fora do horário de trabalho. Segundo a lei, as empresas com mais de 50 funcionários devem estabelecer quais os dias e horários – como fim de semana e períodos noturnos – os colaboradores estarão cobertos pela nova medida em uma carta de boa conduta. A intenção da norma é oferecer respaldo àqueles empregados que deixam o escritório, porém não conseguem se desligar completamente do trabalho pelo compromisso eletrônico de responder textos ou mensagens instantâneas em horários de folga.

Não obstante, o direito ao não-trabalho não se circunscreve apenas ao novo modo de vida cibernético, ele permeia toda a relação de trabalho, reafirmando o caráter imperativo dos descansos obrigações, sejam eles intra ou interjornada, semanal, anual ou feriadose.

O direito ao não-trabalho, assim como o direito à limitação da duração do trabalho, são corolários do direito à saúde física e mental do trabalhador.

Conforme referido nas linhas introdutórias, a OMS evoluiu no seu conceito à saúde, antes focado numa dimensão individual, para reconhecer que tal direito é social, formulando o seguinte conceito de saúde: *um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afeções e enfermidades*. *A saúde passou, então, a ser mais um valor da comunidade que do indivíduo.*

Na perspectiva social e coletiva do direito à saúde, verifica-se, mais uma vez, que o direito ao não-trabalho se reveste de idêntica importância quando colocado frente ao direito à limitação da duração do trabalho, de modo ambos os direitos fundamentais são essenciais para que o desiderato de garantir a duração decente do trabalho seja efetivamente atingido.

Conclui-se, pois, que normas infraconstitucionais que venham a flexibilizar ou reduzir períodos de descanso obrigatórios, violam o direito ao não-trabalho, à convivência social e familiar, previstos como direito fundamental da criança e do adolescente no art. 227 da carta magna, violam o direito social ao lazer (art. 6º, CRFB/1988) e, por fim, violam o direito à saúde do trabalhador (arts. 6º c/c 196, CRFB/1988).

II.2.2.2 - LIMITAÇÕES NORMATIVAS INTERNACIONAIS À FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: Controle de convencionalidade

Além de desafiar o controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, lei infraconstitucional que viole os limites anteriormente apontados, viola, também, um extenso rol de compromissos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Por essa razão, as normas constitucionais referidas no tópico precedente devem ser lidas em sintonia com a **Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho**, de 22/6/1981, que trata da saúde e segurança dos trabalhadores, ratificada pelo Brasil em 29/9/1999⁹⁶.

Essa convenção é explícita em estabelecer a relação direta entre os aspectos físicos e mentais que afetam a saúde e o conceito de segurança e higiene no trabalho, *verbis*:

Artigo 3

...

e) **o termo saúde, com relação ao trabalho, abrange** não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também **os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho.**

...

Por meio dessa normativa, o país obrigou-se a formular e "**colocar em prática**" uma **política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores**, com o objetivo de prevenir acidentes e doenças que decorram ou tenham relação com o trabalho, reduzindo ao mínimo possível as causas dos riscos.

É o que decorre do art. 4:

Artigo 4

1. Todo Membro deverá, em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e a prática nacionais, formular, por em prática e reexaminar

⁹⁶ Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17/3/1992, e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29/9/1999.

periodicamente uma **política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho.**

2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, **reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.** (Grifamos)

Como já mencionado nas notas introdutórias, dentre as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho, o diploma internacional é explícito em referir a **adaptação do tempo de trabalho às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores.**

É o que reza o art. 5:

Artigo 5

A política à qual se faz referência no artigo 4 da presente Convenção **deverá levar em consideração as grandes esferas de ação que se seguem**, na medida em que possam afetar a segurança e a saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho:

...

b) relações existentes entre os componentes materiais do trabalho e as pessoas que o executam ou supervisionam, e **adaptação** do maquinário, dos equipamentos, **do tempo de trabalho**, da organização do trabalho e das operações e processos **às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores.** (Grifamos)

Essa norma internacional possui nítido caráter de **convenção internacional de direitos humanos**, na medida em que prevê a implementação de políticas nacionais de prevenção dos riscos inerentes às atividades profissionais, em defesa da saúde e segurança dos trabalhadores, assumindo o conteúdo de salvaguarda à vida humana em face dos imperativos da atividade econômica.

Sebastião Geraldo de Oliveira destaca que "as Convenções da OIT sobre segurança, saúde e meio ambiente do trabalho devem ser enquadradas como 'convenções sobre direitos humanos', conforme mencionado no art. 5º, § 3º, da Constituição".

Vistas nessa perspectiva, tais normas internacionais assumem no Brasil status hierárquico supralegal, na linha dos precedentes firmados por na Excelsa Corte, no julgamento do RE n. 466.343, RE 349.703 e HC 87585, todos em 3/12/2008.

Analisando o alcance dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, o último inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o C. STF alterou sua jurisprudência⁹⁷, conferindo característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil, de modo que, embora esses tratados não possam afrontar a supremacia da Constituição, assumem hierarquia especial e superior à legislação ordinária, no ordenamento jurídico⁹⁸.

⁹⁷ No julgamento da ADIMC 1.480-3, o Supremo Tribunal Federal conferiu à Convenção da OIT n. 158, ratificada pelo Brasil em 1996, "status" de lei ordinária. Rel. Ministro Celso de Mello, D.J. 18/5/2001.

⁹⁸ RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. DJe n. 104, 5/6/2009.

Sobre essa alteração interpretativa, Maurício Godinho Delgado leciona que os tratados e convenções internacionais sobre direitos trabalhistas possuem natureza de direitos humanos e que, mesmo ostentando status de supralegalidade, suas normas devem ser interpretadas, frente às normas legais ordinárias, segundo o princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, peculiar ao Direito do Trabalho⁹⁹.

Nesse exato contexto, de salvaguarda humanitária, vale repetir que a limitação razoável da jornada de trabalho figura como preceito da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

Art. XXIV - Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a **limitação razoável das horas de trabalho** e férias remuneradas periódicas. (Grifamos)

Também ao ratificar o Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado Protocolo de San Salvador, o Brasil reconheceu, em seu artigo 7:

"[...] que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, supõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que **esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular**¹⁰⁰:

[...]

g) **Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos.** (Grifamos)

Esta norma concretiza o direito proclamado no artigo 5.1 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, o denominado Pacto de San José da Costa Rica, segundo o qual, "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral".

No julgamento da ADI-MC 1.675-1/DF, em que o STF apreciou pedido de suspensão cautelar da Medida Provisória n. 1.539-35/1997, sobre o trabalho aos domingos no comércio varejista, o Ministro Sepúlveda Pertence anotou:

Parece inquestionável que os direitos sociais dos trabalhadores enunciados no art. 7º da Constituição, se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídos no âmbito normativo do art. 5º, § 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil¹⁰¹.

Nessa mesma linha, a Declaração de Seul sobre segurança e saúde no trabalho, adotada pelo XVIII Congresso Mundial Sobre Segurança e Saúde no Trabalho, promovido pela OIT, em julho de 2008, traz inscrito em seu preâmbulo que "... o direito a um ambiente de trabalho seguro e saudável deve ser reconhecido como um direito humano fundamental e que a globalização deve ser acompanhada de medidas preventivas que garantam a segurança e saúde de todos no trabalho ...".

⁹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho...**, 154.

¹⁰⁰ Ratificado pelo Brasil, por meio do Decreto n. 3.321/1999.

¹⁰¹ ADI-MC 1.675/DF, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, D. J. 19/9/2003.

Portanto, em face de seu caráter protetivo da saúde e da vida do trabalhador, as normas da Convenção n. 155 da OIT gozam de plena aplicabilidade e de posição hierárquica destacada no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, essa norma desafia uma hermenêutica voltada a dela extrair a máxima eficácia como instrumento de concretização do direito fundamental à saúde e segurança dos trabalhadores (**Constituição, art. 7º, XXII**), a fim de viabilizar o acesso desse grupo socialmente mais vulnerável a sistemas de proteção aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o trecho de ementa da decisão proferida pela 2ª Turma do Excelso STF, no julgamento do HC 91361, relatado pelo Ministro Celso de Mello, em que se discutiu a aplicação de dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos:

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano¹⁰².

Conclui-se, com firme convicção, que as normas de duração do trabalho ostentam o caráter de normas de higiene, saúde e segurança do trabalho, assim como que quaisquer normas infraconstitucionais que venham a flexibilizar a jornada de trabalho para além dos limites constitucionais ora apontados, viola, além da própria constituição, os tratados internacionais de direitos humanos referidos neste tópico, com especial atenção ao disposto no art. 5, e da Convenção Internacional n. 155 da OIT, abrindo-se espaço para o exercício do controle de convencionalidade.

Conforme já ressaltado, em decisão histórica, no dia 03/12/2008, o Supremo Tribunal Federal, após a arestos proferidos no RE 466.343-SP e no HC 87.585-TO, com base no que dispõem os §§ 2º e 3º do artigo 5º da Constituição, firmou o entendimento de que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, porém não submetidos à aprovação parlamentar própria de emenda constitucional, possuem status normativo supralegal.

No mesmo julgamento foi inaugurada no direito pátrio a *dupla compatibilidade vertical*, segundo a qual toda lei ordinária, para ser tida como válida, deve observar a dupla compatibilidade vertical material, ou seja, deve ser compatível com a Constituição, assim como com os tratados de direitos humanos.

¹⁰² STF, HC 91361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23/9/08, 2ª Turma, DJE de 6/2/09.

O controle de convencionalidade, diversamente do que ocorre com o controle de constitucionalidade, não extirpa a norma contrária ao diploma internacional do ordenamento jurídico, mas a declara inválida. Deste modo, permanece vigente, porém sem eficácia em razão da sua invalidade. O controle de convencionalidade, nas palavras do ministro Gilmar Mendes, irradiaria sobre a norma incompatível com o tratado internacional uma “eficácia paralisante”.

Vale sublinhar um aspecto de extrema relevância que aconselha privilegiar o controle de convencionalidade em detrimento ao de constitucionalidade com relação ao enfrentamento de leis infraconstitucionais que violem tratados de direitos humanos não internalizados com o quórum qualificado: ao contrário do controle de constitucionalidade, ao de convencionalidade não se aplica a cláusula de reserva de plenário (art. 97, da CRFB/1988), tal circunstância simplifica sobremaneira o debate judicial, além de afastar o risco de eventual corte ao rito processual por meio de reclamação constitucional, desviando o curso da demanda precipitadamente ao STF.

No mesmo sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça, no dia 15 de dezembro de 2016, nos autos do Recurso Especial n. 1.640.084-SP (Relatado pelo ministro RIBEIRO DANTAS), esclarece que não se aplica ao controle de convencionalidade a reserva de plenário, conforme trecho abaixo transcrito:

Salienta MARINONI que, **"no atual sistema normativo brasileiro, os tratados que possuem status normativo supralegal apenas abrem oportunidade ao controle difuso.** O exercício do controle de convencionalidade é um dever do juiz nacional, podendo ser feito a requerimento da parte ou mesmo de ofício" (In Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai/ Calogero Pizzolo...[et al.]; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. - 1. Ed. - Brasília, DF : Gazeta Jurídica, 2013, p. 66). Anote-se, ainda, que **o controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade**, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez esta Corte Superior ao entender pela inconvenção da prisão civil do depositário infiel. A propósito, o art. 105, III, "a", da Constituição Federal de 1988 estabelece, expressamente, a competência do Superior Tribunal de Justiça para "julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência" (grifou-se.) **Se a discussão girasse em torno de tratado ou convenção votado sob regime do art. 5º, § 3º, da CF), a coisa seria diferente, porque a norma, aí, teria status de emenda constitucional e, desse modo, haveria controle de constitucionalidade, com usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de controle concentrado, ou da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em caso de controle difuso (cláusula de reserva de plenário).** (Grifamos)

Embora seja questão ainda não explorada pela doutrina, no nosso entender, ao não se aplicar ao controle de convencionalidade as regras processuais próprias do controle de constitucionalidade (fato que justifica, segundo o C. STJ, a inaplicabilidade da reserva de plenário), também não seria aplicável o entendimento de que eventual declaração incidental de inconvenção em sede de ação civil pública viesse a usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal.

O manejo do controle incidental de constitucionalidade por meio de ação civil pública tem sido admitido com a severa ressalva de que a questão constitucional figure apenas causa de pedir e não como pedido (Rcl 554-MG, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - Rcl 611-PE, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, v.g.), isto porque, entende o C. Supremo Tribunal Federal, o efeito *erga omnes* próprio das tutelas coletivas converteria o controle difuso em verdadeiro controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, usurpando, assim, a competência do STF para, originariamente, processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade.

Mas, por absoluta inexistência de regramento quanto à competência jurisdicional para apreciar ações que debatam, de modo concentrado e abstrato, à inconveniência de leis, aplica-se a regra geral, ou seja, a competência jurisdicional é o juízo do primeiro grau.

Sendo assim, ação civil pública que veicule debate acerca de inconveniência de determinada lei não se submete à reserva de plenário para fins de declaração da inconveniência, tampouco tal questionamento precisa se circunscrever a mera causa de pedir, podendo figurar como pedido propriamente dito.

II.2.2.3 – PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Ainda, em decorrência da evolução da doutrina dos direitos humanos, chegou-se à maturidade do pensamento jurídico com uma das mais significativas conquistas em termos de garantias fundamentais: o reconhecimento de que, em se tratando de normas que resguardem direitos sociais, é defeso ao legislador atuar com tendência a revogá-las ou anulá-las, sob pena de tal produção legislativa ser inquinada de inconstitucionalidade por violação ao princípio da vedação ao retrocesso social, também conhecido como princípio da proibição do retrocesso social.

O princípio da vedação ao retrocesso social é perfeitamente harmônico com o princípio da proteção laboral, cujo lastro constitucional encontra-se na parte final do art. 7º, caput da Constituição. Além disso, conta com vasto respaldo em normas internacionais, tais como o art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica que dispõe:

Artigo 26 - **Desenvolvimento progressivo**

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, **a fim de conseguir PROGRESSIVAMENTE a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais** e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (Grifamos)

No mesmo sentido dispõe o art. 2º, item 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, **que visem a assegurar, PROGRESSIVAMENTE, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas**. (Grifamos)

Segundo J. J. Gomes Canotilho “o princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado”¹⁰³.

Apontando como fundamentos do princípio da vedação ao retrocesso social os princípios do estado democrático e social de direito, da dignidade humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais, da confiança e da própria noção do mínimo essencial, o brilhante constitucionalista e hoje ministro da suprema corte brasileira, Luis Roberto Barroso ensina que:

[...] por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, **uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso**, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançado a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concreitude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.¹⁰⁴ (Grifamos)

Igualmente como a doutrina, os tribunais pátrios reconhecem e aplicam o princípio da vedação ao retrocesso. Na seara trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, com firme entendimento, vislumbra no *caput* do art. 7º da Constituição um fundamento expresso para o princípio, conforme se observa na recente decisão abaixo transcrita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO. PRONÚNCIA DE OFÍCIO. Ante a aparente violação do art. 769 da CLT, nos termos exigidos no art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. PRONÚNCIA DE OFÍCIO. INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. A Corte Regional confirmou decisão que, de ofício, declarou prescrita a pretensão do autor, com supedâneo no art. 219, § 5º, do CPC. Todavia, tal dispositivo não se compatibiliza com os princípios que regem o Direito do Trabalho, notadamente o da proteção (art. 8º da CLT), que busca reequilibrar a disparidade de forças entre empregado e empregador. Essa nova regra pode ser bem recebida em outras searas, mas não se pode olvidar que o art. 7º da Constituição revela-se como uma centelha de proteção ao trabalhador a deflagrar um programa ascendente, sempre ascendente, de afirmação dos direitos fundamentais. **Quando o caput do mencionado preceito constitucional enuncia que irá detalhar o conteúdo indisponível de uma relação de emprego e de pronto põe a salvo "outros direitos que visem à melhoria de sua condição social", atende a um postulado imanente aos direitos fundamentais: a proibição de retrocesso**. Precedentes da SBDI-1 e de todas as Turmas desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (destaques acrescentados) (Processo: RR - 174-81.2011.5.01.0030 Data de Julgamento: 25/03/2015, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2015).

¹⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336-337.

¹⁰⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional e a efetividade das normas**. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 158-159.

Nessa lógica, o Excelso Supremo Tribunal Federal também já se posicionou sobre a aplicabilidade do princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se infere pelo aresto abaixo:

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E **VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL** - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. (...) DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. – (...). A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. – (...) **A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em conseqüência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.** LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. – (...) (destacou-se) (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Face ao multicitado princípio da vedação ao retrocesso social, reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência doméstica e internacional, cabe questionar; o que fez a Lei n. 13.467/2017, senão patrocinar um enorme retrocesso social?

Basta um cotejo entre as redações e regramentos originais da CLT com as novas regras para concluir pelo implemento do retrocesso social.

Cabe, porém, uma advertência: dado o amplo espectro interpretativo do princípio da vedação ao retrocesso, estrategicamente não é recomendável que este princípio seja o único fundamento para buscar a declaração de inconstitucionalidade de norma infraconstitucional.

II.2.2.4 – O CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ABUSO DO DIREITO

Por fim, saindo da seara do controle abstrato de constitucionalidade ou de convencionalidade das normas infraconstitucionais, importante observar que, conquanto abstratamente não se vislumbre flexibilização normativa violadora dos limites referidos neste tópico, é possível haver concretamente tal violação, pela verificação de eventuais resultados danosos observados no mundo dos fatos.

Dito de outro modo, na tarefa de investigar a existência de inconstitucionalidades concretas em normas que flexibilizem a jornada de trabalho, um dos elementos metajurídicos mais relevantes a ser considerado é o nível de accidentalidade, física e/ou mental, bem como de morbidade dos trabalhadores submetidos a tais normas.

Mesmo que uma norma flexibilizadora não exacerbe, abstratamente, os limites dados pelos princípios e dispositivos constitucionais e internacionais de direitos humanos, se ela provocar, v.g., morte, acidentes e adoecimentos em patamares significativamente superiores aos razoáveis (normalmente observados para determinada atividade), ter-se-á uma inconstitucionalidade no caso concreto, por violação material ao direito à saúde e à segurança, pois suficiente a compor causa de pedir em tutela inibitória a fim de cessar o ilícito, a ser determinada pelo Poder Judiciário.

Acrescendo-se ao controle concreto de constitucionalidade, a busca pela tutela tendente a afastar a aplicação de norma que viole concretamente bem da vida do trabalhador pode se dar com base, também, no instituto do **abuso do direito**, positivado no art. 187 do código civil, *verbis*:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Sílvio Rodrigues¹⁰⁵ define com precisão o instituto: “O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem”.

Importante salientar que o Brasil adotou, segundo a doutrina majoritária, a teoria objetiva, dispensando para exigir a reparação do dano a demonstração do elemento subjetivo.

Portanto, o empregador que flexibilize a jornada de trabalho dos seus empregados dentro dos limites legais, convencionais e constitucionais, de modo “desconsiderado”, e venha a causar dano, individual ou coletivo, que mantenha nexos de causalidade com a aludida flexibilização, responde por tal dano, independentemente de ter agido com culpa ou dolo.

¹⁰⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v.4 – Responsabilidade Civil. 20.ed.rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2.002). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46.

III - PARTE ESPECIAL

III.1 – ANÁLISE DAS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS TRAZIDAS PELA LEI N. 13.467/2017 COM RELAÇÃO À DURAÇÃO DO TRABALHO

A Lei n. 13.467/2017 promoveu profundas modificações no Direito do Trabalho, tanto nas regras de direito material, quanto processual, afetando, inclusive, o sistema de proteção sindical.

Na esfera do direito material, a flexibilização da jornada de trabalho ocupou destacada atenção, com numerosas inovações tendentes a tolerar a ampliação da duração do trabalho, bem como a restrição e flexibilização dos intervalos de descanso.

Na sequência, serão feitos apontamentos a cada uma das novas regras, buscando, sem redundar com o que já fora abordado na parte geral deste estudo, destacar os aspectos particulares de cada inovação, de modo a subsidiar o leitor com elementos capazes de dar ensejo à uma investigação ministerial e a um eventual enfrentamento judicial, individual ou coletivo.

III.1.1 – EXCLUSÃO DO CARÁTER DE NORMA DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DAS REGRAS QUE REGEM A DURAÇÃO DO TRABALHO

A Lei n. 13.467/2017 conferiu amplo prestígio à autonomia coletiva da vontade, adotando-a como regra ao estabelecer, no art. 611-A, que a *convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei*.

O art. 611-B da lei, buscando estabelecer limites infraconstitucionais à autonomia coletiva da vontade, consigna rol taxativo de exceções nas quais é defeso aos instrumentos coletivos suprimir ou reduzir tais direitos.

Verifica-se, pois, que, sob o ângulo exclusivo da lei em comento, todos os demais direitos não listados no art. 611-B poderiam ser suprimidos ou reduzidos.

Embora não seja objeto do presente estudo, a finalidade perseguida pelo legislador reformista é clara e viola frontalmente o princípio da proteção (art. 7º, *caput* da CRFB/1988), bem como o princípio da adequação setorial negociada, também com assento constitucional no *caput* do art. 7º da magna carta, além disso o retrocesso social de norma que tenha por finalidade permitir a redução do patamar de proteção do trabalhador, ainda que por negociação coletiva, salta aos olhos.

Especificamente com relação à limitação da jornada de trabalho, constata-se que tal direito não fora inserido no rol do art. 611-B da CLT e, além disso, o parágrafo único do dispositivo é claro em excluir das regras de duração do trabalho o caráter de norma de saúde, higiene e segurança do trabalho, *verbis*:

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

[...]

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

Tal construção constitui uma clara tentativa de afastar o controle de constitucionalidade com base no art. 7º, inc. XXII da CRFB/1988, que prevê o direito fundamental dos trabalhadores de obterem normas que garantam a *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*, pois, embora esse direito tenha sido parcialmente reproduzido no inciso XVII do art. 611-B, em sendo normas de duração do trabalho, por força do parágrafo único do mesmo dispositivo, o inciso XVII não poderia ser utilizado para afastar a validade de instrumentos coletivos que venham a suprimir ou reduzir direitos relativos à duração do trabalho.

Trata-se, pois, de vã tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei ordinária, fazendo com que esta defina, em última análise, o que seria ou não constitucional.

A incoerência científica da inovação desafia não apenas a boa técnica hermenêutica, como também contraria o senso comum quanto ao espaço reservado às leis numa sociedade civilizada.

Como se sabe, lei é texto-regra que se destina a regular relações humanas, conformando a conduta dos atores dessas relações a um padrão socialmente aceitável.

Uma lei jamais pode se propor a alterar a natureza das coisas, sob pena de ser taxada não de inconstitucional (pois sequer nessa categoria merece ser classificada), mas sim de a-jurídica.

Ao infirmar o caráter de norma de saúde e higiene das regras de limitação de jornada, o art. 611-B, parágrafo único da CLT buscou atingir objetivo inalcançável por uma lei, pois buscou alterar a natureza das coisas.

Da mesma maneira que não se concebe uma lei dizer que o Sol deixará de brilhar no dia posterior à sua publicação, não há como admitir uma lei que negue o reconhecimento da limitação de jornada como norma corolário do direito à saúde, higiene e segurança do trabalho.

A tentativa do legislador ordinário reformista não prospera!

Conforme já demonstrado, o disposto no art. 611-B, parágrafo único da CLT viola frontalmente o bloco de constitucionalidade¹⁰⁶ formado pelos artigos 6º, 7º, incs. XIII, XXII, XXVI, 196, 227 da Constituição e pelos artigos 3, e; 5, b da Convenção n. 155 da OIT.

¹⁰⁶ A respeito do desenvolvimento da teoria do bloco de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ver acórdão proferido na ADI-MC 595/ES, D.J. 30/10/1991.

A Convenção n. 155 da OIT não deixa margem para dúvida quanto à vinculação indissociável entre limitação de jornada e seu caráter de norma de higiene e segurança.

A Jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho é categórica sobre a matéria, como se vê no item dois da Súmula n. 437, *verbis*:

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada **porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho**, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inafanado à negociação coletiva.

De tal modo, tomadas como bloco de constitucionalidade as disposições constitucionais e internacionais de proteção ao direito fundamental à saúde e segurança do trabalhador, acima invocadas, à luz desse parâmetro, conclui-se que o parágrafo único do art. 611-B da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017 é inconstitucional, desafiando o controle constitucional tanto pela via concentrada, quanto difusa.

Conforme abordado na parte geral, não obstante a patente inconstitucionalidade do dispositivo, por razões estratégicas, é recomendável que, num primeiro momento, persiga-se a declaração de inconvencionalidade do parágrafo único do art. 611-B da CLT e, apenas sucessivamente, lançar a inconstitucionalidade como causa de pedir para o controle difuso de constitucionalidade.

III.1.2 – NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO EM MATÉRIA DE JORNADA DE TRABALHO: AUTONOMIA COLETIVA E INDIVIDUAL

A autonomia coletiva da vontade passa, com a nova lei, a protagonizar o regramento em matéria de duração do trabalho, no entanto, a “reforma trabalhista” foi ainda mais longe, pois adotando critério objetivo bastante discutível, permite que alguns trabalhadores, sem qualquer interveniência sindical, possam estabelecer acordos com seus empregados com valor legal superior ao legislado.

III.1.2.1 – A AUTONOMIA COLETIVA DA VONTADE E A FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA

Como dito, a pedra de toque da Lei n. 13.467/2017 é a supremacia da negociação coletiva sobre a lei, tendo sido dispensado ao assunto vários dos incisos do art. 611-A da CLT:

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

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

II - banco de horas anual;

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

[...]

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

[...]

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

Os incisos I, II e III do art. 611-A da CLT, acima transcritos, até poderiam ser tidos por constitucionais se cada um deles reproduzisse a parte final do inciso I: *observados os limites constitucionais* e, além disso, se não houvesse a previsão do já comentado parágrafo único do art. 611-B, que tenta, de forma inadmissível, excluir o caráter de norma de saúde, higiene e segurança das regras de duração do trabalho.

Conforme já referido na parte geral deste estudo, o C. STF possui jurisprudência consolidada no sentido de afastar da autonomia coletiva da vontade a livre disposição sobre regras de duração do trabalho (RE 590.415/SC).

No mesmo sentido, vale referir a Súmula nº 437 do TST, que no seu inciso II repudia a pactuação coletiva destinada a reduzir ou suprimir o intervalo intrajornada, *verbis*:

Súmula nº 437 do TST

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT

[...]

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

Sendo assim, os incisos I, II e III reclamam interpretação conforme à constituição, devendo observar os exatos limites dados pelo art. 7º, inc. XIII da CRFB/1988, sob pena de violação direta à garantia prevista no art. 7º, inc. XXII da CRFB/1988 e ao direito fundamental à saúde (arts. 6º c/c 196 da CRFB/1988).

Isto, sem olvidar dos instrumentos coletivos que extrapolem os limites constitucionais, estabelecendo jornadas excessivas, violariam, também, o art. 5, *b* da Convenção n. 155 da OIT, o qual determina a adaptação do tempo de trabalho às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores.

Na mesma situação, o inciso X do art. 611-A joga por terra uma importante conquista para a garantia da duração decente do trabalho, isto é: o registrador eletrônico de ponto do Ministério do Trabalho – REP, regulamentado pela Portaria MTE nº 1.510/2009.

O REP, além de garantir fidedignidade ao registro da jornada de trabalho, contribui decisivamente para conferir segurança jurídica e previsibilidade às demandas que debatam horas extras supostamente não remuneradas.

No entanto, ao tornar dispositiva a adoção da modalidade de registro de jornada de trabalho, o legislador ordinário retrocede em relação às normas de duração do trabalho.

Considerando que um direito só se efetiva quando houver formas de garantir seu adequado exercício, o registro fidedigno da jornada é condição necessária à razoável duração do trabalho.

Sendo assim, é evidente que a inovação inserta no inciso X do art. 611-A da CLT traduz um retrocesso social grave o suficiente para suscitar a violação ao princípio da proibição do retrocesso social.

O inciso XIII do art. 611-A da CLT, ao permitir que instrumento coletivo com prevalência sobre a lei venha a dispensar a licença previa para fins de liberação da prorrogação de jornada em ambiente insalubre, além de instituir clara antinomia com o *caput* do art. 60 da CLT, vem caracterizar afronta direta ao art. 7º, inc. XXII c/c arts. 6º e 196 da CRFB/1988.

Ora, admitir a prorrogação de jornada por si já fragiliza a saúde física e mental do trabalhador, mas admitir que tal prorrogação se dê em ambiente insalubre sem que as autoridades capacitadas para aferir o grau de tolerância do organismo humano atestem a segurança constitui uma desproteção dolosa do Estado brasileiro para com seus cidadãos.

Nessa linha de entendimento, o TST possui jurisprudência consolidada na Súmula n. 85, VI, *in litteris*:

Súmula nº 85 do TST

COMPENSAÇÃO DE JORNADA

[...]

VI - Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT.

A toda evidência, mantidas as premissas do posicionamento pretoriano, o verbete acima transcrito deverá ser reafirmado pela mais alta corte trabalhista.

Sendo assim, o inciso XIII do art. 611-A da CLT é flagrantemente inconstitucional por afronta ao art. 7º, inc. XXII da CRFB/1988, bem como viola diretamente o compromisso internacional assumido pelo Brasil perante a OIT na Convenção n. 155, art. 5, *b*.

III.1.2.2 – A AUTONOMIA INDIVIDUAL DA VONTADE E A FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA

Partindo da premissa na qual o Brasil teria alcançado um patamar de desenvolvimento econômico, educacional e cultural que, em determinados casos, faria deixar de ter sentido o tratamento legislativo favorável ao trabalhador, o legislador reformista criou a figura denominada pela doutrina de trabalhador “hiperssuficiente”.

O trabalhador “hiperssuficiente” seria, segundo o parágrafo único do art. 444 da CLT, aquele portador de diploma de nível superior e que perceba salário igual ou superior a duas vezes o teto de benefícios da previdência social, conforme se lê nas letras do aludido dispositivo:

Art. 444. *Omissis*.

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

A premissa de que a hipossuficiência dos trabalhadores brasileiros teria sido dissipada pela evolução econômica, educacional e cultural está longe, muito longe de ser uma realidade. Aliás, mesmo em países com elevado grau de industrialização, essa ainda não é uma realidade. Não é por outra razão que o constituinte originário, cômico da nossa realidade, garantiu efetiva proteção aos trabalhadores, positivando no art. 7º um longo rol com direitos de indisponibilidade absoluta, rol este que forma cláusula pétreia infensa até mesmo a emendas constitucionais.

Sendo assim, sobretudo por expressa dicção da parte final do inciso XIII do art. 7º da Constituição, em se tratando de flexibilização da jornada de trabalho, notadamente compensação de horas (art. 611-A, incs. I e II, da CLT), a dispensa da interveniência sindical fulmina o parágrafo único do art. 444 da CLT de flagrante inconstitucionalidade material.

III.1.3 – HIPÓTESES EXCEPCIONAIS AO TEMPO À DISPOSIÇÃO

O legislador celetista adotou o critério do tempo à disposição do empregador para fins de mensuração da jornada de trabalho. É o que se constata no *caput* do art. 4º da CLT:

Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

Não obstante, já na redação original houvesse previsão para que exceções fossem admitidas ao tempo à disposição, tais exceções não podem ser resultado de mera imposição legislativa, sob pena de, por via transversa, negar vigência ao direito fundamental à limitação da jornada (art. 7º, inc. XIII, da CRFB/1988).

As hipóteses excepcionais ao tempo à disposição devem ser aquelas nas quais o empregado esteja, realmente, dedicado a atividades estranhas ao labor desenvolvido para seu empregador ou, se ocorridas no ambiente de trabalho, tais como realizando tarefas preparatórias para o início do trabalho, é necessário que o tempo despendido nessas tarefas excepcionais seja razoavelmente curto e incapaz de caracterizar o elástico indevido da jornada.

O TST, adotando esse critério de razoabilidade, consolidou o entendimento esposado na sua Súmula n. 429:

Súmula nº 429 do TST

TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. ART. 4º DA CLT. PERÍODO DE DESLOCAMENTO ENTRE A PORTARIA E O LOCAL DE TRABALHO

Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários.

Nesse diapasão, e com maior ênfase, o C. TST, reconhece o caráter sensível relativo à flexibilização do conceito de tempo à disposição, gizando na sua Súmula n. 366:

Súmula nº 366 do TST

CARTÃO DE PONTO. REGISTRO. HORAS EXTRAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO
Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal, pois configurado o tempo à disposição do empregador, não importando as atividades desenvolvidas pelo empregado ao longo do tempo residual (troca de uniforme, lanche, higiene pessoal, etc).

Em sentido diametralmente oposto, a Lei n. 13.467/2017 trouxe novas exceções ao tempo à disposição que, a toda evidência, não observam a razoabilidade, senão vejamos o que diz o novo parágrafo 2º do referido art. 4º da CLT:

Art. 4o. *Omissis*.

[...]

§ 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 dispositivo, com uma pitada de cinismo, sustenta que a busca por proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, possa ser uma conduta fruto de “escolha própria” do empregado.

Trata-se da tentativa de generalizar peculiaridade inerente ao sistema de trabalho dos motoristas profissionais. No entanto, nem a estes seria aceitável tal exceção, uma vez que a busca de proteção pessoal, por qualquer razão, nunca decorre de escolha, mas sim de imposição pela busca da preservação da própria vida.

Ora, se a situação de insegurança é produzida e é inerente à atividade de transporte, claro que a busca por proteção constitui tempo à disposição do empregador, assim como cumpre ao empregador envidar todos os esforços para mitigar as condições inseguras de trabalho, sob pena, em caso de dano provocado ao empregado, responder objetivamente pela reparação com base no art. 927, parágrafo único do CC, *verbis*:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

É fácil perceber que, se na relação entre iguais dada pelo Código Civil, há responsabilidade objetiva de reparar o dano decorrente de risco inerente à atividade explorada pelo empregador, não se apresenta minimamente razoável que no âmbito de uma relação entre o empregador e empregado esse mesmo risco próprio da atividade possa vir a constituir exceção ao tempo à disposição.

O parágrafo 2º do art. 4º da CLT é notoriamente lesivo ao direito à limitação da jornada (art. 7º, inc. XIII, da CRFB/1988), assim como viola escandalosamente o direito fundamental à segurança (art. 6º, da CRFB/1988) e, assim, dado seu potencial de promover longas jornadas de trabalho agravadas pela situação estressante de insegurança pessoal, o dispositivo também viola as garantias do art. 7º, inc. XXII da CRFB/1988 e o direito à saúde (arts. 6º c/c 196, da CRFB/1988).

Outra hipótese excepcional ao tempo à disposição trazida pela Lei n. 13.467/2017 veio no bojo do chamado “contrato de trabalho intermitente”, como se vê no art. 452-A, § 5º da CLT:

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente [...]

[...]

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

Objeto de exame em outro estudo, o contrato de trabalho intermitente traz tormentosos questionamentos sobre sua constitucionalidade e, especificamente no que toca à flexibilização da jornada sobreveio a nova exceção ao tempo à disposição acima transcrita.

Embora guarde consistência com a lógica da nova modalidade contratual, a exceção ao tempo à disposição em comento pode dar lugar a abusos, pois à míngua de qualquer limite temporal máximo para eventual convocação do trabalhador, há que se perquirir: o que ocorre caso o empregador simplesmente não mais convoque seu empregado?

Trata-se de situação na qual haveria clara frustração ao direito de percepção das verbas rescisórias, bem como traduziria uma verdadeira dispensa simulada decorrente do exercício abusivo do empregador em não convocar o trabalhador, dando azo à busca da competente tutela inibitória.

III.1.4 – JORNADA “*IN ITINERE*”: PEDIDO IMPOSSÍVEL?

A Lei n. 13.467/2017, no seu conjunto, promove um retrocesso social sem precedentes. No entanto, quando analisados isoladamente os novos dispositivos, poucos denotam com maior nitidez tal retrocesso que o disposto na nova redação dada ao art. 58, § 2º da CLT, *verbis*:

Art. 58. *Omissis*.

[...]

§ 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.

Como se vê, o legislador reformista, ignorando a realidade dos trabalhadores, sobretudo daqueles que trabalham em unidades industriais instaladas na área rural, tais como usinas de açúcar e álcool, frigoríficos, simplesmente vedou a possibilidade de integração do tempo de percurso à jornada de trabalho.

Basta a mera comparação com a redação anterior do dispositivo para constatar o inaceitável retrocesso social, violando assim esse princípio constitucional.

Importante salientar que a integração do tempo de percurso à jornada é um poderoso instrumento para resguardar não apenas o direito à limitação da jornada (art. 7º, inc. XIII, CRFB/1988) e o direito à saúde (arts. 6º c/c 196, CRFB/1988), mas sobretudo para viabilizar o exercício do direito ao tempo de não-trabalho, ou seja, garantir o gozo do direito ao lazer (art. 6º, caput, CRFB/1988) e ao convívio familiar (art. 227, CRFB/1988).

Na seara internacional, verifica-se que a integração do tempo de percurso observa o disposto no art. 3, c da Convenção Internacional n. 155 da OIT, que esclarece que:

Art. 3. *Omissis*.

[...]

c) a expressão "local de trabalho" abrange todos os lugares onde os trabalhadores devem permanecer ou onde têm que comparecer, e que esteja sob o controle, direto ou indireto, do empregador.

A toda evidência a condução fornecida pelo empregador encontra-se sob seu controle, direto ou indireto, devendo, pois, ser considerado "local de trabalho" e, portanto, o tempo dentro deste veículo não pode constituir exceção ao tempo à disposição, sob pena de violar o referido preceito de tratado internacional de direitos humanos.

Contudo, caso a nova redação não violasse esse longo conjunto de preceitos constitucionais e convencionais, a novidade não possui condições técnicas de produzir o efeito esperado pelo legislador reformista.

O direito à jornada "*in itinere*", conforme vinha previsto na redação anterior do art. 58, § 2º da CLT, foi resultante da positivação do entendimento jurisprudencial contido na Súmula n. 90 do C. TST.

Esse verbete, por sua vez, teve por lastro legal o disposto no art. 238, § 3º, da CLT, que garante ao trabalhador ferroviário o cômputo de todo o tempo que o empregado estiver à disposição do empregador, conforme se constata do aludido dispositivo:

Art. 238. Será computado como de trabalho efetivo todo o tempo, em que o empregado estiver à disposição da estrada.

[...]

§ 3º No caso das turmas de conservação da via permanente, o tempo efetivo do trabalho será contado desde a hora da saída da casa da turma até a hora em que cessar o serviço em qualquer ponto compreendido dentro dos limites da respectiva turma. Quando o empregado trabalhar fora dos limites da sua turma, ser-lhe-á também computado como de trabalho efetivo o tempo gasto no percurso da volta a esses limites.

Pois bem, o fato é que o referido dispositivo legal não foi revogado ou alterado pela Lei n. 13.467/2017, instalando-se uma antinomia evidente entre a atual redação do art. 58, § 2º e o disposto no art. 238, § 3º da CLT.

A celeuma se resolve pela aplicação do princípio da norma mais favorável. Em que pese a alteração na redação do art. 620 da CLT, entendemos que o princípio da norma mais favorável prossegue como uma das pedras angulares do Direito do Trabalho, até porque o fundamento jurídico não estava contido apenas pela anterior redação do art. 620 da CLT, mas da mesma forma no sobreprincípio da proteção hospedado no *caput* do art. 7º da Constituição Federal.

O princípio da norma mais favorável impõe ao intérprete que, no caso de conflito entre duas ou mais normas jurídicas de Direito do Trabalho vigentes e aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se preferir aquela mais vantajosa ao trabalhador.

Nesse diapasão, com base no princípio da norma mais favorável, sem prejuízo de inquinar a inconstitucionalidade do art. 58, § 2º da CLT (na sua atual redação), tecnicamente deve ser aplicado analogicamente aos casos concretos o disposto no art. 238, § 3º da CLT.

Portanto, no nosso entender, o direito ao cômputo da jornada “in itinere” permanece intocado, bem como o entendimento jurisprudencial sedimentado com base no multicitado art. 238, § 3º da CLT, consubstanciado na Súmula n. 90 do C. TST.

III.1.5 – BANCO DE HORAS

A Lei n. 9.601/1998 inaugurou no ordenamento jurídico nacional o chamado banco de horas, motivando efusivos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca dos seus contornos e requisitos de validade.

Uma das razões para a tensão jurídica observada se mantém inalterada. O instituto foi concebido sem o necessário detalhamento para sua operacionalização, seja na esfera legislativa, seja por meio de normas regulamentares do Ministério do Trabalho.

A falta de padrões não foi sem intenção, pois um sistema de banco de horas confuso dificulta ou impede que os trabalhadores e até mesmo auditores-fiscais do trabalho, juízes e procuradores consigam identificar eventuais violações aos limites de prorrogação da jornada.

Ao lado da ausência da devida transparência para com a implementação do banco de horas, a doutrina e a jurisprudência contribuíram sobremaneira para o estado de insegurança jurídica ao divisarem o que seria um acordo de compensação de horas e um banco de horas propriamente dito.

Passou-se a conceber que o acordo de compensação de horas trataria de períodos mais curtos (semana ou mês), enquanto o banco de horas cuidaria de períodos mais longos, inicialmente seis meses e, após, elastecido para um ano. Todavia, é forçoso reconhecer que, em essência, não há e nunca houve diferença alguma.

Em verdade, o esforço doutrinário e jurisprudencial buscou harmonizar a prática da compensação por meio de acordos individuais que se dava antes da Lei n. 9.601/1998.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1988 os acordos individuais de jornada passaram a constituir costume *contra legem*, por violação à parte final do art. 7º, XIII da CRFB/1988, que exige a interveniência sindical para a compensação de jornada. Não há na parte final do aludido dispositivo, qualquer divisão de espécies de compensações.

O erro de tolerar a continuidade da prática inconstitucional acabou levando ao erro de formular construções jurídicas destinadas a acomodar tal costume ao ordenamento jurídico. A Súmula n. 85 do TST constitui o resumo do esforço pretoriano neste sentido:

Súmula nº 85 do TST

COMPENSAÇÃO DE JORNADA

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva.

II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário.

III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário.

V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.

VI - Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT.

Sobrevindo a “reforma trabalhista” abre-se a oportunidade para corrigir essa trajetória que tanto prejudica os trabalhadores que se veem despojados do controle do seu próprio tempo.

Aproveitando a criatividade pretoriana, o legislador reformista positivou parte (apenas parte) do entendimento jurisprudencial que, a despeito de franca violação literal a preceitos constitucionais, amplia o grau de “informalidade” do banco de horas, levando a patamares insustentáveis a ausência de qualquer domínio da informação por parte dos trabalhadores e das autoridades trabalhistas. Senão vejamos o disposto no art. 59 da CLT e seus parágrafos:

Art. 59. Omissis.

[...]

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

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

Como se vê, como a jurisprudência apontava apenas a extensão temporal para diferenciar o que seria um “acordo de compensação” ou o “banco de horas”, o legislador resolveu ampliar o número de “espécies” do gênero compensação de jornada: subdividiu o banco de horas, em “banco longo” e “banco breve”, estabelecendo que para o “banco breve” (período máximo de seis meses), sua pactuação pode se dar por acordo individual.

A norma, no § 6º inovou ao admitir que para o “acordo de compensação” (com período máximo de um mês para compensação), o acordo pode ser até mesmo tácito.

É chegado o momento de fazer valer a força normativa da Constituição e conferir efetiva aplicação ao disposto no art. 7º, XIII, *verbis*:

Art. 7º 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; (Grifamos).

Não há qualquer dificuldade em perceber que, a exemplo da Lei n. 9.601/1998, a Lei n. 13.467/2017 proporciona flexibilização de jornada *in pejus* à condição social do trabalhador retirando-lhe um direito humano básico: o direito de possuir governabilidade sobre seu próprio tempo.

Não bastasse, a Lei n. 13.467/2017 foi mais longe; dispensou, textualmente, a interveniência sindical imposta pela parte final do art. 7º, inc. XIII da Constituição, permitindo inclusive que a compensação se dê até mesmo por acordo tácito (§ 6º).

Ou seja, basta o empregador acreditar que a compensação por ele imposta ordinariamente durante o vínculo empregatício configure um acordo, que não assistirá ao trabalhador o direito de cobrar em juízo as horas extras laboradas e supostamente compensadas por esse acordo imaginário estipulado pelo empregador.

A inconstitucionalidade é patente!

As inovações legislativas inspiradas em entendimento jurisprudenciais não pararam por aí.

O disposto no *caput* do art. 59-B da CLT reproduz com razoável fidelidade as letras do item III da Súmula n. 85 do TST (o qual já fazia referência inclusive ao acordo tácito), senão vejamos:

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

Contudo, é no parágrafo único que se constata ter o legislador reformista adotado a teoria atomista quando, ao garimpar o acervo jurisprudencial, pinçou os verbetes que corroboram a flexibilização e a precarização mas, com relação àqueles entendimentos protetivos, ou foram ignorados ou simplesmente distorcidos.

O item IV da Súmula n. 85 do TST (esquecido e distorcido), acertadamente, informa que *a prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada*. No entanto, em sentido completamente oposto, o parágrafo único do art. 59-B, da CLT, dita:

Art. 59-B. *Omissis*.

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

A exemplo do disposto no parágrafo único do art. 611-B da CLT, onde o legislador pretendeu excluir das regras de duração do trabalho o caráter de norma de saúde, segurança e higiene, o parágrafo único do art. 59-B acima transcrito, visa atingir finalidade impossível. Visa, mais uma vez, alterar a natureza das coisas.

Ora, se a extrapolação da jornada passa a ser habitual, claro está que não se trata de horas extras, mas sim da transmutação pura e simples de horas extraordinárias em horas ordinárias.

A realização ordinária de jornada acima dos limites viola, a um só golpe, o preceito constitucional do art. 7º, inc. XIII, como também o do inciso XVI.

Com efeito, conforme referido na parte geral deste estudo, o art. 7º, inc. XVI da Constituição, longe de autorizar a execução de jornada extraordinária, estabelece ônus econômico tendente a impedir ou desestimular sua realização.

Portanto, admitir a realização habitual de jornada extraordinária também viola o comando dado pelo art. 7º, inc. XVI da CRFB/1988.

Conclui-se, pelo exposto no presente tópico, que é forçoso reconhecer que o labirinto hermenêutico até então trilhado pela jurisprudência e pela doutrina, acabou por estimular o legislador reformista a aprofundar o patamar de precarização dos trabalhadores em se tratando de flexibilização de jornada.

Desse reconhecimento, decorre a necessidade de que o instituto do banco de horas sofra uma reapreciação completa à luz dos comandos constitucionais.

III.1.6 – JORNADA “12 POR 36”

Mais uma vez na esteira a construção jurisprudencial do C. TST, a Lei n. 13.467/2017 veio generalizar a adoção da jornada doze por trinta e seis. Senão vejamos o disposto no art. 59-A e seu parágrafo único:

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

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

A abertura para tolerar tal prescrição infraconstitucional veio inserta na Súmula n. 444 do TST, *verbis*:

Súmula nº 444 do TST

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE.

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, **prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho**, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas. (Grifamos)

Assim como observado no tratamento dado ao banco de horas (art. 59 e ss da CLT), o legislador aproveitou o que entendeu corroborar o caráter flexibilizatório e suprimiu ou subverteu as salvaguardas pretorianas correspondentes.

Neste sentido, constata-se que o parágrafo único do art. 59-A da CLT, ao contrário da Súmula n. 444 do TST, exclui o direito à remuneração dobrada para o trabalho no descanso semanal remunerado e em feriados. Além disso, o mesmo dispositivo, fictamente, considera compensadas as horas trabalhadas no período noturno, ou seja, em se tratando desse tipo de jornada, a hora noturna reduzida de 52 minutos e 30 segundos deixa de produzir efeitos práticos.

O novo regramento viola, pelos mesmos fundamentos expendidos no tópico precedente, o disposto no art. 7º, inc. XIII, da CRFB/1988, pois permite que essa modalidade de compensação seja pactuada sem a interveniência sindical obrigatória.

Além disso, a inovação fragiliza a garantia insculpida no art. 7º, inc. IX da Constituição, pois, a despeito de não excluir a incidência do adicional de insalubridade de 20%, ao extinguir os efeitos da hora noturna reduzida para os trabalhadores submetidos à jornada doze por trinta e seis, de forma discriminatória, reduz em 12,5% os valores devidos por oito horas noturnas trabalhadas desses empregados.

O dispositivo também viola o direito ao gozo do descanso semanal remunerado preferencialmente aos domingos (art. 7º, inc. XV, da CRFB/1988), uma vez que, potencialmente, esse regime dificulta a coincidência do descanso com o domingo, vulnerando, assim, também o direito ao convívio familiar (art. 227 da CRFB/1988).

O avanço sobre garantias constitucionais foi ainda mais longe. O legislador reformista inseriu o parágrafo único no art. 60, da CLT e, tal qual prevê o inciso XIII do art. 611-A da CLT,

dispensou a licença prévia das autoridades competentes como requisito para a extensão da jornada em ambientes insalubres.

Art. 60. Nas atividades insalubres [...] quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho [...]

Parágrafo único. Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso [...].

O C. TST, em oportuna e adequada revisão da sua jurisprudência, cancelou o entendimento até então contido na Súmula n. 349, que conferia validade a instrumento coletivo que pactuasse compensação de jornada em ambiente insalubre sem a prévia autorização das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho.

Todavia, como se observa, o verbete cancelado parece ter servido de fonte à inspiração do art. 60, parágrafo único da CLT que, a toda evidência viola diretamente o direito fundamental à saúde (arts 6º e 196, da CRFB/1988), bem como a garantia prevista no art. 7º, inc. XXII, da CRFB/1988, correspondente ao direito dos trabalhadores contarem com normas que reduzam o risco para acidentes e adoecimentos.

Passando à uma análise quanto ao cabimento da jornada “12 x 36” em si, constata-se que o legislador conferiu efetivo poder derogatório aos acordos individuais e às convenções e acordos coletivos sobre a Constituição, pois estabeleceu abstratamente limite de 12 (doze) horas diárias de trabalho, em frontal violação ao limite constitucional diário de 8 (oito) horas estabelecido pelo art. 7º, inc. III da CRFB/1988.

Não se desconhece que a jurisprudência, ao considerar as peculiaridades de alguns segmentos, vem admitindo a aplicação da jornada “12 x 36” por meio de negociações coletivas.

Poder-se-ia questionar o seguinte: se os tribunais admitem a jornada “12 x 36” em algumas situações, onde estaria a inconstitucionalidade do novo art. 59-A da CLT?

Num repente, a indagação leva a acreditar que o novo dispositivo deve ser considerado constitucional, pois se o Poder Judiciário, guardião da Constituição, aceita a jornada nele prevista, não haveria falar em vício.

Diferentemente, como é cediço, no exame abstrato de constitucionalidade das normas não há uma situação concreta a ser considerada, faz-se tão somente a análise de subsunção do direito objetivo examinado à Constituição. Se houver subsunção a norma é constitucional, caso contrário, inconstitucional. Trata-se, pois, de um processo de caráter objetivo.

Pois bem, o Poder Judiciário de um modo geral decide casos concretos e não abstratos, situações estas nas quais deverá o julgador ponderar os valores envolvidos de modo a entregar a tutela jurisdicional justa.

Ocorre que o justo nem sempre corresponde à exata dicção do direito objetivo. Neste passo impende lembrar a máxima de que nenhum direito é absoluto, nem mesmo os

inscritos na Constituição, ou seja, em dada circunstância um direito aparentemente absoluto pode produzir injustiça, razão pela qual, naquele caso esse direito deve ceder espaço para que outro promova a efetiva justiça.

É em razão dessa máxima que nos casos concretos a solução justa pode, eventualmente, discrepar do texto da lei ou até mesmo da Constituição.

Em consequência, o Poder Judiciário, em algumas situações específicas ao analisar os valores jurídicos envolvidos nos casos concretos tem admitido a aplicação da jornada “12 x 36”.

Acontece que a situação ora estudada não diz respeito a um caso concreto, mas a um direito objetivo que, a toda evidência, vulnerando o art. 7º, inc. XIII da Constituição.

Está-se diante de uma norma ordinária que prescreve limite de jornada 50% (cinquenta por cento) superior ao limite constitucional. A previsão ordinária rivaliza frontal e diretamente o comando constitucional.

Trata-se do grave risco de banalização do vilipêndio à Constituição que reclama o enfrentamento da questão em sede de controle concentrado de constitucionalidade por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou mesmo, por meio do controle difuso de constitucionalidade nos casos concretos que certamente virão.

III.1.7 – TELETRABALHO

O teletrabalho, assim considerado, segundo dicção do novo art. 75-B da CLT, como àquele cujo serviços são realizados preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo, foi regrado no capítulo II-A, inserido pela Lei n. 13.467/2017.

O trabalho realizado no domicílio do empregado já contava com regramento celetista, conforme se infere pelo disposto no art. 6º e seu parágrafo único:

Art. 6º - Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.

Parágrafo único - os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Constata-se que a definição do instituto dada pelo art. 75-B da CLT esclarece que não se tratar de trabalho externo, indicando por essa razão a possibilidade de controle da jornada de trabalho. No mesmo sentido, e com maior ênfase, o art. 6º, em especial o parágrafo único do dispositivo, consignam que, não obstante o trabalho seja realizado preponderantemente

fora das dependências do empregador, *os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.*

Até aqui, o que se via era uma inovação em sintonia fina com a flexibilização operada por outras nações do mundo. Uma flexibilização que visa oportunizar ao empregado maior tempo para o convívio familiar, colaborando desse modo para a concretização do ideal apontado pela OIT de promoção do trabalho decente.

A doutrina internacional é enfática em salientar que medidas de flexibilização da jornada de trabalho devem buscar a harmonização do trabalho com a vida familiar, nos termos do trecho abaixo transcrito referente a análise da OIT sobre a duração do trabalho no mundo:

Nossa sugestão é que a resposta apropriada para tais tendências é fazer da harmonização do trabalho com a vida familiar uma preocupação importante das políticas econômicas e sociais dos países de todos os níveis de desenvolvimento e de que a necessidade de preservar tempo suficiente para combinar o trabalho remunerado com o cuidado dos filhos, dos idosos, além de outras obrigações domésticas e familiares, deve ser elemento essencial dessas políticas. Iniciativas de cunho trabalho-família, tanto no plano nacional como no âmbito das empresas, são essenciais para assegurar não apenas o bem-estar dos trabalhadores, particularmente mulheres, das crianças, dos mais velhos e dos doentes, mas também os interesses de produtividade da economia em longo prazo.¹⁰⁷

Na mesma obra, os autores advertem que:

Medidas de flexibilização do tempo de trabalho, se mal planejadas, podem levar a jornadas extensas durante períodos substanciais e impedir os trabalhadores de cuidar plenamente de outros aspectos de sua vida que dependem da previsibilidade de seu horário de trabalho ou prejudicar períodos tradicionalmente reservados pela comunidade inteira ao lazer, à vida em família e às obrigações domésticas.¹⁰⁸

Como se pode verificar, a adoção do teletrabalho deve vir acompanhada por mecanismos garantidores de que o empregado não acabe por ser submetido a longas jornadas no seu próprio domicílio, de modo a converter a flexibilização benéfica em algo prejudicial ao trabalhador.

Em sentido oposto ao preconizado internacionalmente, a Lei n. 13.467/2017 adicionou o inciso III ao art. 62 da CLT, excluindo a obrigatoriedade do empregador controlar a jornada de trabalho dos empregados submetidos à essa modalidade de trabalho, *in litteris*:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

[...]

III - os empregados em regime de teletrabalho.

¹⁰⁷ **Duração do Trabalho em Todo o Mundo:** Tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada / Sangheon Lee, Deirdre McCann e Jon C. Messenger; Secretaria Internacional de Trabalho. – Brasília: OIT, 2009, p. 152.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 159.

Neste particular, a Lei n. 13.467/2017 trilhou caminho inverso ao tomado pelas Leis n. 12.619/2012 e 13.103/2015, que, finalmente, reconheceram que, dada a tecnologia atualmente embarcada nos caminhões, o exercício da atividade do motorista profissional ser plenamente passível de controle de jornada, razão pela qual não mais havia cabimento para a aplicação da exceção do art. 62, inc. II da CLT para esses trabalhadores.

Dando um grande passo para trás, o legislador reformista busca negar a óbvia possibilidade de controle de jornada por meio do emprego dos equipamentos telemáticos indispensáveis para o labor em telejornada.

O novo inciso III do art. 62 da CLT, em clara antinomia com o art. 6º e seu parágrafo único da CLT, além de agredir a própria deontologia do instituto do teletrabalho, viola flagrantemente o direito à limitação de jornada insculpido no art. 7º, inc. XIII da Constituição.

III.1.8 - FIM DO CARÁTER PUNITIVO DA SUPRESSÃO PARCIAL DO INTERVALO INTRAJORNADA

A efetividade de um direito depende de garantias que o concretizem, sejam elas de caráter positivo ou de caráter negativo. Vale dizer, há garantias de direitos que constituem estímulos à sua concretização (garantias positivas) e outras que preveem sanções para eventual violação ao direito (garantias negativas).

O intervalo intrajornada é período de descanso obrigatório destinado à realização de refeições e ao descanso prévio à retomada do labor, de modo a prevenir que a fadiga do trabalhador possa produzir, ao longo do tempo, o adoecimento deste. Trata-se, pois, de um direito-garantia que resguarda o direito fundamental à saúde (arts. 6º c/c 196, da CRFB/1988).

A redação original do art. 71, § 4º da CLT, corroborada pela Súmula n. 437 do C. TST, assim vinha redigido até o advento da Lei n. 13.467/2017:

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

[...]

§ 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

O dispositivo atingia uma dupla finalidade: reparatória e punitiva. Reparava-se o dano, por meio da remuneração do período não concedido como extra, assim como, a título de punição, mesmo o período parcialmente cumprido deveria ter seu pagamento repetido, também como extra.

A Lei n. 13.467/2017 veio, in pejus ao trabalhador, prescrever que:

Art. 71. *Omissis.*

[...]

§ 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.

Verifica-se que o novo texto, além excluir o caráter inibitório-punitivo previsto anteriormente, alterou a natureza da tutela reparatória de remuneratória para indenizatória e, neste sentido, violando até mesmo o princípio da reparação integral, uma vez que a verba paga a este título deixará de integrar a base de cálculo para férias, 13º salário, FGTS e outros.

O dispositivo em comento, associado ao já estudado art. 611-A, inc. III, da CLT, autorizando que negociação coletiva possa reduzir o intervalo intrajornada para apenas trinta minutos, constituem evidente retrocesso social, além de produzir flagrante violação à garantia inserta no art. 7º, inc. XXII, da CRFB/1988 (normas de proteção que reduza os riscos de acidente), bem como o direito fundamental à saúde (arts 6º c/c 196, da CRFB/1988).

IV - NOTAS CONCLUSIVAS

O Brasil vive, sem nenhuma dúvida, seu momento histórico mais crítico em termos de ataques legislativos ao seu conjunto normativo e institucional de proteção ao trabalho.

O sistema de proteção laboral observou, ao longo da história brasileira, um caminhar, por vezes lento, mas progressivo em direção à garantia de vida digna aos trabalhadores. Todavia, a pretexto de solucionar uma crise econômica inegavelmente aguda, impõe-se um retrocesso social sem precedentes por meio da Lei n. 13.467/2017.

A experiência internacional é vasta e demonstra que a flexibilização e fragilização do sistema de proteção laboral, em especial com relação à limitação da jornada, longe de aumentar, reduz a produtividade das empresas.

Em verdade, numa acepção econômica, o empobrecimento generalizado a ser produzido pela “reforma trabalhista” tende atingir em cheio o poder de compra do mercado consumidor doméstico. Trata-se da aplicação do “paradoxo dos custos” proposto por Michal Kalecki, notável economista polonês, segundo o qual *uma redução generalizada de salários em uma economia diminui também o mercado consumidor, reduzindo vendas e lucros*. Temos, portanto, de uma reforma legislativa que não interessa aos trabalhadores e nem mesmo aos empresários.

O fato é que a crise econômica, combinada com uma não menos grave crise política, turvou a realidade e criou o cenário ideal para que setores ultraconservadores pudessem realizar o “sonho” de destruir o Direito do Trabalho e as instituições que o aplicam.

Por outro lado, como a reforma trabalhista não adentrou no domínio constitucional, conforme abordado ao longo deste estudo, são várias as violações constitucionais verificadas em inúmeros dispositivos da Lei n. 13.467/2017, assim como, não menos frequentes são as violações aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil em matéria de proteção aos trabalhadores, notadamente Convenções Internacionais da OIT. Além disso, é preciso destacar, ainda, que o Direito do Trabalho, embora violentamente agredido, permanece com seu regime de princípios intocado, fato que abre oportunidade para (sem prejuízo de questionamentos acerca da constitucionalidade e da convencionalidade dos novos dispositivos), no campo hermenêutico, emprestar às novas regras interpretação compatível com os princípios juslaborais.

No entanto, a magnitude do retrocesso e da precarização social só poderão ser melhor dimensionados após tempo razoável de vigência da Lei n. 13.647/2017, de modo que seria inoportuna uma açodada busca pelo controle concentrado de constitucionalidade desta lei.

É imperioso que os operadores do Direito do Trabalho empreendam, para o bem da sociedade brasileira, intenso enfrentamento ao viés precarizante ínsito à reforma trabalhista trazida pela Lei n. 13.467/2017, evidenciando os efeitos econômicos e sociais deletérios dessa reforma.

Em síntese, espera-se que, decorrido prazo razoável após a entrada em vigor da nova legislação trabalhista e dissipada a nuvem de fumaça produzida pelas crises econômica e política, o Excelso Supremo Tribunal Federal possa, na condição de guardião último da Constituição, ser chamado a conformar a Lei n. 13.647/2017 aos ditames constitucionais de promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, fundada na valorização do trabalho humano.

TERCEIRIZAÇÃO NA REFORMA TRABALHISTA

Helder Santos Amorim

A Lei 13.429, de 31 de março de 2017, alterou a Lei 6.019/1974 para inserir os arts. 4º-A, 4º-B, 5º-A e 5º-B, que passaram a disciplinar a contratação interempresarial de serviços. Por ocasião da edição da norma, a imprensa divulgou que a nova legislação viria abolir limites à terceirização previstos na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), franqueando a ampla subcontratação de serviços no âmbito empresarial.¹⁰⁹ Tal consequência não se extraía, no entanto, da leitura dos novos enunciados.

Nesse primeiro momento, os arts. 4º-A e 5º-A conceituaram as figuras da empresa contratante e da empresa contratada para prestação de “*serviços determinados e específicos*”, expressão cuja indeterminação de conteúdo inviabilizava extrair-se autorização para prática de terceirização em todas as atividades empresariais. Essa foi a posição defendida pelo Procurador-Geral da República na ADI 5.735, por ele ajuizada em face da Lei 13.429, em que sustentou a inconstitucionalidade de interpretação que franqueasse terceirização em atividade-fim das empresas privadas e entes públicos. No mesmo sentido, os pareceres por ele lançados nas ADIs 5.685, 5.686 e 5.687, em face da mesma legislação.

Pouco mais de três meses após a edição daquela legislação, no entanto, adveio a Lei 13.467, de 14 de julho de 2017, que aprovou a denominada reforma trabalhista e, em seu art. 2º, alterou a redação do *caput* dos arts. 4º-A e 5º-A, inserindo os arts. 4º-C, 5º-C e 5º-D na Lei 6.019/1974.

A mais significativa alteração consistiu em inserir no texto legal, e de forma reiterada, autorização literal para contratação de serviços em “*qualquer uma das atividades da contratante*” (novo art. 4º-C, *caput*), “*inclusive sua atividade principal*” (art. 4º-A, *caput*), deixando indene de dúvida que a empresa tomadora pode contratar “*serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal*” (art. 5º-A, *caput*). Com uso dessas expressões, as novas disposições eliminaram espaço interpretativo que a esse respeito antes reservava a expressão “*serviços determinados e específicos*”, constante das disposições alteradas.

Ao fim dessas seguidas inovações legislativas, a Lei 6.019/1974 passou a disciplinar a contratação de serviços em seus arts. 4º-A a 4º-C e 5º-A a 5º-D, dispostos nos seguintes termos:

¹⁰⁹ EBC Agência Brasil, digital, edição 31/3/2017. Com vetos, Temer sanciona lei que permite terceirização de atividade-fim. (<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-03/temer-sanciona-lei-que-permite-terceirizacao-em-atividade-fim-das-empresas>); *Jornal do Brasil*, digital, edição de 31/3/2017. Michel Temer sanciona lei da terceirização em todas as atividades (<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/03/31/michel-temer-sanciona-lei-da-terceirizacao-em-todas-as-atividades/>); G1 Economia, digital, edição 27/3/2017. Entenda o projeto de lei da terceirização para todas as atividades - Texto foi aprovado pela Câmara dos Deputados nesta quarta-feira (22) e vai para a sanção do presidente Michel Temer (<http://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-o-projeto-de-lei-da-terceirizacao-para-todas-as-atividades.ghtml>); El País, digital, edição de 23/3/2017. Câmara aprova terceirização para todas as atividades - Entenda o que muda (http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490127891_298981.html).

Lei 6.019/1974:

Art. 4o-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos. ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

Art. 4o-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

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

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

Art. 4o-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros: ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

II - registro na Junta Comercial; ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros: ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais); ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

Art. 4o-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4o-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições: ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

I - relativas a:

a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

b) direito de utilizar os serviços de transporte; ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir. ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço. ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

§ 1o Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo. ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

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

padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.” ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

.....

Art. 5o-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos. ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

Art. 5o-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal. ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

§ 1o É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços. ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

§ 2o Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes. ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

§ 3o É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato. ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

§ 4o A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado. ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

§ 5o A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991. ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

Art. 5o-B. O contrato de prestação de serviços conterá: ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

I - qualificação das partes; ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

II - especificação do serviço a ser prestado; ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

III - prazo para realização do serviço, quando for o caso; ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

IV - valor. ([Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017](#))

Art. 5o-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4o-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados. ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

Art. 5o-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado. ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#)).

Os novos enunciados revelam a vontade do legislador de veicular a mais ampla autorização para prestação de serviços terceirizados em quaisquer das atividades da empresa tomadora, *“inclusive sua atividade principal”* (art. 4º-A, *caput*), em superação aos limites identificados na vintenária Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), de 1993. O item III do verbete considera legal a terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente pessoalidade e subordinação direta:

[...]

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983), de conservação e limpeza, bem como a de **serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.**

Embora o verbete não o diga expressamente, essa jurisprudência parte da premissa de que a terceirização em atividades finalísticas implica contratação de trabalhadores por empresa interposta, configurando intermediação ilícita de mão de obra, fraude ao regime de emprego coibida pelo art. 9º da CLT, conforme se infere da leitura do item III, acima, articulado com o item I da Súmula 331:

I - **A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal**, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974).

Não obstante a aparente superação desses limites à terceirização, no plano legislativo, no entanto, as disposições que autorizam terceirização de todas as atividades empresariais, inclusive suas atividades principais, encontram óbice na Constituição de 1988, tendo em vista a violação perpetrada aos seguintes bens e valores constitucionais:

- a) esvaziam a efetividade dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (CRFB/1988, arts. 1º, inc. IV; 7º a 11; 170, incs. VII e VIII, e 193);
- b) violam a função social constitucional da empresa (CRFB/1988, **arts. 1º, inc. IV; 5º, inc. XXIII e 170, inc. III, c/c arts. 7º, inc. XII; 24, inc. XIV; 212, § 5º; 218, § 4º, e 227**);
- c) contrariam o princípio isonômico nas relações de trabalho (CRFB/1988, art. 5º, caput e inc. I, e art. 7º, inc. V);
- d) violam a regra constitucional do concurso público no âmbito das empresas estatais exploradoras de atividade econômica (art. 37 e 173, § 1º, inc. II).

Os referidos dispositivos ainda são recusados em controle de convencionalidade, na medida em que vulneram demasiadamente o cumprimento das Convenções 155 (arts. 5, 13 e 19) e 29 (item 1.1) da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que tratam, respectivamente, da política nacional de proteção à saúde e segurança no trabalho e da erradicação do trabalho escravo. Vejamos.

TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES FINALÍSTICAS. VIOLAÇÃO AO REGIME CONSTITUCIONAL DE EMPREGO SOCIALMENTE PROTEGIDO

São inconstitucionais as disposições do *caput* dos arts. 4º-A, 4º-C e 5º-A da Lei 6.019/1974, com redação conferida pela Lei 13.467/2017, nos pontos em que autorizam a empresa tomadora a contratar “*serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal*” (art. 5º-A, *caput*), e que identificam os serviços passíveis de contratação como aqueles “*que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante*” (art. 4º-C, *caput*), “*inclusive sua atividade principal*” (art. 4º-A, *caput*).

O primeiro fundamento de inconstitucionalidade reside em que a terceirização de atividades finalísticas ou principais da empresa contratante implica **violação ao regime constitucional de emprego socialmente protegido**, inscrito nos arts. 1º, inc. IV, 7º a 11, 170, incs. VII e VIII, e 193 da Constituição.

Apesar de formalmente vinculado à empresa prestadora o trabalhador terceirizado desenvolve atividades inseridas na dinâmica empresarial da empresa tomadora, submetido

às injunções do contrato comercial de prestação de serviços, que fragilizam profundamente a eficácia de seus direitos, impondo a essa **relação de emprego terceirizado** profunda fragilidade jurídico-social.¹¹⁰ Submetido a uma triangulação relacional, o emprego terceirizado padece de grave déficit de efetividade normativa, por uma intensidade e por uma qualidade protetiva muito inferior ao padrão constitucionalmente assegurado à relação de emprego, concebido sob projeção relacional entre o obreiro e o beneficiário final de sua mão de obra.

Essa redução protetiva decorre da ausência, no emprego terceirizado, de elementos que integram o conteúdo de sentido histórico conferido pela Constituição de 1988 à relação de emprego, e que têm por função conferir-lhe alta densidade de proteção social: a **integração do trabalhador na organização da empresa**, a **pretensão de continuidade do vínculo de trabalho** e a **personalidade na prestação do labor**.

A Constituição de 1988 inseriu os direitos sociais dos trabalhadores no Capítulo II – Dos Direitos Sociais – de seu Título II, dedicado aos **Direitos e Garantias Fundamentais**, iniciando essa proclamação em seu art. 7º, inc. I, com reconhecimento do direito à “*relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa*”. Aqui a relação de emprego figura como fonte de todos os demais direitos trabalhistas previstos nos artigos 7º a 11, além dos direitos previstos na legislação infraconstitucional e nas negociações coletivas.

Consagrando a noção jurídica de **relação de emprego** construída no seio da doutrina social do século XX, a norma constitucional se apropria de conteúdo de sentido histórico que agrega elementos de proteção social reconhecidos por normas internacionais de proteção ao trabalho, conforme se infere da **Recomendação 198 da OIT**, de 31 de maio de 2006. Com a preocupação de “*combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto (...) de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro ‘status’ legal*” (item 4.b), o documento propõe, no âmbito das políticas nacionais, que os membros definam em suas leis e regulamentos “*indicadores específicos da existência de uma relação de trabalho*”, com destaque para os seguintes elementos fáticos, que revelam pretensão de consenso entre os Estados-membros acerca de características fundamentais da relação de emprego (item 4): a) o trabalho deve ser realizado envolvendo a **integração do trabalhador na organização da empresa** (tem 13.a); c) **o trabalho deve ser realizado pessoalmente pelo trabalhador** (13.a); e d) o trabalho deve ter **uma duração particular e uma certa continuidade no tempo** (13.a).

A Constituição de 1988 consagra todos esses elementos de proteção social ao vínculo de emprego.

Quanto à pretensão de continuidade temporal do vínculo de trabalho, o art. 7º, inc. I, da Constituição garante proteção da relação de emprego “*contra despedida arbitrária ou sem justa causa, mediante indenização (...)*”, revelando objetivo constitucional de desestimular a extinção do vínculo de emprego sem motivo justo ou razoável, em linha de sintonia com o **princípio da continuidade da relação de emprego**.¹¹¹

¹¹⁰ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2015. Conforme Capítulo IV, itens 5 e 6, p. 92/112.

¹¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho**. Vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 407.

Arnaldo Süssekind analisa historicamente a elaboração da Constituição de 1988, registrando que a diretriz prevalecente na Assembleia Nacional Constituinte foi a de dificultar a despedida do empregado por meio de um conjunto de normas de proteção à continuidade do contrato de trabalho, contidas no art. 7º da Constituição, a saber: a) *indenização compensatória* (inc. I); b) *seguro-desemprego* (inc. II); c) *levantamento dos depósitos do FGTS* (inc. III) e d) *aviso prévio proporcional ao tempo de serviço* (inc. XXI). Disso conclui que “a regra que resulta da Constituição é, portanto, a da **efetividade do trabalhador no emprego**”, independente da estabilidade absoluta ou relativa, deferida a alguns trabalhadores, em regime de exceção.¹¹²

Mas, a efetividade do vínculo de emprego é concretizada, na Constituição, não apenas por meio do desestímulo ao ato de dispensa. Ela ainda se aperfeiçoa no direito a depósitos do **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço** (CRFB/1988, art. 7º, inc. III), voltados a conferir estabilidade econômica ao trabalhador e à sua família, cuja eficácia depende, ao mesmo tempo, de uma boa remuneração aliada à continuidade do emprego.

Igualmente, o direito a **férias anuais remuneradas** (CRFB/1988, art. 7º, inc. XVII), como garantia de higiene mental e de convivência familiar e social, depende fundamentalmente de certa estabilidade temporal do vínculo de emprego, de forma a permitir a formação de sucessivos períodos aquisitivos e concessivos de férias.

Também ao garantir ao trabalhador **aviso prévio proporcional ao tempo de serviço** (CRFB/1988, art. 7º, inc. XXI), o Constituinte de 1988 objetivou conferir uma desvinculação mais suave aos contratos de maior duração, garantindo ao trabalhador que por mais de um ano esteve a serviço de um empreendimento a possibilidade de usufruir de maior prazo na busca pelo novo emprego.¹¹³ Essa garantia possui nítida finalidade estabilizadora do emprego como fonte de sustento do trabalhador e de sua família.

A garantia do direito a uma **aposentadoria** (art. 7º, inc. XXIV) que se submete à condição aquisitiva de “*trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher*” (art. 201, § 7º, 1º), por sua vez, revela pretensão constitucional por um padrão de vínculo de emprego maximamente estável no tempo, capaz de viabilizar ao trabalhador a contribuição pessoal e patronal continuada, por longo período, a fim de garantir-lhe amparo na velhice como exigência de uma ordem social que “*tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social*” (art. 193).

¹¹² SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 49. A jurisprudência do STF reconhece essa pretensão constitucional de continuidade do vínculo de emprego. No julgamento de medida liminar na ADI 1.480-3, Relator Ministro CELSO DE MELLO, em que se questiona a constitucionalidade da Convenção 158 da OIT, que trata de restringir o término da relação de emprego por iniciativa do empregador, a Corte, embora afastando a incidência da estabilidade no emprego, ressaltou a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com os princípios que orientam a Convenção e outras normas internacionais, voltados à proteção da continuidade do vínculo de emprego. STF, Tribunal Pleno. ADI 1.480-3/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. DJe, 18 mai. 2001. Em idêntico sentido, no julgado da ADI 1.721-3/DF, Relator Ministro AYRES BRITTO, em que o STF declarou a inconstitucionalidade do § 2º do art. 453 da CLT, inserido pela Medida Provisória 1.596-14/97, nele foram estabelecidas premissas para interpretação do art. 7º, I, da Constituição, no sentido de extrair-se do enunciado a vontade constitucional de promover o **desestímulo patronal ao ato de dispensa** por meio de indenização compensatória. STF, Tribunal Pleno. ADI 1.721-3/DF. Rel. Min. AYRES BRITTO. DJe, 29 jun. 2007.

¹¹³ Nos termos do art. 1º da Lei n. 12.506/2011, o aviso prévio de que trata a CLT será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa. Prevê o parágrafo único que “*ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias*”.

O mecanismo da terceirização, ao promover **alta rotatividade de mão de obra**, frustra profundamente essa pretensão constitucional de continuidade do vínculo de emprego, esvaziando a eficácia dos direitos que dela dependem.

Em pesquisa recente, em que se analisa o processo de terceirização no Estado de São Paulo, no período de 1985 a 2010, constata-se que o tempo médio de permanência no posto de trabalho terceirizado mantém-se ao redor dos 18 (dezoito) meses, o que equivale a um ano e meio de contratação.¹¹⁴

Assim, trabalhadores terceirizados que têm contratos de trabalho sucessivamente extintos antes de completar um ano de trabalho não chegam a adquirir direito de gozo às férias anuais remuneradas (CRFB/1988, art. 7º, inc. XVII); os que têm os contratos extintos no curso do segundo ano de trabalho, provavelmente não usufruem as férias, por não permanecerem no emprego nos doze meses consecutivos que compreendem o período concessivo. Geralmente, nesses casos, recebem em pecúnia a remuneração proporcional de férias não gozadas e emendam contratos sucessivos de trabalho com empregadores diferentes, sem gozo de férias, o que termina monetizando um direito fundado em considerações e metas relacionadas à política de saúde pública.¹¹⁵ A prática esvazia sobremaneira a eficácia do direito fundamental voltado à regeneração física e mental e à promoção do convívio social e familiar do trabalhador.

A alta rotatividade dos empregos terceirizados também prejudica a obtenção de depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (CRFB/1988, art. 7º, inc. III), prejudicando a estabilidade econômica familiar; reduz drasticamente a possibilidade de gozo de um aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, na forma do art, 7º, inc. XXI, da Constituição;¹¹⁶ reduz o tempo de contribuição previdenciária, necessária à aquisição da aposentadoria, na forma do art. 7º, inc. XXIV, da Constituição.¹¹⁷

Outro elemento integrante do regime constitucional de emprego socialmente protegido, fatalmente afetado pela terceirização, diz respeito à **pretensão de máxima integração do trabalhador à vida da empresa**. Como ideal comunitário, essa integração tem por finalidade assegurar ao trabalhador o desenvolvimento humano e profissional, permitir a organização coletiva do trabalho e beneficiar o trabalhador com a estabilidade temporal e econômica inerente ao núcleo da organização produtiva.

Essa vinculação do trabalhador ao empreendimento econômico é elemento integrante da noção constitucional de categoria profissional, em que repousa o modelo de organização sindical brasileira por categoria profissional e econômica, concebido pelo art. 8º, I, da Constituição. Essa norma incumbe ao sindicato a defesa dos interesses e direitos da

¹¹⁴ POCHMANN. Márcio. **Sindeepres, trajetória da terceirização**. Disponível em: <<http://sindeepres.org.br/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf>> Acesso em 25/5/2017, p. 29.

¹¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13.ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1020.

¹¹⁶ Lei n. 12.056/2011.

¹¹⁷ “Em destaque, a inegável descontinuidade dos contratos de trabalho faz com que o tempo de trabalho na mesma empresa seja relativamente baixo, o que dificulta, inclusive, a contribuição para o sistema de aposentadoria e pensão”. POCHMANN. Márcio. **Sindeepres, trajetória da terceirização**. Op. Cit. p. 31.

categoria (CRFB/1988, art. 8º, inc. III), reservando-lhe a atribuição da negociação coletiva (art. 8º, inc. VI).¹¹⁸

Conforme escólio de Arnaldo Süssekind, à luz dos arts. 511 e 570 da CLT, recepcionados pela Constituição de 1988 conforme jurisprudência do STF,¹¹⁹ “o empregado (...) compõe a categoria profissional correspondente à categoria econômica que pertence a empresa em que trabalha, pouco importando a função que nela exerce” (...).¹²⁰ Ao vincular o exercício da liberdade de associação profissional a um modelo de organização sindical definido pela natureza da atividade econômica do empregador, a Constituição pressupõe a integração do trabalhador ao empreendimento econômico como condição de eficácia dos instrumentos de realização dessa liberdade, tais como as convenções e acordos coletivos de trabalho (CRFB/1988, art. 7º, inc. XXVI) e a greve, quando necessária, na forma da lei (art. 9º).

A interação do trabalhador com o centro da atividade econômica que se beneficia de seu trabalho também constitui pressuposto de eficácia do direito à participação nos lucros, previsto no art. 7º, inc. XI, da Constituição.¹²¹ Regulamentada pela Lei 10.101, de 19 de dezembro de 2000, a participação nos lucros ou resultados é direito remetido à negociação coletiva.¹²² Sua eficácia depende do desenvolvimento institucional e econômico da empresa, para gerar lucros e resultados.

Analisando os princípios da ordem econômica na Constituição de 1988, fundada na valorização do trabalho (CRFB/1988, art. 170, *caput*), José Afonso da Silva identifica na “*busca do pleno emprego*” (art. 170, inc. VIII) um objetivo que também remete à integração do trabalhador à empresa, a fim de que o trabalho participe do produto da riqueza e da renda na proporção de sua posição na ordem econômica constitucional.¹²³

Segundo o autor, a busca do pleno emprego, que se opõe às políticas recessivas, é expressão que abrange a utilização de todos os recursos produtivos, em grau máximo, figurando primeiramente, portanto, no sentido de propiciar trabalho a todos os que estejam em condições de exercer atividade produtiva. Mas, adverte o autor, quando harmonizado esse objetivo com o princípio de valorização do trabalho humano, pretende também a Constituição que o trabalho se beneficie da riqueza por ele produzida, na medida de sua importância:

¹¹⁸ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; (...) VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

¹¹⁹ STF, Tribunal Pleno. Mandado de Injunção 1.448. Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. DJe, 28 mai. 1993.

¹²⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 388.

¹²¹ X - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.

¹²² Lei n. 10.101/2000, art. 2º.

¹²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 728.

(...) isso impede que o princípio seja considerado apenas como mera busca quantitativa, em que a economia absorva a força de trabalho disponível, como o consumo absorve mercadoria. Quer-se que o trabalho seja a base do sistema econômico, receba o tratamento de principal fator de produção e participe do produto da riqueza e da renda em proporção de sua posição na ordem econômica (sem destaque no original).¹²⁴

Esse conteúdo de proteção social constitucional dirigido ao regime de emprego se vê profundamente frustrado pela terceirização radicalizada na atividade-fim da empresa, que **expulsa o trabalhador de sua autêntica categoria profissional**, da vida comunitária da empresa e do núcleo da atividade econômica para a qual empresta sua mão de obra.

Deixando de integrar a categoria profissional vinculada à atividade econômica da empresa beneficiária da mão de obra, o trabalhador terceirizado é remetido a artificiosas categorias de prestadores de serviços, destituídas de poder de reivindicação de ganhos econômicos, em face da distância formal do polo econômico e da instabilidade institucional de seu empregador na relação contratual mantida com a empresa tomadora. Esse *apartheid* sindical induz a grave déficit de efetividade do direito fundamental à liberdade sindical e aos mecanismos de conquista coletiva de melhoria de condição social do trabalhador, assegurados pela Constituição, tais como a negociação coletiva e a greve, quando necessária (arts. 7º, *caput*, 8º e 9º).

No âmbito da empresa tomadora, a mera possibilidade da terceirização de todas as atividades empresariais, em substituição ao emprego direto, já constitui ameaça permanente de desemprego ou de emprego terceirizado, de baixa qualidade, fator de frustração do poder de organização coletiva e de reivindicação sindical. O enfraquecimento da negociação coletiva, aliada à frágil posição econômica da empresa prestadora de serviços, praticamente inviabiliza o gozo, pelo trabalhador terceirizado, de direito à participação nos lucros e resultados (CRFB/1988, art. 7º, inc. XI).

O exercício desse direito depende de previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, na forma da Lei 10.101/2000. Por sua vez, o lucro empresarial no setor da prestação terceirizada de atividade reside, basicamente, na diferença entre o preço cobrado pelo serviço e o custo estimado de sua produção, especialmente o custo da força de trabalho, que constitui elemento central do contrato. Essa lógica propositadamente pressiona o enxugamento máximo do custo com pessoal, forçando a redução remuneratória e esvaziando espaço para participação do trabalhador nos ganhos econômicos da empresa.

O **rebaixamento remuneratório** também é consequência inerente à dinâmica da terceirização, que lhe confere o sentido mercadológico.

Na pesquisa sobre processo de terceirização no período de 1985 a 2010, Márcio Pochmann constata que o salário médio real dos trabalhadores terceirizados do Estado de São Paulo, *“desde a década de 1980, [...] não representou mais do que 50% do valor estimado*

¹²⁴ Idem.

do salário médio real dos trabalhadores em geral".¹²⁵ Recente dossiê elaborado pelo Dieese/CUT sobre o impacto da terceirização em diversos setores da economia brasileira, revela que em dezembro de 2010 a remuneração dos trabalhadores terceirizados, objeto do estudo, era 27,1% menor do que a remuneração dos trabalhadores diretamente contratados, que exercem idêntica função.¹²⁶

A redução remuneratória do trabalho terceirizado influencia, por sua vez, o rebaixamento de todos os direitos trabalhistas incidentes sobre a remuneração, tais como o décimo terceiro salário, FGTS, gratificação de férias, indenizações rescisórias etc.

Com menor remuneração, o trabalhador terceirizado sujeita-se a **maior incidência de jornada extraordinária**. Revela o estudo do Dieese, acima referido, que o grupo de trabalhadores observado realizava jornada de trabalho 03 (três) horas, pelo menos, superiores à jornada contratada.¹²⁷ Esse aumento de jornada, praticada continuamente, sem o gozo seguro de férias, aprofunda o esgotamento físico e mental, favorecendo a maior ocorrência de adoecimentos profissionais.

Ao final dos contratos de menor duração, os trabalhadores terceirizados ainda se sujeitam a **maior inadimplência de direitos rescisórios** (aviso prévio, indenização, férias e décimo terceiro proporcionais etc.), conforme também confirma o dossiê do Dieese. Diz o estudo que, principalmente nos setores de vigilância e asseio e conservação, os calotes são constantes, ou seja, *"a empresa 'desaparece' e os trabalhadores(as) não recebem as verbas indenizatórias as quais têm direito com o fim do contrato"*.¹²⁸

Esse quadro eleva sobremaneira a judicialização de lides voltadas à satisfação de direitos incontroversos, figurando a terceirização como fator de **elevação da conflituosidade trabalhista**, que sobrecarrega ainda mais a Justiça do Trabalho.

Ademais, a lógica de máximo enxugamento do custo da mão de obra, imposta pelo mecanismo da terceirização de serviços, conduz à **redução de investimentos em medidas de proteção à saúde e segurança do trabalhador**, dificultando a implementação do direito fundamental previsto no art. 7º, inc. XXII, da Constituição da República, que garante a *"redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança"*.

Dados divulgados pelo Dieese dão notícia de que a maioria dos **acidentes de trabalho** ocorridos no país vitima trabalhadores terceirizados, especialmente em setores econômicos com mais altos níveis de risco, tais como o setor de energia elétrica, siderurgia, extração e refino de petróleo etc,¹²⁹ o que evidencia maior precariedade das condições ambientais de trabalho no espaço da terceirização.

¹²⁵ POCHMANN, op. cit., p. 29.

¹²⁶ Terceirização e Desenvolvimento, uma conta que não fecha. DIEESE/CUT: São Paulo, 2011, p. 13. Disponível em: <http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf>. Acesso em: 05.07.2014, p. 06.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Idem, p. 13.

¹²⁹ Idem, p. 14.

O § 3º do art. 5º-A da Lei 6.019/1974, com redação dada pela Lei 13.429/2017, imputa à empresa contratante responsabilidade pelas condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores “*quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato*”.¹³⁰ Essa responsabilidade não garante, entretanto, a eficácia da norma de direito fundamental (CRFB/1988, art. 7º, inc. XXII) em sua conformação articulada com a **Convenção 155 da OIT**, de 22/6/1981, ratificada pelo Brasil em 18/5/1993, que trata de segurança e saúde do trabalhador.¹³¹

Por meio dessa normativa internacional de direitos humanos, por isso dotada de *status* hierárquico supralegal,¹³² o Brasil obrigou-se a formular e colocar em prática uma política nacional de segurança e saúde dos trabalhadores com o objetivo de prevenir acidentes e doenças que decorram ou tenham relação com o trabalho (artigo 4, itens 1 e 2).¹³³

Segundo a norma internacional, essa política, fundada no princípio de permanente cooperação entre empregador e trabalhadores (art. 20), exige do país adoção de ações normativas que pressupõem a existência de alguma relação de pessoalidade entre o trabalhador e a empresa titular do ambiente de trabalho, assim como sua presença minimamente estável nesse ambiente, especialmente nas atividades industriais. São exemplos dessas ações: (i) **adaptação** do maquinário, dos equipamentos, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e das operações e processos **às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores** (art. 5.b)¹³⁴; (ii) **habilitação** dos trabalhadores ou seus representantes na empresa **para examinarem todos os aspectos da segurança e a saúde relacionados com seu trabalho**, devendo ser consultados nesse sentido pelo empregador etc. (art. 19.e)¹³⁵; (iii) **proteção, contra medida disciplinar injustificada**, do trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo

¹³⁰ § 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

¹³¹ Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17/3/1992, e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29/9/1994.

¹³² Na linha dos precedentes firmados pelo STF no RE 466.343/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO; RE 349.703/RS, Relator Ministro AYRES BRITTO, e HC 87.585/TO, Ministro MARCO AURÉLIO.

¹³³ Art. 4 - 1. Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho. 2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho.

5. A política à qual se faz referência no artigo 4 da presente Convenção deverá levar em consideração as grandes esferas de ação que se seguem, na medida em que possam afetar a segurança e a saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho: (...) b) relações existentes entre os componentes materiais do trabalho e as pessoas que o executam ou supervisionam, e adaptação do maquinário, dos equipamentos, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores.

¹³⁴ 5. A política à qual se faz referência no artigo 4 da presente Convenção deverá levar em consideração as grandes esferas de ação que se seguem, na medida em que possam afetar a segurança e a saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho: (...) b) relações existentes entre os componentes materiais do trabalho e as pessoas que o executam ou supervisionam, e adaptação do maquinário, dos equipamentos, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores.

¹³⁵ 19. Deverão ser adotadas disposições, em nível de empresa, em virtude das quais: [...] e) os trabalhadores ou seus representantes e, quando for o caso, suas organizações representativas na empresa estejam habilitados, de conformidade com a legislação e a prática nacionais, para examinarem todos os aspectos da segurança e da saúde relacionados com seu trabalho, e sejam consultados nesse sentido pelo empregador. Com essa finalidade, e em comum acordo, poder-se-á recorrer a conselheiros técnicos alheios à empresa.

iminente e grave para sua vida ou sua saúde, **não podendo o empregador exigir o retorno ao trabalho enquanto não houver tomado medidas corretivas** (arts. 13 e 19.f).¹³⁶

É ineficaz o implemento de uma política dessa natureza e intensidade em cenário de relações intermediadas de trabalho na atividade principal da empresa. A rotatividade dos trabalhadores terceirizados nos vários ambientes das empresas tomadoras de serviços torna impraticável a adaptação de máquinas, equipamentos e processos de trabalho às suas específicas capacidades físicas e mentais. Da mesma forma, a alta rotatividade de mão de obra, própria da terceirização, inviabiliza a habilitação permanente dos trabalhadores para identificar e se proteger dos riscos presentes no ambiente de trabalho.

Afastada na terceirização a **relação de pessoalidade** entre o trabalhador e o tomador do serviço, titular do ambiente de trabalho, a recusa do trabalhador terceirizado em trabalhar sob iminente perigo à sua vida e saúde não possui a desejada eficácia protetiva, mas apenas o submete a situação de absoluta fragilidade relacional na defesa sua saúde e segurança.

Esses elementos demonstram que a terceirização radicalizada na atividade-fim da empresa distancia o Brasil do cumprimento da normativa internacional de proteção à saúde e segurança do trabalhador. O mesmo ocorre em relação à **Convenção 29 da OIT**, por meio da qual o Brasil se compromete a suprimir o emprego do trabalho escravo “*sob todas as suas formas*” (art. 1.1).¹³⁷

A terceirização constitui veículo usual de exploração do trabalho em **condições análogas à escravidão**. Ao analisar as dez maiores operações de combate ao trabalho escravo realizadas no país, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, nos anos de 2010 a 2013, Vitor Filgueiras constata que 84,3%, em média, dos trabalhadores encontrados em condições análogas a de escravo, estavam subcontratados por interposta empresa, em regime de terceirização.¹³⁸

Essa análise revela o alto risco social do modelo relacional fomentado pela terceirização irrestrita, como veículo de exploração predatória do trabalho no Brasil, certamente influenciado por condicionamentos econômicos, sociais e culturais que sobrelevam a vulnerabilidade dos trabalhadores mais carentes, principalmente nas regiões mais pobres do país, em profundo contraste com o ideal constitucional e democrático de afirmação dos direitos fundamentais sociais de todos os trabalhadores brasileiros.

Evidente, portanto, que as normas que autorizam a terceirização de todas as atividades empresariais, inclusive de suas atividades principais, assim consideradas as atividades

¹³⁶ 13. De conformidade com a prática e as condições nacionais, deverá ser protegido, de conseqüências injustificadas, todo trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde. [...] 19.f) o trabalhador informará imediatamente o seu superior hierárquico direto sobre qualquer situação de trabalho que, a seu ver e por motivos razoáveis, envolva um período iminente e grave para sua vida ou sua saúde. Enquanto o empregador não tiver tomado medidas corretivas, se forem necessárias, não poderá exigir dos trabalhadores a sua volta a uma situação de trabalho onde exista, em caráter contínuo, um perigo grave ou iminente para sua vida ou sua saúde.

¹³⁷ Convenção 29 da OIT. Aprovada pelo Decreto Legislativo 24, de 29/5/1956, do Congresso Nacional e promulgada pelo Decreto 41.721, de 25/6/1957.

¹³⁸ FILGUEIRAS, Vitor Araujo. Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência? Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/532642-terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo-coincidencia> > Acesso em 19/5/2017.

finalísticas, que definem a vocação empresarial, violam arts. 1º, inc. IV, 7º a 11, 170, incs. VII e VIII, e 193 da Constituição, por esvaziar a garantia constitucional de relação de emprego socialmente protegido.

TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES FINALÍSTICAS. VIOLAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A terceirização irrestrita das atividades finalísticas da empresa ainda implica negação de suas funções sociais constitucionais, desfigurando o **valor social da livre-iniciativa**, em violação ao princípio fundamental da República consagrado no art. 1º, inc. IV, da Constituição.¹³⁹

A função social da propriedade (CRFB/1988, art. 5º, inc. XXIII) constitui cláusula constitucional de condicionamento social da livre-iniciativa que, elevada a princípio da ordem econômica (art. 170, inc. III), alveja a propriedade dos bens de produção. Esse princípio se encontra densificado na regra do art. 186 da Constituição, que submete a propriedade rural a uma função social, como critério de exclusão de sua desapropriação por interesse social (CRFB/1988, art. 184), exigindo, para tanto, a “*observância das disposições que regulam as relações de trabalho*” (inc. III) e a “*exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores*” (IV) (sem destaques no original).

Tal exigência de conformação social-trabalhista da propriedade produtiva se irradia, como princípio, a qualquer empreendimento econômico, na medida em que, em seu art. 7º, *caput*, a Constituição destina as disposições que regulam as relações de trabalho, indistintamente, a “*trabalhadores urbanos e rurais*”.

A prática da terceirização radicalizada da atividade-fim enseja a esdrúxula figura da **empresa sem empregados** – indústria sem industriários, comércio sem comerciários, agricultura e a pecuária sem rurícolas –, todos lançados a terceiras empresas, prestadoras de serviços. Esse modelo organização empresária sem empregados, que se utiliza unicamente de trabalho terceirizado, nega à empresa a função social promotora de emprego socialmente protegido, afrontando bens e valores constitucionais de primeira grandeza, senão vejamos.

Ao reduzir artificialmente seu quadro de empregados, por meio da terceirização irrestrita, a empresa pode eximir-se de participar da política social de **inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho**, prevista no art. 24, inc. XIV, da Constituição.¹⁴⁰ No plano infraconstitucional, essa política social se faz pela imposição de contratação de pessoas com deficiência, destinada às empresas com mais de 100 (cem) empregados, proporcionalmente ao seu número de empregados, conforme previsto no art. 93 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.¹⁴¹ Fragmentando a terceirização de todas as suas atividades, a empresa poderia evadir-se do cumprimento de sua atribuição social.

¹³⁹ DELGADO; AMORIM, op. cit., p. 135/142.

¹⁴⁰ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

¹⁴¹ A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados: 2%; II - de 201 a 500:3%; III - de 501 a 1.000: 4%; IV - de 1.001 em diante: 5%.

Socorrendo-se da terceirização de atividades finalísticas, a empresa ainda pode isentar-se de participar da política de **inserção e qualificação do jovem trabalhador no mercado de trabalho**, com assento no art. 227 da Constituição, como mandamento de proteção ao direito de ampla profissionalização.¹⁴² Esse direito encontra-se conformado na obrigação legal empresarial de contratação de uma cota de trabalhadores aprendizes, equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos empregados existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional, nos termos do art. 429 da CLT.

A empresa vazia de empregados também se isenta de participar de importantes programas sociais com assento constitucional, tais como o programa do **salário-educação**, previsto no art. 212, § 5º, da Constituição, que custeia a educação básica; o programa do **salário-família**, previsto no art. 7º, inc. XII, e o **Programa de Integração Social**, que financia o seguro-desemprego, na forma do art. 239 da Constituição.

A terceirização irrestrita colide com a **política de fomento ao desenvolvimento científico, de pesquisa e capacitação tecnológicas**, prevista no art. 218, § 4º, da Constituição.¹⁴³ O radical enxugamento do custo da mão de obra, imposto pela subcontratação de serviços, afasta o investimento em formação profissional do trabalhador e inviabiliza o incentivo à produtividade por meio da participação do trabalhador nos ganhos econômicos resultantes de seu trabalho, na medida em que esses ganhos passam a integrar a estreita margem de lucro da empresa prestadora de serviços.

Nesse sentido, ao fragmentar institucionalmente a empresa, destituindo o trabalhador do espaço de desenvolvimento pessoal e profissional, inclusive na atividade finalística da organização, a terceirização irrestrita reduz a livre-iniciativa a expressão do lucro como fim em si mesmo, no interesse individual do empreendedor. Essa expressão empresarial individualista viola o primado republicano que proclama o valor social da livre-iniciativa (CRFB/1988, art. 1º, inc. IV), ensejando profundo desequilíbrio na relação de forças entre capital e trabalho, em prejuízo ao projeto constitucional de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I).

Nesse sentido, a terceirização sem limites autorizadas pelas normas legais esvaziam as funções sociais da empresa, em violação aos **arts. 1º, inc. IV; 5º, inc. XXIII, e 170, inc. III, c/c arts. 7º, inc. XII; 24, inc. XIV; 212, § 5º; 218, § 4º, e 227 da Constituição**.

¹⁴² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à **profissionalização**, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (sem destaque no original).

¹⁴³ Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. (...) § 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

INCONSTITUCIONALIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VIOLAÇÃO DA REGRA DO CONCURSO PÚBLICO

Os novos dispositivos da Lei 6.019/1974 inseridos pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 não veiculam autorização à prática de terceirização irrestrita no âmbito das entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, sendo de todo inviável inferir-se tal autorização da ausência de expressa vedação legal. Ilação dessa natureza afrontaria o **princípio constitucional da legalidade administrativa** (CRFB/1988, art. 37, *caput*).

No espaço público, por força da indisponibilidade do interesse público, o princípio da legalidade impõe à Administração Pública que sua atuação esteja vinculada a norma jurídica que expressamente a autorize. No escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, *“ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize”*.¹⁴⁴

Interpretação que conduza à possibilidade de terceirização de todas as atividades da Administração Pública ainda ensejaria frontal **violação à regra constitucional do concurso público** (CRFB/1988, art. 37, inc. II), requisito de impessoalidade na admissão em cargos e empregos públicos, somente excetuado nas hipóteses de cargo em comissão de livre nomeação (inciso V).

Desse cenário decorre, como imperativo constitucional de impessoalidade (CRFB/1988, art. 37, *caput*), a exigência de admissão direta de agentes públicos para realização das atividades que constituem as competências legais da Administração Pública, mediante concurso público, em regra, somente admitindo a contratação indireta de atividades em regime de terceirização de forma subsidiária e excepcional (inciso XXI).¹⁴⁵

Por esse caráter excepcional e instrumental, a contratação de serviços (terceirização) no âmbito da Administração Pública apenas se justifica em atividades auxiliares, de apoio administrativo, que não compreendam as competências dos servidores públicos. Estes são os exatos limites à terceirização de serviços traçados pelo art. 1º do Decreto federal 2.271, de 7 de julho de 1997, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, em regulamentação ao § 7º do art. 10 do DL 200, de 25 de fevereiro de 1967.¹⁴⁶

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 63.

¹⁴⁵ XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹⁴⁶ Nos termos do art. 25, § 1º, da Constituição de 1988, os decretos-leis anteriores a 5/10/88, aprovados pelo Congresso Nacional, que não estiverem em confronto com o novo regime constitucional, gozam de força de lei ordinária.

Na conceituação de serviços passíveis de contratação, o art. 6º, inc. II, da Lei 8.666 também remete a seu caráter instrumental e acessório das atividades passíveis de contratação, ao referir-se a exemplos como conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens etc.¹⁴⁷

Idêntica diretriz se aplica às **empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica**. Tais empresas se submetem a concurso público, como condição de validade da contratação de seus empregados, conforme jurisprudência consolidada pelo STF, desde 1993, a partir do julgamento do Mandado de Segurança 21.322/DF, Relator Ministro PAULO BROSSARD.¹⁴⁸

Nesse aspecto, as disposições dos arts. 4º-A, 4º-C e 5º-A da Lei 6.019/1974, com redação conferida pela Lei 13.467/2017, ao autorizarem a terceirização de todas as atividades empresariais, inclusive suas atividades empresariais, encontram obstáculo intransponível no âmbito das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, pois estas, embora sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, *“inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”*, (CRFB/1988, art. 173, § 1º, inc. II), são constitucionalmente vedadas de terceirizar a totalidade de suas atividades (CRFB/1988, art. 37, inc. XXI).

A Constituição impõe às empresas estatais exploradoras de atividade econômica a contratação direta de empregados por meio de concurso público (CRFB/1988, art. 37, inc. II), certamente com vistas à realização de suas atividades principais, facultando-lhes a contratação de obras e serviços de apoio administrativo, em regime de terceirização, por meio de processo licitatório (art. 37, inc. XXI). Nesse sentido, a Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, que institui o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, disciplina em seus arts. 29 e 30 o regime de licitação de obras e serviços aplicável a essas empresas.

É firme a jurisprudência do STF em vedar a substituição de empregados públicos concursados por contratos civis de prestação de serviços, para realização das atividades principais de empresas estatais. No julgamento da ADI 890/DF, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, reputou-se inconstitucional a Lei Distrital 418, de 11 de março de 1993, que autorizou empresas públicas e sociedades de economia mista do Distrito Federal a firmar contratos de prestação de serviços, em regime temporário, para execução de diversas atividades que

¹⁴⁷ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

¹⁴⁸ “CARGOS e EMPREGOS PÚBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA e FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. (...) *Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas a regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição*” (sem destaques no original). STF. MS 21.322/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD. DJe, 23 mar. 1993.

integram permanentemente suas atribuições, por violação à regra do concurso público. O precedente demonstra a inviabilidade da prática de terceirização irrestrita de atividades finalísticas no âmbito das empresas estatais.¹⁴⁹

Franqueio à contratação de serviços como ampla alternativa ao concurso público abre flanco à cultura de promiscuidade entre o público e o privado, que a Constituição de 1988 buscou obstar por meio de suas inúmeras normas de controle de gestão da coisa pública, fragilizando a higidez do sistema normativo de combate à corrupção e abrindo espaço a contratações públicas determinadas por razões contrárias à satisfação do interesse público.

No âmbito das pessoas jurídicas de Direito Público, a contratação irrestrita de terceirização ainda viola a norma art. 169 da Constituição, que impõe responsabilidade fiscal nos gastos com pessoal ativo e inativo. Regulamentando esse dispositivo, a Lei Complementar 101, de 4 de março 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, busca impedir, em seu art. 18, § 1º, que a terceirização seja utilizada para substituição de servidores e empregados públicos.¹⁵⁰

De outra banda, é constitucionalmente inviável interpretação que vede terceirização de atividades finalísticas apenas nas empresas estatais (por força dessas contenções constitucionais impostas à Administração Pública), liberando-a irrestritamente nas empresas privadas. Tal solução esbarraria na ordem constitucional de equiparação de regime jurídico-trabalhista entre empresas estatais e empresas privadas (CRFB/1988, art. 173, § 1º, inc. II), criando para as entidades estatais **obstáculo concorrencial** inconcebível à luz da ordem constitucional, já que a terceirização constitui meio de enxugamento de custo de mão de obra.

Essa é uma importante razão pela qual, ao lado da proteção dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, a jurisprudência trabalhista cristalizada na Súmula 331 do TST, em seu longo processo de reflexão sobre o tema, terminou influenciada pela legislação que disciplina a matéria no âmbito da Administração Pública (DL 200/1967, art. 10, § 7º; Lei 8.666/1993, art. 6º, I; Decreto 2.271/1997, art. 1º), dela extraíndo diretrizes que orientam o uso constitucional da terceirização nos “*serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador*” (Súmula 331, III), inclusive no âmbito das empresas estatais sujeitas ao regime jurídico de direito privado.

¹⁴⁹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL 418/93. EC 19/98. ALTERAÇÃO NÃO SUBSTANCIAL DO ARTIGO 37, II, DA CF/88. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO. INEXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. ATIVIDADES PERMANENTES. OBRIGATORIEDADE. SERVIÇO TEMPORÁRIO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO. LIMITAÇÃO. REGIME JURÍDICO APLICÁVEL. (...) 2. A Administração Pública direta e indireta. Admissão de pessoal. Obediência cogente à regra geral de concurso público para admissão de pessoal, excetuadas as hipóteses de investidura em cargos em comissão e contratação destinada a atender necessidade temporária e excepcional. Interpretação restritiva do artigo 37, IX, da Carta Federal. Precedentes. (...) 5. **Contratos de Trabalho. Locação de serviços regida pelo Código Civil. A contratação de pessoal por meio de ajuste civil de locação de serviços. Escapismo à exigência constitucional do concurso público. Afronta ao artigo 37, II, da Constituição Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei 418, de 11 de março de 1993, do Distrito Federal (sem destaques no original).** STF. ADI 890/DF. Rel. Min. MAURÍCIO CORREA. DJe, 06 fev. 2004.

¹⁵⁰ § 1º. Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.

Essa orientação jurisprudencial, simetricamente correspondente aos limites previstos no art. 1º do Decreto 2.271/1997, destinado às pessoas jurídicas de Direito Público na órbita federal, compõe cenário normativo de **equilíbrio disciplinar** da matéria entre os **espaços público e privado**, permitindo que as empresas estatais, situadas no campo intermediário, possam utilizar a terceirização em suas atividades de apoio administrativo para racionalização de seus recursos. Submetendo a empresa estatal a regime de terceirização idêntico ao das empresas privadas, preserva-se no espaço nuclear de suas competências o regime ordinário constitucional de contratação de empregados recrutados por meio de concurso público (CRFB/1988, art. 37, inc. II).

Nesse sentido se revelam inconstitucionais os dispositivos da Lei 6.019/1973, inserido pela Lei 13.467/2017, que autorizam a terceirização de todas as atividades empresariais, também no âmbito das empresas estatais, espaço em que a contratação de serviços deve se limitar à obtenção de apoio administrativo (CRFB/1988, art. 37, inc. XXI), **vedada sua utilização nas atividades finalísticas**, por violação à regra do concurso público (art. 37, inc. II).

LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO. LIMITE IMANENTE AO DIREITO DE CONTRATAR SERVIÇOS EM ATIVIDADE-MEIO. LIMITE INTERNO DO DIREITO FUNDAMENTAL

A contratação de serviços interempresariais (terceirização) encontra fundamento constitucional no direito fundamental à liberdade contratual do empreendedor, como expressão dos princípios da livre-iniciativa e da autonomia privada (CRFB/1988, art. 5º, inc. II c/c art. 170, incs. II e IV).

Entretanto, os impactos restritivos que a terceirização enseja ao regime de emprego, como síntese-matriz dos direitos fundamentais dos trabalhadores (CRFB/1988, arts. 1º, inc. IV; 7º a 11; 170, incs. VII e VIII, e 193), o esvaziamento que provoca na função social constitucional da empresa (**arts. 1º, inc. IV; 5º, inc. XXIII, e 170, inc. III c/c arts. 7º, inc. XII; 24, inc. XIV; 212, § 5º; 218, § 4º e 227**) e o óbice que representa à regra do concurso público no âmbito das empresas estatais (art. 37, inc. II), terminam por constituir condicionamentos constitucional à liberdade contratual, que tem, por isso, seu **âmbito de proteção** delimitado a atividades de apoio administrativo, a que a jurisprudência trabalhista denomina atividades-meio.

Trata-se de **limite imanente** ao direito fundamental de contratar, na linha da teoria interna dos limites dos direitos fundamentais, representada na doutrina de Friedrich Müller, à luz da qual o direito fundamental é constitucionalmente concebido com um conteúdo jurídico determinado e definitivo, fixado no confronto dos limites imanentes de outros direitos correlatos.¹⁵¹

¹⁵¹ MULLER, Friedrich. *Apud* ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 276-287.

Diante do aparente conflito entre a liberdade de contratar serviços na atividade principal (finalística) e os direitos fundamentais sociais e bens constitucionais afetados por essa contratação, cabe ao intérprete verificar como esses direitos fundamentais se confrontam, definindo-se reciprocamente.

A Constituição de 1988, intervencionista, democrática e social, arrola um generoso elenco de direitos sociais, proclamados não apenas em enunciados principiológicos, dotados de alta carga axiológica, mas também em regras jurídicas de alta densidade comportamental, tais como as regras dos arts. 7º a 11 da Constituição da República, que garantem proteção à relação de emprego, salário mínimo, férias, FGTS, décimo terceiro salário, greve, negociação coletiva etc., direitos estes dotados de conteúdo de sentido previamente definido, como posições jurídicas definitivas.

A mesma concretude se encontra nas regras jurídicas que impõem função social à empresa (CRFB/1988, **arts. 7º, inc. XII; 212, § 5º; 218, § 4º e 227**) e exige concurso público no âmbito das entidades estatais (CRFB/1988, art. 37, inc. II).

A liberdade contratual, por sua vez, constitui direito assentado em normas de direito fundamental com caráter principiológico, consagradoras da liberdade de iniciativa (CRFB/1988, art. 5º, inc. XXII c/c art. 170, inc. II e IV), passíveis de realização na maior medida possível.¹⁵² Nesse sentido, o direito de contratar terceirização é constitucionalmente delimitado ao espaço de concretização eficaz dos direitos fundamentais dos trabalhadores, da função social da empresa e da regra do concurso público nas entidades estatais.

Ao definir o objetivo social de seu empreendimento, o empreendedor exerce plenamente a autonomia de vontade, tomando para si, a partir dessa manifestação, a responsabilidade social constitucional de executar diretamente as atividades que lhe são essenciais, por ele definidas no contrato social (*core business*), do que lhe resta a possibilidade de contratação de serviços de apoio administrativo.

Tanto mais restrita será a liberdade de contratar terceirização, quanto mais central for a atividade terceirizada (no sentido de sua importância) para a organização produtiva do tomador, pois mais intensa será, proporcionalmente, a medida do prejuízo que sua utilização ensejará à eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores, à função social da empresa e à regra constitucional que impõe concurso público nas entidades estatais.

Esses limites se impõem ao legislador ordinário em sua atividade conformadora da liberdade contratual e dos direitos fundamentais afetados.

¹⁵² Na linha doutrinária de Robert Alexy, os direitos fundamentais fundados em princípios jurídicos, por sua posição jurídica *prima facie*, constituem mandados de otimização passíveis de realização na maior medida possível. ALEXY, op. cit., p. 267-286.

VIOLAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE. LIMITE EXTERNO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS

Segundo tradicional doutrina dos direitos fundamentais, ao tempo em que eles são direitos subjetivos, que outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face do Estado, são também **elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva**, que formam a base do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito.¹⁵³ Nesta **dimensão objetiva**, os direitos fundamentais comparecem como princípios objetivos que vinculam o Legislativo na conformação infraconstitucional desses direitos. Disso decorre a **irradiação horizontal** da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores sobre as relações privadas, inclusive sobre as relações interempresariais de contratação de serviços.

Essa irradiação também condiciona a liberdade de contratação de serviços (terceirização) à satisfação de finalidades constitucionais relacionadas à proteção social eficaz do regime de emprego (CRFB/1988, art. 7º, inc. I), à máxima efetividade das normas que instituem os direitos trabalhistas (arts. 7º a 11) e à promoção das funções socio-ambientais constitucionais da empresa. Esse condicionamento constitucional limita a contratação de serviços às atividades de apoio administrativo, denominadas atividades-meio, tanto no âmbito das empresas públicas, quanto das empresas privadas.

No âmbito da Administração Pública, que abrange as empresas estatais, a norma do art. 37, inc. II, que exige o concurso público como bem constitucional de primeira grandeza, resguardando direito fundamental à isonomia e impessoalidade no trato da coisa pública, também se irradia objetivamente sobre o direito à contratação de serviços, para limitá-lo às atividades de apoio administrativo, de forma excepcional, mediante licitação (art. 37, inc. XXI). Em leitura orientada pelo **princípio da unidade da Constituição**, esse arranjo constitucional da utilização do trabalho no âmbito da Administração Pública espelha padrão relacional que se projeta para a iniciativa privada, dela exigindo, na mesma medida, máxima adaptação do mecanismo de terceirização ao padrão de proteção social constitucionalmente destinado ao trabalhador (arts. 7º a 11).

Para isso, além de limitar o uso da terceirização às atividades de apoio administrativo (atividades-meio), cabe ao legislador ordinário assegurar todas as cautelas e garantias necessárias à preservação dos direitos fundamentais afetados pela prática, sob pena de perda de eficácia das normas constitucionais, em violação ao princípio hermenêutico da **efetividade da Constituição**. Na linha desse princípio, é dever do intérprete, inclusive do legislador, conferir máxima realização possível à norma constitucional, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados.¹⁵⁴

Em juízo de proporcionalidade, mais intenso se justifica o condicionamento constitucional à liberdade de contratação interempresarial de serviços, quanto menores

¹⁵³ MENDES, Gilmar. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 2.

¹⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 329.

forem as cautelas legislativas voltadas a compensar os prejuízos que o mecanismo implica aos bens constitucionais afetados.

Sob essa perspectiva, a Lei 6.019/1974, nos pontos em que disciplina a contratação de serviços (arts. 4º-A a 4º-C e 5º-A a 5º-D), incorre em grave **vício de proporcionalidade**, na medida em que autoriza a terceirização irrestrita de atividades, mas **não adota medidas suficientes de proteção aos direitos fundamentais afetados pela prática**.

As medidas de proteção adotadas pela legislação se restringem à (i) responsabilidade subsidiária imputada à empresa contratante, pela satisfação das obrigações trabalhistas da empresa contratada (art. 5º-A, § 5º)¹⁵⁵; (ii) à atribuição de responsabilidade à empresa contratante pelas medidas de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores “*quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato*” (art. 5º-A, § 3º)¹⁵⁶ e (iii) às mesmas condições relativas a alimentação, transporte, atendimento médico ambulatorial e treinamento, medidas sanitárias e de saúde oferecidos aos empregados da tomadora, “*quando e enquanto os serviços (...) forem executados nas dependências da tomadora*” (art. 4º-C).¹⁵⁷

Trata-se de contenções superficiais, insuficientes e, portanto, ineficazes para compensar o nível intenso de agressão que a prática enseja à eficácia dos direitos sociais dos trabalhadores e aos demais interesses constitucionais afetados.

Apesar de, em tese, autorizar a contratação de serviços em quaisquer atividades, permitindo que empregados diretos da empresa tomadora e trabalhadores terceirizados laborem ombreados, no exercício das mesmas atividades e em benefício do mesmo empreendimento, a legislação não garante entre eles isonomia remuneratória. A previsão contratual de **igualdade salarial** é referida pelo § 1º do art. 4º-C (com redação dada pela Lei 13.467/2017) apenas como uma **faculdade**:

§ 1º Contratante e contratada **poderão estabelecer, se assim entenderem**, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo (sem destaque no original).

Com essa disposição, de todo despicienda, a legislação abre espaço à violação do princípio isonômico no âmbito das relações de trabalho, garantia inscrita nos arts. 5º, *caput*,

¹⁵⁵ § 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços (...).

¹⁵⁶ § 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

¹⁵⁷ “Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições: I - relativas a: a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; b) direito de utilizar os serviços de transporte; c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir. II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço”.

cominado com art. 7º, incisos V, XXX, XXXI e XXXII, da Constituição,¹⁵⁸ também prevista no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966, que garante, em seu artigo 7º, item a.i o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente “*um salário equitativo e uma remuneração igual por trabalho de igual valor, sem qualquer distinção*”.¹⁵⁹ Além disso, a norma permite a violação das Convenções 100, 111 e 117 da OIT, que firmam direito e fixam pressupostos de igual remuneração para trabalho de igual valor.

Ainda no plano da igualdade remuneratória, a Lei 6.019/1974 também não garante a aplicação das normas coletivas firmadas pela empresa contratante aos trabalhadores terceirizados, inclusive quanto ao piso salarial e demais direitos econômicos e sociais, que integram direta ou indiretamente a remuneração.

Apesar de atribuir à contratante responsabilidade subsidiária por pagamento de verbas laborais inadimplidas pela empresa contratada, nos moldes do que dispõe a Súmula 331 do TST para a terceirização em atividades de apoio, a legislação que autoriza terceirização muito mais extensa, sobre todas as atividades empresariais, não institui garantias contratuais voltadas ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, proporcionais ao valor do contrato; não exige da contratante fiscalização do cumprimento desses direitos; não autoriza a interrupção de serviços pela contratante, em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas, pela contratada; não obriga a contratante a reter crédito contratual para pagamento direto de direitos aos empregados terceirizados, em caso de inadimplemento pela prestadora etc. Medidas dessa natureza são indispensáveis à garantia de hígidez dos direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados, em regime de terceirização tão intensamente permissivo.

Por sua vez, a responsabilidade da contratante pela “*condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato*” (art. 5º-A, § 3º), embora indispensável à preservação do cumprimento do direito previsto no art. 7º, inciso XXII, da Constituição, não garante sua plena eficácia, quando articulada a norma constitucional com as disposições da Convenção 155 da OIT, na medida em que a norma ordinária não garante aos trabalhadores terceirizados a efetiva participação na política de meio ambiente de trabalho da empresa contratante e não lhe protege contra situações de riscos presentes nesse ambiente. Por exemplo, a norma não garante aos terceirizados a consulta acerca dos aspectos da segurança

¹⁵⁸ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.”

¹⁵⁹ “ARTIGO 7º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual.”

e da saúde relacionados ao seu trabalho no ambiente da empresa tomadora (Convenção 155, art. 19.e) e não lhe protege contra medida disciplinar injustificada, quando julgar necessário interromper situação de trabalho sujeita a perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde (arts. 13 e 19.f).

A legislação ainda é omissa em instituir mecanismos para coibir fraudes contra responsabilidades sociais da empresa tomadora, tais como a redução artificial do quadro de empregados, com uso da terceirização, apenas para eximir-se da contratação de pessoas com deficiência (CRFB/1988, art. 24, inc. XIV; Lei 8.213/1991, art. 93) e da contratação de jovens aprendizes (CRFB/1988, art. 227; CLT, art. 429), obrigações proporcionais o número de empregados da empresa.

Além da omissão em instituir cautelas para conter os prejuízos da ampla terceirização aos bens e valores constitucionais acima referidos, a Lei 6.019/1974 ainda permite o aprofundamento da intensidade dessas violações ao autorizar, no § 1º do art. 4º-A, a **subcontratação das mesmas atividades pela empresa contratada**.¹⁶⁰ Autoriza-se, com isso, a quarteirização de serviços, que aprofunda o círculo de subcontratações e torna proporcionalmente mais precária a proteção social do laborista, na medida em que o distancia da atividade econômica beneficiária final de sua força de trabalho.

Nesse cenário de **subcontratações radicalizadas** e despidas de garantias sociais eficazes, todas as violações constitucionais se potencializam, especialmente na hipótese de subcontratações de atividades finalísticas, em greve violação do **princípio da proibição do excesso**, segundo o qual, não pode o Estado legislar abusivamente para obtenção de resultados que esvaziem o conteúdo de sentido de direitos fundamentais. Nesse sentido, o julgado do STF na ADI 1.407/DF, Relator Ministro CELSO DE MELLO.¹⁶¹

Vê-se, portanto, que a disciplina legislativa da terceirização, operada pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, em muito extrapola as margens de ação discricionária do legislador ordinário,¹⁶² sendo por isso inconstitucional.

¹⁶⁰ “§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços”.

¹⁶¹ “[...] **O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.** O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *'due process of law'* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *'substantive due process of law'* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstração instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador [...]” (sem destaques no original). STF. ADI MC 1.407/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. CELSO DE MELLO. DJe, 7 mar. 1996.

¹⁶² Segundo Robert Alexy, a constitucionalização adequada da ordem jurídica pode ser estabelecida por meio de uma *“dogmática das margens de ação”* (ou margens de configuração, valoração ou apreciação, terminologias indistintamente usadas pela Corte Suprema alemã), utilizando-se dos próprios elementos inerentes à estrutura dos princípios constitucionais: por meio da ponderação de princípios, fundada na proporcionalidade, é possível definir-se, em um extremo, aquilo que a Constituição ordena; no outro extremo, aquilo que ela proíbe, e, entre esses dois polos, aquilo que ela reserva à deliberação democrática do legislador. ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios.** Derecho constitucionale e derecho ordinario: jurisdiccione constitucionale e jurisdiccione ordinaria. Trad.: Carlos Bernal Pulido. Serie de teoría jurídica y filosofia del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colômbia, n. 28, 2003, p. 78/79.

CONCLUSÃO

As reflexões acima demonstram que a terceirização radicalizada nas atividades principais da empresa, prevista nos novos dispositivos da Lei 6.019/1974, esvazia a efetividade dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (CRFB/1988, arts. 1º, inc. IV; 7º a 11; 170, incs. VII e VIII, e 193), viola a função social constitucional da empresa (CRFB/1988, **arts. 1º, inc. IV, 5º, inc. XXIII e 170, inc. III, c/c arts. 7º, inc. XII; 24, inc. XIV; 212, § 5º; 218, § 4º, e 227**); contraria o princípio isonômico nas relações de trabalho (CRFB/1988, art. 5º, *caput* e inc. I, e art. 7º, incs. V, XXX, XXXI e XXXII; Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, art. 7º, item a.i; Convenções 100, 111 e 117 da OIT), viola a regra constitucional do concurso público no âmbito das empresas estatais exploradoras de atividade econômica (art. 37 e 173, § 1º, inc. II).

Ademais, a prática da terceirização sem limite, autorizada pelas normas ordinárias, conforme exposto, colide com os compromissos assumidos pelo Brasil por meio das Convenções 155 e 29 da OIT, de implementação de uma política de proteção à saúde e segurança no trabalho, de combate a todas as formas de trabalho escravo.

Demonstrou-se que a autorização legislativa de terceirização em atividades principais (finalísticas) da empresa contratante, aprofundada em cadeia de subcontratações (quarteirização), sem contracautelas necessárias e suficientes à contenção de prejuízos aos direitos e bens constitucionais afetados pela prática, implica violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da proibição do excesso.

Sustentou-se, por fim, que a liberdade fundamental de contratação de serviços, titularizada pelo empreendedor, encontra limites imanentes naqueles direitos e bens constitucionais atingidos pela prática, além de limites externos impostos pelo princípio da proporcionalidade, do que resulta sua contenção constitucional às atividades de apoio administrativo, denominadas atividades-meio, especialmente no âmbito das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, sujeitas à regra constitucional do Concurso público.

Essa solução hermenêutica, que condiz com a interpretação cristalizada na Súmula 331 do TST, é a que prestigia equilibradamente todos os bens e valores constitucionais atingidos pela terceirização, viabilizando ao empreendedor o exercício da liberdade contratual para terceirizar atividades de apoio administrativo, com vistas à racionalização de seus recursos materiais e humanos, a fim de que possa dedicar-se à execução de sua atividade finalística, que constitui a vocação (*core business*) do empreendimento.

NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E A ESTRUTURA SINDICAL BRASILEIRA

Renan Bernardi Kalil

A regulação da organização sindical no Brasil, entre a década de 1930 e 1988, foi marcada por uma intensa intervenção do Estado nas relações coletivas de trabalho, inspirada pela doutrina corporativista e com forte viés autoritário, em que se pretendia controlar as entidades sindicais. Com a redemocratização do país e a promulgação de uma nova Constituição, concedeu-se maior liberdade de atuação aos sindicatos.

A autonomia privada coletiva é um dos conceitos centrais do direito coletivo do trabalho e tem como pressuposto metodológico o pluralismo jurídico, em que não somente o Estado é fonte normativa, mas também os entes coletivos. O referido conceito possui três dimensões: a liberdade sindical, a negociação coletiva e o direito de greve¹⁶³. Na Constituição, a liberdade sindical está prevista no “caput” do art. 8º, a negociação coletiva no inciso XXVI do art. 7º e o direito de greve no art. 9º.

Contudo, apesar da previsão da liberdade sindical no texto constitucional, dois dos principais pilares do edifício corporativista foram mantidos: a contribuição sindical compulsória (mitigada com a nova redação dos arts. 578, 579, 587 e 602 da CLT, dados pela Lei n. 13.467/2017).

A unicidade sindical está prevista no inciso II do art. 8º da Constituição: “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município”. Esse modelo estabelece que apenas uma entidade sindical pode representar determinado grupo em uma dada base territorial, sendo todos os integrantes desse grupo, filiados ou não, necessariamente são representados pelo sindicato.

A unicidade sindical é o maior limitador à liberdade sindical no Brasil. Nesse sentido, já se manifestaram o Supremo Tribunal Federal (no julgamento do RE 310811, em que foi relatora a Min. Ellen Gracie¹⁶⁴) e o Comitê de Liberdade Sindical da OIT (como se observa pela leitura do verbete n. 314 da Recopilação de Decisões e Princípios do referido Comitê¹⁶⁵).

¹⁶³ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Orgs.). **Curso de direito do trabalho**: volume 3 – direito coletivo do trabalho. São Paulo: LTr, 2008. p. 56-57.

¹⁶⁴ RE 310811, Rel Min. Ellen Gracie, julgamento em 12.05.2009, Segunda Turma, DJe de 05.06.2009: “CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BASE TERRITORIAL. REGISTRO. PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. ARTIGO 8º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O princípio da unicidade sindical, previsto no art. 8º, II, da Constituição Federal, é a mais importante das limitações constitucionais à liberdade sindical (...)”.

¹⁶⁵ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Freedom of association: digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Fifth (revised) edition. Geneva: ILO, 2006, p. 66. Nossa tradução: “disposições de uma constituição nacional relativas à proibição de se criarem mais de um sindicato por categoria profissional ou econômica, qualquer que seja o grau de organização, numa determinada base territorial, que não poderá ser inferior à área de um município, não estão em conformidade com os princípios da liberdade sindical”.

A negociação coletiva ganhou relevo na Constituição Federal de 1988, com a sua previsão como direito dos trabalhadores, no art. 7º, inc. XXVI, e com a obrigatoriedade da participação das entidades sindicais nos processos negociais, no art. 8º, inc. VI. Levando em consideração a autonomia privada coletiva, que admite a elaboração de normas pelos entes sindicais que sejam aplicadas aos contratos de trabalho de todos os seus representados, bem como a leitura conjugada do “caput” do art. 7º com o inciso XXVI do mesmo dispositivo, extrai-se que pelo menos desde o advento da Constituição Federal de 1988, está consagrado no ordenamento jurídico brasileiro a prevalência do negociado sobre o legislado, desde que o conteúdo das cláusulas coletivas seja mais benéfico do que prevê a lei.

No Brasil, a negociação coletiva não pode ser instrumentalizada para rebaixar o padrão legal dos direitos trabalhistas. Isso se dá por quatro motivos: (i) a Constituição Federal admite que os acordos e convenções coletivas de trabalho estabeleçam direitos que visem à melhorar as condições dos trabalhadores, sendo que acolher entendimento em sentido contrário violaria o art. 7º do texto constitucional; (ii) a Constituição Federal tanto parte do pressuposto que a regra da negociação coletiva é a ampliação dos direitos dos trabalhadores que estabeleceu como exceção expressamente descrita os casos em que se aceita a redução dos direitos (incisos VI, XIII e XIV do art. 7º); (iii) a OIT, por meio da Comissão de Peritos em Aplicações de Convenções e Recomendações¹⁶⁶ e do Departamento de Normas¹⁶⁷, afirmou em diversas oportunidades que o objetivo geral da negociação coletiva é de promover tratativas que estabeleçam condições mais favoráveis que as fixadas em lei; (iv) não se vislumbra como permitir que o uso de um mecanismo historicamente utilizado para melhorar as condições de vida dos trabalhadores seja empregado para piorar o padrão de proteção sem que se viole diversos princípios que informam o ordenamento jurídico brasileiro, como o da dignidade da pessoa humana e o da vedação do retrocesso social.

Apesar do exposto, a Lei n. 13.467/2017, por meio da introdução do artigo 611-A na CLT, criou espaço para a desregulamentação do trabalho por meio da imposição de prevalência das normas negociais sobre as normas constitucionais e legais de proteção ao trabalho em toda e qualquer situação, inclusive **para extinguir ou reduzir direitos sem uma correspondente compensação**, à exceção apenas dos temas previstos no art. 611-B.

A norma viola a **finalidade constitucional da negociação coletiva**, prevista como direito fundamental do trabalhador, no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição, como já mencionado. Norma fundada no princípio de justiça social (CRFB/1988, art. 3º, incs. I e III, e 170, incs. III e VIII), sua interpretação exige coerência com a finalidade constitucional de promover a evolução do patamar de proteção social do trabalhador, o que contrasta com a tentativa legislativa de submeter a negociação coletiva a finalidade flexibilizadora e redutora do patamar mínimo de proteção social do trabalhador.

¹⁶⁶ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Observation (CEACR) – adopted 2016, published 106th ILC session (2017). Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3300844,102571, Brazil, 2016. Acesso em 11 jun 2017.

¹⁶⁷ CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. Julho, 2017. OIT condena reforma trabalhista brasileira. Disponível em: <https://view.publitas.com/cut/carta-da-oit-condena-reforma-trabalhista-brasileira/page/1>. Acesso em 17 ago 2017.

O propósito de estímulo à redução de direitos encontra-se explícito nos §§ 2º e 4º do dispositivo. Segundo o § 2º, a ausência de ganhos compensatórios ao trabalhador, na negociação coletiva, não anula as perdas ou reduções de direitos legais, o que corresponde a expressa autorização para redução de direitos legais sem contrapartida. Por outro lado, segundo o § 4º, se houver redução de direitos com contrapartida benéfica ao trabalhador, a declaração judicial de nulidade da norma que reduz direito deve ser acompanhada da nulificação da norma benéfica ao trabalhador, que concede a contrapartida.

Essa norma subverte toda lógica constitucional de proteção social em que se assentam os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Fere a razoabilidade admitir-se que o Constituinte de 1988 haja proclamado a negociação coletiva como direito fundamental do trabalhador (CRFB/1988, art. 7º, inc. XXVI), para colocá-lo a salvo de investidas legislativas autoritárias contra a liberdade de negociação coletiva, mas que tenha, ao mesmo tempo, reduzido esse direito a instrumento que esvazia a eficácia dos demais direitos fundamentais previstos no mesmo dispositivo (jornada, salário, adicionais etc.). Tal interpretação conduziria a admitir-se direito fundamental dotado de mecanismo de autodestruição, em negação à sua própria fundamentalidade, o que contradiz toda teoria de hermenêutica constitucional.

Portanto, a proposta legislativa viola a Constituição, ao prestigiar uma **autonomia coletiva redutora de direitos legais**, desnaturando a finalidade negocial promocional de direitos que, por isso, exige contrapartidas voltadas a assegurar a melhoria da condição social do trabalhador, respeitados os direitos indisponíveis, que não podem ser objeto de negociação.

Nesse sentido, as hipóteses de prevalência do negociado sobre o legislado, previstas no art. 611-A, revelam tentativa de desregulamentação que viola diversos dispositivos constitucionais, senão vejamos:

a) **pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais (I)**: a Constituição somente admite a redução e a compensação de jornada por negociação coletiva, além da alteração da jornada em turno ininterrupto de revezamento (art. 7º, incs. XIII e XIV);

b) **banco de horas individual (II)**: banco de horas constitui espécie de compensação de jornada, o que é admitido pelo art. 7º, inc. XIII, da Constituição, mas deve obediência ao limite das capacidades fisiológicas do trabalhador, a aferir-se em cada atividade, sob pena de violação à sua condição humana (CRFB/1988, art. 1º, inc. III);

c) **intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas (III)**: a redução do limite mínimo de uma para meia hora de intervalo deve ser contrastado com a natureza da atividade, com vistas a aferir-se as capacidades e necessidades fisiológicas do trabalhador (CRFB/1988, art. 1º, inc. III);

d) **plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de**

confiança (IV) e regulamento empresarial (IV): alteração de regulamento empresarial e de plano de cargos e salários, com redução de direitos, deve observar a garantia do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, garantidos pelo art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição;

e) **teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente:** negociação coletiva sobre esses regimes contratuais se sujeita à observância das garantias constitucionais fundamentais dos trabalhadores (CRFB/1988, arts. 7º a 9º);

f) **modalidade de registro de jornada de trabalho (X):** constituindo a jornada unidade de medida de força de trabalho, seu controle para os fins salariais (CRFB/1988, art. 7º, incs. IV, XIII, XIV e XVI) e de limitação às capacidades fisiológicas do trabalhador (inciso XXII) é medida de direito indisponível, porque assecuratória da eficácia de direitos de idêntica natureza. Portanto, negociação sobre forma ou modo de registro de jornada de trabalho não pode furtar do trabalhador o direito ao controle efetivo e fidedigno de sua jornada, sob pena de violação a direito fundamental;

g) **enquadramento do grau de insalubridade (XIII):** o grau de insalubridade constitui elemento normativo determinante para identificação e imposição legal de medidas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, garantia prevista no inciso XXII do art. 7º da Constituição. Por sua vez, a jornada de trabalho constitui medida de exposição temporal do trabalhador aos agentes nocivos à sua saúde, presentes no ambiente insalubre de trabalho, fator determinante para identificação das medidas de proteção legal da saúde do trabalhador, na forma do mesmo inciso XXII c/c inciso XIII do art. 7º da CRFB/1988 (Convenção 155 da OIT, artigo 5). Nesse sentido, as matérias assumem natureza de ordem pública e indisponível, não podendo ser objeto de livre disposição negocial.

A modificação dos pressupostos da negociação coletiva introduzida pelo art. 611-A da CLT também contrariam de forma fulcral o princípio da liberdade sindical, consagrado no art. 8º da Constituição Federal. Inicialmente, destacamos que a liberdade sindical ocupa papel de destaque no direito internacional dos direitos humanos, ao ser o ponto de convergência entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, fato que se depreende pela leitura do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 22, 2), do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 8º, 4), da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 16) e do Protocolo de San Salvador (art. 8º). Todos os referidos tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil. Ademais, a liberdade sindical é considerada pela OIT como direito fundamental do trabalho, conforme o art. 2º da Declaração sobre Princípios de Direitos Fundamentais do Trabalho de 1998. O referido documento ainda prevê que todos os países-membros da Organização, ainda que não tenham ratificado as Convenções relacionadas à matéria (n. 87 e 98), devem observar e promover esses direitos.

A liberdade sindical é uma liberdade complexa, composta por quatro dimensões indivisíveis, interdependentes e interrelacionadas: (i) liberdade de organização, (ii) liberdade

de administração, (iii) liberdade de exercício de funções e (iv) liberdade de filiação, desfiliação e não filiação¹⁶⁸.

A liberdade de organização versa sobre as formas que os sindicatos podem empregar para desenvolver se estruturarem, tanto internamente como em associação com outras entidades. A liberdade de administração é dotada de duas vertentes: a democracia interna, em que preconiza a necessidade de princípios democráticos guiarem todas as atividades sindicais, e a autarquia externa, na qual se veda qualquer espécie de interferência ou intervenção de entes estranhos no cotidiano do sindicato. A liberdade de exercício de funções preconiza que são as entidades sindicais, por meio de seus associados, que devem estabelecer os papéis que pretende desempenhar. A liberdade de filiação, desfiliação e não filiação trata da garantia concedida aos trabalhadores e empregadores de se associarem, desassociarem ou não se associarem à uma entidade sindical¹⁶⁹.

Ainda, é relevante destacar que a liberdade sindical possui viés individual e coletivo, uma vez que se destina ao trabalhador e empregador, assim como aos grupos de trabalhadores e empregadores, e perspectivas positiva e negativa, levando em consideração as possibilidades volitivas em face do fenômeno sindical¹⁷⁰.

O art. 611-A e 611-B da CLT, introduzidos pela Lei n. 13.467/2017, violam pelo menos duas dimensões da liberdade sindical: a liberdade de filiação, desfiliação e não filiação e a liberdade de exercício de funções.

Antes das modificações implementadas pela Lei n. 13.467/2017, o conteúdo das cláusulas coletivas, dotadas de caráter normativo conforme o “*caput*” do art. 611 da CLT, tinham efeito “*erga omnes*”, ou seja, eram aplicadas a todos os contratos individuais de trabalho dos representados pela entidade sindical signatária do instrumento coletivo de trabalho, independentemente da filiação do trabalhador. É importante apontar que, de acordo com o art. 612 da CLT, nas assembleias que tratam de deliberações a respeito das convenções coletivas de trabalho, participam somente os associados à entidade sindical e não todos os representados¹⁷¹. Contudo, tendo em vista que a regra até então vigente era a da prevalência

¹⁶⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 40-51.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ Nesse sentido: “pressupõe não impedimento e não constrição (liberdade negativa) e também a autodeterminação (liberdade positiva), de modo que combina as características dos dois tipos de liberdade. Isso se evidencia no âmbito das organizações sindicais, na proibição da ingerência ou intervenção de terceiros na esfera de liberdades que lhes é reconhecida e na auto-regulação dos interesses coletivos, e, no âmbito dos trabalhadores e empregadores individualmente considerados, no gozo da liberdade de constituir sindicatos de sua escolha, bem como se filiar, não se filiar ou se desfiliar destes, e na participação nas assembleias sindicais que deliberam sobre seus interesses” (SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; FIORAVANTE, Tamira Maira; MASSONI, Túlio de Oliveira. Liberdade sindical e direitos humanos. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, ano 16, n. 31, mar. 2006, p. 65.)

¹⁷¹ Ainda que exista debate a respeito da recepção do art. 612 da CLT pela Constituição Federal de 1988, verifica-se que o TST tem julgado casos levando em consideração a sua plena vigência (por exemplo: Processo: RO - 10525-13.2015.5.03.0000 Data de Julgamento: 13/02/2017, Relatora Ministra:Kátia Magalhães Arruda, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT17/02/2017 e Processo: RR - 1100-62.2011.5.12.0028 Data de Julgamento: 19/10/2016, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/10/2016). E mesmo que se entenda pela não recepção do art. 612 da CLT, partindo-se do pressuposto que cabe aos sindicatos a definição da forma pela qual ocorrerão as deliberações para fins de negociação coletiva, nada garante que a entidade sindical preverá a possibilidade de participação dos representados não filiados (há julgados do TST que apontam pela não recepção do art. 612 da CLT, mas que trabalham somente com a ideia dos associados participarem das assembleias, como no Processo: RO - 368500-50.2008.5.07.0000 Data de Julgamento: 04/09/2012, Relator Ministro:Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT14/09/2012).

do negociado sobre o legislado, desde que as condições estabelecidas fossem superiores ao patamar legal, não se vislumbravam efeitos negativos para os trabalhadores nesse cenário.

Não é por outra razão que eram consideradas inválidas a previsão de cláusulas coletivas que fossem interpretadas como redutoras dos direitos previstos no ordenamento jurídico ou fixadoras de condições que gerassem perdas aos trabalhadores. Exemplo dessa situação é a vedação da possibilidade de cobrança da contribuição assistencial para trabalhadores não associados à entidade sindical por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho. O entendimento, consagrado na OJ n. 37 da SDC do TST e no PN n. 119 do TST, e recentemente objeto de decisão do STF (RE 1018459), aponta que a inclusão de cláusulas coletivas que previssem a referida cobrança violariam a liberdade de filiação, tendo em vista que o trabalhador não poderia ser obrigado a contribuir para uma entidade que não desejaria participar¹⁷².

Ora, se o trabalhador não filiado à entidade sindical que o representa não pode ser cobrado pela contribuição assistencial (mesmo sendo beneficiado pelas cláusulas coletivas de trabalho – pelo menos até o início da vigência da Lei n. 13.467/2017) sob pena de se violar a liberdade de filiação, inexistente outra possibilidade que identificar o desrespeito à essa mesma liberdade de filiação nas situações em que as cláusulas coletivas de trabalho estabeleçam condições de trabalho abaixo das previstas em lei. Caso contrário, estaríamos assumindo que o trabalhador, levando em consideração o art. 612 da CLT, é obrigado a se filiar à entidade sindical para poder participar dos espaços deliberativos a respeito da celebração de instrumentos coletivos de trabalho e, somente dessa forma, poder se opor a eventuais propostas que lhe causem prejuízo direto. Em outras palavras, trabalhadores não filiados aos sindicatos que lhes representam poderão ter seus direitos rebaixados sem que tenham ao menos a chance de participar dos debates coletivos sobre o assunto. Portanto, é evidente a inobservância dos arts. 5º, inc. XX, e 8º, “*caput*” e inc. V, da Constituição Federal.

Uma alternativa para que esse problema fosse superado seria o trabalhador insatisfeito com a sua entidade sindical se associar a um outro sindicato ou envidar esforços para a criação de uma nova agremiação. Contudo, tendo em vista que a organização sindical brasileira opera com o monopólio de representação, em que uma determinada entidade necessariamente representa todos os trabalhadores que fazem parte de uma categoria profissional em uma dada base territorial, não é possível a existência de um outro sindicato que represente esse mesmo grupo na mesma região. Trata-se da já citada unicidade sindical, expressa no inciso II do art. 8º da Constituição Federal.

¹⁷² Nesse sentido, um dos julgados que deram origem aos referidos entendimentos do TST: “o custeio das atividades sindicais deve advir da colaboração espontânea de seus associados e da contribuição sindical anual obrigatória. A imposição da cobrança a todos os integrantes da categoria, sindicalizados ou não, fere o princípio da liberdade de associação, consagrado no inciso V, do artigo 8º da Carta Magna, tendo em vista que, se o trabalhador é livre para aderir às fileiras sindicais, inconcebível obrigar alguém a contribuir para entidade da qual não queira participar por vontade própria, impondo-lhe o ônus de arcar com o custeio de serviços assistenciais que está impossibilitado de usufruir, podendo gerar, inclusive, a presunção de sindicalização compulsória” (TST - [RODC 350500/1997](#) - Min. Antônio Fábio, DJ 14.08.1998, SDC).

Considerando que a taxa de sindicalização no Brasil é de 19,5%, conforme apontam os últimos dados disponíveis pela PNAD do IBGE¹⁷³, nota-se que, na média, é baixo o número de trabalhadores em condições de participarem de forma ativa das deliberações a respeito do conteúdo dos instrumentos coletivos no país. Nesse sentido, se há a intenção de se promover “a maioria cívica do trabalhador”, bem como de se “respeitar a sua voz”, como aponta o Ministro Luís Roberto Barroso no voto do RE 590.415, é preciso ter dimensão de todas as peculiaridades da estrutura sindical brasileira, assim como da realidade do movimento sindical no país. Veja-se que o próprio Ministro coloca que “o não reconhecimento da plena liberdade sindical impacta negativamente sobre a representatividade do sindicato, podendo comprometer a ideia de equivalência entre os entes coletivos e justificar a incidência do princípio da proteção sobre o direito coletivo do trabalho nos mesmos termos das relações individuais trabalhistas”¹⁷⁴.

Não nos parece que permitir que os sindicatos fixem condições de trabalho abaixo das previsões legais em um contexto de monopólio de representação e de restrição de participação dos representados nos espaços de deliberação seja uma forma de fortalecer as entidades sindicais no país e de se reconhecer a cidadania nas relações de trabalho. Ou então, como já mencionamos, estaremos tornando compulsória a filiação dos trabalhadores aos sindicatos que os representam no intuito de se evitar perdas em seus contratos de trabalho.

Em relação à violação à liberdade de exercício de funções, cabe destacar que tradicionalmente se apontam três principais papéis que os sindicatos desempenham: representativo, negocial e assistencial. A negociação coletiva é considerada pela OIT um direito fundamental¹⁷⁵. Foi a partir desse instrumento que os trabalhadores conseguiram fixar patamares mínimos a serem observados pelos empregadores nas relações de trabalho.

O principal objetivo da negociação coletiva é a melhoria das condições de trabalho. Bernardo Gernigon, Alberto Otero e Horacio Guido, partindo dos instrumentos da OIT sobre o tema, afirmam que se devem observar os seguintes princípios na negociação coletiva: (i) negociação livre e voluntária; (ii) livre escolha do nível de negociação; e (iii) boa fé entre as partes¹⁷⁶. Segundo os autores, “os acordos ou convenções coletivas de trabalho têm caráter vinculante, devem poder fixar condições de trabalho mais favoráveis que as estabelecidas por lei e não se deve dar preferência aos acordos individuais em face às convenções coletivas, salvo no que se refere às disposições do contrato individual que sejam mais favoráveis”¹⁷⁷. A impossibilidade do uso da negociação coletiva para o rebaixamento de direitos, como exposto acima, já foi objeto de diversas manifestações pela OIT.

¹⁷³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Aspectos das relações de trabalho e sindicalização. Disponível : <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv100322.pdf>. Acesso em 20 ago. 2017.

¹⁷⁴ No caso julgado pelo RE 590.415, o próprio Ministro acaba recorrendo ao elevado grau de participação dos trabalhadores para dar validade ao acordo coletivo de trabalho questionado. Contudo, não é possível a utilização de exemplos de determinadas categorias profissionais que têm o poder de mobilização e participação elevados e que constituem exceção no sistema sindical brasileiro, para estendê-los a todo o país de forma inadvertida, ilegal, inconveniente e inconstitucional.

¹⁷⁵ Conforme o art. 2o da Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho de 1998.

¹⁷⁶ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. **Revista Internacional del Trabajo**, Ginebra, v. 119, n. 1, p. 40-43, 51, 2000.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 55. No original: “los acuerdos o convenios colectivos tienen carácter vinculante, deben poder fijar condiciones de trabajo más favorables que las establecidas por ley y no se debe dar preferencia a los contratos individuales respecto de los convenios colectivos, salvo en lo que respecta a las disposiciones del contrato individual que sean más favorables”.

A partir do momento em que o ordenamento jurídico alarga o escopo da negociação coletiva com o objetivo de autorizar a redução de direitos por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, esvazia-se o instrumento, uma vez que o mecanismo, inicialmente adotado para se avançar nas condições de trabalho, pode ser empregado para mitigar o sistema de proteção social conferido aos trabalhadores. O que anteriormente era um meio de mobilização de trabalhadores para se pleitear melhores condições de trabalho, agora pode deflagrar um processo cujo resultado seja a piora dos termos dos contratos individuais de trabalho.

Desta forma, tendo em vista o esvaziamento da negociação coletiva e a mitigação de seu alcance em benefício dos trabalhadores, resta evidente que fica prejudicado o exercício da função negocial pelas entidades sindicais, o que viola essa importante dimensão da liberdade sindical e contraria o “*caput*” do art. 8º da Constituição Federal.

Por fim, cabem algumas considerações sobre a coexistência entre a liberdade e a unicidade sindical no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que a segunda seja vista como um elemento limitador à primeira, parece-nos claro que em face das tensões entre ambas que surjam no cotidiano das relações coletivas de trabalho, há evidente prevalência da liberdade sindical. A maior justificativa para tanto é que a liberdade sindical é consagrada em importantes tratados internacionais de direitos humanos (inclusive ratificados pelo Brasil, como já exposto acima) e a sua preponderância se escora nos arts. 1º, incs. II, III e IV, 3º, incs. I, II, III e IV, 4º, inc. II, e 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal.

Portanto, a análise da introdução da prevalência do negociado sobre o legislado para o rebaixamento de direitos, nos termos dos arts. 611-A e 611-B da CLT, demanda que se analise a liberdade sindical, prevista o “*caput*” do art. 8º da Constituição sob essa perspectiva, ainda que remanesça no ordenamento jurídico um relevante limitador, que é a unicidade sindical.

A REFORMA TRABALHISTA, AS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

João Batista Berthier Leite Soares

A Constituição Federal de 05/10/1988 é um marco no processo de democratização do Brasil e, na presente análise, a questão do trabalho será detalhada, no referido texto constitucional, com o objetivo de demonstrar a centralidade que tal assunto possui no sistema constitucional brasileiro. Nesta linha, o presente texto busca inicialmente desenhar um panorama do tratamento normativo que o tema do trabalho recebe na Carta de 1988.

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Neste sentido, o art. 1º, inc. IV, da Constituição Federal, ao enumerar os fundamentos da República Federativa do Brasil, já aponta para o valor social do trabalho. Isto é, já no primeiro artigo da Lei Maior, é lançado o valor social do trabalho como um dos fundamentos da República, o que merece reflexão, em conjunto, com o previsto no art.193 da mesma Constituição que, como artigo que abre o título sobre a Ordem Social, preceitua que a base da organização social é o primado do trabalho.

Os dois preceitos constitucionais em tela (arts. 1º, inc. IV, e 193) demonstram a relevância que o trabalho possui para a sociedade e para cada indivíduo. Note-se que um dos preceitos em análise consta no primeiro artigo da Lei Maior (valor social do trabalho) e o segundo encontra-se no primeiro artigo do Título da Lei Fundamental sobre a Ordem social (primado do trabalho), o que é indicativo da questão da prioridade do trabalho como ponto de partida para interpretar a Constituição e as questões sociais e econômicas que o Brasil enfrenta.

Registre-se que a importância social do trabalho, reconhecida constitucionalmente com o uso da expressão “valor social do trabalho” no art.1º, decorre de ser o trabalho um dos fatores que leva uma sociedade à produção de riquezas. De fato, a existência de recursos naturais (que não faltam ao Brasil), de investimentos, de infraestrutura, de livre iniciativa e, principalmente, de trabalho são os fatores necessários para atividade produtiva e, por óbvio, toda sociedade busca a produção de riquezas segundo suas necessidades, o que viabiliza sua existência e organização, cumprindo enfatizar que tais riquezas produzidas, se distribuídas entre todos em consonância com a chamada justiça social, acabam por viabilizar a referida sociedade não somente na perspectiva econômica, mas até mesmo em termos éticos. É neste sentido que o trabalho é um valor social, uma vez que é fator imprescindível para a geração de riquezas que, por mecanismos como o Direito do Trabalho, devem ser compartilhadas por todos. Em outras palavras, assegurar direitos sociais ao trabalhador, na ordem jurídica, nada mais é do que reconhecer que, dada sua participação essencial em um processo produtivo de riquezas, deve o obreiro ter o direito de auferir parte dos resultados econômicos, com o objetivo de proporcionar uma vida digna para cada integrante da sociedade.

Ora, como se começa a notar pelo parágrafo acima, a relevância que o trabalho possui para a sociedade levará, em seguida, a constatar o próprio significado que o ato de trabalhar tem para cada ser humano. Neste aspecto, ainda que não avançando em profundidade para as questões da filosofia do trabalho, vale ressaltar que todo ser humano busca dar sentido à sua existência, e, assim, ao longo da vida, o indivíduo, segundo suas opções e possibilidades, estabelece seus laços de afetividade, encontra suas atividades de lazer e trabalha, sendo que, ao trabalhar, a pessoa também pode encontrar parte do significado de sua existência, pois, pelo trabalho que realiza, o indivíduo ambiciona, também segundo suas opções e possibilidades, ter qualidade de vida, dar sustentação aos familiares e mesmo, muitas vezes, realizar sua vocação. Na verdade, a humanização do Direito do Trabalho passa justamente por constatar que o ser humano, ao buscar uma colocação no mercado trabalho, não está voltado apenas para assegurar, por necessidade, a sua sobrevivência e a de sua família, mas também objetiva encontrar o significado de sua vida, de sorte que, como se aprofundará adiante, visam os direitos sociais a muito mais do que garantir o denominado mínimo existencial. O ser humano, ao trabalhar, constrói a narrativa de sua vida¹⁷⁸ e, muitas vezes, encontra no trabalho parte do próprio significado de sua existência, de maneira que o trabalho em condições degradantes dificulta, ou mesmo sonega, ao indivíduo o direito de ver sentido em sua vida. Aliás, não pagar salário ao empregado por tempo de serviço implica negar que aquele momento da vida do trabalhador existiu.

A proposta interpretativa está voltada para conferir aos arts. 1º, inc. IV, e 193 da Constituição Federal o significado acima, o que implica reconhecer a importância constitucional do trabalho tanto na dimensão coletiva (para a sociedade), quanto na dimensão da vida de cada trabalhador (para a construção da individualidade de cada um).

DO DIREITO AO TRABALHO

Como decorrência da relevância constitucional do trabalho, o acesso aos postos de trabalho deve ser assegurado com amplitude, o que se verifica no art. 6º da Lei Maior que, ao indicar os direitos sociais, inclui o denominado direito ao trabalho. Em outras palavras, toda pessoa física, ao titularizar o direito humano ao trabalho, deve ter acesso à preparação para o trabalho e às oportunidades no mercado de trabalho.

Por tal motivo, o art. 227 da Lei Maior, ao estipular a especial proteção da infância, da adolescência e da juventude, preceitua que família, sociedade e Estado devem assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o acesso à educação que, por óbvio, é o primeiro passo para formar um trabalhador qualificado, bem como, ainda na linha do *caput* do citado art. 227, igualmente a família, a sociedade e o Estado devem assegurar ao adolescente e ao jovem o direito à profissionalização. Com relação à proteção da criança, tal como exposto acima, a educação deve ser a ela assegurada, mas, a profissionalização tem início na adolescência em virtude da correta vedação do art. 7º, inc. XXXIII, da Lei Maior.

¹⁷⁸ SENNETT, Richard. **A Corrosão do Caráter**: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Rio de Janeiro: Record, 1999.

Na esteira do art. 227, vale acrescentar que o art. 205, ao tratar da educação, afirma que o objetivo do processo educacional é o pleno desenvolvimento da pessoa, com seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Ou seja, resta demonstrada a previsão constitucional no sentido da preparação para o trabalho como um direito humano, o que demanda, no âmbito do direito ao trabalho, iniciar a análise do direito de escolha quanto às oportunidades de trabalho.

Logo, o acesso ao trabalho do art. 6º da Lei Maior, por parte de cada pessoa física, implica tomar em conta a individualidade de cada um, de maneira que cada indivíduo tem lá suas preferências e gostos, isto é, cada ser humano tem a sua individualidade. Assim, o ser humano, na condição de trabalhador, deve ter o direito de opção por trabalho, ofício ou profissão, o que é assegurado no art. 5º, inc. XIII, da Carta Constitucional brasileira. Ressalte-se que o art. 5º enumera os denominados direitos individuais, isto é, os direitos de liberdade pelos quais cada pessoa determina, por opções próprias, sua individualidade. Afinal, cada ser humano, valendo-se do art. 5º, manifesta seu pensamento, usa sua propriedade, adota uma religião ou não, define em sua vida aquilo que é sua intimidade e assim por diante; o que leva a confirmar que, no exercício efetivo dos direitos do artigo 5º, cada ser humano constrói sua individualidade. Aliás, direitos individuais do art. 5º merecem o nome que portam (individuais) em razão de garantia que ofertam ao bem jurídico chamado “individualidade”, e é por isso que nossa Constituição, no seu preâmbulo, afirma que a sociedade brasileira é pluralista, ou seja, comporta, tolera e respeita as diferenças.

Na construção da própria individualidade, como já afirmado, cada ser humano ambiciona escolher seu trabalho, ofício ou profissão, o que encontra respaldo, repita-se, no inc.XIII do art. 5º que, por sua vez, consagra a chamada liberdade de trabalho, isto é, toda pessoa é livre para escolher e exercer trabalho, ofício ou profissão, bem como, caso uma lei institua requisitos para o desempenho de certo trabalho, a referida restrição não se fundará em qualificações pessoais (como ser homem ou mulher - por exemplo), mas sim em qualificações profissionais que, se exigidas pela referida lei, valerão *erga omnes*, de modo que permanece a oportunidade aberta para todos quanto ao direito ao trabalho, pois, para cada trabalho, ofício ou profissão, a nossa ordem jurídica ou assegura o livre exercício, ou então, condiciona, para todos, por meio de lei, o mencionado exercício ao preenchimento de certas qualificações que decorrem de prévia e necessária formação profissional específica.

Entretanto, quando se realiza a análise acima, sobre o direito ao trabalho como figura que possibilita, para cada indivíduo, a realização de sua vocação segundo opções pessoais (isto tudo fundado na relevância social e individual do trabalho prevista em nossa Constituição), surge uma indagação sobre o quanto tal discurso está distante da realidade de um país, como o Brasil, com um notório processo educacional desigual, e mesmo sonogado para muitos brasileiros, o que implica pessoas que ingressam no mercado de trabalho sem a necessária educação e, logo, sem a mínima formação profissional. Na verdade, nas disputas do mercado de trabalho nem todos partem do mesmo ponto com igualdade de chances, eis que existem pessoas com possibilidades reais bem inferiores às de outras. Para tais pessoas desfavorecidas (pela falta de profissionalização - por exemplo), o trabalho torna-se meio, muitas vezes sofrido,

de sobrevivência e não de construção de um significado para a própria existência. Encontra-se em tal cenário o trabalhador (muitos trabalhadores – aliás) que aceitou certo trabalho e determinadas condições (as salariais – por exemplo) muito mais por necessidade do que por vontade, ocasião na qual o trabalhador vai tender a não se identificar com o trabalho que realiza e a não encontrar satisfação ao longo de sua jornada ou sentido em sua vida.

Ora, ao Direito, enquanto ciência e prática, cumpre encontrar a postura propositiva para responder a tal obstáculo real.

Como primeiro ponto para a resposta do Direito aos fatos que contra ele se insurgem, deve-se afirmar que, efetivamente, por mais que a educação acentue sua igual distribuição e por mais que o processo de profissionalização seja aperfeiçoado e amplifique seu público (o que – sem dúvida – são tarefas constitucionais a cumprir), não se chegará, nem perto, de uma igualdade absoluta quanto ao direito de realização da própria vocação profissional, o que decorre, como se verá abaixo, de uma circunstância inafastável, própria de uma economia de mercado como a delineada em nossa ordem constitucional.

De fato, não se pode negar que, nas economias de mercado, a lógica da competição produz diferenças não somente entre empreendedores como também entre trabalhadores (por mais que todos – algum dia – tenham acentuado nível de educação e de profissionalização), pois, quando certa vaga de trabalho é ofertada ou uma promoção é oferecida em determinada empresa, um trabalhador conquistará o referido espaço e, em regra, outros serão preteridos por critérios (espera-se não discriminatórios) como a qualificação profissional, o perfil profissional, a pretensão salarial ou mesmo em função de uma escolha subjetiva que, em certa medida, a autonomia da vontade do empregador pode realizar. Da mesma forma, quando da realização de concurso público, alguns trabalhadores têm êxito e outros não são aprovados.

Na verdade, deve-se reconhecer que, para postos de trabalho em geral, ainda mais para os de melhor remuneração e maiores possibilidades de realização profissional, a tendência será sempre uma competição entre vários interessados, de maneira que, como regra geral, para cada posto de trabalho, mais de um interessado se apresentará, o que leva a constatar que um será escolhido e outros não.

Assim, em uma economia de mercado, por mais que se possa e se deva melhorar muito nosso atual cenário de educação e de profissionalização, o direito ao trabalho tem sua realização condenada e não ser, nem de perto, igual para todos. Enfim, sempre, no mercado de trabalho, se verificará que algumas pessoas tiveram melhor resultado do que outras, seja pelo ganho monetário auferido ou pela realização pessoal alcançada no trabalho desejado e conquistado. É diante desta constatação que nossa Constituição prossegue na sua defesa do trabalho, uma vez que do direito ao trabalho se deve passar ao direito à proteção no mercado de trabalho. Efetivamente, se o trabalho sonhado por cada pessoa nem sempre é alcançado no mercado, entra em cena a postura constitucional de proteção do ser humano enquanto trabalhador, ou seja, como se aprofundará abaixo, mesmo que o indivíduo realize trabalho com o qual pouco se identifica, a sua individualidade, decorrente da sua condição humana,

é respeitada em razão dos direitos que são assegurados em favor da figura do trabalhador. No mínimo, constatará o trabalhador que, do ato de trabalhar, nasceram condições para uma vida digna, isto é, do ato de trabalhar decorrem direitos mínimos que não são disponíveis.

DO DIREITO À PROTEÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO E FLEXIBILIZAÇÃO

Neste tema, o art. 7º é a norma central da Lei Maior, de modo que merece estudo sistemático nos limites do presente estudo. Pode-se afirmar que os assuntos tratados na referida norma constitucional podem ser organizados na forma abaixo.

Primeiramente, no *caput*, constata-se que a expressão “trabalhadores urbanos e rurais” está não somente demonstrando a igualdade de direitos entre empregados urbanos e rurais, como também indicando que o rol de direitos é dos trabalhadores, isto é, tal elenco tem potencial para, em certa medida, alcançar trabalhadores de outros regimes que não apenas os que prestam serviços com vínculo empregatício. Outrossim, a previsão, no *caput*, sobre tais direitos objetivarem a melhoria da condição social dos trabalhadores implica admitir a inserção, na nossa proteção constitucional do trabalho, do princípio do não retrocesso social. Tais questões voltarão para reflexão mais aprofundada após a proposta de visão sistemática dos incisos do art. 7º, que, como já afirmado, segue sendo descrita abaixo.

Cumprir repetir, desta forma, que o art. 7º da Constituição consagra, de início, o princípio de igualdade de proteção nas relações de trabalho (para trabalhadores urbanos e rurais na linha do *caput*). É bem verdade que o ambiente do mercado de trabalho produz as mais variadas desigualdades, uma vez que, como já citado, não é possível que todos tenham o direito ao trabalho realizado, ao mesmo tempo, na mesma intensidade, pois sempre haverá aquele que conquista a vaga, a promoção ou o aumento salarial, enfim a melhor colocação no mercado de trabalho, até por ser legítimo, para o empregador (ou para outro contratante de serviço que não configure vínculo de emprego), escolher o trabalhador que contratará segundo aspectos como a qualificação profissional, o perfil profissional, a pretensão remuneratória ou mesmo por uma escolha subjetiva que, em certa medida, como já afirmado, a autonomia da vontade do contratante do serviço pode realizar. Entretanto, o princípio da igualdade do art. 7º garante que a ordem jurídica proporcionará:

- a) a idêntica proteção ao trabalhador urbano e rural (*caput* - como já citado);
- b) a igualdade de necessidade de proteção e de direitos para o trabalho manual, técnico e intelectual e dos profissionais respectivos (inc. XXXII), e,
- c) a vedação da diferenciação na fixação de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivos que configuram prática odiosa de discriminação como são, exemplificativamente no texto constitucional, as distinções em virtude do sexo, da idade, da cor ou do estado civil (inc. XXX), assim como busca nossa Lei Maior garantir tratamento isonômico para o trabalhador com deficiência (inc. XXXI) e proteção em favor da mulher trabalhadora (inc. XX).

Em segundo lugar, o art. 7º oferta proteção à família nas relações de trabalho, uma vez que são garantidas:

- a) a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário (inc. XVIII), com a duração de cento e vinte dias, e a licença-paternidade nos termos fixados em lei (inc. XIX), e,

b) a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas (inc. XXV) e o salário-família pago em favor do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei (inc. XII).

Em um terceiro momento, o art. 7º assegura direitos mínimos na execução do contrato de trabalho (ocasião na qual a proteção volta-se para a figura específica do empregado). Com relação a tais aspectos, segue abaixo a reprodução dos incisos que tratam dos direitos, na execução do contrato, de natureza remuneratória:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei, e;

[...]

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

No quarto momento da percepção sistemática do art.7º da Lei Maior podem ser enumerados direitos próprios da execução do contrato de trabalho, e, novamente, o elenco liga-se claramente à figura do empregado, sendo que os direitos desta quarta relação versam sobre a limitação temporal do trabalho e os períodos de descanso, de modo a garantir o direito à saúde:

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

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal, e,

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

Em um quinto momento, o art. 7º protege o empregado no que concerne à possibilidade de desemprego, isto é, a perda do trabalho antes conquistado. No rol do tema ingressam:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

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

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei, e,

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei.

Como sexto campo de incidência do art. 7º, vale destacar o art. 7º, inc. XXII, que preceitua o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Sobre tal inciso é importante destacar que, mais do que nunca, o art. 7º, no ponto em análise, demonstra seu potencial para alcançar trabalhadores em geral, e não apenas empregados.

Em um sétimo aspecto, o art.7º estipula a previsão de proteção previdenciária para o trabalhador, o que representa ponto de conexão do art.7º com os direitos da seguridade social, ou seja:

XXIV – aposentadoria, e,

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Em oitavo lugar, o art. 7º institui o que se pode chamar de vedação protetiva de acesso prematuro e indevido ao trabalho, ocasião na qual, para a proteção da infância e adolescência, resta preceituada a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (inc. XXXIII).

Registre-se que o inciso XXIX trata da prescrição dos créditos resultantes da relação de trabalho, o que não configura direito para o trabalhador, mas sim verdadeira restrição a direitos fundada na busca por segurança jurídica. O direito do trabalhador ligado à matéria do inciso XXIX é o de acesso ao Poder Judiciário, o que representa uma garantia constitucional individual (art. 5º, inc. XXXV).

O último tema a merecer menção nesta análise, com relação ao art. 7º, decorre da noção de não retrocesso que consta no *caput* do citado artigo, de forma que os direitos sociais decorrentes da mencionada norma constitucional visam à melhoria da condição social dos trabalhadores.

Entra em cena o debate sobre a flexibilização, afinal o art. 7º, inc. XXVI, reconhece a validade de convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho, bem como os incisos VI, XIII e XIV também abrem a porta para a redução de salário, a redução de jornada (com redução de salário) e o aumento da jornada em turnos ininterruptos de revezamento, isto tudo mediante negociação coletiva.

A FLEXIBILIZAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Para avançar no assunto, vale destacar que o conceito de flexibilização, aqui utilizado, consiste em detectar a mencionada figura em todo mecanismo de alteração do padrão protetivo do trabalhador, através, por exemplo, de lei nova, modificação jurisprudencial ou de negociação coletiva, ou seja, trata-se de conceber a flexibilização como modificação das condições de trabalho que implique supressão ou redução de direitos para o trabalhador. Ora, como conciliar essa redução de direitos, por meios de mecanismos de flexibilização, com a noção de melhoria das condições para o trabalhador que consta no *caput* do art.7º?

A resposta adotada busca fundamento nas teses do professor Oscar Ermida Uriarte¹⁷⁹ que diferencia a flexibilização em condicionada ou incondicionada.

Na flexibilização condicionada a redução de direitos se legitima por alguma medida de compensação que vem como contrapartida consistente, por exemplo, no seguinte caso hipotético: em troca da redução geral dos salários na empresa que enfrenta uma séria crise econômica ou da redução da jornada, com a redução dos salários, o empregador compromete-se, no mesmo acordo coletivo, a não dispensar trabalhadores durante certo prazo (salvo justa causa). Ou mesmo, como segundo exemplo, em virtude de convenção coletiva, os empregados trabalharão mais de 6 horas em turnos ininterruptos de revezamento, mas, em contrapartida, passam a receber significativo aumento salarial também previsto na convenção coletiva. Em síntese, na flexibilização condicionada a eventual redução ou supressão de direitos do trabalhador vem acompanhada por algum mecanismo compensatório em favor dos obreiros.

Por outro lado, na flexibilização incondicionada, o trabalhador sofre uma redução ou supressão de direitos sem nada que venha como contrapartida. Por exemplo, em uma negociação coletiva se produz, como resultado, uma redução de direitos sociais sem nada em troca que favoreça os trabalhadores afetados, de modo que a referida negociação coletiva não produz melhoria nas condições do trabalhador, muito menos produz uma adaptação da lógica protetiva frente a uma crise na qual a redução de direitos deveria corresponder a algum mecanismo de compensação para os trabalhadores (a redução salarial mas - em troca - a garantia da preservação dos empregos por exemplo). A flexibilização incondicionada, em princípio, está vedada por contrariar o *caput* do art. 7º da Constituição. No presente estudo, defende-se que a convenção coletiva e o acordo coletivo do inciso XXVI do art. 7º devem passar pelo filtro do *caput* do próprio art. 7º, isto é, pode ser admitida em certa medida a flexibilização condicionada, mas, em princípio, não se pode permitir a flexibilização incondicionada.

Ressalta-se aqui, visão crítica e contrária, por exemplo, à súmula 423 do TST que permite o aumento da jornada para mais de seis horas, mantidos os turnos ininterruptos de revezamento, sem que nem mesmo a sétima e a oitava horas sejam pagas como horas extras, isto é, nesta súmula, tal como redigida, pode piorar a situação do trabalhador sem qualquer medida de contrapartida, o que representa uma flexibilização incondicionada.

Para complementar tal argumentação, é interessante notar que o inciso XXVI está no artigo 7º como direito social dos trabalhadores, logo a negociação coletiva não é, na essência constitucional, uma prerrogativa sindical, mas sim um instrumento de melhoria de vida para os trabalhadores. Como reflexão, se pode afirmar que, caso o inciso XXVI em análise fosse inserido no art. 8º, e não do art. 7º, o reconhecimento dos acordos coletivos e das convenções coletivas seria uma prerrogativa sindical ligada à liberdade sindical, o que amplificaria o espaço para a flexibilização via negociação coletiva; contudo, repita-se, o reconhecimento dos acordos coletivos e convenções coletivas consta no art. 7º, de forma que é, acima de tudo, mecanismo para a melhoria das condições sociais e econômicas dos trabalhadores.

¹⁷⁹ URIARTE, Oscar Ermida. **A Flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002.

A SINTONIA ENTRE A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO E OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO TRABALHO

É bem verdade que se procurou demonstrar acima que a Lei Maior oferta uma proteção aos trabalhadores em geral, o que vai para além da figura do empregado, isto é, daquele trabalhador definido nos arts. 2º (pessoalidade) e 3ª (subordinação, onerosidade e não eventualidade) da CLT.

Entretanto, é importante notar que o tratamento constitucional dado ao tema “trabalho” e aos trabalhadores em geral tem um laço de compatibilidade com os princípios gerais do Direito do Trabalho e com a proteção que esse ramo do Direito oferece especificamente ao empregado.

Efetivamente, o Princípio da Proteção pode ser encontrado na garantia constitucional de direitos mínimos para os empregados que o art. 7º da Lei Maior enumera. Ainda, no âmbito da proteção, o *caput* do mesmo artigo sétimo veda o retrocesso, o que se coaduna com a ideia de preservação da condição mais benéfica. Outrossim, a garantia de direitos mínimos para o empregado abre as portas para que sejam buscadas normas mais favoráveis através de negociações individuais ou coletivas.

Acrescente-se que o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego está ligado à proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, bem como relaciona-se com a busca do pleno emprego (art. 170, inc. VIII, da CRFB/1988).

Na mesma linha, a relação de direitos mínimos do artigo sétimo em proveito dos empregados já indica que tais direitos têm a marca do Princípio da Irrenunciabilidade. Isto é, os direitos do art. 7º representam a base constitucional do chamado conteúdo mínimo do contrato de trabalho.

Em outros termos, a Constituição de 1988 tem no artigo sétimo um produto das tradições e daquilo que se construiu como princípios do Direito do Trabalho no Brasil.

Assim, resta verificar como se situa a figura da flexibilização na chamada reforma trabalhista em comparação com a Constituição de 1988 e com os princípios do Direito do Trabalho que, como visto acima, estabelecem sintonia com o art. 7º da Lei Maior.

AS INCONSTITUCIONALIDADES DAS REFORMA TRABALHISTA NO QUE CONCERNE AO NEGOCIADO *VERSUS* O LEGISLADO

Pela argumentação acima, verifica-se que a temática dos direitos sociais dos trabalhadores e das negociações coletivas tem base em expressas normas constitucionais, de modo que a recente reforma trabalhista da Lei Federal n.º 13.467/2017 apresenta pontos de ofensa à Constituição.

O NOVO PARÁGRAFO TERCEIRO DO ART. 8º DA CLT

A referida norma estabelece que “No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

É bem verdade que a Teoria Geral do Direito reconhece a figura da interpretação autêntica, ou seja, quando a própria lei norteia como se deve interpretá-la. Note-se que a interpretação autêntica pode inclusive vir por lei posterior ao preceito legal em relação ao qual se pretende impor certo padrão de interpretação. Nesse âmbito, a lei pode reger a atividade interpretativa dos aplicadores do Direito, inclusive dos magistrados. Como exemplo, basta citar a Lei de Introdução ao Código Civil.

Ocorre que a chamada interpretação autêntica da lei está subordinada, como não poderia deixar de ser, ao princípio da supremacia da Constituição, isto é, a interpretação autêntica da lei não pode afastar, da atividade do aplicador do Direito, as normas constitucionais que tratam do objeto também contido na norma legal a ser interpretada. É nesse aspecto que se detecta a violação constitucional contida no novo parágrafo terceiro do art. 8º da CLT.

Efetivamente, o mencionado parágrafo terceiro do art. 8º da CLT está impondo que os magistrados da Justiça do Trabalho, na interpretação de acordos coletivos e convenções coletivas, façam verdadeira abstração de tudo o que a Lei Maior estipula quanto à proteção do trabalho. Em outras palavras, o parágrafo terceiro do art. 8º da CLT objetiva impor uma interpretação desconstitucionalizada de um assunto que está expresso na Constituição, ou seja, pretende-se que juízes não levem em conta que o reconhecimento de acordo coletivos e convenções coletivos na Constituição tem evidente liame com a melhoria da condição social dos trabalhadores.

Não é logicamente possível que uma lei superveniente (a reforma trabalhista) imponha o afastamento das normas constitucionais pertinentes na interpretação de uma lei anterior (a CLT) que trata de matéria constitucional. Se a Constituição pesa na atividade interpretativa em geral, isso se acentua quando a atividade hermenêutica incide sobre lei que trata de assuntos que têm expressa previsão na Lei Maior.

Como se sabe, desde a Lei Fundamental de 1988 se produziu um movimento de constitucionalização do Direito, isto é, a Constituição de 1988 foi a primeira que, na nossa História, conseguiu ter uma supremacia não apenas formal, mas também material. Em outras palavras, nossas Constituições anteriores tinham uma supremacia meramente formal, uma vez que estavam no ápice da ordem jurídica então vigente, mas repercutiam pouco na compreensão e aplicação das normas infraconstitucionais. Por outro lado, a Constituição de 1998 logrou uma supremacia não apenas formal como material, uma vez tal Lei Maior passou a ser a principal padrão para a interpretação das leis em geral. Efetivamente, com a chegada da Lei Fundamental de 1988, a interpretação tradicional do Direito (de matriz civilista) perdeu espaço.

Ora, a reforma trabalhista pretende excluir o Direito Coletivo do Trabalho da salutar constitucionalização do Direito, de modo que, pelo referido parágrafo terceiro do art. 8º da CLT, o controle de validade e a interpretação de acordos coletivos e de convenções coletivas devem ser feitos com um olhar de pura avaliação formal sobre os requisitos para a manifestação da vontade coletiva, como se os magistrados devessem, por imposição de uma lei, fazer abstração dos valores que a Constituição consagra sobre a proteção do trabalhador.

Nesse aspecto, a reforma trabalhista pretende que os magistrados da Justiça do Trabalho desconsiderem a Constituição na validação e interpretação dos instrumentos normativos trabalhistas, o que, aliás, ofende a própria cláusula pétrea da separação dos poderes (art. 60, parágrafo quarto, da Lei Fundamental).

O NOVO ART. 611-A DA CLT

Na mesma linha, o novo art. 611-A da CLT, com seus cinco parágrafos, também ofende a Constituição tendo em vista a sistematização acima apresentada sobre a proteção constitucional do trabalho e o reconhecimento constitucional de acordos coletivos e convenções coletivas.

De fato, pela norma legal acima citada, o negociado poderia prevalecer sobre o legislado em relação aos seguintes temas: jornada de trabalho (observados limites constitucionais); banco de horas anual; intervalo intrajornada (respeitado o limite de 30 minutos para jornadas maiores do que 6 horas); adesão ao programa seguro-desemprego; plano de cargos, salários e funções; funções de confiança; regulamento empresarial; representante de trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho; remuneração por produtividade; modalidade de registro de horário, troca do dia de feriado; enquadramento do grau de insalubridade; prorrogação de jornada em ambientes insalubres (sem licença prévia da autoridade competente); prêmios de incentivo em bens ou serviços, e, participação nos lucros ou resultados da empresa.

Desta maneira, se tal norma for considerada constitucional, a consequência será a admissão ampla de flexibilizações incondicionadas, ou seja, acordos coletivos e convenções coletivas que, nos temas acima, poderão reduzir ou suprimir direitos sem a exigência de nenhum mecanismo compensatório em favor dos trabalhadores. Na verdade, pelo caput do art.611-A, poderá haver flexibilização incondicionada (ou de desproteção), com a “prevalência sobre a lei” quanto a “outros” temas que envolvem a proteção do trabalhador. A reforma trabalhista apenas exclui da prevalência do negociado sobre o legislado os assuntos que constam no art. 611-B.

A reforma trabalhista, na forma acima descrita, objetiva precarizar as condições de trabalho com o passar do tempo e as negociações coletivas que se sucederão.

O PARÁGRAFO PRIMEIRO DO ART.611-A DA CLT

Tal como já explicado com relação ao parágrafo terceiro do art. 8º da CLT, o parágrafo primeiro do art. 611-A repete a afirmação no sentido da desconstitucionalização da interpretação dos acordos coletivos e das convenções coletivas, de modo a realizar uma verdadeira volta ao Direito Civil clássico e aos seus mecanismos tradicionais de validação dos negócios jurídicos. Ora, como já explicado, não se pode, por lei, afastar da atividade interpretativa dos operadores do Direito (magistrados inclusive) a tomada em consideração do que os princípios e regras constitucionais consagram sobre o assunto. No caso, o microsistema de proteção constitucional do trabalho não pode ser afastado quanto da validação e interpretação de instrumentos negociais coletivos.

OS PARÁGRAFOS SEGUNDO E TERCEIRO DO ART.611-A

No contexto que se retrata, o parágrafo segundo do art. 611-A é a norma que mais claramente aponta para a linha da reforma trabalhista não visar à melhoria da condição social dos trabalhadores, uma vez que tal norma preceitua que “A inexistência de expressa indicação de contraprestações recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico”.

Cuida-se da tentativa de legalização das flexibilizações incondicionadas, já que a norma em tela afirma que, em uma negociação coletiva, trabalhadores podem somente perder direitos ou ter direitos reduzidos sem nada em troca, isto é, sem qualquer mecanismo compensatório. Se assim for, trabalhadores estarão expostos, negociação coletiva após negociação coletiva, a uma contínua perda de direitos que se validará em virtude da lei estipular que não se pode invalidar o acordo coletivo ou a convenção coletiva na qual uma das partes apenas perde.

Trata-se de regra desproporcional em desfavor do trabalhador que, justamente, é a figura merecedora de proteção nos moldes do art. 7º da Lei Maior. Aliás, até mesmo no Direito Civil o instituto na lesão impede a validade de negócio jurídico no qual a vantagem de uma das partes é desproporcional em comparação com a situação da outra.

Como única exceção no sentido da exigência de um mecanismo compensatório, o parágrafo terceiro do art. 611-A preceitua que “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 a dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo”. Ocorre que o parágrafo em questão implica uma indagação como se verá abaixo.

De fato, não há razão para que a redução de salário e a redução de jornada sejam os dois únicos casos nos quais a flexibilização deve ser condicionada a algum mecanismo compensatório em favor dos trabalhadores. É bem verdade que esses são dois casos de flexibilização, via negociação coletiva, que a Constituição expressamente autoriza (incs. VI e XIII do art. 7º), sendo que o outro caso é do aumento da jornada para mais do que seis horas (até o máximo de oito horas) do inciso XIV do mesmo art.7. Ora, não há razão para que os demais direitos trabalhistas possam ser flexibilizados de forma incondicionada.

O PARÁGRAFO QUARTO DO ART. 611-A DA CLT

O parágrafo quarto do art. 611-A preceitua que “Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição de indébito”.

Nesse ponto, fica reforçada a falta de proporcionalidade em favor de empregadores e em desfavor da proteção constitucional dos trabalhadores, uma vez que se constata a seguinte situação incoerente:

- a) pelo parágrafo segundo do art.611-A, uma redução ou uma supressão de um direito social, via negociação coletiva (e em desfavor da legislação que fixa conteúdo mínimo de proteção legal do trabalhador), pode prevalecer mesmo que o referido instrumento negocial nada estipule como compensação para a categoria profissional, ressalvados os temas do parágrafo terceiro (redução salarial e redução de jornada), e, por outro lado,
- b) o parágrafo quarto do mesmo art.611-A prevê que se uma desvantagem para os trabalhadores, que consta em acordo coletivo ou convenção coletiva, é anulada, uma eventual vantagem compensatória, que conste no mesmo instrumento negocial, deve ser anulada por arrastamento.

Ora, a comparação entre os parágrafos segundo e quarto leva ao seguinte cenário:

- a) o parágrafo segundo do art.611-A trata a cláusula negocial redutora ou supressora de direitos sociais como autônoma dentro do respectivo acordo coletivo ou convenção coletiva, de modo que tal cláusula é válida mesmo que, nas demais previsões do instrumento negocial, nada exista para compensar os trabalhadores, mas, em contrapartida,
- b) pelo parágrafo quarto do mesmo art.611-A, se houver uma vantagem compensatória para os trabalhadores em um acordo coletivo ou em uma convenção coletiva que, de outro lado, também tem cláusula redutora ou supressora de direitos sociais, em caso de anulação da cláusula flexibilizadora que favorecia o empregador, deve ser anulada também a cláusula compensatória que favorecia os empregados.

Em outras palavras, convenientemente, a lei desiguala em favor da parte mais forte, na contramão da Constituição, uma vez que a cláusula negocial redutora ou supressora de direito social tem validade garantida quando não há nenhum mecanismo compensatório previsto no mesmo instrumento negocial. Entretanto, na hipótese, de existirem cláusulas recíprocas (flexibilização condicionada), se anulada a cláusula redutora ou supressora de direito social, o parágrafo quarto do 611-A cria uma vinculação entre as cláusulas, de sorte que anulada a vantagem negocial para os empregadores, deverá ser anulada a vantagem compensatória dos trabalhadores. Ou seja, o negociado afasta o legislado quando não há compensação nenhuma para os trabalhadores, mas se houver vantagem compensatória para os empregados, a reforma trabalhista abandona a lógica da autonomia da cláusula que gera desvantagem para obreiros e passa a exigir o liame incidível entre a cláusula redutora ou supressora de direito social (legislado) com a cláusula compensatória.

Ora, a Lei n 13.467-2017, nos parágrafos segundo e quarto do art. 611-A, cria autêntica desproporcionalidade, ao instituir situação normativa que não visa a melhoria da condição social do trabalhador, mas sim às conveniências de empregadores, eis que a síntese é a seguinte: a negociação coletiva que gera uma flexibilização incondicionada é válida, mas se a flexibilização, via negociação coletiva, for condicionada, a anulação da cláusula redutora ou supressora do direito social legislado implica, obrigatoriamente, na anulação da vantagem que os trabalhadores obtiveram no mesmo acordo coletivo ou convenção coletiva.

O PARÁGRAFO QUINTO DO ART. 611-A DA CLT

Na mesma linha, o parágrafo quinto institui verdadeiro obstáculo à celeridade e à efetividade da jurisdição, já que cria um litisconsórcio necessário, em favor dos sindicatos signatários, com relação a toda e qualquer ação, individual ou coletiva, na qual o objeto seja a anulação de cláusula de acordo coletivo ou de convenção coletiva. Nesse caso, o problema é de cunho interpretativo, pois se o parágrafo quinto for compreendido como alcançando apenas as ações que tenham por pedido a anulação das mencionadas cláusulas, não há nada de novo; mas se o parágrafo foi interpretado como abrangendo qualquer ação na qual a validade da cláusula negocial seja uma mera questão prejudicial, a situação novamente aponta para dificuldades em desfavor dos trabalhadores caso busquem a defesa de seus direitos em juízo. De fato, por exemplo, aplicado o parágrafo quinto em questão, em uma simples reclamação trabalhista na qual algum dos pedidos tenha fundamento na invalidade de cláusula de acordo coletivo ou de convenção coletiva, serão citados não somente o empregador como os sindicatos (se se tratar de convenção coletiva) ou o sindicato de empregados (se se tratar de acordo coletivo), isto é, se institui regra processual com mais pessoas a citar e a se manifestar, tudo em detrimento da simplificação processual que sempre notabilizou o Direito Processual do Trabalho.

Na mencionada norma do parágrafo quinto do art. 611-A, a postura inserida na norma é de proteção dos sindicatos e dos empregadores, de modo que a proteção constitucional do trabalhador é tratada como se não tivesse aplicação.

A NOVA REDAÇÃO DO ART. 620 DA CLT

Segundo a nova redação do art. 620 da CLT, os acordos coletivos sempre prevalecerão sobre as convenções coletivas em caso de haver superposição entre os dois tipos de instrumentos normativos. Desta forma, o Direito do Trabalho abandonaria, nesse tema, a aplicação da norma mais favorável como constava na antiga redação do art. 620 da CLT. Na realidade, pela nova redação do art. 620 da CLT, o conflito entre acordo coletivo e convenção coletiva sempre se resolverá em favor do acordo coletivo que seria uma normatização de campo de incidência mais específico do que a convenção coletiva, ou seja, a regra especial afastando a aplicação de regra de maior abrangência.

Curiosamente, essa norma legal flexibilizadora tem potencial para abalar o reconhecimento de acordo coletivos e convenções coletivas (art. 7º, inc. XXVI) como

instrumentos que visam à melhoria da condição social dos trabalhadores, pois o cenário que se produzirá vai ser formado por relações de trabalho precarizadas. De fato, por exemplo, para uma certa categoria virá uma convenção coletiva que, fundada no art. 611-A da CLT, já será menos favorável do que o até então conteúdo, constitucional e legal, mínimo do contrato de trabalho. Pois bem, cada empregador poderá celebrar acordo coletivo ainda menos favorável do que a convenção coletiva, o que não somente prejudicará trabalhadores como produzirá uma pluralidade de estatutos normativos que variarão de empresa para empresa, isto tudo no âmbito de uma mesma categoria e dentro de uma mesma base territorial. Curiosamente, o discurso de diminuição de regras nas relações entre capital e trabalho, implicará em um aumento das regras vigentes, ou seja, serão mais regras, ainda que não emanadas do Estado, mas seguramente, não levarão à tal segurança jurídica que a dita reforma trabalhista afirmar prometer.

Esse tipo de reconhecimento dos acordos coletivos e convenções coletivas não levará ao que o caput do art. 7º indica: melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

O TRABALHO INSALUBRE NO ART. 611-A DA CLT

Na análise das inconstitucionalidades da Lei Federal n 13.467/2017 vale enfatizar a questão do trabalho insalubre, já que o art. 611-A estipula a prevalência do negociado sobre o legislado no que tange ao enquadramento do grau de insalubridade (inc. XII) e à possibilidade de prorrogação de jornada em ambientes insalubres sem a licença prévia da autoridade competente (inc. XIII).

Tais incisos ofendem o art.7º, inc. XXII, e o art. 21, inc. XXIV, da Constituição da República conforme os argumentos abaixo.

A reforma trabalhista trata o trabalho insalubre como uma questão contratual e disponível no plano coletivo. Ocorre que o trabalho insalubre nos moldes do art.7º, inc. XXII, da Constituição e do art. 189 da CLT, envolve situações de risco acentuado para a saúde dos trabalhadores, isto é, cuida-se de trabalho que tende a causar doenças, o que onera o sistema único de saúde e a previdência social, ou seja, quando existe trabalho insalubre, o que se passa entre as partes, no âmbito da relação contratual, acaba por respingar na sociedade. Por tal razão a matéria é de ordem pública com base no art. 7º, inc. XXII, da Lei Maior, de forma a atrair o exercício de poder de polícia com fundamento no art. 21, inc. XXIV, da Constituição. Verifica-se que o enquadramento do grau da insalubridade e a possibilidade da prorrogação de jornada sem licenciamento prévio da autoridade competente não são questões passíveis de negociação coletiva.

Quanto ao enquadramento do grau da insalubridade, não podem as partes, envolvidas em uma negociação coletiva, fixar por consenso uma gradação de risco para saúde que deve ser analisada com base em dados científicos de medicina e engenharia.

No que concerne à prorrogação de jornada, não pode uma avença coletiva entre partes afastar exercício prévio de poder de polícia respaldado pelo art. 21, inc. XXIV, da Constituição

da República, bem como pelo art. 60 da CLT. Na verdade, onde há poder de polícia, não cabe negociação para afastar a ação preventiva da autoridade competente em favor da saúde do trabalhador e, logo, em defesa da saúde pública e do sistema previdenciário.

O NEGOCIADO *VERSUS* O LEGISLADO E AS MINORIAS NAS ASSEMBLEIAS SINDICAIS

Outro ponto, ainda pouco explorado, que merece reflexão, liga-se à questão das minorais em categorias profissionais ou em assembleias sindicais.

De fato, o conceito de categoria profissional implica, em regra, englobar trabalhadores vinculados a empregadores de mesma atividade preponderante ou então trabalhadores que desempenham uma mesma atividade profissional (a categoria diferenciada). Tais concepções sempre induzem a ideia de grupos marcados por grau significativo de homogeneidade. Contudo, não se pode negar que, dentro de uma categoria de trabalhadores, é possível encontrar segmentos minoritários como, por exemplo, no âmbito de uma categoria, detectar poucos trabalhadores que atuam em ambientes insalubres, fazem trabalho perigoso ou estão sujeitos a turnos ininterruptos de revezamento.

Ora, até então, a proteção de segmentos minoritários nas categorias profissionais ou nas assembleias sindicais decorria dos próprios limites impostos aos acordos coletivos e às convenções coletivas no que tange a respeitar o conteúdo, constitucional e legal, mínimo do contrato de trabalho.

Agora, se se aplicar sem percepção crítica o art. 8º, § 3º, da CLT, isto é, com a verificação apenas dos aspectos formais do negócio jurídico, as minorias nas categorias e nas assembleias sindicais poderão ser extremamente prejudicadas e se comprovará, a duras penas para os trabalhadores em situação minoritária, que a democracia sindical não pode ser a ditadura da maioria, sem direitos para os segmentos minoritários. Por exemplo, basta imaginar uma categoria inteira ou todos os empregados de um certo empregador e, em seguida, constatar que, no caso, poucos trabalhadores daquela coletividade fazem trabalho insalubre ou turnos ininterruptos, situação na qual, na convenção coletiva ou no acordo coletivo, a maioria dos trabalhadores poderá reduzir ou suprimir direitos sociais de um segmento minoritário que, por sua vez, jamais imporá sua vontade em uma assembleia por uma questão numérica, isto é, surge o risco da maioria precarizar, via negociação coletiva, a situação de um grupo minoritário de trabalhadores.

Constata-se que a reforma trabalhista, nesse aspecto, ofende a proteção constitucional que se volta para trabalhadores em geral. Assim, ainda que se tenha o art. 8º, parágrafo terceiro, da CLT como não sendo inconstitucional (o que se admite para efeito de argumentação), será essencial uma interpretação conforme a Constituição para anular eventuais acordo coletivos ou convenções coletivas nas quais se verifique que um segmento minoritário de uma categoria ou assembleia teve um direito específico reduzido ou suprimido por uma maioria composta por trabalhadores que sequer titularizam o direito que estão descartando ou minimizando.

O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL: INCONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA

Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto

A constitucionalização dos direitos é um fenômeno da Modernidade, que encontra momentos de transformação e evolução ao longo da história. No século XX, com as sucessivas ondas de constitucionalismo que se produziram no período posterior à Segunda Guerra Mundial, verificou-se a centralidade da proteção aos direitos fundamentais, considerados essenciais a qualquer definição de constitucionalismo moderno.

Cabe, pois, esclarecer a discussão em torno do **conceito de constitucionalismo**. Como assinalado por Michel Rosenfeld, não há como ser pressuposta uma definição de constitucionalismo que seja aceita, de modo razoavelmente amplo, por uma expressiva gama de autores e correntes da teoria da constituição. Um determinado núcleo temático, entretanto, pode ser vislumbrado na maior parte das descrições referentes ao constitucionalismo: “pode-se dizer que o constitucionalismo moderno requer a imposição de limites aos poderes do governo, a adesão ao Estado de Direito e a proteção de direitos fundamentais”¹⁸⁰.

Porém, ainda que o núcleo do constitucionalismo tenha encontrado sua dimensão material e histórica com as modificações sociais e políticas trazidas pelas Revoluções Americana e Francesa, as exigências e os desenvolvimentos da sociedade moderna – em que se verifica um incremento da complexidade, contingência e multiplicidade de possibilidades e riscos – tornaram necessária uma espécie de “atualização” da ideia de constitucionalismo. Esse imperativo foi percebido por Louis Henkin, que propõe a seguinte cadeia de elementos para a descrição da noção atual de constitucionalismo:

- (1) Soberania popular. O constitucionalismo contemporâneo se baseia na soberania popular. O “povo” é o *locus* da “soberania”; a vontade do povo é a fonte da autoridade e a base do governo legítimo. O povo pode ordenar e estabelecer, por si só, a constituição e o sistema de governo. O povo permanece como responsável pelo sistema que ele mesmo estabeleceu.
- (2) Supremacia constitucional. A constituição do constitucionalismo contemporâneo é prescritiva; ela tem a forma jurídica e é a norma suprema. O governo está obrigado a conformar-se pelo esquema organizacional imposto pela constituição. Só pode existir governo legítimo na forma ordenada pela constituição.
- (3) Democracia representativa. O constitucionalismo requer compromisso com a democracia política e com o governo representativo. Mesmo em períodos de emergência no âmbito nacional, o povo permanece como soberano, o que exclui o governo por decreto, excepcionados casos em que haja autorização constitucional, também sujeitos a controle por instituições políticas democráticas.
- (4) Limites e controle entre os poderes. A partir do estabelecimento da soberania popular, da supremacia constitucional e da observância de princípios democráticos, tomam forma as seguintes exigências: governo limitado, separação dos poderes ou formas de instituição de freios e contrapesos, atividade militar controlada por civis, forças policiais sujeitas à lei e ao controle judicial e um judiciário independente.

¹⁸⁰ ROSENFELD, Michel. Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy – theoretical perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994, p. 3.

(5) Direitos fundamentais. Os governos devem respeitar direitos individuais, que são, em regra, os mesmos direitos reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Os direitos estão sujeitos à imposição de algumas limitações quanto ao seu exercício, em nome do interesse público, mas isso ocorre mediante condições e circunstâncias especiais. Alguns direitos podem ser suspensos em casos de emergência nacional, o que deve ocorrer por meio de instituições previstas na constituição, com possibilidade de ratificação por procedimentos democráticos. Trata-se de uma solução excepcional que só deve ser adotada quando estritamente necessária, com duração determinada.

(6) Instituições. Devem existir instituições que monitorem e assegurem a observância do esquema organizacional previsto na constituição, dos limites ao governo e dos direitos individuais.

(7) Autodeterminação. O constitucionalismo contemporâneo deverá observar o direito dos “povos” à autodeterminação, ou seja, a escolher, modificar ou encerrar sua filiação a regimes políticos.¹⁸¹

Fica evidenciado, pelas duas classificações – adotadas a título exemplificativo – que **o constitucionalismo moderno pressupõe, como elemento definidor, a proteção aos direitos fundamentais**.

Essa asserção é particularmente verdadeira no **caso brasileiro**, em que, após um período ditatorial marcado pela violação aos direitos e garantias fundamentais que constituem a essência do Estado de Direito, o constituinte de 1987/1988 optou, na redação do **documento constitucional que marca o processo de redemocratização e retorno à legalidade**, por **privilegiar os direitos fundamentais**, estabelecendo, ainda, uma série de ações e institutos destinados à tutela desses direitos. Exatamente em relação a esse quadro, que envolve uma transformação e incorporação de novos direitos num contexto de constitucionalismo democrático, **o Supremo Tribunal Federal vem proferindo decisões que têm como elemento central a proteção de direitos fundamentais**, das quais são exemplos, entre muitos outros casos, o reconhecimento de união homoafetiva e a declaração de constitucionalidade das políticas de ação afirmativa em universidades com base em cotas raciais.

Um elemento, contudo, deve ser aqui resgatado, como parte essencial à compreensão de algumas inconstitucionalidades que caracterizam o teor da Lei nº 13.467/2017, intitulada como “Reforma trabalhista”: a **centralidade dos direitos sociais ligados ao mundo do trabalho na Constituição de 1988**. Para que esse protagonismo fique evidente, será necessário recuperar, em narrativa histórica, a gênese e o desenvolvimento do processo constituinte de 1987/1988.

DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. SIGNIFICADO. ORIGENS.

Em março de 1974, o general-presidente Ernesto Geisel anuncia a política de “abertura lenta, segura e gradual” do regime militar. Tratava-se de iniciar os passos para a **transferência do poder aos civis**. Como seria de se esperar, não estava em curso um processo de redemocratização. O que o regime postulava era o controle da transição. Para que isso ocorresse, era necessário eliminar todos os focos de resistência. Mesmo após a chegada de

¹⁸¹ HENKIN, Louis. A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy – theoretical perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994. p. 40-42.

Geisel ao poder, continuaram as violações a direitos humanos, como torturas, execuções e desaparecimentos. Para que a transição “pelo alto” fosse bem-sucedida, era crucial inviabilizar qualquer movimento da sociedade civil.

O quadro não era, portanto, propício para a entrada de novos personagens em cena. Porém, foi exatamente isso que aconteceu.

Ainda que se trate de um processo gradativo, com inúmeras manifestações e/ou atitudes de resistência que ainda merecem ser pesquisadas em profundidade, o fato é que o **ingresso dos novos atores em cena** (expressão cara a Eder Sader, em obra importante sobre o período) ocorreu em maio de 1978, quando houve a primeira onda de greves nas indústrias do setor automotivo no chamado ABCD paulista. O acontecimento inicial foi a **greve da Saab-Scania**, desencadeada no dia 12 de maio.¹⁸²

Uma das razões pelas quais houve uma enorme surpresa inicial foi a originalidade do movimento. Tendo sido construída de forma espontânea, a greve da Saab-Scania não passou por nenhum filtro institucional (nem mesmo o do sindicato profissional). Foi uma ação direta, que gerou enorme repercussão e desencadeou uma paralisação de grandes proporções. Não é demasiado recordar que, ao tempo em que foi desencadeada a greve, era uma opção que trazia algum risco. Havia uma dificuldade entre os trabalhadores em recorrer à greve naquele contexto político, por duas razões, ambas ligadas ao regime ditatorial.

Em primeiro lugar, havia a Lei nº 4.330, de 1º de junho de 1964. Como se percebe pela data de publicação, trata-se da lei editada pelo regime militar (que estava apenas há sessenta dias no poder) para conter e praticamente impossibilitar o exercício do direito de greve. O procedimento estipulado pela lei para deflagração da greve era complexo e lento; o controle estatal era contínuo; e havia inúmeras restrições para atividades consideradas essenciais. Além disso, ele estipulava vários crimes contra a organização do trabalho, e entre eles estava “promover, participar ou insuflar greve ou lock-out com desrespeito a esta lei”. A pena prevista era reclusão de seis meses a um ano e multa pecuniária. Para a reincidência a pena deveria incidir em dobro.

Não por acaso, o diploma legal ficou conhecido, entre os trabalhadores, como “lei antigreve”, pois, em termos práticos, ele inviabilizava todo tipo de paralisação legal. Para tornar ainda mais restrita uma disciplina que já era bastante rígida, a Constituição de 1967 simplesmente proibiu a greve em atividades essenciais e nos serviços públicos. Por sua vez, o Decreto-Lei 314/1967 estabeleceu que “Promover greve ou lock-out, acarretando a paralisação de serviços públicos ou atividades essenciais, com o fim de coagir qualquer dos Podêres da República” era crime contra a segurança nacional, punível com reclusão de dois a seis anos.

¹⁸² Ver, para uma narrativa do período em questão, as seguintes fontes: SADER, Eder. **Quando novos personagens entraram em cena** – experiências e lutas dos trabalhadores da Grande São Paulo (1970-1980). São Paulo: Paz e Terra, 2010. ANTUNES, Ricardo. **A rebeldia do trabalho** – o confronto operário no ABC Paulista: as greves de 1978/1980. 2. ed. Campinas: Unicamp, 1992, p. 13-97. MOREIRA ALVES, Maria Helena. **Estado e oposição no Brasil (1964-1984)**. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 236-266. NAPOLITANO, Marcos. **Cultura e poder no Brasil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 75-104. PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. Greve como prática social: possibilidades de reconstrução do conceito a partir da Constituição de 1988. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. (Org.). **Dignidade humana e inclusão social** – caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010, p. 408-424.

E, em segundo lugar, havia a memória da repressão. Em 1968 foram deflagrados dois movimentos grevistas importantes, que tiveram repercussão nacional. Eles ocorreram em Contagem (Companhia Belgo-Mineira) e Osasco (Cobrasma e outras indústrias), em abril e julho. Ambos foram severamente reprimidos pelo regime militar, com ocupação militar das cidades, expulsão dos trabalhadores que resistiam a deixar as fábricas, intervenção do Ministério do Trabalho nos sindicatos e prisão de grevistas.

Por essas razões, nem o regime militar, procurando controlar a transição, poderia imaginar que os trabalhadores, com ou sem a chancela dos respectivos sindicatos, poderiam se constituir como atores sociais e políticos habilitados a ocupar a cena nacional. Como dito por um operário da Scania, ao descrever os dilemas dos trabalhadores às vésperas do movimento: “a palavra greve é que estava difícil de sair”¹⁸³.

A palavra acabaria por ser pronunciada – no sentido performativo – no dia 12 de maio de 1978. Naquela data, os trabalhadores da empresa, num gesto marcado pela espontaneidade e demonstrando grande capacidade de articulação, ingressaram na fábrica (localizada em São Bernardo do Campo), registraram seus respectivos cartões de ponto, postaram-se em frente às máquinas e recusaram-se a trabalhar.

Todos foram surpreendidos por essa deliberação – a empresa, o Ministério do Trabalho e até mesmo o Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo. O pano de fundo da manifestação era a reivindicação de uma reposição salarial decorrente da crescente inflação que corroía o poder de compra dos salários na época. Após várias tentativas de uma saída negociada para o impasse, e diante da recusa da diretoria da empresa em prosseguir com o diálogo, a operação foi desencadeada às sete horas da manhã do dia 12 de maio. Cem trabalhadores do setor da ferramentaria iniciaram o movimento de paralisação. Em uma semana, os 1.800 trabalhadores da Scania haviam aderido. Em duas semanas, estavam em greve os operários de Santo André, São Bernardo, São Caetano e Diadema (ABCD).

O movimento foi intenso e marcante. Os números impressionam: num período de nove semanas, compreendido entre 12 de maio e 13 de julho de 1978, foram computadas 213 fábricas em greve em nove cidades (além do ABCD, houve paralisações em São Paulo, Osasco, Jandira, Taboão da Serra, Cotia e Campinas). No total, 245.935 trabalhadores entraram em greve. Se forem levados em consideração os dados do ano de 1978 em todo o Brasil, os resultados são os seguintes: quatorze categorias profissionais deflagraram greve naquele ano, em sete unidades da Federação (São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Bahia, Paraná, Rio Grande do Sul e Distrito Federal). O número de trabalhadores em greve naquele ano foi 539.037.

As campanhas salariais dos anos de 1979 e 1980 foram igualmente marcadas por conflitos coletivos, greves, assembleias, repressão, intervenção e protagonismo dos trabalhadores. Surgiram algumas diferenças em relação ao elemento espontâneo de 1978: as

¹⁸³ ANTUNES, op. cit., p. 21.

greves eram preparadas com estratégia mais cuidada. Ao mesmo tempo, a repressão também se sofisticou: era comum a intervenção nas diretorias dos sindicatos e o enquadramento dos dirigentes nas normas de segurança nacional. Se compararmos os dados de 1979 e 1980 com aqueles, já mencionados, de 1978, observaremos uma ampliação do universo de mobilização dos trabalhadores. Em 1979, foram 26 categorias profissionais em greve em 15 unidades da Federação (São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Bahia, Paraná, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Paraíba, Espírito Santo, Santa Catarina, Goiás, Mato Grosso, Ceará, Rio Grande do Norte e Distrito Federal). O número total de trabalhadores grevistas foi de 3.207.994. Em 1980 houve um decréscimo no número de trabalhadores em greve – 664.700 –, o que pode ser explicado por alguns fatores: agravamento da crise na economia, aumento do desemprego, maior mobilização das estruturas da repressão. De toda forma, é um número expressivo e aponta para uma mudança importante: foi possível perceber, a partir de 1981, uma transformação na ação dos sindicatos que foram os protagonistas dos movimentos grevistas de 1978/1980.¹⁸⁴

Antes, contudo, de ingressar na observação da atuação de algumas entidades sindicais no período subsequente a 1980, parece oportuno traçar a amplitude dos movimentos sociais e políticos que passaram a ocupar a esfera pública de modo concomitante à luta dos trabalhadores.

Como salientado por Marcos Napolitano, o período compreendido entre 1978 e 1980 é marcado pela convergência de várias pautas reivindicatórias dos movimentos sociais. Numa perspectiva ampla, consoante a narrativa do mesmo autor, é a partir das greves do ABCD “que a questão social encontra a questão democrática”¹⁸⁵. Isso insere a luta dos trabalhadores num contexto mais amplo, que merece ser aqui brevemente referido.

Em dois aspectos essenciais as greves de 1978/1980 ocupam um papel importante na história recente. O primeiro deles é a capacidade reflexiva da atuação dos trabalhadores. Estava em pleno vigor, na década de 1970, a estrutura sindical montada na Era Vargas, com rígida unicidade sindical e intensa e necessária intervenção (e autorização) do Estado para a atividade sindical. Em tempos de ditadura militar, essa intervenção era ainda mais forte, e muitos dos sindicatos, federações e confederações não representavam propriamente os trabalhadores; eram servis ao patrão e leais ao governo, verdadeiros entes autárquicos. Um ponto essencial das greves do ABCD foi a articulação horizontal dos trabalhadores, ou seja, uma mobilização às margens das diretorias dos sindicatos e, em alguns casos, de forma contrária à orientação da entidade sindical. Essa circunstância fez com que fosse necessária uma luta interna na representação da categoria profissional; para além do conflito com a classe empresarial, era fundamental também modificar as estruturas internas dos sindicatos profissionais. Isso trouxe uma pauta democrática para os trabalhadores, que tiveram que convencer seus colegas (em assembleias e eleições sindicais) de que os dirigentes tradicionalmente ligados ao governo não os representavam. Em síntese, foi necessário lutar por democracia interna.

¹⁸⁴ Todos os dados aqui recuperados relacionados às greves de 1978-1980 têm como fonte a cuidadosa pesquisa realizada por ALVES, op. cit., p. 250-251, 254 e 264.

¹⁸⁵ NAPOLITANO, op. cit., p. 75.

O segundo aspecto distintivo deste período foi a articulação entre os trabalhadores – e, gradativamente, os sindicatos mais combativos – e outros movimentos sociais que intensificaram a luta contra o arbítrio. Como dito por Maria Helena Moreira Alves, “1979 foi um ano decisivo para a oposição como um todo”. No momento mais intenso das greves de 1979, “estabeleceu-se uma rede funcional de alianças entre as organizações de base, os movimentos sociais ligados à Igreja (inclusive as CEBs) e os sindicatos”¹⁸⁶.

Deve ser mencionada, ainda, a atuação do Comitê Brasileiro pela Anistia, movimento surgido a partir da demanda de familiares de opositores ao regime militar, exilados por perseguição política, e cujo retorno era considerado decisivo para a redemocratização. Acrescente-se, por fim, a solidariedade de intelectuais, profissionais liberais e integrantes da oposição política, e com isso será possível compreender a amplitude das **mobilizações sociais e políticas** que acompanharam e dialogaram com os trabalhadores em greve. Com toda essa dimensão de luta por cidadania, fica evidenciado um fenômeno de “transbordamento” da pauta dos trabalhadores e entes sindicais: o que estava em jogo era também a **luta por democracia e liberdade**.

Seria bastante precipitada a conclusão no sentido de que a diminuição no número de greves significaria a desarticulação dos trabalhadores e do chamado “Novo Sindicalismo”, corrente de dirigentes e ativistas que surge exatamente daquele contexto das greves de 1978 a 1980. O que houve, na verdade, foi uma diversificação na pauta e nas estratégias dos trabalhadores. Na região do ABCD, as entidades sindicais concentraram-se principalmente nas lutas por readmissão de trabalhadores que haviam sido despedidos em represália à participação em greves. No plano nacional, contudo, começa a tomar forma – e a se institucionalizar – uma deliberação que já vinha de fins dos anos 1970: a **criação de uma central única dos trabalhadores**.

Esse importante passo ocorreu durante a I Conclat – Conferência Nacional da Classe Trabalhadora, realizada entre os dias 21 e 23 de agosto de 1981 em Praia Grande, Estado de São Paulo, na Colônia de Férias dos Sindicatos dos Trabalhadores Têxteis. Foi ali aprovada a criação da CUT – Central Única dos Trabalhadores. O documento extraído da Conclat traz uma extensa gama de reivindicações e proposições em relação ao mundo do trabalho, aos direitos individuais e coletivos, à estrutura sindical, à política econômica, à estrutura da Justiça do Trabalho, à Previdência Social e à reforma agrária. Porém, o que mais chama a atenção, para os propósitos deste artigo, é o primeiro ponto da Carta; as lideranças ali reunidas reivindicam, antes de tudo, a “Elaboração de uma Constituição que garanta os direitos fundamentais da classe trabalhadora; o trabalho produtivo é socialmente útil para todos; a prática efetiva dos direitos civis e políticos e das liberdades democráticas sem nenhuma discriminação; a plena liberdade sindical, inclusive o direito de greve amplo e irrestrito”¹⁸⁷.

¹⁸⁶ ALVES, op. cit., p. 258.

¹⁸⁷ CONCLAT. Resoluções da Primeira Conferência Nacional da Classe Trabalhadora. Praia Grande, 21 a 23 de agosto de 1981. Disponível em: <<http://cut.org.br/system/uploads/document/86dcbd56c3369893d0854383f7e86000/file/1-conferencia-nacional-da-classe-trabalhadora-conclat-21-a-23-08-1981.pdf>>.

Neste pequeno extrato textual fica evidenciado o **fenômeno do transbordamento**: as pautas ligadas ao mundo do trabalho continuam centrais, como não poderia deixar de ser. A diferença em relação a uma pauta de reivindicações “clássica” do movimento sindical é a presença expressiva da ideia de “elaboração de uma Constituição” que garanta direitos e que promova as liberdades democráticas. A luta iniciada na Saab-Scania no dia 12 de maio de 1978 tomava proporções muito mais abrangentes do que seria possível imaginar (mantendo, contudo, sua chama inicial, que envolvia pedidos específicos de melhorias salariais e de condições de trabalho).

Outro elemento a ser levado em consideração para a compreensão do período é a **crescente confluência entre os movimentos sociais (aí incluídos os sindicatos) e o campo político oposicionista**. Com o fim da dualidade Arena-MDB, surgiram partidos com ênfase no trabalhismo (especialmente PT e PDT) e as oposições obtiveram vitórias importantes nas eleições de 1982, conquistando inclusive o governo de Estados como São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná e Goiás. Em março de 1983, um deputado federal até então desconhecido, Dante de Oliveira, do PMDB de Mato Grosso, apresenta uma proposta de emenda constitucional convocando eleições diretas para presidente da República. A sociedade civil e a oposição ocupam as ruas de várias cidades brasileiras nos primeiros meses de 1984 com o objetivo de pressionar o Congresso Nacional (ainda com forte presença de políticos pertencentes à ex-Arena, fiéis ao regime militar) a aprovar a “Emenda Dante de Oliveira”. Nos gigantescos comícios realizados nas grandes cidades, estavam representantes do “Novo Sindicalismo”, que traziam as lutas do final da década de 1970 e visavam à democratização do processo de escolha do presidente¹⁸⁸.

Por diversas razões – entre as quais está a liberação de todo o potencial crítico e participativo que havia sido reprimido ao tempo da ditadura e frustrado pela rejeição da Emenda Dante de Oliveira –, o **processo de elaboração da nova constituição** tomou um rumo inédito na história política brasileira: ao invés de trabalhar com base num anteprojeto, a Constituinte decidiu construir seu texto “de baixo para cima”.

A marca distintiva da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 foi a capacidade de **construir uma história diferente**, em vários planos. O primeiro deles é o procedimental: ao contrário da maior parte das experiências correlatas no mundo (e da própria tradição brasileira), a **Constituinte não partiu de um texto previamente escrito** e optou pela gradativa montagem, por blocos temáticos, de um grande anteprojeto, o que foi possível pela divisão da Assembleia em oito **comissões temáticas** (cada uma delas fracionada em três subcomissões). Isso garantiu uma maior democracia interna na Constituinte e tornou o processo menos controlável.

¹⁸⁸ As fontes utilizadas para a reconstrução história do processo que antecedeu a convocação da Assembleia Nacional Constituinte foram: PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, vol. 43, tomo I, 2014, p. 415-458. BARBOSA, Leonardo A. A. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012, p. 145-211. PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo. Cidadania, democracia e Constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.). **Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 121-132.

O segundo aspecto a ser destacado é a **inédita participação social**: iniciativas como as emendas populares, a opção de realização de audiências públicas, o acompanhamento pela imprensa, tudo isso transformou a ANC num espaço permanentemente dinâmico de construção de uma nova identidade. O terceiro ponto é a **consciência histórica**. A sociedade brasileira, recém-saída da experiência traumática do regime ditatorial, detinha um potencial de criação e participação que estava evidentemente represado, e a Constituinte, de modo inclusive não previsto pelas lideranças da época, foi o local e o momento para a reescritura da história.

Assim, o texto começou a ser produzido num contexto de uma Assembleia descentralizada e aberta, considerando o grande número de audiências públicas realizadas em cada subcomissão, com o comparecimento maciço dos setores interessados na redação dos relatórios das 24 subcomissões. Isso transcende, inclusive, a dimensão da mera defesa de pautas corporativas (que também ocorreram), na medida em que as subcomissões temáticas abriam suas portas para interlocutores diversos, e possibilitavam também o encontro de tendências opostas, que se confrontavam no debate.

Esse método foi muito bem sintetizado por João Gilberto Lucas Coelho, um dos principais observadores do processo constituinte: “Talvez o mais rico momento da Constituinte tenha sido o das audiências. O Brasil apresentou-se nu e real, com problemas e sonhos, tensões e divergências. Centrais sindicais, lideranças empresariais, movimentos os mais diversos, especialistas e membros do governo depunham, a convite ou por iniciativa própria”¹⁸⁹.

O procedimento tradicional foi atropelado pela grande força popular já mobilizada no movimento das Diretas Já, e que, diante da frustração decorrente da não aprovação da Emenda Dante de Oliveira e da morte do presidente eleito pelo Colégio Eleitoral como símbolo da transição para a democracia, exigiu a formulação de um novo procedimento que se iniciou com a coleta de sugestões populares, ocasionando a abertura e a democratização do processo constituinte. É isso precisamente o que pode explicar o paradoxo de que uma das legislaturas mais conservadoras já eleitas (contando inclusive com a participação, na Constituinte, de senadores não eleitos para tanto) tenha vindo a “elaborar” a Constituição mais progressista de nossa história.

E, naquele contexto, as lutas por direitos empreendidas por trabalhadores e sindicatos desde os anos de 1978 a 1980 encontraram uma enorme repercussão no conteúdo da Constituição enfim promulgada. Como foi possível notar pelo transbordamento da pauta de reivindicações e pela articulação entre as entidades sindicais e outros movimentos sociais, o mundo do trabalho – e sua reconstrução democrática – sempre esteve no centro dos debates sobre os rumos da sociedade brasileira no período pós-autoritário. Isso se refletiu, evidentemente, na Constituição de 1988, como destacado por Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles:

¹⁸⁹ COELHO, João Gilberto Lucas. A participação popular na Constituinte. **Revista de Cultura Vozes**, vol. 82 (2), 1988, p. 16-17. Conferir, em relação ao período, a consistente narrativa histórica empreendida por BARBOSA, op. cit., p. 211-247.

A forte influência social do sindicalismo no país recém-democratizado, graças à sua presença na vida pública e na resistência ao regime militar, assegurou-lhe importantes conquistas na elaboração do texto constitucional, a principal delas a constitucionalização dos direitos sociais em lugar nobre da sua arquitetura, o Título II que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, em oposição a Cartas anteriores que os remetiam à ordem econômica e social.¹⁹⁰

Um elemento que chama a atenção na análise histórica do período que antecede a redação da Constituição de 1988 é a intensa relação entre os direitos fundamentais nela previstos e as pautas reivindicatórias que surgiram nas greves de 1978/1980, que tematizavam, como visto, aspectos que transbordavam o mundo do trabalho.

Segundo a observação de Ricardo Antunes, é possível destacar a concretude das primeiras reivindicações formuladas pelos grevistas da Saab-Scania em maio de 1978: aumento salarial de 20%, igualdade salarial para aqueles que realizassem os mesmos trabalhos, pagamento dos dias parados em razão da greve e redução do trabalho noturno. Já em relação às greves de 1979 e 1980 há uma maior generalização da pauta, que passa a incluir temas ligados à organização sindical e à dinâmica das fontes do direito do trabalho. Consoante afirmado pelo mesmo autor, os principais itens das reivindicações eram: a luta contra o intervencionismo estatal e pela democratização, autonomia e liberdade sindical, direito de greve, maior organização no espaço fabril, negociação direta com o empregador e contratação coletiva¹⁹¹.

Na verdade, esses temas foram ocupando gradativamente o debate político nacional desde a irrupção das greves de 1978. Um exemplo significativo é o documento resultante do 5º Congresso Nacional dos Trabalhadores na Indústria, realizado no Rio de Janeiro em 29 de junho de 1978. As lideranças ali presentes produziram uma Carta de Princípios, que sintetizava a amplitude e a força dos objetivos visados pelo movimento.

Quanto às liberdades políticas, destacam-se os seguintes pontos:

- (a) direito de eleger pelo voto popular direto os representantes políticos, inclusive senadores, governadores e o presidente da República;
- (b) rejeição da legislação de exceção;
- (c) garantias de liberdade de imprensa e de expressão;
- (d) liberdade de associação, sem restrições ou controles;
- (e) rejeição das medidas de emergência e das salvaguardas;
- (f) anistia política;
- (g) respeito aos direitos humanos;
- (h) retorno ao Estado de Direito.

¹⁹⁰ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **A constitucionalização da legislação do trabalho no Brasil** – uma análise da produção normativa entre 1988 e 2008. Brasília: Centro de Estudos Direito e Sociedade (Cedes)/Fundação Astrojildo Pereira, 2010, p. 9.

¹⁹¹ ANTUNES, op. cit., p. 23 e 27.

No que diz respeito aos direitos sociais, algumas das reivindicações eram:

- (a) fim das políticas de arrocho salarial, com distribuição da renda e salário justo a ser livremente negociado em barganhas coletivas com os empregadores;
- (b) níveis salariais mínimos suficientes para o sustento de um trabalhador e sua família;
- (c) modificação da CLT, para permitir a autonomia sindical do controle governamental;
- (d) direito à greve e rejeição de toda a legislação restritiva;
- (e) direito à negociação coletiva e fim da contratação individual de trabalhadores;
- (f) reconhecimento dos representantes sindicais nas fábricas, com garantia de estabilidade no emprego.¹⁹²

Analisados em conjunto, esses elementos são constitutivos de um novo mundo do trabalho e de um novo regime político. Para que essas demandas pudessem ser realizadas, era necessário inseri-las num processo constituinte, o que acabou por se confirmar. Entre julho de 1978 e outubro de 1988, operou-se uma verdadeira transformação na sociedade brasileira, na qual os direitos sociais – especialmente aqueles ligados ao mundo do trabalho – ocuparam um papel central.

DIREITOS SOCIAIS E ACESSO À JUSTIÇA. GARANTIAS INSTITUCIONAIS

Uma das manifestações mais expressivas da Constituição da República de 1988 reside na importância da **formação de um sistema de justiça**. Como havia uma grande preocupação, entre os constituintes (que ecoavam, nesse caso, uma inquietação advinda da própria sociedade civil), com a **efetividade dos direitos estabelecidos no texto constitucional, incluindo-se os direitos sociais**, decidiu-se por conferir grande **destaque à via judicial de proteção e tutela dos direitos**. Tanto é assim que o texto constitucional estipulou uma série de **novas ações judiciais**, elaborou um intrincado **sistema de controle de constitucionalidade** e criou um **conjunto institucional destinado à proteção dos direitos** (Judiciário, Ministério Público, Advocacia, Defensoria Pública).

Não é demasiado, portanto, lembrar a **essencialidade e a centralidade do acesso à justiça como direito fundamental**, ou seja, como elemento estruturante à consecução de direitos previstos na Constituição da República. Quando se trata de direitos sociais, é claro que esse acesso à justiça se corporifica na existência de uma **Justiça Especializada**, ou seja, a **Justiça do Trabalho**, como órgão integrante do Poder Judiciário, com todas as garantias correspondentes desde 1946 (em 1934 e 1937, houve previsão acerca da Justiça do Trabalho, mas ela permaneceu na esfera do Poder Executivo). Como se verifica, contudo, pela leitura do texto de várias passagens da Lei nº 13.467/2017, há, na chamada “**reforma trabalhista**”, uma série de **dispositivos que representam verdadeiros obstáculos ao acesso à justiça**, como, por exemplo, a nova disciplina do instituto da assistência judiciária gratuita, a possibilidade de utilização de créditos obtidos em processo judicial para pagamento de encargos processuais, a limitação da indenização referente ao dano extrapatrimonial, entre outros.

¹⁹² ALVES op. cit., p. 247.

Nessas circunstâncias, entende-se configurada, para além de eventuais outras inconstitucionalidades materiais, uma modalidade específica de violação ao disposto na Constituição da República de 1988: a **afronta ao acesso à justiça considerado como garantia institucional**.

É o caso, portanto, de invocar, como **mecanismo de proteção aos direitos fundamentais**, uma outra dimensão, que a doutrina constitucional, a partir da década de 1920, passou a intitular “**garantias institucionais**”.

Como se sabe, a experiência constitucional alemã dos entre guerras foi crucial para o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. Na década de 1920 foram publicadas obras essenciais para a formação da teoria da constituição como campo autônomo na ciência do direito constitucional, especialmente as obras de Carl Schmitt, Rudolf Smend e Hermann Heller.

E é exatamente na obra de Schmitt que podemos encontrar a primeira formulação sistemática e articulada do conceito de garantias institucionais. Segundo Carl Schmitt, em sua pioneira obra sobre a Teoria da Constituição, “É possível garantir, por meio da regulação constitucional, uma proteção especial a certas instituições. A regulação constitucional possui então a finalidade de tornar impossível, uma supressão pela via legislativa ordinária”. Após elencar alguns exemplos de garantias institucionais na Constituição alemã de Weimar, Schmitt complementa:

Uma lei que suprimisse, por princípio, a burocracia profissional seria tão inconstitucional como uma lei que suprimisse a administração municipal autônoma, a família ou o direito de testar. Existem, pois, garantias institucionais com direitos subjetivos e sem eles; a proteção jurídica e a possibilidade de fazer valer pretensões também está conformada de modo muito diversificado; mas à essência da garantia institucional não corresponde nem um direito subjetivo nem a manutenção de uma via jurídica.

A garantia constitucional da liberdade da ciência e de seu ensino (art. 142, Constituição alemã), chamada por R. Smend (*Staatsrechtslehrertagung 1927 AÖR*. XIII, pág. 107) como “direito fundamental da Universidade alemã” contém uma garantia institucional. Não é um direito fundamental em sentido autêntico, mas significa uma proteção constitucional contra a supressão legislativa, como é característico da garantia institucional.¹⁹³

A preocupação de Carl Schmitt, no excerto ora invocado, concentrava-se na necessidade de traçar uma clara distinção entre os elementos subjetivo e objetivo da norma constitucional, delimitando, assim, um campo de proteção que seja independente da esfera individual, subjetiva, de proteção dos direitos.

A formulação schmittiana seria resgatada no constitucionalismo do pós-guerra numa outra chave de leitura, que envolve, antes de tudo, o complexo mecanismo de tutela dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea. Como assinalado por Paulo Bonavides, a separação estrita entre garantias institucionais e direitos fundamentais não mais se justifica

¹⁹³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 175-177.

num contexto de constitucionalismo democrático, voltado à defesa dos direitos fundamentais. Assim, um papel relevante das garantias institucionais é exatamente o de propiciar um tipo especial de proteção aos direitos fundamentais, em situações de potencial violação desses mesmos direitos.

O que se revela crucial na reflexão efetuada por Carl Schmitt é a capacidade de observar, no fenômeno do **constitucionalismo contemporâneo**, um determinado **núcleo a ser protegido, independentemente da identificação de eventuais sujeitos beneficiados, ou seja, para além da proteção clássica dos direitos fundamentais**. Esse núcleo, cuja sobrevivência é essencial para a própria estrutura da constituição, está sob o abrigo das **garantias institucionais, inclusive contra eventuais maiorias parlamentares**, que podem ser marcadas por interesses efêmeros, localizados e, exatamente por isso, encontram um limite em sua atuação (no exercício do poder constituinte derivado).

Essa circunstância é destacada em esclarecedor excerto de obra do publicista Marcio Iorio Aranha:

Justamente por se especificarem frente aos direitos individuais clássicos do *status negativus*, as garantias institucionais dão um colorido novo às salvaguardas constitucionais de certos *status*, utilizando-se a terminologia de Schmitt. Aqueles direitos deixam de ser considerados pretensões individuais de titulares pontualmente isolados, no que não haveria como deixar de ver um privilégio constitucional, e passam a integrar a proteção objetiva de institutos cristalizados em plexos normativos constitucionais. **A especificidade de tratamento justifica-se, portanto, enquanto represente o interesse público de proteção institucional, e nunca o interesse de momento de uma determinada maioria parlamentar.**¹⁹⁴ (grifamos)

Na precisa formulação de Paulo Bonavides, “A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza”¹⁹⁵.

Bonavides, nessa reflexão, segue a linha traçada por José Joaquim Gomes Canotilho, que já vem alertando, desde as primeiras edições de sua importante obra sobre direito constitucional, acerca da **estreita relação que se pode estabelecer entre a proteção dos direitos fundamentais e a ativação das garantias institucionais**. Cabe, então, fazer alusão à contribuição de Gomes Canotilho nesse tema:

As normas que se destinam a proteger instituições (públicas ou privadas) são designadas, pela doutrina, por normas de **garantias institucionais**.

Andam, muitas vezes, associadas às normas de direitos fundamentais, visando proteger formas de vida e de organização social indispensáveis à própria proteção de direitos dos cidadãos.

[...]

¹⁹⁴ ARANHA, Marcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 201.

¹⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 451.

As garantias institucionais, constitucionalmente protegidas, visam não tanto “firmar”, “manter” ou “conservar” certas “instituições naturais” mas impedir a sua submissão à completa discricionariedade dos órgãos estaduais, proteger a instituição e defender o cidadão contra ingerências desproporcionadas ou coativas.

[...]

Ao estudarmos o problema das restrições aos direitos fundamentais ver-se-á melhor esta questão. Aqui apenas se volta a acentuar que as garantias institucionais contribuem, em primeiro lugar, para a *efetividade ótima* dos direitos fundamentais (garantias institucionais como meio) e, só depois, se deve transitar para a fixação e estabilização de entes institucionais.¹⁹⁶

Observa-se, então, que existe um nexo, uma ligação, uma estreita relação, no constitucionalismo contemporâneo, entre a proteção de direitos fundamentais e a existência de garantias institucionais. Apontando especificamente para o caso brasileiro, é importante assinalar que o Constituinte de 1987/1988 conferiu evidente **centralidade aos direitos sociais**. É por essa razão, na esteira das autorizadas reflexões propostas por Ingo Wolfgang Sarlet, que, no regime da Constituição da República de 1988, **os direitos sociais são direitos fundamentais**, com todas as proteções e garantias inerentes à sua condição de elemento essencial ao Estado Democrático de Direito. Torna-se necessário, pois, no atual estágio da argumentação, resgatar o ponto de vista de Ingo Sarlet em relação ao tema:

[...] a perspectiva objetiva das normas de direitos sociais reflete o estreito liame desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais a serem respeitados e concretizados por toda a sociedade (princípio da dignidade da pessoa humana, a superação das desigualdades sociais e regionais, construção de uma sociedade livre, justa e solidária). Nesta esfera, como já sinalado na parte geral dos direitos fundamentais, também as normas de direitos sociais (sendo normas de direitos fundamentais) possuem uma eficácia dirigente ou irradiante, decorrente da perspectiva objetiva, que impõe ao Estado o dever de permanente realização dos direitos sociais, além de permitir às normas de direitos sociais operarem como parâmetro, tanto para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, quanto para a criação e o desenvolvimento de instituições, organizações e procedimentos voltados à proteção e promoção dos direitos sociais. Daí também resulta, entre outros aspectos, a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas (e, em termos mais amplos, a interpretação do ordenamento jurídico de acordo com o marco dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais). Além disso, não se pode olvidar que também em matéria de direitos sociais assumem relevo os deveres de proteção que vinculam os órgãos estatais, inclusive no que diz com uma atuação em caráter preventivo e que ensejam um dever de proteção suficiente, pena de violação da assim chamada proibição de insuficiência de proteção, isto sem falar na existência de deveres fundamentais (sociais) dos particulares.¹⁹⁷

Está evidenciado, pois, que a situação de centralidade ocupada pelos direitos sociais no ordenamento constitucional brasileiro exige a atenção de todos os poderes públicos, **inclusive o legislador ordinário**, em relação à marca distintiva dos direitos sociais: eles se apresentam e se constituem como direitos fundamentais.

Evidentemente, esse papel de destaque atribuído pelo constituinte originário aos direitos sociais não foi algo construído ao acaso, de modo arbitrário. Na verdade, trata-

¹⁹⁶ Grifos e itálicos no original. GOMES CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1044-1045.

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 623.

se de **desdobramento histórico das lutas por democracia e inclusão**, como é possível constatar pela análise das circunstâncias que precederam a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988.

Como já exposto, no rol de meios de proteção aos direitos sociais figuram as **garantias institucionais**, tidas como essenciais para o âmbito objetivo da tutela dos direitos fundamentais. Conforme complementado por Ingo Sarlet, sempre com referência aos direitos sociais:

Finalmente, a perspectiva objetiva permite a tutela das garantias institucionais, ou seja, a proteção de determinadas instituições de direito público e institutos de direito privado (sem desconsiderar aqui que o público e o privado se conectam e não constituem esferas isoladas) que, por sua relevância, necessitam ser protegidos contra a ação erosiva do legislador.¹⁹⁸ (grifamos)

Em outra passagem, a mesma circunstância – **proteção intensa dos direitos sociais diante de eventuais ações do legislador ordinário** que venham a diminuir ou restringir o alcance dos referidos direitos – é enfatizada pelo autor:

Voltando-nos ao texto da Constituição Federal (1988), é facilmente perceptível que o art. 6.º, onde estão sediados os direitos sociais básicos (sem prejuízo dos direitos específicos dos trabalhadores e outros direitos sociais), insere-se num contexto mais amplo no plano constitucional. Com efeito, o Preâmbulo já evidencia o forte compromisso com a justiça social, comprometimento este reforçado pelos princípios fundamentais elencados no Título I da CF, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), positivada como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

Tal princípio, para além de outros aspectos dignos de nota, atua como verdadeiro fio condutor relativamente aos diversos direitos fundamentais, reforçando a existência de uma recíproca complementaridade entre os direitos civis e políticos (por muitos, designados de direitos individuais ou direitos de liberdade) e os direitos sociais, na medida em que os direitos fundamentais (ainda que não todos e não da mesma forma) expressam parcelas do conteúdo e dimensões do princípio da dignidade humana. Além disso, a busca da justiça social, portanto, o compromisso com a realização dos direitos sociais, guarda sintonia com os objetivos fundamentais da República elencados no art. 3.º da CF, que estabelece como norte, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais. O mesmo ideário consta do art. 170, que explicita a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica, vinculando esta última à garantia de uma existência digna para todos, conformada aos ditames da justiça social, de tal sorte que se pode afirmar que a dignidade da pessoa humana é também o fundamento e o fim da ordem econômica na Constituição

[...]

Outro tópico que diz respeito ao regime jurídico dos direitos sociais na condição de direitos fundamentais é o de sua **proteção contra o poder de reforma constitucional e contra intervenções restritivas por parte dos órgãos estatais**.¹⁹⁹

Assim, na conformidade das reflexões traçadas por Paulo Bonavides, Gomes Canotilho e Ingo Sarlet, que redefinem e reescrevem a percepção contida na obra pioneira de Carl Schmitt, cabe destacar que **os aspectos processuais ligados ao acesso à justiça, na forma como tratados na Lei nº 13.467/2017, representam frontal violação a garantias institucionais** inerentes à tutela dos direitos sociais e à dimensão objetiva da proteção dos direitos fundamentais.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 624.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 615 e 622. Original grifado.

TEMAS PROCESSUAIS NA REFORMA TRABALHISTA

Helder Santos Amorim

A Lei 13.467/2017, denominada reforma trabalhista, inseriu dispositivos na CLT que violam garantias constitucionais de acesso a justiça, tais como as garantias de gratuidade judiciária (CRFB/1988, art. 5º, inc. LXXIV) e de inafastabilidade da jurisdição (CRFB/1988, art. 5º, inc. XXXV), além de dispositivos que violam a independência funcional dos órgãos da Justiça do Trabalho (CRFB/1988, art. 2º e 114), pondo em risco o Estado Democrático de Direito. Vejamos.

1. RESTRIÇÕES INCONSTITUCIONAIS DE ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO

A Lei 13.467/2017 inseriu na Consolidação as Leis do Trabalho um conjunto de dispositivos que afastam ou dificultam sobremaneira o acesso à Justiça do Trabalho, tais como:

- a) arts. 790-B, § 4º; 791-A, § 4º, e 844, § 2º – impõem ao trabalhador beneficiário de justiça gratuita o pagamento de honorários periciais e advocatícios de sucumbência com uso de créditos trabalhistas auferidos no feito ou em outro processo, e o pagamento de custas quando não comparecer à audiência inaugural, dando causa ao arquivamento do feito, inclusive como condição ao ajuizamento de nova demanda trabalhista;
- b) arts. 507-A e 507-B – permitem a pactuação de cláusula compromissória de arbitragem privada para solução dos conflitos trabalhistas, quando o empregador receber remuneração superior ao dobro do teto máximo de benefício da previdência social (art. 507-A, e a quitação anual geral das obrigações contratuais, em sua plena vigência, quando o trabalhador se encontra em estado de subordinação (art. 507-B).

Os temas serão tratados a seguir de forma específica.

a) Violação da Gratuidade Judiciária

Dispõem os arts. 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º, da CLT, com redações das pela reforma trabalhista:

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

[...]

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

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

[...]

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, **desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa,** as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes

ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguido-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário (sem destaques no original).

A **assistência judiciária gratuita** na Justiça do Trabalho é disciplinada pelo art. 14, *caput*, da Lei n.º 5.584, de 26 de junho de 1970, em vigor, segundo o qual, no processo do trabalho, “a assistência judiciária a que se refere a Lei n.º 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador”.²⁰⁰

O benefício da **gratuidade judiciária**²⁰¹ encontra-se disciplinado pelo § 3º do art. 790 da CLT. Antes da reforma, esse dispositivo vigorava com redação dada pela Lei n.º 10.537, de 27 de agosto de 2002, que destinava o benefício da gratuidade àqueles que (a) “perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal”, ou que (b) “declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família”.²⁰²

A Lei n.º 13.467/2017 alterou a redação desse § 3º, substituindo o critério configurador de insuficiência de recursos. A nova norma faculta ao juízo conceder gratuidade judiciária “àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.²⁰³ O novo § 4º do dispositivo, também inserido pela reforma, por sua vez, assegura gratuidade “à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo” (§ 4º).²⁰⁴

A respeito da “faculdade” de que trata o § 3º, tranquila jurisprudência trabalhista reputa garantida gratuidade de custas e despesas processuais à parte que comprovar insuficiência de recursos, nos termos do § 3º do art. 790 da CLT, cominado com dispositivos da Lei n.º 1.060/1950.

Esses dispositivos da Lei 1.060/1950 foram em parte derogados e substituídos pelas novas disposições dos arts. 98 a 102 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil). O art. 98, *caput*, não deixa dúvida de que a gratuidade judiciária abrange custas, despesas processuais e honorários advocatícios.²⁰⁵

²⁰⁰ “Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador”.

²⁰¹ Conforme escólio de FREDIE DIDIER JÚNIOR E RAFAEL OLIVEIRA, “justiça gratuita, ou benefício da gratuidade, ou ainda gratuidade judiciária, consiste na dispensa da parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem assim na dispensa do pagamento dos honorários do advogado. Assistência judiciária é o patrocínio gratuito da causa por advogado público ou particular”. DIDIER, FREDIE; OLIVEIRA, RAFAEL. **Benefício da Justiça Gratuita**. Aspectos Processuais da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal nº 1060/50). 2. ed. Salvador: JusPODIVUM, 2005, p. 6/7.

²⁰² “§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família”.

²⁰³ “§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

²⁰⁴ “§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”.

²⁰⁵ “Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”.

Portanto, acerca do direito à concessão de justiça gratuita à parte que comprovar insuficiência de recursos, e sobre a abrangência desse benefício no âmbito da Justiça do Trabalho, a legislação reformista não acrescenta alteração substancial ao cenário normativo anterior. Inseriu mera substituição do patamar salarial para aferição do direito à gratuidade, antes fixado em múltiplos de salários mínimos (dois salários) e agora fixado em percentual do teto de benefícios da Previdência Social (40%).

Quanto aos honorários periciais no processo do trabalho, estes já eram devidos pela parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, “salvo se beneficiária da justiça gratuita”, conforme texto anterior do art. 790-B, *caput*, da CLT, inserido pela Lei n.º 10.537/2002. A nova redação conferida pela legislação reformista, diversamente, passou a exigir pagamento de honorários periciais de sucumbência também da parte beneficiária de justiça gratuita (*caput*).

Nesse aspecto reside inconstitucionalidade, que se espraia sobre o § 4º do dispositivo, ao atribuir ao beneficiário de justiça gratuita o pagamento de honorários periciais de sucumbência sempre que obtiver “créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo”. Com essa disposição, a norma desconsidera a condição de insuficiência de recursos que justificou a concessão do benefício.

O mesmo ocorre com o § 4º do novo art. 791-A da CLT, inserido pela Lei n.º 13.467/2017, relativamente aos honorários advocatícios de sucumbência. Por muito tempo a jurisprudência trabalhista os entendeu indevidos, em face da capacidade postulatória das partes (CLT, art. 791),²⁰⁶ salvo na hipótese de assistência judiciária gratuita prestada pelo sindicato da categoria profissional. Nesse caso, a jurisprudência reconhecia devidos honorários em favor do sindicato, por força de previsão do art. 16 da Lei n.º 5.584/1970,²⁰⁷ em percentual não superior a 15% (quinze por cento), por aplicação do art. 11, § 1º, da Lei n.º 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.²⁰⁸ Firmou-se nesse sentido a Súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho (Resolução 14/1985 do TST).²⁰⁹

O novo art. 791-A da CLT, com redação conferida pela reforma, por fim, ampliou a incidência de honorários advocatícios de sucumbência a todas as causas trabalhistas (*caput*), inclusive na sucumbência recíproca, em caso de procedência parcial (§ 3º).²¹⁰

²⁰⁶ “Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”

²⁰⁷ Art 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente”

²⁰⁸ “Art. 11 [...] 1º. Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução da sentença (*revogado* pela Lei 13.105, de 16 mar. 2015 – *novo* CPC).

²⁰⁹ “Súmula 219. Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento
Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.”

²¹⁰ “Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários”.

O § 4º do art. 791-A, nos moldes do § 4º do art. 790-B (quanto aos honorários periciais), considera devidos honorários advocatícios de sucumbência pelo beneficiário de justiça gratuita, sempre que “tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”. Com essa disposição, também aqui a norma ignora a condição de insuficiência de recursos que determinou a concessão do benefício.

Nessas disposições, que impõem ao beneficiário de justiça gratuita o pagamento de despesas processuais de sucumbência, inclusive com empenho de créditos auferidos no feito ou em outro processo trabalhista, sem que esteja afastada a condição de pobreza que justificou a concessão do benefício, reside a mácula ao art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição.

A noção de insuficiência de recursos, para os fins da norma de direito fundamental, encontra-se tradicionalmente conformada, no âmbito do processo do trabalho, pelo § 1º do art. 14 da Lei n.º 5.584/1970, que trata de assistência judiciária gratuita. Segundo essa norma, assistência judiciária gratuita é devida ao trabalhador cuja “situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”, ainda que perceba salário superior ao patamar indicado, de dois salários mínimos:

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dúbio do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua **situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família** (sem destaque no original).²¹¹

Articulada com a nova redação do art. 790 da CLT, essa disposição garante **direito à gratuidade judiciária no âmbito da Justiça do Trabalho** àquele que se enquadrar a patamar salarial correspondente a até 40% do teto de benefícios da Previdência Social (CLT, art. 790, § 3º) e àquele que, mesmo percebendo salário superior, demonstrar situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo próprio e de sua família (Lei n.º 5.584/1970, art. 14, § 1º). Conformado se encontra, portanto, o direito à gratuidade judiciária no âmbito da Justiça do Trabalho.

As normas em apreço confrontam e anulam, no entanto, essas condições conformadoras da insuficiência de recursos, na medida em que permitem o empenho de créditos trabalhistas para custeio de despesas processuais, sem condicioná-lo à perda da condição de insuficiência financeira. Contrapondo as normas ordinárias conformadoras do direito fundamental (CRFB/1988, art. 5º, inc. LXXIV), os dispositivos esvaziam seu conteúdo de sentido, inviabilizando ao demandante pobre a assunção dos riscos da demanda e padecendo, por isso, de inconstitucionalidade material.

Observe-se que, relativamente aos honorários periciais, dispõe o novo § 4º do art. 790-B da CLT que a União somente responderá pela despesa caso o beneficiário de justiça gratuita “não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo”.

²¹¹ A disposição inspira-se no enunciado do art. 4º da Lei 1.060/1950, derogado pela Lei 13.105/2015: “Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, **sem prejuízo próprio ou de sua família**” (sem destaque no original).

A concessão de justiça gratuita implica reconhecimento de que o beneficiário não dispõe de recursos para pagar custas e despesas processuais, **sem prejuízo de seu sustento e de sua família**, na linha da previsão do § 1º do art. 14 da Lei 5.584/1970. Essa premissa se ancora nas garantias constitucionais do acesso à jurisdição e do mínimo material necessário à proteção da dignidade humana (CRFB/1988, arts. 1º, inc. III, e 5º, inc. LXXIV). Por conseguinte, os créditos trabalhistas auferidos por quem ostenta tal condição não se sujeitam a pagamento de custas e despesas processuais, salvo se comprovada a perda da condição.

Segundo J. J. GOMES CANOTILHO, o direito de acesso aos tribunais já foi considerado como concretização do princípio estruturante do Estado de direito.²¹² Reconhecido no plano internacional como direito humano, encontra previsão nos artigos 8 e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 10 de dezembro de 1948;²¹³ no artigo 14 (item 1) do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (PISDCP), de 19 de dezembro de 1966,²¹⁴ e no artigo 8 (item 1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, que enuncia de forma específica o direito de acesso a jurisdição trabalhista:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.²¹⁵

A Constituição de 1988 consagra a garantia de amplo acesso à jurisdição em seu art. 5º, nos incisos XXXV e LXXIV, que tratam, respectivamente, dos direitos à inafastabilidade da jurisdição e à assistência judiciária integral aos necessitados:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Na contramão dos movimentos democráticos que consolidaram essas garantidas de amplo e igualitário acesso à justiça, as normas em apreço inviabilizam ao trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos naturais da demanda trabalhista, impondo-lhe pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência com uso de créditos trabalhistas auferidos no feito, marcadamente alimentares, em prejuízo do sustento próprio e de sua família.

²¹² CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 491.

²¹³ “Artigo 8. Todo homem tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”

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

²¹⁴ “Artigo 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. [...]”. Promulgada pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992.

²¹⁵ Promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

Com isso, tais normas atentam contra o mais elementar mecanismo de ampliação das garantias jurisdicionais que, na clássica obra de MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, constituiu a primeira das três ondas renovatórias de acesso à justiça no curso do Século XX: a assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados, em superação ao obstáculo econômico de acesso à justiça, especialmente para tutela dos direitos econômicos e sociais.²¹⁶

Assim o faz exatamente no âmbito da Justiça do Trabalho, constitucionalmente vocacionada ao atendimento das demandas da grande massa trabalhadora em busca de solução dos conflitos decorrentes da violação (não raro sistemática) de seus direitos trabalhistas.²¹⁷

Impondo maior restrição à gratuidade judiciária no âmbito da Justiça do Trabalho, inclusive em comparação com a Justiça Comum, e desequilibrando a paridade de armas processuais entre os litigantes trabalhistas, as normas legais violam os princípios constitucionais da isonomia (CRFB/1988, art. 5º, *caput*), da ampla defesa (CRFB/1988, art. 5º, inc. LV), do devido processo legal (inc. LIV) e da inafastabilidade da jurisdição (inc. XXXV).

Relativamente aos honorários advocatícios de sucumbência, o novo art. 791-A da CLT, inserido pela legislação reformista, prevê a suspensão de exigibilidade de pagamento da despesa, em favor do beneficiário da justiça gratuita, pelo prazo de dois anos, sob condição de cobrança se “o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade”.

Nessa suspensão de exigibilidade não reside inconstitucionalidade. Disposição idêntica se encontra no § 3º do art. 98 do CPC de 2015, que disciplina a justiça gratuita relativamente à cobrança de despesas processuais decorrentes da sucumbência:

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que **deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade**, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário (sem destaques no original).

Na hipótese, a obrigação somente se torna exigível se no prazo da suspensão obrigacional o credor demonstrar a perda da situação de insuficiência de recursos, o que se alinha ao art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição. Nesse sentido pronunciou-se o STF no julgamento do RE 249.003/RS, Relator o Ministro EDSON FACHIN. No caso, reputou-se

²¹⁶ CAPPELLETTI, MAURO; GARTH, BRYANT. Acesso à Justiça. Trad.: ELLEN GRACIE NORTHFLEET. Porto Alegre: Fabris, 1998.

²¹⁷ Essa primeira onda se dispõe a enfrentar o obstáculo por meio da criação de órgãos estatais voltados a prestar aos pobres informação a respeito de seus direitos e da eliminação ou minimização dos custos do processo, inclusive quanto aos honorários de advogado. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA. Introdução à sociologia da administração da Justiça. In: FARIA, JOSÉ EDUARDO DE OLIVEIRA. (Org.) Direito e Justiça. São Paulo: Ática, 1989, p. 45/46.

compatível com o art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição, o art. 12 da Lei 6.050/1950²¹⁸ e, por equivalência, o art. 98, § 3º, do CPC, que lhe derroga e substitui com idêntica disposição.²¹⁹

O problema aqui reside em que o § 4º do art. 791-A da CLT condiciona a própria suspensão de exigibilidade dos honorários advocatícios de sucumbência à inexistência de crédito trabalhista capaz de suportar a despesa. Contraditoriamente mais restritiva à concessão de gratuidade judiciária do que a norma processual civil, dispõe a norma reformista que a obrigação de custear honorários advocatícios de sucumbência ficará sob condição suspensiva de exigibilidade, “desde que [o beneficiário de justiça gratuita] não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”.

Assim operando, a norma ordinária desconsidera a condição econômica que determinou a concessão da justiça gratuita, subtraindo do beneficiário, para pagamento de despesas processuais, recursos econômicos indispensáveis à sua subsistência e de sua família, em violação à garantia fundamental de gratuidade judiciária (CRFB/1988, art. 5º, inc. LXXIV).

Idêntica violação à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovarem insuficiência de recursos desfere o § 2º do art. 844 da CLT, inserido pela Lei n.º 13.467/2017:

Art. 844 O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

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

A imposição de pagamento de custas por reclamante beneficiário de justiça gratuita, em razão do arquivamento decorrente de sua ausência à audiência inicial (§ 2º), inclusive como condição à propositura de nova demanda (§ 3º)²²⁰, ignora a condição de insuficiência de recursos que justificou a concessão do benefício, único pressuposto constitucional à configuração do direito, a teor do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição.

²¹⁸ “Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.”

²¹⁹ “EMBARGOS DECLARATÓRIOS E AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS INFRINGENTES. CONVERSÃO DO EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVOS INTERNOS. JULGAMENTO CONJUNTO. RECEPÇÃO DO ART. 12 DA LEI 1.060/50. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RECUPERAÇÃO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. 1. De acordo com a jurisprudência do STF, as custas dos serviços forenses se dividem em taxa judiciária e custas em sentido estrito. Precedentes. 2. O art. 12 da Lei 1.060/50 foi recepcionada quanto às custas processuais em sentido estrito, porquanto se mostra razoável interpretar que em relação às custas não submetidas ao regime tributário, a “isentar” o jurisdicionado beneficiário da justiça gratuita, o que ocorre é o estabelecimento, por força de lei, de uma condição suspensiva de exigibilidade. 3. Em relação à taxa judiciária, firma-se convicção no sentido da recepção material e formal do artigo 12 da Lei 1.060/50, porquanto o Poder Legislativo em sua relativa liberdade de conformação normativa apenas explicitou uma correlação fundamental entre as imunidades e o princípio da capacidade contributiva no Sistema Tributário brasileiro, visto que a finalidade da tributação é justamente a realização da igualdade. 4. Agravos regimentais providos, para fins de consignar a recepção do artigo 12 da Lei 1.060/50 e determinar aos juízos de liquidação e de execução que observem o benefício da assistência judiciária gratuita deferidos no curso da fase cognitiva”. STF. RE 249.003/RS. Tribunal Pleno. Min. Rel. EDSON FACHIN. DJe, 9 mai. 2016.

²²⁰ § 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.

Assim fazendo, além de violar a norma de direito fundamental, a disposição em análise afronta disposições constantes de tratados de direitos humanos, firmadas pelo Brasil, acima referidas, que garantem pleno acesso à justiça – artigo 14 (item 1) do PIDCP e artigo 8 (item 1) do Pacto de São José da Costa Rica. Tais disposições, que gozam de reconhecido status de supralegalidade (CRFB/1988, art. 5º, § 2º),²²¹ restam frontalmente contrariados pela legislação ordinária.

Conforme justificativa constante do relatório do PL n.º 6.787/2016, da Câmara dos Deputados, que deu origem à norma, o art. 844, § 2º, teria por finalidade “desestimular a litigância descompromissada”.²²² Nesse sentido, a condenação em custas, inclusive como condição ao ajuizamento de nova demanda trabalhista, assumiria aspecto de sanção processual de natureza punitiva ao comportamento negligente do demandante.

Como sanção a medida não se legitima, no entanto, seja por ausência de taxatividade da conduta como passível de sanção processual, seja pela intensidade da punição, a ponto de aniquilar a garantia constitucional da assistência judiciária gratuita aos necessitados de recursos (CRFB/1988, art. 5º, inc. LXXIV), consequência incompatível com o princípio da proporcionalidade.

Sem tipificação legal da conduta (ausência injustificada à audiência) como passível de sanção processual, o propósito punitivo da norma assume caráter de desvio de finalidade legislativa. O art. 793-B da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017,²²³ contempla taxativamente as condutas processuais consideradas como litigância de má-fé, e o art. 793-C, também inserido pela legislação reformista, identifica as sanções aplicáveis à parte que atua de forma desleal, temerária e descompromissada, como o pagamento de multa, além de indenização, honorários advocatícios e despesas efetuadas pela parte contrária.²²⁴

Especificamente quanto à ausência do demandante à audiência inaugural, o 732 da CLT já institui impedimento temporário do direito de demandar perante a Justiça do Trabalho, por período de 6 (seis) meses, ao demandante que, por duas vezes seguidas, der causa ao arquivamento da demanda.²²⁵

²²¹ STF. RE 466.343/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. CEZAR PELUSO. DJe, 05 jun. 2009.

²²² “A regra geral do caput do art. 844 é mantida, ou seja, arquivamento, no caso de não comparecimento do reclamante, e revelia e confissão, caso o reclamado não compareça. Todavia, **para desestimular a litigância descompromissada**, a ausência do reclamante não elidirá o pagamento das custas processuais, se não for comprovado motivo legalmente justificado para essa ausência. E mais, nova reclamação somente poderá ser ajuizada mediante a comprovação de pagamento das custas da ação anterior”. Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei 6.787, de 2016, da Câmara dos Deputados, pag.74 (sem destaque no original).

²²³ “Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidente manifestamente infundado; VII – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.”

²²⁴ “Art. 793-C. De ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.”

²²⁵ “Art. 732 - Na mesma pena do artigo anterior incorrerá o reclamante que, por 2 (duas) vezes seguidas, der causa ao arquivamento de que trata o art. 844”. Dispõe o art. (anterior) 731 da CLT: “Art. 731 - Aquele que, tendo apresentado ao distribuidor reclamação verbal, não se apresentar, no prazo estabelecido no parágrafo único do art. 786, à Junta ou Juízo para fazê-lo tomar por termo, incorrerá na pena de perda, pelo prazo de 6 (seis) meses, do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho”.

Eventual caráter punitivo da medida em nada altera a carência de recursos que determinou o direito de acesso gratuito à jurisdição. Nesse sentido, a exigência de pagamento de custas como condição para ajuizamento de nova demanda trabalhista, pelo trabalhador carecedor de recursos (CLT, art. 844, § 3º), pode constituir obstáculo definitivo a novo acesso desse trabalhador à Justiça do Trabalho. Sem dispor de recursos para pagamento das custas do feito anterior, ficaria o trabalhador impossibilitado de novo acesso à jurisdição trabalhista.

A medida sancionatória assume, nesse aspecto, consequência desproporcionalmente gravosa à garantia de inafastabilidade da jurisdição, inscrita no inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna, com repercussão restritiva também sobre o princípio da isonomia (CRFB/1988, art. 5º, *caput*): a ausência do demandante pobre à audiência ensejaria consequência muito mais gravosa do que aos demais trabalhadores que, podendo pagar as custas do feito anterior, teriam novamente franqueado acesso à jurisdição trabalhista, sujeitando-se apenas à sanção temporária prevista no referido art. 732 da CLT, na hipótese de dois arquivamentos seguidos.

Nessa perspectiva, o novo § 2º (especialmente quando cominado com § 3º) inserido no art. 844 da CLT padece de vício de proporcionalidade e de isonomia, impondo restrição desmedida a direitos fundamentais, a pretexto de obter finalidade passível de alcance por vias processuais menos restritivas. Violam o direito à jurisdição em sua essência, como instrumento de tutela de direitos econômicos básicos do homem trabalhador, indispensáveis à sua sobrevivência e de sua família, inclusive como pressuposto para o exercício das liberdades civis e políticas.

A inconstitucionalidade dos dispositivos em apreço ainda ser revela por fundamentos de (i) violação do mínimo existencial, (ii) violação ao princípio da isonomia, (iii) violação aos princípios da proporcionalidade e da proibição de excesso, senão vejamos.

(I) Violação do mínimo existencial. Ao pleitear na Justiça do Trabalho o cumprimento de direitos trabalhistas inadimplidos, o trabalhador carecedor de recursos, com baixo padrão salarial, busca satisfação de prestações materiais indispensáveis à sua sobrevivência e de sua família. O trabalho constitui direito fundamental social (CRFB/1988, arts. 1º, inc. IV, 5º, inc. XIII e 6º), e seus rendimentos, para o trabalhador pobre destinatário de gratuidade judiciária, integram a noção do mínimo existencial, como núcleo irredutível do princípio da dignidade da pessoa humana (CRFB/1988, art. 1º, inc. III), porque essenciais ao seu sustento material básico.²²⁶

Esse sustento, na noção constitucional do salário mínimo (CRFB/1988, art. 7º, inc. IV), compreende amplo rol de prestações essenciais à dignidade do trabalhador. Diz a norma que o salário deve ser “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

²²⁶ Como exemplos dos direitos fundamentais sociais mais básicos do ser humano, que integram o mínimo existencial, CRISTINA QUEIROZ cita o trabalho, a saúde e a educação, que devem ser tomados como direitos subjetivos na parcela eminentemente necessária para o respeito à dignidade humana. QUEIROZ, CRISTINA. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA (Org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 173 e 214.

Para MARIA ELISA VILLAS-BÔAS, ainda que não haja consenso acerca da noção do mínimo existencial, alguns elementos são inafastáveis de seu conceito, como “vida, saúde, identidade, alimentação regular, vestuário básico, moradia, nível basal de educação, direitos trabalhistas essenciais à não escravização, bem como o acesso à justiça apto a garantir isso”.²²⁷

Densa doutrina dos direitos fundamentais reconhece o mínimo existencial como pressuposto para o exercício (real) da liberdade, tanto na esfera privada quanto em âmbito público.²²⁸ Acolhem esse fundamento, com vieses específicos, JOHN RAWLS,²²⁹ FRIEDRICH HAYEK,²³⁰ AMARTYA SEN,²³¹ ROBERT ALEXY²³² e CARLOS SANTIAGO NINO.²³³ No Brasil, citam-se exemplificativamente RICARDO LOBO TORRES²³⁴ e FERNANDO FACURY SCAFF.²³⁵

É sólida a jurisprudência da Corte em reconhecer a inconstitucionalidade por omissão de comportamento estatal que frustra a implementação de direitos fundamentais de segunda geração, identificados com as liberdades positivas, inclusive com superação da reserva do financeiramente possível, quando constatado arbítrio estatal aniquilador do direito ao mínimo existencial. Decisões nesse sentido amparam pedidos de implementação dos direitos sociais fundamentais à saúde (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO; ARE 727.864/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO; RE 642.536/AP, Rel. Min. LUIZ FUX; RE 745.745/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO), ao atendimento de gestantes em maternidades estaduais (ARE 581.352/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO), à instalação de rede de esgoto (ARE 949.214/RJ, Rel. Min. EDSON FACHIN), à implementação de serviço de educação básica (RE 878.400/RS, Rel. Min. LUIZ FUX; ARE 761.127/AP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO) e de segurança pública (ARE 723.578/RN, Rel. Min. ROSA WEBER), atendimento infantil em creche e em pré-escola (RE 410.715/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO; ARE 639.337-AgrR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO; ARE 698.258/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI), dentre outros.

²²⁷ VILLAS-BÔAS, MARIA ELISA. A atuação da jurisprudência pátria na materialização de um mínimo existencial. **Revista do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, n. 15, p. 70, jul./dez. 2007.

²²⁸ Análise acurada a respeito da doutrina nacional e estrangeira e jurisprudência pátria acerca da noção de mínimo existencial pode ser conferida em: HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros**. Curitiba, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

²²⁹ RAWLS, JOHN. **Uma teoria da justiça**. Trad. ALMIRO PISETTA e LENITA M. R. ESTEVES. São Paulo: Martins Fontes, 1997; RAWLS, JOHN. **O liberalismo político**. 2. ed. Trad. DINAH DE ABREU AZEVEDO. São Paulo: Ática, 2000; RAWLS, JOHN. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²³⁰ HAYEK, FRIEDRICH AUGUST VON. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985. v. 2 – A miragem da justiça social. p. 82-128.

²³¹ SEN, AMARTYA. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. LAURA TEIXEIRA MOTTA. Rev. RICARDO DONINELLI MENDES. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

²³² ALEXY, ROBERT. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA: Malheiros, 2008.

²³³ NINO, CARLOS SANTIAGO. **Ética y derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. 2. ed. ampl. e rev. Buenos Aires: Astrea, 2007. NINO, CARLOS SANTIAGO. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997. NINO, CARLOS SANTIAGO. **Autonomía y necesidades básicas**. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 7, 1990. Disponível em: <<http://www.cervantes.virtual.com/servlet/SirveObras/01371630233495944102257/index.htm>>.

²³⁴ TORRES, RICARDO LOBOS. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

²³⁵ SCAFF, FERNANDO FACURY. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. In: Interesse Público, Porto Alegre, ano 7, n. 32, jul./ago. 2005.

Também sólida é a jurisprudência do STF que reconhece no serviço de assistência judiciária gratuita aos necessitados, prestada pela Defensoria Pública, (CRFB/1988, art. 5º, inc. LXXIV) caráter essencial, como direito a ter direitos (ADI 2.903-7/PB, Relator o Ministro CELSO DE MELLO).²³⁶

Em recursos que cuidam de compelir o Poder Público à implantação e criação da Defensoria Pública, o STF reputa grave e intolerável a omissão estatal em implantar e disponibilizar às pessoas carentes de recursos o serviço de assistência judiciária gratuita (CRFB/1988, art. 5º, inc. LXXIV), conforme lhe é imposto pelo art. 134 da Constituição,²³⁷ por frustrar injustamente a proteção do mínimo existencial. Exemplos se encontram nos seguintes feitos: AI 598.212 ED/PR, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, que cuida da implantação de Defensoria Pública na Comarca de Apucarana – PR;²³⁸ RE 763.667 AgR/CE, Relator o Ministro CELSO DE MELLO;²³⁹ AI 835.956/MA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI;²⁴⁰ AI 739.151/PI, Rel. Min. ROSA WEBER²⁴¹ e AI 764.969/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO.²⁴²

A implementação de Defensorias Públicas para atendimento à população economicamente carente é indispensável não apenas como meio de acesso ao Poder Judiciário, mas também como forma de pacificação da sociedade com paridade de armas, extirpando-se a desproporção de condições materiais entre litigantes. Sem adequada e efetiva prestação de assistência integral aos necessitados, desrespeitam-se, também, os princípios da isonomia (CRFB/1988, art. 5º, *caput*), da ampla defesa (CRFB/1988, art. 5º, inc. LV), do devido processo legal (inc. LIV) e da inafastabilidade da jurisdição (inc. XXXV), com risco evidente de lesão ao direito material pleiteado ou a ser pleiteado.

No âmbito da Justiça do Trabalho, essas razões se potencializam. Não dispõe o trabalhador pobre de serviço de assistência judiciária gratuita regularmente prestado pela Defensoria Pública. Não obstante a previsão do art. 14 da Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994 – que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios –, no sentido de que sua atuação se dará em todos os ramos do Poder Judiciário

²³⁶ STF. ADI 2.903/PB. Tribunal Pleno. Rel. Min. CELSO DE MELLO. DJe, 19 set. 2008.

²³⁷ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais [...].

²³⁸ STF. AI 598.212 ED/PR. 2ª T. Rel. Min. CELSO DE MELLO. DJe un. 77, 23 abr. 2014.

²³⁹ STF. RE 763.667/CE. 2ª T. Rel. Min. CELSO DE MELLO. DJe un. 246, 12 dez. 2013.

²⁴⁰ STF. AI 835.956/MA. 1ª T. Rel. Min. DIAS TOFFOLI. DJe un. 125, 28 jun. 2013.

²⁴¹ STF. AI 739151 AgR/PI. 1ª T. Rel. Min. ROSA WEBER. DJe un. 112, 11 jun. 2014.

²⁴² STF. AI 764.969/RS. 2ª T. Rel. Min. CELSO DE MELLO. DJe 250, 17 dez. 2013.

da União, inclusive na Justiça do Trabalho,²⁴³ o órgão não direciona ordinariamente suas atividades ao patrocínio de demandas trabalhistas, por não considerá-la prioritária em seu amplo leque de atribuições,²⁴⁴ salvo em caso de trabalho escravo.²⁴⁵

No âmbito da Justiça do Trabalho, por ausência de serviço regular de assistência jurídica oferecida pelo Estado, ao demandante pobre sempre restou socorrer-se da assistência gratuita legalmente atribuída a seus sindicatos, onde houver, na forma do art. 14 da Lei n.º 5.584/1970, ou recorrer a advogado particular, mediante pagamento de honorários contratuais ao final da demanda. Dessa forma, a garantia do art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição, no âmbito da Justiça do Trabalho, restringe-se à prestação estatal da gratuidade de custas e despesas pr

Sem contar com serviço regular de assistência judiciária pública, o trabalhador beneficiário de justiça gratuita, segundo as disposições legais, sujeita-se a pagamento de honorários contratuais ao próprio advogado (onde não dispuser de serviço de assistência judiciária sindical), calculados sobre as verbas trabalhistas deferidas, além de honorários advocatícios e periciais de sucumbência, incidentes sobre pedidos eventualmente improcedentes (CLT, arts. 790-A e 791-A). Ao final dessa conta, a ele impõe-se abrir mão de verbas laborais que lhe são essenciais ao sustento próprio e de sua família, em franca violação ao **mínimo existencial**.

(II) Violação ao Princípio da Isonomia. As normas violam o princípio constitucional da isonomia, tanto no plano institucional, ao criar restrições maiores à gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho do que na Justiça Comum, quanto no plano das garantias processuais, ao submeter o trabalhador carecedor de recursos a condição de profunda inferioridade de armas processuais, em face do empregador, para assumir os riscos da demanda trabalhista.

Ao tempo em que os cidadãos carecedores de recursos encontram na Justiça Comum amplo caminho de acesso para defesa de seus direitos fundamentais, especialmente os direitos prestacionais inerentes ao mínimo existencial (verbas alimentares, benefícios previdenciários e assistenciais, medicamentos, serviços básicos de saúde e assistência social etc.), o trabalhador carecedor de recursos é compelido a utilizar verbas marcadamente alimentares e indispensáveis ao seu sustento, auferidas no feito trabalhista, para pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência.

A ruptura isonômica mais se acentua quando comparado esse novo cenário trabalhista com o dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, disciplinados pela Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Criados para “juízo e a execução de causas cíveis de menor

²⁴³ “Art.14. A Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União. § 1º A Defensoria Pública da União deverá firmar convênios com as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal, para que estas, em seu nome, atuem junto aos órgãos de primeiro e segundo grau de jurisdição referidos no caput, no desempenho das funções que lhe são cometidas por esta Lei Complementar. § 2º Não havendo na unidade federada Defensoria Pública constituída nos moldes desta Lei Complementar, é autorizado o convênio com a entidade pública que desempenhar essa função, até que seja criado o órgão próprio”.

²⁴⁴ Conforme Portaria DPGU 1, de 8 de Janeiro de 2007.

²⁴⁵ Conforme Portaria DPGU 501, de 1 de outubro de 2015, art. 3º, inc. V.

complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo”, nos termos do art. 98, inc. I, da Constituição,²⁴⁶ esses Juizados constituem instrumento constitucional de ampliação do acesso à justiça, por meio da simplificação processual e da agilização dos procedimentos. Atuando sob os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual (Lei n.º 9.099/1995, art. 2º),²⁴⁷ os Juizados Especiais muito se aproximam do espírito vocacional da Justiça do Trabalho, e por isso nela buscam inspiração.

Diferentemente da Justiça do Trabalho, no entanto, nos Juizados a norma ordinária concede gratuidade judiciária em primeiro grau de jurisdição, somente admitindo condenação em custas e honorários de sucumbência em grau recursal (Lei 9.099/1995, art. 54)²⁴⁸, salvo em caso de litigância de má-fé (art. 55)²⁴⁹.

Segundo o estudo “Justiça em Números 2016”, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2015 os Juizados Especiais estaduais e federais somaram 6.360.854 de novos casos, enquanto a Justiça do Trabalho teve 3.401.510 de novas demandas ajuizadas.²⁵⁰ Os Juizados Especiais têm quase o dobro de novas demandas ajuizadas anualmente, com direito a gratuidade judiciária em primeiro grau de jurisdição, inclusive em benefício de pessoas jurídicas de pequeno porte que auferem receita bruta de até R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais),²⁵¹ enquanto na Justiça do Trabalho as normas em apreço impõem pagamento de custas e despesas processuais a trabalhadores pobres, beneficiários de justiça gratuita, nas hipóteses ventiladas.

²⁴⁶ “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - Juizados Especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau [...]”.

²⁴⁷ “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

²⁴⁸ “Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independe de pagamento de custas, taxas ou despesas. Parágrafo único. O preparo do recurso, na forma do § 1º do art. 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita”.

²⁴⁹ “Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa”.

²⁵⁰ Em 2015, os Juizados Especiais Federais tiveram 1.656.303 novos casos; os Juizados Especiais Estaduais tiveram 4.704.551 novos casos. Conf.: Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números - 2016. Brasília: CNJ, 2016. Ver Item 3.3.3 (Recorribilidade interna e externa), figura 3.8 – Diagrama da recorribilidade e demanda processual no Poder Judiciário. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>> Acesso em 19 ago. 2017.

²⁵¹ Lei n.º 9.099/1995. Art. 8º [...] § 1º Somente serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial:[...] II - as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte na forma da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

LC n.º 123/2006. Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: [...] II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

As normas impõem ao tratamento da gratuidade judiciária entre órgãos do Poder Judiciário com estreita identidade institucional, criando entre eles *discrímen* de acesso que não encontra justificativa constitucionalmente legítima, sob o ponto de vista da natureza dos direitos passíveis de tutela. Impõe-se obstáculo econômico muito superior à tutela de direitos sociais trabalhistas, comparativamente à tutela de direitos sociais passíveis de defesa na Justiça Comum e, especialmente, nos Juizados Especiais Cíveis, a exemplo dos benefícios previdenciários e assistenciais.

Essa discriminação viola o necessário **equilíbrio constitucional de tratamento entre os diferentes meios jurisdicionais de tutela de direitos fundamentais com idêntica natureza de prestações materiais básicas inerentes ao mínimo existencial**.

Também no plano das garantias processuais as normas submetem o trabalhador carecedor de recursos a condição de profunda inferioridade de armas processuais, em face do empregador, com violação ao princípio isonômico (CRFB/1988, art. 5º, *caput*), ao devido processo legal (art. 5º, inc. LIV) e à ampla defesa (art. 5º, inc. LV).

Há quem identifique no processo do trabalho mecanismos de compensação de forças entre as partes – empregado e empregador –, em face da reconhecida desigualdade econômica, das diferentes capacidades para produção de provas e da ausência de garantia de estabilidade no emprego, que torna vulnerável o empregado demandante em sua situação de subordinação jurídica.

A gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho exerce relevante papel equalizador de forças processuais, com vistas a viabilizar ao trabalhador carecedor de recursos o enfrentamento dos riscos naturais da demanda, especialmente em relação às despesas processuais mais relevantes, como os honorários periciais de sucumbência e também agora os honorários advocatícios de sucumbência.

As normas destituem o trabalhador com baixo padrão salarial desse mecanismo de paridade de armas com o empregador, inculcando-lhe temor de perda de verbas salariais para pagamento dessas despesas em caso de sucumbência, o que enseja restrição de acesso à jurisdição trabalhista, prestigiando o descumprimento de direitos laborais, especialmente aqueles relacionados à saúde e segurança do trabalho, cuja apuração judicial depende de perícias técnicas.

(III) Violação aos princípios da proporcionalidade e da proibição de excesso. Segundo o relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 2016, da Câmara dos Deputados, que deu origem à norma do art. 790-B, § 4º, a imputação de pagamento de honorários periciais sucumbenciais ao beneficiário de justiça gratuita teria por objetivo “restringir os pedidos de perícia sem fundamentação”, pois, conforme sustenta, ao “contribuir para a diminuição no número de ações trabalhistas, a medida representará uma

redução nas despesas do Poder Judiciário”.²⁵² Em idêntico raciocínio se aplica ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência a beneficiário de justiça gratuita.²⁵³ Quanto ao § 2º (cominado com § 3º) do art. 844, as medidas foram justificadas na finalidade de “inibir a demanda descompromissada”, evitando o descaso, “que gera ônus para o Estado”.²⁵⁴

A pretexto de perseguir resultado econômico passível de alcance por meios alternativos, as medidas legais restringem radicalmente direito fundamental do cidadão pobre, de ter acesso gratuito à Justiça do Trabalho em defesa de seus direitos laborais (CRFB/1988, art. 5º, inc. LXXIV), alcançando resultado muito mais amplo e socialmente indesejado, consistente na **intimidação do pleno exercício da demanda trabalhista, pelo trabalhador carecedor de recursos, em proveito exclusivo aos interesses do poder econômico**. Essas consequências implicam violação ao princípio da proporcionalidade, que informa a noção de Estado de Direito.

É firme a jurisprudência do STF em afastar a reserva do financeiramente possível quando necessário a coibir violação aniquiladora do direito ao mínimo existencial,²⁵⁵ inclusive quanto à implantação de Defensoria Pública, fundamento suficiente para objetar, em face da Constituição, as justificativas econômicas a que se apegou o legislador reformista para editar as normas em análise.

As medidas são inadequadas, pois não se prestam a inibir custos judiciais com demandas trabalhistas infundadas. Para esse fim, dispõe o sistema processual de meios de sanção à litigância de má-fé, caracterizada pela pretensão ou defesa judicial contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (CLT, art. 793-B, inc. I) e pela alteração em juízo da verdade dos fatos (art. 793-B, inc. II).²⁵⁶ Em vez de inibir demanda infundada, a cobrança de custas e despesas processuais ao beneficiário de justiça gratuita ensejam intimidação

²⁵² “O fato é que, hoje, a União custeia, a título de honorários periciais, valores entre dez a vinte milhões de reais por ano, para cada um dos vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho, somente em relação a demandas julgadas improcedentes, ou seja, **demandas em que se pleiteou o que não era devido**. Na medida em que a parte tenha conhecimento de que terá que arcar com os custos da perícia, é de se esperar que a utilização sem critério desse instituto diminua sensivelmente. Cabe ressaltar que **o objetivo dessa alteração é o de restringir os pedidos de perícia sem fundamentação**, uma vez que, quando o pedido formulado é acolhido, é a parte sucumbente que arca com a despesa, normalmente, o empregador. Assim, a modificação sugerida não desampará o trabalhador cuja reclamação esteja fundamentada. Além de contribuir para a diminuição no número de ações trabalhistas, a medida representará uma redução nas despesas do Poder **Judiciário, que não mais terá que arcar com os honorários periciais**”. Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PL n.º 6.787/2016, da Câmara dos Deputados, p. 68/69.

²⁵³ “Pretende-se com as alterações sugeridas inibir a propositura de demandas baseadas em direitos ou fatos inexistentes. Da redução do abuso do direito de litigar advirá a garantia de maior celeridade nos casos em que efetivamente a intervenção do Judiciário se faz necessária, além da imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho”. Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PL n.º 6.787/2016, da Câmara dos Deputados, p. 69.

²⁵⁴ “O tratamento dado ao tema pela CLT incentiva o descaso da parte reclamante com o processo, sabedora de que poderá ajuizar a ação mesmo se arquivada em mais duas oportunidades. Esse descaso, contudo, gera ônus para o Estado, que movimentará a estrutura do Judiciário para a realização dos atos próprios do processo, gera custos para a outra parte que comparece à audiência na data marcada, e caracteriza um claro tratamento não isonômico entre as partes [...]. Todavia, para desestimular a litigância descompromissada, a ausência do reclamante não elidirá o pagamento das custas processuais, se não for comprovado motivo legalmente justificado para essa ausência. E mais, nova reclamação somente poderá ser ajuizada mediante a comprovação de pagamento das custas da ação anterior”. Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PL n.º 6.787/2016, da Câmara dos Deputados, p. 74.

²⁵⁵ Exemplos de decisões nesse sentido, especificamente em proteção ao direito social à saúde: ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO; ARE 727.864/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO; RE 642.536/AP, Rel. Min. LUIZ FUX; RE 745.745/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

²⁵⁶ Dispositivos inseridos pela Lei 13.467/2017.

econômica ao demandante pobre, por temor de bloqueio de créditos alimentares essenciais à sua subsistência, auferidos no feito, para pagamento de honorários periciais e advocatícios de sucumbência (arts. 790-B e 791-A da CLT).

As medidas se mostram desnecessárias, no sentido estrito do princípio da proporcionalidade, diante da existência de meios menos gravosos a direitos fundamentais, igualmente eficazes para obtenção do resultado econômico pretendido, a exemplo da incorporação dos custos da gratuidade judiciária no valor da taxa judiciária. Segundo o STF, embora a taxa judiciária deva sujeitar-se a um limite viabilizador do acesso à justiça, seu valor “deve ser proporcional ao custo da atividade do Estado a que está vinculada”.²⁵⁷

Constitucionalmente inviável é a transferência desse custo ao cidadão carecedor de recursos, em prejuízo de seu sustento e de sua família e em afronta à garantia fundamental de gratuidade judiciária que, por si só, justifica solução de custeio amparada na solidariedade tributária (CRFB/1988, art. 145, § 1º).

Revela-se, nesse contexto, o caráter abusivo da reforma trabalhista, em direto confronto com a **proibição do excesso**, segundo o qual, não pode o Estado legislar abusivamente para obtenção de resultados que esvaziem o conteúdo de sentido de direitos fundamentais.

b) Quitação Anual do Contrato e Arbitragem Privada na Lide Individual Trabalhista – Violação do Acesso à Jurisdição

Os arts. 507-A e 507-B da CLT, inseridos pela reforma trabalhista, inserem mecanismos de quitação contratual e de solução privada de conflitos trabalhistas, inclusive no curso da relação de emprego, que submetem os direitos trabalhistas a situação de profunda vulnerabilidade à pressão econômica, suscetíveis de renúncia sob vício de vontade, em violação à proteção ao conjunto dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, no âmbito das relações individuais de trabalho, inscritos no art. 7º da Constituição.

Segundo art. 507-A da CLT, o empregado que receba remuneração superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios da previdência social pode ter previsto em seu contrato de trabalho cláusula compromissória de arbitragem, que afasta a solução de controvérsias pela Justiça do Trabalho:

Art. 507-A. **Nos contratos individuais de trabalho** cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, **poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem**, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (sem destaques no original).

²⁵⁷ STF. ADI-MC 1.772/MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. CARLOS VELLOSO. DJe, 8 set. 2000.

Por sua vez, o art. 507-B da CLT, inserido pela Lei n.º 13.467, e cria a figura da quitação anual das obrigações do contrato de trabalho, firmada inclusive na vigência do contrato de trabalho, com eficácia liberatória das parcelas contratuais:

Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria. Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas (sem destaques no original).

A norma do art. 507-A presume que o empregado com maior patamar salarial possa, por isso, exercer com absoluta autonomia sua vontade na formação do contrato de emprego, estando ileso de pressões econômicas na relação individual de trabalho, não obstante o estado de subordinação jurídica configurador do vínculo de emprego. Da mesma forma, o art. 507-B, por sua vez, presume que o empregado possa conferir quitação anual de seus créditos laborais, no curso do vínculo de emprego, com absoluta autonomia de vontade, afastando com isso a possibilidade de rediscussão judicial dos valores pagos após a extinção do vínculo de emprego.

Essas presunções violam o mandamento constitucional de proteção social ao trabalhador, no contrato de emprego, inscrito no art. 7º, inc. I, da Constituição, sob premissa da desigualdade fática entre as partes do contrato, que impossibilita o livre exercício da autonomia da vontade pelo trabalhador subordinado. A relação de emprego socialmente protegida, prevista no dispositivo constitucional, consiste em direito fundamental assentado no **princípio constitucional da justiça social**.

Dentre os objetivos fundamentais da República, previstos no art. 3º, incs. I e III da Constituição, estão o de “*construir uma sociedade justa e solidária*” e de “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”. Tais objetivos estão atrelados à finalidade da Ordem Econômica, que, segundo a Constituição, “*tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”, observados, dentre outros princípios, a “*função social da propriedade*” e “*a busca do pleno emprego*” (art. 170, incs. III e VIII).

A noção de justiça social foi incorporada pela Constituição como norma jurídica, segundo a qual, a realização material das pessoas não pode ficar sujeita apenas à sua aptidão pessoal para se posicionar no mercado capitalista, mas deve ser impulsionada por normas estatais capazes de assegurar a quem trabalha um mínimo existencial civilizatório.²⁵⁸

Para isso, a Constituição adota o conceito de **relação de emprego** (CRFB/1988, art. 7º, inc. I) universalizado pelo direito do trabalho e conformado historicamente na tradição jurídica de diversos países a partir do elemento-base da **subordinação**, com a finalidade

²⁵⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 33.

de conferir proteção jurídica e social ao trabalhador subordinado e economicamente hipossuficiente. Esse reconhecimento constitucional faz configurar **relação de emprego** sempre que presente **trabalhado subordinado, pessoal e assalariado**, características reconhecidas pelos arts. 2º e 3º da CLT.

Nesse sentido, relação de emprego é direito fundamental que se ampara no **reconhecimento constitucional da desigualdade material** entre as partes contratantes da relação de trabalho subordinado, com objetivo de afastar a plena liberdade de iniciativa que rege os contratos da órbita civil, conferindo conteúdo mínimo de segurança social ao trabalhador, no contrato de trabalho.

Em face da situação de fragilidade não apenas econômica, mas também de sua vulnerabilidade volitiva na relação individual com o poder econômico, a Constituição garante a todo trabalhador subordinado, independente do padrão salarial, os direitos fundamentais sociais assentados no princípio de justiça social (CRFB/1988, art. 3º, incs. I e III, 7º a 11 e 170, incs. III e VIII).

Inconstitucional é a norma do art. 507-A, que sujeita trabalhador subordinado a imposição, pelo empregador, de cláusula compromissória de arbitragem em seu contrato de trabalho, com a finalidade de afastar os conflitos dele decorrentes da apreciação do Poder Judiciário.

O contrato de trabalho é amplamente reconhecido pela doutrina justralhista como contrato de adesão, para cujo conteúdo a vontade do trabalhador pouco contribui,²⁵⁹ característica que não se altera pelo maior padrão salarial. A aquisição de emprego com maior padrão salarial também depende da adesão do trabalhador a condições estabelecidas pelo empregador no ato da contratação, em face do quadro de demanda superior à oferta de emprego, que caracteriza o mercado de trabalho brasileiro.

A jurisdição trabalhista (CRFB/1988, arts. 111 a 116) constitui instrumento de efetivação dos direitos sociais de todos os trabalhadores sujeitos à relação de emprego (art. 114). A norma ordinária que permite afastamento da jurisdição trabalhista nos conflitos individuais de trabalho, por acordo individual entre empregado e empregador, incorre em grave violação ao art. 7º, inc. XXIX, que garante ao trabalhador “*direito de ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho*” (art. 7º, inc. XXIX), direito este que, por seu caráter fundamental, não se sujeita a derrogação por vontade das partes. Trata-se de garantia que robustece, nas relações individuais de trabalho, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, de que trata o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição, segundo o qual, “*a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

²⁵⁹ No quadro normativo característico do Direito do Trabalho já está suposta certa pressão sobre a vontade do trabalhador no instante da celebração do contrato, elegendo o ramo justralhista critérios próprios e automáticos de enfrentamento dessa situação de desequilíbrio de vontades (através de normas imperativas, que estabelecem um conteúdo mínimo para o próprio contrato). DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 574.

A norma do art. 507-A afronta, ainda, o § 2º do art. 114 da Constituição, que destina a arbitragem, no âmbito das relações de trabalho, especificamente aos dissídios de natureza coletiva, em face do princípio da autonomia privada coletiva e, ainda assim, sob exigência de respeito às disposições mínimas legais de proteção ao trabalho.²⁶⁰

A adoção de arbitragem privada como método de solução de conflitos individuais trabalhistas ainda viola o princípio constitucional do valor social do trabalho (CRFB/1988, art. 1º, inc. IV), pois desconsidera a premissa de hipossuficiência do trabalhador subordinado (CRFB/1988, art. 7º, inc. I), negligenciando o patrimônio social protegido pelas normas de direitos fundamentais, dos quais decorrem as normas cogentes de direitos trabalhistas. A aparente garantia contida no enunciado, de que a cláusula compromissória de arbitragem seja firmada por “*iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa*”, em nada altera o vício da norma, pois se esvazia no contraste com a realidade de profunda desigualdade de forças entre as partes da relação individual de trabalho, assim como pelo caráter de adesão do contrato de trabalho.

Ademais, contraria a própria norma ordinária do art. 1º da Lei n.º 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), que prevê a arbitragem como instrumento de resolução de conflitos “*relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. No âmbito das relações individuais de trabalho, vigora o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, decorrente da natureza imperativa desses direitos. Trata-se de mecanismo utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego, a fim de assegurar efetiva liberdade ao trabalhador individualmente considerado.²⁶¹

Igualmente, a norma do art. 507-B, que prevê a quitação anual de obrigações do contrato de trabalho, também desconsidera a particular assimetria de forças entre as partes do contrato de trabalho, individualmente consideradas, premissa de garantia da relação de emprego prevista no art. 7º, inc. I, da Constituição, que afasta da regulação do Direito Civil a relação de trabalho subordinado.

Despida de fundamento constitucional, a norma submete o trabalhador subordinado a pressão econômica por concessão de quitação anual do contrato de trabalho, sujeitando-o a vício de vontade para preservação do emprego, em violação às garantias constitucionais de proteção social contra abusos do poder econômico (CRFB/1988, arts. 1º, incs. III e IV, 3º, incs. I a III, 5º, inc. XXXV, 7º a 9º, 170 e 193).

²⁶⁰ “§ 2º recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a justiça do trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”.

²⁶¹ DELGADO, *Curso...*, p. 204.

A quitação anual com eficácia liberatória das “parcelas” especificadas no termo implica quitação de títulos trabalhistas de fácil mensuração, como férias e décimo terceiro salário, mas também de outros títulos de apuração complexa, como a remuneração de horas extras, por depender de rigoroso controle de jornada e da incidência de outras parcelas que integram sua base de cálculo. Também pode ensejar quitação de títulos sobre os quais penda dúvida sobre sua incidência e dimensão, como os adicionais de insalubridade e periculosidade. Quitações dessa natureza no curso do contrato de trabalho, sob vício de vontade resultante de pressão econômica (sujeição à perda do emprego), constitui mecanismo facilitador de renúncia a direitos individuais, pois seu pretense caráter liberatório tem por finalidade inviabilizar a rediscussão judicial da matéria.

Essa quitação no curso do vínculo viola os princípios constitucionais da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas e da inafastabilidade da jurisdição trabalhista por acordo individual entre empregado e empregador, no curso da relação de emprego, violando diretamente a garantida do art. 7º, inc. XXIX, de **“ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho (...) após a extinção do contrato de trabalho”**. *Esse direito fundamental tem por conteúdo de sentido garantir ao trabalhador a faculdade de pleitear controle jurisdicional de legalidade de seu contrato de trabalho, após a extinção do contrato, quando não mais subsiste a subordinação jurídica que limita o livre exercício de sua vontade. São inconstitucionais normas ordinárias que inibam esse direito.*

2. VIOLAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

São inconstitucionais as disposições do § 3º do art. 8º, dos §§ 1º e 4º do 611-A, da alínea f do inciso I e dos §§ 3º e 4º do art. 702 da CLT, inseridos pela Lei n.º 13.467/2017, por violação à independência funcional da Justiça do Trabalho, por impor dificuldades exorbitantes à aprovação de súmulas pelos tribunais trabalhistas, e por restringir sem justificativa constitucional a independência funcional dos magistrados trabalhistas no controle jurisdicional de legalidade e constitucionalidade das normas coletivas.

Dispõem a alínea f do inciso I e os novos §§ 3º e 4º do art. 702:

Art. 702. Ao Tribunal Pleno Compete:

I - em única instância:

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

(...)

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

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

A norma impõe condições cumulativas de difícil implementação, que dificultam extrema e desproporcionalmente, de forma injustificável, a aprovação de súmulas por tribunais regionais e pelo Tribunal Superior do Trabalho, afrontando com isso a independência funcional do Poder Judiciário trabalhista, que repousa no princípio constitucional democrático de separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição.²⁶²

Segundo relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 2016, da Câmara dos Deputados, que deu origem à norma, ela teria por finalidade “*limitar as interpretações ampliativas, e em alguns casos criativas, por parte do TST*”, ao largo da legislação.²⁶³ Parte-se da premissa de que a Justiça do Trabalho abusa de sua competência jurisdicional ao aprovar súmulas de jurisprudência com interpretação legal e constitucional protetiva do trabalhador.

Assim, com objetivo de restringir a consolidação de jurisprudência, pelos tribunais trabalhistas, a norma exige que a interpretação judicial, para resultar em súmula, seja adotada **(a)** por 2/3 dos membros, caso a matéria já tenha sido decidida **(b)** em 2/3 das turmas **(c)** por unanimidade **(d)** em 10 sessões diferentes (*caput*). Ademais, exige que, nas sessões de aprovação de súmulas, seja disponibilizada sustentação oral pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (§ 3º) ou rol equivalente de legitimados no âmbito dos tribunais regionais do trabalho (§ 4º).

Instituindo exigências que não encontram paralelo na legislação aplicável a qualquer outro ramo do poder judiciário, e que praticamente **inviabilizam a aprovação de súmulas pelos tribunais trabalhistas**, a proposição institui **discrímen negativo à uniformização de jurisprudência no âmbito da Justiça do Trabalho**, discriminação assentada em razões ilegítimas e inaceitáveis à luz da Constituição.

Constitui atribuição constitucional da Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho (CRFB/1988, art. 114, inc. I), dentre outras ações e controvérsias relacionadas ao vínculo de trabalho (inc. IX), além de julgar os dissídios coletivos (§ 2º). No exercício dessas atribuições, cabe aos magistrados trabalhistas aplicar as normas jurídicas incidentes sobre as relações submetidas à sua apreciação, com a autonomia funcional inerente ao mister da judicatura (art. 103-B, § 4º, inc. I), garantia fundamental de independência dos Poderes e de segurança jurídica (art. 5º, *caput*), fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º).

²⁶² Art. 2º. São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²⁶³ Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PL 6.787/2016, da Câmara dos Deputados, p. 66.

Constitui atribuição constitucional da Justiça do Trabalho empreender interpretação orientada por princípios e regras constitucionais em que se esteiam os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, todos dotados de normatividade, conforme reconhece farta doutrina do Direito Constitucional.²⁶⁴ Dentre essas normas principiológicas, figuram os princípios de justiça social (CRFB/1988, arts. 3º, incs. I a III, e 7º a 11), da valorização social do trabalho (arts. 1º, inc. IV, 170 e 193) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), que influenciam interpretação protetiva do trabalhador, como decorrência lógica da proteção constitucional destinada à relação de emprego (CRFB/1988, art. 7º, inc. I), fonte-matriz dos direitos trabalhistas.

Diante dos conflitos que lhe são apresentados, cabe à Justiça do Trabalho conferir às normas jurídico-trabalhistas interpretação que prestigie a configuração do vínculo de emprego (CRFB/1988, art. 7º, inc. I), para dele extrair a máxima concretização possível dos direitos fundamentais dos trabalhadores (CRFB/1988, arts. 7º a 11) à luz do primado hermenêutico da efetividade das normas constitucionais (CRFB/1988, art. 5º e § 2º).

Por sua vez, para conferir coerência, isonomia, segurança jurídica e previsibilidade às suas decisões judiciais, com vistas a garantir efetividade à prestação jurisdicional, incumbe à Justiça do Trabalho promover a uniformização de sua jurisprudência, por meio da edição de súmulas ou enunciados, especialmente no âmbito do TST, incumbido de uniformizar nacionalmente a interpretação do Direito do Trabalho, por aplicação de suas súmulas de jurisprudência, cuja violação enseja interposição de recurso de revista.²⁶⁵

As exigências extremas e desproporcionais para aprovação de súmulas de jurisprudência, impostas pela norma aos tribunais trabalhistas, atentam contra a Justiça do Trabalho como instrumento constitucional de efetivação dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (CRFB/1988, arts. 5º, incs. XXXV e LXXIV, 7º e 114), violando, ademais, sua independência funcional (CRFB/1988, art. 103-b, § 4º, inc. I) oponível à intervenção dos demais Poderes, inclusive do Poder Legislativo ordinário (CRFB/1988, art. 2º).

Impondo dificuldades desmedidas, evidentemente voltadas a inviabilizar a aprovação de súmulas pelos tribunais trabalhistas, a norma viola o princípio constitucional da proporcionalidade. A norma ordinária impõe à aprovação de súmulas trabalhistas condições muito mais rígidas do que as exigidas pela Constituição para aprovação de súmulas vinculantes, pelo STF, dotadas de efeito vinculante não apenas em relação aos

²⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

²⁶⁵ “Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: (...) a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, **ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte** ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal” (sem destaque no original).

demais órgãos do Poder Judiciário, como também em relação a toda Administração Pública. Conforme art. 103-A da Constituição, as súmulas vinculantes podem ser aprovadas por decisão de 2/3 dos membros do STF,²⁶⁶ mas não exige que a matéria já tenha sido decidida por unanimidade em 10 sessões diferentes de suas turmas, como o faz o art. 702, inc. I, f, da CLT, inserida pela reforma trabalhista. Além disso, a Constituição não exige para aprovação de súmulas vinculantes do STF que se realize ampla audiência pública, em que se disponibilize sustentação oral a diversos órgãos e entidades, independente de seus interesses na solução interpretativa a ser aprovada.

A norma ainda exige para aprovação de súmulas trabalhistas condições muito mais severas do que as exigidas pelo art. 97 da Constituição para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, pelos tribunais, medida que constitui a mais extrema atuação jurisdicional, pois invalida o ato legislativo, contrariando sua presunção de legitimidade.²⁶⁷

As comparações revelam ausência de razoabilidade das condições previstas na norma, que padecem, por isso, de evidente caráter emulativo, caracterizando **legislação abusiva**. A norma incorre em desvio de finalidade, pois não se assenta em propósito condizente com o interesse público defensável por meio da atividade legislativa, razão pela qual, não passa no crivo do **princípio constitucional da proibição de excesso**. Para coibir interpretações judiciais que impliquem violação ao princípio da legalidade (CRFB/1988, art. 5º, inc. II) dispõe o sistema jurídico dos instrumentos processuais necessários e adequados, tais como o recurso extraordinário por violação à Constituição (CRFB/1988, art. 102, inc. III, a), além da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (CRFB/1988, art. 102, § 1º), cabível, inclusive, “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal (...)” (Lei n.º 9.882/1999, art. 1º, parágrafo único, inc. I).

Também inconstitucionais são as disposições dos art. 8º, § 3º e 611-A, §§ 1º e 4º, da CLT, inseridos pela Lei 13.467/2017, por violação da independência funcional do Poder Judiciário:

Art. 8º. *Omissis*.

§ 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 (sem destaque no original).

Art. 611-A. *Omissis*.

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

[...]

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a **cláusula compensatória**, esta **deverá ser igualmente anulada**, sem repetição do indébito (sem destaques no original).

²⁶⁶ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (sem grifos no original).

²⁶⁷ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público”.

Segundo o relatório do Relator do PLC n.º 38/2017, no Senado Federal, que deu origem à norma, a norma foi editada com a finalidade de conter o denominado “*ativismo judicial populista*”. Diz o relatório:

Um primeiro grupo de medidas da reforma trabalhista em relação ao ativismo judicial está na redação dada ao art. 8º da CLT, que deveria ser senso comum. Nos §§ 1º a 3º do dispositivo, conforme a redação do PLC, fica expresso que a fonte subsidiária do direito do trabalho é o direito comum; que súmulas e outros enunciados do TST e dos TRT não podem restringir direitos nem criar obrigações que não tenham sido aprovadas pelo Congresso Nacional por meio de lei; e que nas negociações coletivas a Justiça do Trabalho deve analisar apenas a conformidade dos elementos essenciais, se pautando pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Ao restringir o controle jurisdicional de legalidade de acordos e convenções coletivas a mera aferição de conformidade formal dos respectivos instrumentos (arts. 8º, § 3º e 611-A, § 1º) e ao impor como resultado dessa aferição a anulação de cláusulas compensatórias benéficas ao trabalhador, sempre que o juízo reputar nulas cláusulas restritivas de direitos (art. 611-A, § 4º), as normas visam a impedir o controle de juridicidade do conteúdo do ato normativo, especialmente para coibir, como resultado desse controle, a declaração de ilegalidade de cláusulas convencionais redutoras de direitos.

Ambas as previsões constituem indevida intervenção do Poder Legislativo ordinário na independência funcional dos magistrados trabalhistas, garantia constitucional voltada a assegurar a higidez da prestação jurisdicional com autonomia em relação aos interesses do poder econômico e com independência em relação aos demais Poderes da República (CRFB/1988, art. 2º). No exercício da atividade jurisdicional os magistrados gozam de independência para decidir conforme seu livre convencimento jurídico, devendo ser fundamentadas todas as suas decisões (CRFB/1988, art. 93, inc. IX).

Essas garantias constitucionais impedem que o legislador ordinário restrinja ou imponha ao julgador o resultado de sua interpretação jurídica acerca de matéria submetida à sua competência, no exercício do controle de legalidade ou constitucionalidade (CRFB/1988, art. 5º, inc. II), como consectário da cláusula de independência dos Poderes (CRFB/1988, art. 2º), cláusula pétrea protegida pelo art. 60, § 4º, inc. III, da Constituição, segundo o qual, “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação de poderes*”.

A separação de Poderes constitui fundamento do Estado de Direito reconhecido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que já declarava em seu artigo 16º que “*a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*”.

Analisando o conteúdo de sentido da independência dos Poderes, José Afonso da Silva ressalta que a investidura e a atuação dos agentes de um órgão de Poder não depende da confiança e nem da vontade dos outros, e que na organização de seus serviços, cada Poder é livre, observadas apenas as disposições legais e constitucionais:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais [...].²⁶⁸

A interpretação da norma jurídica, segundo o livre convencimento motivado do magistrado, não se submete a outro limite que não seja o da compreensão da própria norma jurídica objeto da interpretação, não cabendo ao legislador ordinário restringir *a priori* o resultado dessa interpretação. Em sua margem discricionária de atuação, constitucionalmente delimitada, a função legislativa se limita a conformar as normas jurídicas trabalhistas segundo seu juízo político de valor.

Nesse sentido, constituem restrições inconstitucionais da autonomia funcional do magistrado os limites impostos pela norma jurídica ao controle de juridicidade do conteúdo das normas coletivas trabalhistas, assim como a imposição de nulidade de cláusulas negociais benéficas ao trabalhador, sempre que o juízo entender nulas cláusulas redutoras de direito contidas no mesmo instrumento negocial.

²⁶⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 112.