
REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA DA **ASSOCIAÇÃO** DOS **MAGISTRADOS** DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

ANO 5 • Nº 9

ISSN 2358-0038

1º SEMESTRE • 2017



ESPECIAL:

HOMENAGEM A VERA MARTA PUBLICO DIAS

Coordenação: Diretor Cultural da AMATRA-2, Juiz Fábio Moterani
Diretor Cultural Ajunto da AMATRA-2, Juiz Xerxes Gusmão
Diretora de Aposentados da AMATRA-2, Desembargadora Aposentada Maria Cristina Fisch

Colaboração: Presidente da AMATRA-2, Juiz Fábio Ribeiro da Rocha
Vice-Presidente da AMATRA-2, Juiz Marcelo Azevedo Chamone
Associado Juiz Hécio Adorno Júnior

Ficha catalográfica:

Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da
Justiça do Trabalho da 2ª Região/ Associação dos
Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região). – Ano 5,
-- n.9 – (1. sem. 2017) – . -- São Paulo, 2017-.

v. : 26cm

Semestral ISSN: 2358-0038

1. Direito do Trabalho - Periódico 2. Direito Processual Do
Trabalho. I. Associação dos Magistrados da Justiça do
Trabalho (2. Região)

CDU 34:331(05)

CARO ASSOCIADO,

Com muita satisfação, a AMATRA-2 lança e entrega para cada um dos Associados da Entidade, a 9ª (nona) edição da Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região.

Destacamos a merecida homenagem à nossa querida Associada Vera Marta Publio Dias, que sempre exerceu a Magistratura visando à construção de uma sociedade justa e democrática.

Continuamos a cumprir o nosso importante papel de estimular à busca do aperfeiçoamento e atualização jurídica, funções institucionais de suma relevância de nossa Associação, engajada e protagonista na construção de um futuro em que todo cidadão tenha vida e trabalho digno.

Os excelentes artigos abordam com profundidade temas atuais e relevantes, que em muito contribuirão para uma melhor prestação jurisdicional. Esperamos que a leitura desta edição inspire uma participação ainda maior dos colegas para os próximos números.

Desejamos uma boa leitura a todos.

Abrços

FÁBIO RIBEIRO DA ROCHA
Presidente da AMATRA-2



AMATRA-2

AMATRA-2
Associação dos Magistrados
da Justiça do Trabalho da Segunda Região

Conselho Editorial:
Fábio Ribeiro da Rocha Presidente
Marcelo Azevedo Chamone Vice-Presidente
Fábio Moterani Diretor Cultural
Juiz Xerxes Gusmão Diretor Cultural
Patricia Almeida Ramos Diretora de Prerrogativas
Maria Cristina Fisch Diretora de Aposentados
Hélcio Luiz Adorno Júnior Associado

EXPEDIENTE
Diretoria Executiva:
Presidente **Fábio Ribeiro Da Rocha**
Vice-Presidente **Marcelo Azevedo Chamone**
Diretor Secretário **Leonardo Grizagoridis Da Silva**
Diretora Financeiro e De Patrimônio **Cristina Ottoni Valero**
Diretoria Cultural
Fábio Moterani
Xerxes Gusmão
Diretoria Social
Isabel Cristina Quadros Romeo
Tatiana Agda Júlia Elenice Helena Beloti Maranesi Arroyo
Beatriz Fedrizzi Bernardon
Diretoria De Benefícios
Valéria Nicolau Sanchez
Lávia Lacerda Menendez
Comissão Disciplinar e de Prerrogativas
Desembargadores Titular: **Elza Eiko Mizuno**
Suplente: **Silvana Abramo Margherito Ariano**
Juizes Titulares Titular: **Patricia Almeida Ramos**
Suplente: **Richard Wilson Jamberg**
Juizes Substitutos Titular: **Katiussia Maria Paiva Machado**
Suplente: **Raquel Marcos Simões**
Diretoria De Esportes E Lazer
Hermano De Oliveira Dantas
Jefferson Amaral Genta
Diretoria De Aposentados
Amador Paes De Almeida
Maria Alexandra Kowalski Motta
Ana Maria Contrucci Brito Silva
Maria Cristina Fisch
Diretoria De Direitos Humanos
Marcos Scalércio
Andre Eduardo Dorster Araújo
Conselho Fiscal
Titulares
Magda Cristina Muniz
Rodrigo Acuiu Renata Simões Loureiro Ferreira
Carlos Francisco Berardo
Frederico Monacci Cerutti
Suplente **Juliana Eymi Nagase**
Comissão De Juizes Titulares E Substitutos
Adriana Prado Lima
Rogéria Do Amaral
Maria Fernanda De Queiroz Da Silveira
Juliana Dejavite Dos Santos Pinheiro
Diana Marcondes Cesar Kambourakis
José Carlos Soares Castello Branco
Diretoria De Assuntos Legislativos E Institucionais
Laura Rodrigues Benda
Juliana Jamtchek Grosso
Diretor De Informática **Luiz Gustavo Ribeiro Augusto**
Representante Do Foro Regional Da Zona Leste **Aparecida Maria De Santana**
Representante Da Circunscrição De Guarulhos **Flávio Antonio Camargo De Laet**
Representante Da Circunscrição De São Bernardo Do Campo **Cláudia Flora Scupino**
Representante Da Circunscrição Da Baixada Santista **Juliana Ferreira De Moraes Azevedo**
Representante Da Circunscrição De Osasco **Juliana Herek Valério**

AMATRA-2
Av. Marquês de São Vicente, 235 – Bl. B- 10º Andar – Barra Funda - São Paulo - SP
CEP 01139-001 – Telefone: (11) 3392 4996, (11) 3392 4997 – Fax: (11)3392 4727

Arte:
Ariana Assumpção
ariana.assump@gmail.com

SUMÁRIO

HOMENAGEM A VERA MARTA PUBLIO DIAS – Rui Cesar Publio Borges Correia	6
DOCTRINA	
A JUSTIÇA DO TRABALHO SEUS ACERTOS E SEUS PECADOS – Amador Paes de Almeida	8
A GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO EM RAZÃO DA MATERNIDADE. NOVOS CONTORNOS – André Eduardo Dorster Araujo	11
APONTAMENTOS SOBRE A HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO E DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO MUNDO E NO BRASIL – Helcio Luiz Adorno Júnior	19
REFORMA TRABALHISTA – Juliana Herek Valério	28
A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 51 DA LEI 8.213/91. – Laércio Lopes Silva	36
O EMPREGADOR COM MENOS DE 10 EMPREGADOS TEM QUE CONTROLAR O HORÁRIO DE TRABALHO AO MENOS COM CONTROLE MANUAL, SOB PENA DE APLICAÇÃO DO VERBETE DA SÚMULA 338, DO TST – Laércio Lopes Silva	40
CARTA AO MEU PAI SOBRE A REFORMA TRABALHISTA – Raquel Marcos Simões	43
ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE DOS ENTES PÚBLICOS NA TERCEIRIZAÇÃO - A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71 DA LEI 8.666/93. CRÍTICA A DECISÃO DO STF NA ADC 16 – Laércio Lopes Silva	45
JURISPRUDÊNCIA	56

RUI CESAR PUBLICO BORGES CORREIA

Juiz do Trabalho Titular da Vara do Trabalho de Poá, Convocado no TRT/2ª Região desde 2010
Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela PUC/SP
Professor Assistente do Cogeae da PUC/SP e das Faculdades Rio Branco
Jornalista formado pela Cásper Líbero/SP
Membro Fundador da Academia Nacional de Direito Desportivo

VERA MARTA PUBLICO DIAS

Há cerca de 10 (dez) anos atrás proferi discurso no Pleno do nosso Tribunal, em homenagem a minha mãe, Desembargadora Vera Marta, por ocasião da sua aposentaria. Naquele oportunidade, me manifestei nos seguintes termos:

“Quando você tomou posse em meados de 1981 no cargo de Juíza Substituta do Trabalho, confesso que, não dei muita importância no que estava acontecendo....

Ao contrário, achava aquilo tudo muito natural. Já estava acostumado com os seus estudos, desde a Procuradoria do Estado, até as aulas de Especialização na Faculdade Católica de São Paulo (PUC/SP), aliado a cultura do meu avô, Publico Dias, - seu pai, meus tios – seus irmãos, tornavam o concurso um processo bastante natural.

Tanto é verdade que nem me dei conta que a sua aprovação havia ocorrido no primeiro concurso que você havia prestado....

Na sua posse, na antiga sede do Tribunal, na Avenida Rio Branco, lembro-me de alguns colegas Juízes e Desembargadores, assim como a presença de uma bandinha do Exército da Salvação, que servia de música de fundo, em homenagem a outro colega recém aprovado naquele concurso.

Todavia, logo percebi a importância do cargo que você ocupava. Nas cidades por onde você passou, como Juíza Substituta, dentre as quais, Rio Claro, Marília, Ourinhos, Mauá, Corumbá, Taubaté, sempre era tratada com reverência e respeito, e em troca, esbanjava cordialidade, simpatia, firmeza e educação.

Isto fez que eu, quando do ingresso na Faculdade de Direito, já estivesse totalmente seduzido para seguir os seus passos. Notava que você era Juíza por vocação, e que amava o que fazia. Isto, com certeza, despertava em mim verdadeiro fascínio e admiração.

Diversas vezes acompanhei as suas audiências sentado ao seu lado, tanto em Santo André, como em Carapicuíba, exibindo-me para que todos soubessem que eu era o filho da Juíza, mas também admirando a forma como você conduzia as audiências, tratando bem a todos, advogados, e partes, sem qualquer distinção do lado em que estivessem.

Seus amigos e colegas Juízes sempre mereceram posição de destaque na sua vida. Desde o mais novo Juiz Substituto, Desembargadores ativos e inativos, sem exceção, todos gozavam do mais absoluto respeito e carinho de sua parte. Suas viagens, encontros e congressos (que diga-se de passagem aprendi a gostar com você), eram motivos de grande alegria e satisfação.

Fico orgulhoso quando me reconhecem como seu filho, tanto no Tribunal como nas audiências na Vara do Trabalho. Colegas e advogados, que transferem para mim, todo o cari-

nho que nutrem por você, contando uma passagem engraçada e simpática vivenciada no dia a dia, tornando-a figura bastante querida e admirada por todos.

Gostaria que você soubesse o quanto lhe admiro e fico convencido de ser seu filho. Ao entrar no prédio do nosso Tribunal, e ver no saguão, o seu nome grafado em placa, juntamente com os outros Desembargadores, sinto uma grande emoção.

Ter acompanhado a sua vida como Juíza, deste os tempos de Substituta, Presidente de Junta e Desembargadora, somente me inspira a seguir a sua trajetória, para quem sabe um dia, poder dizer que imitei os seus passos, combatendo o “bom combate”.

Terei em mente, que você, na sua carreira de Magistrada, praticou atos virtuosos, jamais foi guiada pela lei do arbítrio, foi humilde e misericordiosa, com aqueles que buscavam Justiça.

Aplica-se na sua vida a passagem de obra de Cervantes, quando Dom Quixote, aconselha a Sancho Pança, que iria governar a sua ilha, dizendo-lhe: “Com certeza longo serão os seus dias, e a tua fama será eterna, teus prêmios acumulados, tua felicidade indizível”.

Você sempre acreditou na Justiça do Trabalho, na proteção dos direitos sociais, na busca de um mundo melhor, e que a injustiça jamais teria espaço ou poderia triunfar, sob nenhum aspecto. Ensinou que a felicidade tece-se de valores e virtudes, e desenha em nossa existência, um sentido pelo qual vale a pena viver ou morrer. E se em algum momento surgiu o desânimo, não deixou desencorajar-se ante as dificuldades da vida, sempre invocando a Deus, o Todo Poderoso, para que lhe desse força, a fim de enfrentar os obstáculos surgidos.

Com certeza, toda a sua família se orgulha de tê-la como modelo de mãe e profissional vitoriosa que você é. Eu, sua filha Sílvia, sua nora Flávia e seu genro Daniel, junto com seus netos Isabela, Ricardo, Maria Eugênia, Marco Aurélio e Veridiana, somos muitos felizes e gratos por tudo o que você representa em nossas vidas.

Concluo pedindo a sua benção, e rogando a Deus, que, na sua infinita bondade, dê a mim, sabedoria para imitá-la, ser admirado pelos colegas, advogados e partes, respeitado em minhas decisões, cordial, sensato e generoso em minha vida, predcados que você soube tão bem traduzir em sua trajetória.

Somente assim, quem sabe um dia, poderei repetir o que você disse em seu discurso de posse neste Tribunal quando foi promovida a Desembargadora: “Ser Juíza é o ideal da minha vida”, prometendo: “empenho e dedicação à Magistratura e inquebrantável compromisso com a Justiça”.

Você cumpriu a sua promessa. Quanto a mim, quando isto ocorrer, terei a certeza que só assim serei um verdadeiro JUIZ, tal como você foi e sempre será.

Parabéns por tudo o que você é, e representa, e tenha a certeza que as suas gerações sempre elevarão o teu nome na história deste Tribunal do Trabalho da 2ª Região”.

Pois bem. Nada mais precisa ser dito. Passado mais de uma década desde a sua aposentadoria vejo que nada mudou na sua vida. Continua irradiando felicidade e uma paixão sem igual pela Justiça do Trabalho, e por todos os seus colegas da Magistratura.

Neste período jamais deixou de frequentar o Tribunal, de almoçar e visitar os colegas, que a deixam muito orgulhosa pelo carinho que a recebem. Ali ela se sente bem. Se sente em casa. Gosta de freqüentar a Amatra, querendo saber de tudo o que acontece. Sempre repete: se alguma coisa lhe acontecer, pode avisar ao Tribunal, pois eles lá saberão o que fazer....

Quando lhe conto alguma noticia do Tribunal, sobre qualquer ato, provimento, deliberação do Pleno ou do órgão especial, a Administração, ou assunto que envolva algum colega, ela fica curiosa para saber dos detalhes. Opina, discorda, concorda, defende os direitos e prerrogativas da magistratura, como se tivesse ingressado naquele momento na carreira.

A sua inquietude torna-se evidente quando recentemente, juntamente com outros colegas inativos, fundou a AMAJUST, o que ao lado de outros compromissos familiares, de viagem, de trabalho voluntário (na Associação Brasil Parkinson), de Juíza Conciliadora, visitas ao Tribunal e aos eventos da Amatra, dão o tom do seu grande entusiasmo e alegria pela arte de saber viver.

Esta é a minha mãe.

Esta é a nossa colega Vera Marta.

AMADOR PAES DE ALMEIDA

Desembargador do Trabalho do TRT/SP (2ª Região) aposentado

Magistratura do Trabalho no 4º Concurso - 1964

Juiz substituto nas JCJS de Campinas, Araraquara, São Carlos, Limeira, União da Vitória (PR), a 2ª Região compreendia São Paulo, Mato Grosso e Paraná

Juiz presidente da JCJ de Mogi das Cruzes 30ª JCJ

Diretor dos juízes aposentados AMATRA 2

A JUSTIÇA DO TRABALHO SEUS ACERTOS E SEUS PECADOS

1. A origem administrativa

A história da Justiça do Trabalho no Brasil mostra que, de início, esta era um órgão meramente administrativo.

Constituída sob a forma de Juntas de Conciliação e Julgamento, foi criada pelo Dec. nº 22.132, de 25-11-1932, sob a égide do Governo de Getúlio Vargas, modificada em 14-7 do mesmo ano, pelo Dec. nº 24.742.

Havia, paralelamente à Juntas de Conciliação e Julgamento outros órgãos com idênticas funções: Comissões Mistas de Conciliação (Dec. nº 21.396, de 12-5-1932), para dirimir conflitos coletivos de trabalho; Conselho Nacional do Trabalho (Dec. nº 24.784, de 14-7-1934), órgão recursal.

As decisões proferidas pelas Juntas de Conciliação e Julgamento ficavam sob o crivo do Ministro do Trabalho que podia modifica-las.

A Constituição de 1934, criando a Justiça do Trabalho (art. 122) assim dispunha:

“Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidos pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no cap. IV, do Título I.

§ único. A constituição dos tribunais do trabalho e das comissões de conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade das associações dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido dentre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual”.

O parágrafo único do dispositivo legal transcrito deixa claro um dos traços marcantes da Justiça do Trabalho nos seus primórdios entre nós: a presença dos classistas, representantes de empregados e empregadores, indicados por seus respectivos sindicatos, e o presidente da JCJ de “livre nomeação do Governo, escolhido dentre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual” - não necessariamente advogado, o que por certo, era uma porta aberta para a nomeação de apaniguados.

A Constituição de 1937, que se sucedeu à Constituição de 1934 manteve a Justiça do Trabalho, dispondo o art. 139:

“Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência ao recrutamento e as prerrogativas da Justiça Comum”.

Nos termos do dispositivo constitucional transcrito a Justiça do Trabalho era regulada em lei especial, a ela não se aplicando as disposições concernentes ao recrutamento e prerrogativas da Justiça Comum, o que significava: a Justiça do Trabalho não era órgão do Poder Judiciário, embora autores clássicos (Cesarino Jr.) afirmasse o contrário.

Somente com a Constituição de 1946 foi que a JT foi proclamada órgão do Poder Judiciário (art. 122), que entretanto, mantinha a representação classista - “ficando assegurada a paridade de representação de empregados e empregadores”.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, manteve a representação classista (art. 116, § único): “os **juízes classistas** da juntas de conciliação e julgamento serão nomeados pelo Presidente do TRT na forma da lei, permitida uma recondução”.

Observe-se a qualificação - “os **juízes classistas**”. Em uma guinada os antigos vogais foram transformados em Juizes. A representação classista, como se sabe, foi extinta pela EC-24/1999, quando as Juntas de Conciliação e Julgamento foram transformadas em Varas do Trabalho.

2. Os reflexos deste histórico

A existência de juízes leigos, nomeados pelos presidentes dos TRTs, indicados por seus respectivos órgão sindicais, em pé de igualdade com os juízes presidentes, estes últimos bacharéis em direito, especialistas em direito do trabalho, recrutados em concurso concorridos e difíceis, podendo não raras vezes, superar o voto do juiz presidente, não pode deixar de ser anotado no exame do histórico da Justiça do Trabalho, então denominada *justicinha* por vasto segmento social, trata-da pela maioria dos trabalhadores por ministério do trabalho.

Acrescente-se a esse fator o total desleixo da administração federal com as péssimas condições materiais em que funcionava a Justiça do Trabalho em todo país.

Com inequívoca propriedade afirma Mozart Victor Russo-mano, em seus consagrados comentários à CLT (13ª ed., Forense, vol. II, p. 730):

“Não obstante o valioso pronunciamento de autores de renome nacional, continuavam, ainda, os preconceitos contra os novos órgão judicantes e, repetidas vezes, dentro daquele diploma quase literalmente repetido pela Consolidação, surgiam revivências da fase administrativa anterior, como quando se estipulava que os juízes do trabalho de qualquer instância seriam livremente nomeados pelo Presidente da República dentre cidadãos que preenchessem os requisitos legais de idade, aptidão etc., o que feria em cheio, a tradição e a sistemática da organização judiciária brasileira, que exige concursos para ingresso nos cargos iniciais da magistratura organizada em carreira.

3. Os preconceitos subsistem em detrimento da Justiça do Trabalho: O paternalismo dos juízes; a usurpação das funções legislativas do TST

Não bastasse esse histórico, outros preconceitos subsistem, dentre os quais o alegado paternalismo dos magistrados do trabalho, como põem em relevo editorial do jornal “o Estado de São Paulo”, edição de 6-1-2017.

“Desde a criação da Justiça do Trabalho foi se consolidando um modo distorcido de aplicar a legislação, baseado na equivocada concepção de que toda relação de trabalho envolve necessariamente alguma injustiça. Mais do que aplicar a lei, o papel da Justiça do Trabalho seria reparar as supostas injustiças.

Nesse modo de interpretar a legislação trabalhista tantas vezes disfarçado de preocupação social, sempre o trabalhador estaria certo e o empregador, errado. A experiência indica que o juiz trabalhista sempre encontra alguma forma de obrigar o empregador a pagar algo ao empregado”.

O mesmo jornal, em editorial do dia 28-1-2017, reitera a acusação:

“Tão impregnada de uma determinada ideologia política a Justiça do Trabalho parece incapaz de perceber que sua atuação extrapola com folga e se aloja num âmbito que deveria estar reservado à política. Tal raciocínio amplamente difundido na Justiça do Trabalho não é jurídico. É simples manifestação de uma determinada ideologia, que por sinal se ajusta com perfeição aos interesses corporativistas da Justiça do Trabalho, com a intransigente e muitas vezes irracional defesa de sua relevância e necessidade”.

Observe-se que o jornal O Estado de São Paulo é inegavelmente um dos maiores jornais do Brasil, influenciando sobremaneira amplo segmento da sociedade.

Quando da elaboração do orçamento da República para o exercício do ano de 2016, o Legislativo, reduzindo sensivelmente a verba a ser destinada à Justiça do Trabalho, afirmava por seu relator ser benéfica tal redução pois que assim a Justiça do Trabalho pensaria melhor no tratamento dispensado às empresas!

4. O TST e as funções legislativas

Nos últimos tempos o TST vem sendo acusado de usurpar as funções próprias do legislativo. O próprio presidente da Corte de justiça mencionada, Min. Ives Gandra Martins Filho, após desistir do pedido de verbas destinadas ao funcionamento da Justiça do Trabalho, afirma, referindo-se à nossa justiça: “há um ativismo judiciário que chega ao cúmulo de partir de princípios próprios para criar normas, havendo casos que podem levar empresas ao fechamento”. (Seminário no Instituto Fernando Henrique Cardoso, “in” O Estado de São Paulo, 11-2-17, p. b-7).

5. Críticas no âmbito processual

No âmbito das decisões trabalhistas as críticas veem em um crescendo preocupante. Nos idos de 1971, um dos mais consagrados juristas do País, o Professor Rubens Requião, na sua clássica obra Curso de Direito Comercial, Saraiva, 1v., p. 317, ao examinar a questão da sucessão de estabelecimento do falido em alienação pública afirmava:

“Apesar de tão lógicas e precisas conclusões os tribunais trabalhistas passaram a considerar existente a sucessão entre a empresa falida e o adquirente do estabelecimento, que assim responderia pelos encargos sociais dos antigos empregados. Essa jurisprudência espúria ignora a rescisão dos contratos de trabalho dos empregados da empresa falida e a sua habilitação no processo respectivo”.

A mesma crítica já havia sido formulada por Trajano Miranda Valverde “in” Revista Forense, 92/782.

A busca incessante da eficácia executiva da sentença trabalhista, tem sido igualmente objeto de preocupação até mesmo de juristas ligados à Justiça do Trabalho. Floriano Correia Vaz da Silva, ex Presidente do TRT da 2ª Região - SP, em entrevista à revista da nossa AMATRA, declara que “se surpreende com o gigantismo e crítica a busca pela sentença de forma indiscriminada, e o que era justo se transforma na fase de execução em grande injustiça”.

Yone Frediane, Desembargadora do TRT/SP, em excelente artigo inserido na revista Magister de Direito do Trabalho nº 65/2015, p. 5, pondo em relevo o princípio da proteção levado a extremo, observa que “em vez de igualar os desiguais, acarreta-se uma desigualdade ainda maior, valendo dizer decisões prolatadas arbitrariamente em favor de quem não tem direito à tutela jurisdicional e sem a valoração necessária da prova produzida, provocando insegurança jurídica”.

Recentemente, no “Fórum Estadão”, afirma Mailson da Nóbrega, ex Ministro da Fazenda, taxativamente: “o Brasil é o único país em que a Justiça Trabalhista pode fazer leis” (Estado de São Paulo, 7-3-2017, p. A-9).

Preconiza-se até mesmo a absurda ideia de extinção da Justiça do Trabalho, tal como pretende, nada mais nada menos, que o atual Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, o primeiro da lista à sucessão presidencial na vacância do cargo:

“os juízes tomando decisões das mais irresponsáveis quebraram o sistema de bares, restaurantes e hotéis no Rio de Janeiro. O setor quebrou pela irresponsabilidade da Justiça brasileira, da Justiça do Trabalho, **que não deveria nem existir**”. (O Estado de São Paulo, 9-3-2017, p. b-4).

A enxurrada de críticas à atuação da Justiça do Trabalho, e até mesmo a descabida postulação por sua extinção, nos obriga a pensar. Algumas das críticas partem de juristas eminentes que não têm, senão, o propósito de contribuir para o aperfeiçoamento da nossa Instituição. Outras, as revés, são

reações extremadas e até mesmo irracionais.

As críticas construtivas merecem reflexão. É o que ocorrem, por exemplo, com o alegado paternalismo.

O Direito do Trabalho, emergiu, como se sabe, da necessidade de se estabelecer regras disciplinadoras das relações entre empregados e empregadores. Os graves conflitos sociais, o papel relevante de Igreja Católica (da Encíclica Rerum Novarum, de Leão XIII, às forças antagônicas do socialismo utópico de Proudhon ao materialismo histórico de Marx e Engels) à Constituição de Weimar, de 1919, o Pacto das Sociedades das Nações, que obrigava os países signatários a assegurar condições de trabalho equitativas e humanitárias para o homem e a mulher, atestam de forma indiscutível a natureza protecionista do Direito do Trabalho em todo o mundo, sob a tutela da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A natureza protecionista do Direito do Trabalho, é, portanto, o primado desse ramo do Direito. A igualdade absoluta nas regras decorrentes do labor subordinado é, inegavelmente, uma utopia, razão por que justifica-se o intervencionismo do Poder Público criando as chamadas obrigações positivas do Estado.

Ora, se a própria legislação estabelece normas de proteção ao trabalhador, o paternalismo de juízes cria uma situação que ao invés de conciliar fomenta o conflito social, e incontestavelmente denigre a imagem da Justiça do Trabalho. O juiz paternalista, é sem sombras de dúvida, um mau juiz que, ao invés de pesquisar os fatos na busca da solução mais justa coloca-se em posição de ativismo togado-político e ideológico.

Os Tribunais do Trabalho, sobretudo o TST não pode nem deve usurpar as funções do Legislativo, mas é certo, também, que não pode ser responsabilizado por essa parafernália em que se transformou a Legislação trabalhista brasileira de responsabilidade única do Congresso Nacional ao longo dos anos.

As leis trabalhistas emanam do Legislativo federal cabendo ao judiciário interpreta-las aplicando-as ao caso concreto.

A simplificação da Legislação obreira, sem perda de direitos do trabalhador é necessidade que se impõe, dando-se especial relevo ao interesse pessoal do empregado, sem regras rígidas, que dificultem o entendimento. Veja-se a propósito da jornada 12x36, hoje, amplamente aceita.

É hora de repensarmos sobre os nossos equívocos, extrair elementos fundamentais das críticas construtivas buscando a grandeza e necessidade da Justiça do Trabalho.

ANDRÉ EDUARDO DORSTER ARAUJO

Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Pós-graduado em Direito do Trabalho pelo Instituto de Direito do Trabalho da Universidade de Lisboa

Professor dos cursos preparatórios para concursos públicos ProMagis Concursos e FMB

Tutor em cursos de Ensino à Distância (EaD) da Escola Judicial do TRT da 2ª Região (EJUD2)

A GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO EM RAZÃO DA MATERNIDADE. NOVOS CONTORNOS

Temporary Employment Guarantee On Maternity Reason . New Contour

Resumo: Análise jurídica dos novos contornos de proteção ao emprego em razão da maternidade, notadamente em razão do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas e as modernas formas de reprodução assistida.

Palavras-chave: Garantia de emprego. Proteção ao nascituro. União homoafetiva. Reprodução assistida. Licença-maternidade.

Abstract: Legal analysis of the new job protection contours on the grounds of maternity, particularly due to the legal recognition of homosexual unions and modern forms of assisted reproduction.

Keyword: Guarantee employment . Unborn child protection. Homosexual union. Assisted reproduction. Maternity leave

Sumário: 1. Introdução; 2. Garantia de emprego e estabilidade. Distinções e precisão terminológica; 3. Objetivo da garantia de emprego à gestante. Proteção ao nascituro; 4. Proteção à família e o reconhecimento das novas estruturas familiares. União homoafetiva; 5. Reprodução assistida e novos métodos de concepção. Barriga solidária. Barriga de “aluguel”; . 6. O Avanço legislativo no que tange à licença-maternidade. Vácuo de proteção no que tange à garantia de emprego; 7. A extensão da garantia de emprego; 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. Introdução

“A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”¹.

Com base nesta premissa, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), o presente estudo foi planejado.

A família é a *cellula mater* da sociedade, gozando de especial proteção do Estado na medida em que sobre ela se assenta a organização social e para a qual o Direito empresta especial atenção e proteção.

Com efeito, a organização familiar precede a própria exis-

tência do Estado organizado², foi objeto de tratamento especial no Direito Romano, ocupou lugar de destaque no Cristianismo e nos sacramentos do Direito Canônico³, e hoje é objeto de proteção especial do Estado.

A declaração Universal dos Direitos Humanos assegura a proteção à família⁴, sendo este um direito fundamental presente na evolução constitucional brasileira a partir da Constituição Federal de 1934⁵.

2. MEDEIROS, Noé. *Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997. p. 24.

3. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 3v. p. 16 -7

4. Artigo XII – Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. (grifos nossos)

5. Constituição Federal de 1934:

Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Constituição Federal de 1937:

Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Constituição Federal de 1946:

Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

Constituição de 1967:

Art. 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

Constituição Federal de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. *(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)*

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e cientí-

1. Art. 17 do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil

Corolário lógico desta proteção à família, a maternidade igualmente ocupou e ocupa papel de destaque no ordenamento internacional e brasileiro, valendo aqui pontuar a Convenção nº 103 da OIT (ratificada pelo Brasil), a Constituição Federal de 1946⁶ e a Constituição Cidadã de 1988⁷.

Dentro deste contexto o tema em debate deve ser analisado, ou seja, deve-se considerar a íntima relação entre a garantia provisória de emprego e a proteção da família, sob um viés de efetivação de direitos humanos fundamentais.

2. Garantia de emprego e estabilidade. Distinções e precisão terminológica

Antes de seguirmos adiante, imperioso atemo-nos à precisão terminológica que envolve o debate.

Isto porque, a precisão na terminologia é requisito essencial a toda ciência, garantindo o entendimento unívoco dos institutos e possibilitando a compreensão completa e precisa dos temas jurídicos. Afinal, “onde quer que exista uma ciência, existe uma linguagem correspondente”, chegando-se ao ponto de concluir, segundo alguns pensadores, que a ciência

ficos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

6. Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos

X - direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário;

7. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

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

(...)

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

(...)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, «caput» e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

(...)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

é a própria linguagem⁸.

Deste modo, importante aqui distinguir expressões comumente apresentadas como sinônimas por parte da doutrina⁹: estabilidade e garantia provisória de emprego (ou estabilidade de provisória).

A estabilidade no emprego tem origem nos primórdios da legislação trabalhista brasileira (Lei Elói Chaves, que a instituiu para os trabalhadores ferroviários com 10 anos de serviços no mesmo empregador) e se incorporou à CLT em seu artigo 492, criando a figura do trabalhador estável decenal, regime de contratação que foi definitivamente extirpado em 1988 quando o regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço tornou-se obrigatório.

De igual modo, a doutrina costuma apontar como estável o trabalhador jungido às hipóteses do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁰ e art. 41 da Constituição Federal¹¹.

8. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed., Saraiva, São Paulo: 2002. p. 08.

9. Amauri Mascaro Nascimento, Vólia Bomfim Cassar e Sérgio Pinto Martins, entendem que garantia de emprego é uma política socioeconômica visando a manutenção de postos de trabalho. Sob este enfoque, entendem estabilidade é um gênero de garantia de emprego. *Apud* CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5ª ed. Impetus, Niterói: 2011, p. 1177-1178.

10. Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do «caput» deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º - O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

11. Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao

Vê-se, portanto, que a *estabilidade* trata de situações perenes, que se protraem no tempo sem limitação temporal prefixada.

Lado outro, a garantia provisória de emprego é, como a própria alcunha indica, temporária, delimitada no tempo. É uma estabilidade *sui generis*, imprópria ou especial, que somente gera efeitos por determinado lapso.

É aqui que se insere o objeto de nosso estudo: a garantia provisória de emprego dada à gestante, nos moldes do art. 10, II, “b”, do ADCT¹².

3. objetivo da garantia de emprego à gestante. proteção ao nascituro

A proteção ao trabalho da mulher é objeto de preocupação antiga da OIT, que em diversas Convenções¹³ coíbe a discriminação e exploração, históricas (frise-se), do trabalho feminino, inclusive considerando para tanto as diferenças de gênero no que tange à fisiologia feminina e compleição.

Especial destaque merece a já citada Convenção 103 voltada à proteção da maternidade, assegurando licença-maternidade (com garantia de emprego durante o afastamento), afastamento para tratamento médico em caso de doença e pausas para amamentação.

No plano interno, como visto, a proteção à família e à maternidade remonta à Constituição Federal de 1946, encontrando-se presente na Constituição vigente, que assegura além da licença-maternidade, um período de garantia provisória no emprego (art. 10, II, “b”, do ADCT).

Tal garantia de emprego, considerando as conquistas históricas dos trabalhadores, parte do pressuposto de que o trabalho não é mercadoria, mas sim atividade humana que deve ser respeitada e valorizada, inclusive como forma de autoafirmação do indivíduo, autorrealização e inserção na sociedade em que vive. Trabalho é mais do que atividade voltada à produção de bens e serviços, representa também a essência do indivíduo e seu papel na sociedade, “é a expressão da própria humanidade do homem”¹⁴.

tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade

12. Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

(...)

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

(...)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

13. Exemplos são as Convenções: 45, 89 e 100.

14. ARENDT, Hannah *Apud* ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *O Direito Do Trabalho Na Filosofia E Na Teoria Social Crítica. Os Sentidos Do Trabalho Subordinado Na Cultura E No Poder Das Organizações*. Revista do TST, Brasília, vol. 78, nº 3, jul/set 2012. p. 38. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/6051320/O+Direito+do+Trabalho+na+Filosofia+e+na+Teoria+Social+Cr%C3%ADtica.+Os+sentidos+do+trabalho+subordinado+na+cultura+e+no+po->

Deste modo, a garantia de emprego à gestante visa protegê-la em momento crítico de sua existência como mulher, em que se encontra naturalmente vulnerável, com o organismo voltado ao desenvolvimento de um novo ser humano que, igualmente, goza de proteção especial desde a concepção (como ser humano em desenvolvimento que é – art. 2º do Código Civil Brasileiro¹⁵).

Logo, a previsão do art. 10, II, “b”, do ADCT visa justamente evitar dispensa discriminatória neste período gravídico e puerperal, diante da natural menor produtividade da mulher neste íterim, inclusive porque faz jus a afastamentos para o acompanhamento pré-natal, tem direito a licença-maternidade e a pausas para amamentação (art. 396 da CLT e Convenção 103 da OIT).

Esta proteção envolve mais. Envolve a proteção da criança, considerado o direito fundamental inexorável que possui a vida e a alimentação (art. 227 da Constituição Federal¹⁶), observada sua peculiar condição e pessoa em desenvolvimento, o que lhe garante proteção integral e com prioridade pelo Estado, família, comunidade e sociedade (arts. 3º e 4º do ECA¹⁷).

4. Proteção à família e o reconhecimento da União homoafetiva

Segundo o texto constitucional vigente, a família goza de especial proteção do estado, nos seguintes termos:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º-Entende-se,também,comoentidadefamiliaracomunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

der+das+organiza%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em 10/04/2015.

15. Art. 2o A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. 16. 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

17. Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Vê-se que a literalidade do dispositivo é restritiva, prevenindo como família apenas a união entre homem e mulher, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental).

O texto constitucional, contudo, é objeto do momento histórico em que promulgado, razão pela qual, devido ao seu descompasso frente às realidades sociais, teve paulatinamente seu rigor interpretativo mitigado.

Hoje não se entende por família apenas a mera relação de consanguinidade, mas, mais que isto, a relação de afetividade.

“No século XXI é preciso reconhecer que a família não é formada como outrora, com a finalidade de procriação, mas, essencialmente, com a liberdade de constituição democrática, afastando-se os conceitos prévios, principalmente religiosos, na medida em que família é linguagem, diálogo, conversação infinita e modos de ser-no-mundo-gênético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico”.¹⁸

Deste modo, à luz dos princípios hermenêuticos da unidade da Constituição e máxima efetividade, a doutrina e a jurisprudência do E. STF se inclinaram no sentido de estender a proteção à família, de modo a contemplar as uniões homoafetivas.

Com efeito, a Constituição Federal deve ser interpretada como um todo unitário, afastando-se antinomias que representem incongruências no sistema. Logo, insustentável a dicção legal literal, restritiva, que contraria princípios motrizes e basilares da república, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III¹⁹) e a isonomia ampla e irrestrita, sob qualquer enfoque possível e imaginável (art. 5º, *caput*20).

18. WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional no Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva*. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre. nº 62. nov. 2008-abr. 2009, p. 19-20.

19. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

20. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer

De igual modo, o texto maior deve ser interpretado de modo a se lhe conferir efetividade máxima, atingindo com o maior vigor possível os objetivos da república, dentre eles,” promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”²¹.

Neste sentido, percutientes os argumentos trazidos no voto do Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADI 4.277, onde se reconheceu como legítima, e em paridade de direitos com os casais heterossexuais, as uniões homoafetivas: “Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art. 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco)”.

Houve, portanto, efetiva *mutação constitucional* que conferiu uma alteração no significado e sentido interpretativo do texto constitucional, permitindo estender a proteção dada à família tradicional para outras formas familiares²².

Deste modo, atualmente quando pensamos na garantia provisória conferida à gestante, prevista no art. 10 do ADCT, devemos ter em mente esta mudança de sentido e alcance da Constituição Federal, mormente tendo em conta os princípios da máxima efetividade e unidade do texto constitucional, suso referidos.

5. novos métodos de concepção. Reprodução assistida. Barriga solidária. Barriga de “aluguel”

Considerando as premissas já delineadas, imperioso compreender os novos métodos de reprodução assistida.

Reprodução assistida é a intervenção humana no processo natural de procriação, solucionando problemas de fertilidade que impedem a reprodução pelas vias naturais. A primeira tentativa exitosa no mundo se deu em 1978 na Inglaterra, feito repetido no Brasil em 1984²³.

As principais técnicas de reprodução assistida podem ser²⁴:

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:

21. Art. 2º IV, da Constituição Federal.

22. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14ª ed, Saraiva, São Paulo: 2010. p. 130.

23. CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. *Apud* IBAS, Ângela Mara Piekarski. Aspectos contemporâneos da reprodução assistida. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2985>. Acesso em abr 2015.

24. SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. Estatuto da reprodução assistida. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <[- \(i\) Inseminação Artificial Intrauterina \(IIU\) – método mais simples, em que uma quantidade de espermatozoides é inserida no canal genital feminino por meio de um cateter;
- \(ii\) Fecundação *in vitro* \(FIVETE\) – a fertilização se dá em laboratório, com a posterior transferência dos embriões para o corpo da mulher;
- \(iii\) Transferência Intratubária de Gametas \(GIFT\) – indicado para casais em que a mulher tem ao menos uma trompa saudável, sendo realizada a fecundação dentro do corpo da mulher, pela introdução do sêmen diretamente na trompa de falópio, facilitando o encontro com o óvulo – é a chamada fertilização *in vivo*;
- \(iv\) ZIFT \(*Zibot Intra Fallopian Transfer*\) – consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com o sêmen do marido/companheiro/doador, para depois introduzir o embrião no corpo da mulher;
- \(v\) ICSI \(Intracytoplasmic Sperm Injection\) – consiste na injeção de um espermatozoide no citoplasma do óvulo, com a ajuda de aparelho especialmente desenvolvido para este fim.](http://www.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Das técnicas em questão podemos concluir pela possibilidade de utilização de gametas oriundos de doadores.

Mais, podemos concluir que há hipóteses em que a gestação é transferida a terceiros, ou seja, a chamada gestação/maternidade sub-rogada²⁵, comumente nominadas de “barriga solidária” ou “barriga de aluguel”.

A comumente chamada “barriga de aluguel” se dá mediante paga, em que uma terceira mulher cede o seu útero a terceiros, mediante contraprestação para tanto. No Brasil ela não é lícita, já que o texto Constitucional veda a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, consoante art. 199, § 4º²⁶, concluindo-se que o intento da lei é vedar o comércio do próprio corpo²⁷.

Neste sentido, aliás, a Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que no item VII, 2, prevê que “a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”²⁸.

Por exclusão, conclui-se que a “barriga solidária”, melhor nominada *doação temporária do útero*, é a cessão do útero para fins de propiciar a gestação para outrem, prática admitida no Brasil, observadas as regras da já citada Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina.

teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/>. Acesso em: 2015-04-09. p. 66-68.

25. VARGAS, Maricruz Gomes de La Torre *Apud* SCALQUETTE, Ana Claudia Silva, *op. cit.*, p. 181.

26. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada

(...)

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

27. BARBOZA, Heloisa Helena. *Apud* SCALQUETTE, Ana Claudia Silva, *op. cit.*, p. 181.

28. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em 09/04/2015.

Nada obsta, portanto, diante do reconhecimento da família monoparental textualmente protegida na Constituição Federal (art. 226, § 4º, da Constituição Federal), que uma pessoa (homem ou mulher) valha-se destas técnicas de reprodução assistida para constituir *família*.

De igual modo, frente ao reconhecimento das uniões homoafetivas, nada obstaculiza que um casal homossexual (de homens ou mulheres), valha-se destas iguais técnicas para constituir família.

Pois bem. Sem descer nas minudências próprias do direito de família, que não são o objeto do estudo, surgem daí questões práticas de cunho trabalhista envolvendo a garantia de emprego à gestante, mormente: Há garantia de emprego nestes casos? Se sim, para quem?

6. O Avanço legislativo no que tange à licença-maternidade POR ADOÇÃO. Vácuo de proteção no que tange à garantia de emprego

Antes de ingressarmos no impasse jurídico que nos põe essa nova realidade social, precisamos ponderar o avanço legislativo no que tange à licença maternidade.

A lei 12873/13, observando a proteção deferida à família monoparental, bem como tendo em conta que família envolve não apenas relações de consanguinidade, mas também relações socioafetivas²⁹, ampliou o espectro de proteção quanto à licença maternidade, estendendo-a para o companheiro(a) da genitora e para os casos de adoção/guarda judicial para fins de adoção:

“Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença -maternidade nos termos do art. 392. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

(...)

§ 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda

29. Neste particular, vale destacar passagem de WELTER, Belmiro Pedro, *op. cit.*, p. 20 : ... *o ser humano é afetivo e desafetivo, porque forjado pela dinâmica dos fatores pessoal, familiar, social e universal,33 cuja linguagem não é algo dado, codificado, enclausurado, pré-ordenado, logicizado, de modo fixo, cópia de uma realidade social que é pré-estabelecida, e sim um existencial, um modo de serno-mundo-(des)afetivo, um construído, um (des)coberto, uma imagem, um especulativo de um sentido na singularidade do ser dentro da universalidade e faticidade das relações sociais, do mundo em família, porque o ser humano “não é coisa ou substância, mas uma atividade vivida de permanente autocriação e incessante renovação*

judicial para fins de adoção...”

Trata-se de avanço salutar, que seguiu as pegadas da Instrução Normativa nº 25 do Instituto Nacional da Previdência Social³⁰, após decisão judicial na Ação Civil Pública nº 200.71.00.009347-0, que já havia estendido benefícios previdenciários aos casais homossexuais.

Igualmente, importante pontuar a Lei Complementar 146/14, que estendeu a garantia de emprego a quem detiver a guarda do filho em caso de morte da genitora.

De todo modo, em que pese o avanço legislativo, fato é que ainda há vácuo legal no que tange à garantia de emprego para os casos de adoção, bem como, por consequência lógica inexorável, para os casos de reprodução assistida já tratados linhas acima.

7. A extensão da garantia de emprego

7.1. Há garantia de emprego nestes casos?

Colocado o tema em sua real dimensão, e ponderando os diversos aspectos suso tratados, entendemos que a garantia de emprego à gestante deve ser objeto de aplicação analógica, estendendo seus efeitos, para as hipóteses de maternidade/paternidade suso tratadas.

Isto porque, a despeito da literalidade do art. 10, II, “b”, do ADCT, certo é que o conceito de família é dilatado, não contemplando apenas a relação homem e mulher (pai e mãe), mas sim, para alcançar também a família monoparental (art. 226, § 4º, da Constituição Federal), as relações homoafetivas (ADI 4.277), e a família socioafetiva.

Relembre-se que a família goza de proteção especial, sendo certo que desde o advento da Constituição Federal de 1988 extirpou quaisquer distinções entre filhos, forte no art. 227, § 6º³¹.

Destarte, conclui-se que independentemente de se tratar de (i) filiação biológica ou não-biológica, (ii) reprodução assistida ou não, (iii) família tradicional, monoparental ou homoafetiva, em todas estas hipóteses a proteção ao emprego deve ser prestigiada.

Com efeito, nenhum destes fatores influi no estado de filiação e na proteção destinada à família, logo, não podem impactar na necessária proteção à maternidade (aqui em sentido lato, para albergar os casos em que um ser humano do gênero masculino faz as vezes de mãe) e ao nascituro.

Entendimento diverso descarta o intento constitucional teleológico da garantia de emprego da gestante, qual seja, conceder meios de subsistência e convívio familiar, lembrando a

condição especial de pessoa em desenvolvimento da criança e sua proteção integral (art. 227 da Constituição Federal e arts. 3º e 4º do ECA).

Relembre-se, ao ensejo, que na aplicação da lei (e aqui se insere a Constituição Federal e o ADCT), o operador do direito deve “atender aos fins sociais a que se destina e às exigências do bem comum” (art. 5º, LINDB), de modo que os preceitos do art. 10, II, “b”, do ADCT devem ser interpretados de modo a atender o fim social de proteção da família (art. 226, *caput*, da Constituição Federal), proteção da maternidade (arts. 226, § 7º, da Constituição Federal) e proteção do direito à vida da criança (art. 227 da Constituição Federal).

Assim, e só assim, estar-se-á emprestando máxima efetividade aos direitos fundamentais capitulados na Constituição Federal, mormente, a dignidade da pessoa humana e igualdade plena.

Por fim, neste tópico, vale aqui um adendo no que tange à gestação assistida na modalidade “barriga de aluguel”, e que poderia gerar maiores dúvidas e debates, diante da ilicitude de sua prática no Brasil. Parece-nos que, mesmo ilícita, esta forma de reprodução assistida também deve ser objeto de garantia de emprego, na medida em que o escopo desta é a proteção do nascituro e da mãe, dando meios de subsistência e fomentando o convívio familiar, tão essencial ao afeto e desenvolvimento saudável.

Neste sentido, aliás, já há precedente histórico do TRT da 2ª Região, da lavra da Des. Maria de Lourdes Antônio, que pedimos licença para transcrever em parte: “O caso dos autos traz, contudo, uma questão distinta de todas essas acima mencionadas, para a qual ainda não há lei expressamente conferindo a licença-maternidade e a garantia provisória de emprego. O reclamante alegou na inicial (fl. 8) e em audiência inicial (fl. 701) ser pai de dois filhos: um nascido em julho de 2011 e outro em dezembro de 2011, ambos gerados através de “mãe substitutiva” ou “barriga de aluguel” (fl. 16). Afirmou, ainda, que seria o responsável por cuidar das crianças junto com seu companheiro, com quem mantém relação homoafetiva. Verifica-se, portanto, que apesar do louvável esforço do legislador brasileiro em aumentar a proteção à família e ao nascituro, a situação vivida pelo reclamante ainda não foi, ao menos expressamente, contemplada pela lei ordinária. Considerando-se todo o acima esposado acerca da finalidade dos referidos institutos – de proteger a família e o nascituro –, verifica-se que não reconhecer ao reclamante os direitos postulados seria cancelar nítida situação discriminatória com relação a ele, à sua prole e à sua família, o que vai de encontro à Constituição Federal. Ora, a Carta Magna não só estabelece que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (artigo 226), como também diz ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, IV). Ressalte-se, ainda, a garantia da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III), e o dever do Estado de assegurar à criança o seu direito à vida, à saúde, à alimentação e à convivência familiar (artigo 227). Logo, parece-me que negar os pedidos do autor seria atitude contrária a básicos princípios constitucionais, cuja for-

ça normativa é indiscutível, além de que deixaria de conferir máxima eficácia à Constituição Federal. Ainda que assim não fosse, seria perfeitamente possível conceder a tutela postulada pelo reclamante com fundamento na analogia (artigo 4º da LINDB). Isso porque, no caso dos autos, verifica-se lacuna da lei, autorizando-se a aplicação de um dos critérios de integração estabelecidos no artigo 4º da LINDB. Diante da extensão da concessão da licença-maternidade e da garantia provisória de emprego aos outros casos acima mencionados, é evidente que a omissão com relação ao caso do autor decorreu de uma involuntária inércia do legislador, tratando-se, portanto, de lacuna normativa. Logo, por qualquer ângulo de análise, o reclamante faz jus à garantia provisória de emprego (a licença-maternidade não é objeto do recurso). Mantenho a sentença” (Rel. Des. Maria de Lourdes Antônio - 17ª Turma - DJ 04/12/2014).

7.2. Há garantia de emprego. Para quem?

Algumas situações já estão solucionadas pelo ordenamento jurídico, quando trata da licença maternidade.

É o caso da reprodução assistida em que há o fecundação e desenvolvimento da gestação no próprio corpo da mãe, situação esta em que, independentemente da estrutura familiar (heterossexual, monoparental ou homoafetiva), a solução está na própria lei e não desperta qualquer controvérsia: a detentora da garantia é a gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto.

Há casos outros, porém, que exigem exercício lógico-jurídico. Dá-se isto, por exemplo, no caso da adoção por casal homossexual. Inexiste disciplina legal no particular, mas, a nosso ver a solução é bastante simples, aplicando numa interpretação extensiva e lógica os art. 392-A, § 5º e art. 392-C, ambos da CLT, os quais pontuam que apenas um dos empregados adotantes gozarão da licença maternidade. Forçoso concluir, pois, que a garantia de emprego também será daquele empregado(a) que usufruir da licença-maternidade.

Por fim, o caso que desperta maior interesse é o de reprodução assistida em que se vale de “barriga solidária” ou “barriga de aluguel”.

Isto porque, nestes casos de sub-rogação da gestação a mãe (em sentido abrangente, de modo a contemplar, por exemplo, o homem que se vale desta técnica com a doação de gametas femininos) será aquela a quem o útero é cedido, aquela quem ficará com a guarda da criança e a criará. De todo modo, a mulher que cede o útero para a gestação é quem suporta os ônus da gestação.

Pondo em termos jurídicos: a mulher que cede o útero deve ter garantido seu emprego, já que durante a gestação se põe como meio de desenvolvimento do feto? Será a garantia da mãe jurídica da criança, já que a ela cabe os primeiros cuidados e amamentação da criança? Será a garantia de ambas?

Perguntas tormentosas e que nem de longe encontram solução pacífica. Inexiste jurisprudência sobre o tema no TST capaz de esclarecer as questões.

Neste ponto, é importante entendermos a sistemática do procedimento de “barriga solidária”. Em primeiro lugar, impenoso registrar ser indispensável contrato entre as partes en-

volvidas, a fim de estabelecer a questão da filiação, direitos e deveres de todos e a garantia de Registro civil da criança, sendo este contrato pré-requisito à realização do procedimento, como dispõe o item 3 do Capítulo VII da Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina³².

Com base nesta documentação, dois procedimentos são possíveis para registro da criança: (i) o registro civil da criança, após o nascimento com vida, se dá com base na Declaração de Nascido Vivo (DNV) contendo o nome da gestante (“barriga solidária”), emitido pela maternidade, com posterior processo judicial visando a correção do registro de nascimento, ou (ii) em alguns Estados tem-se conseguido o registro direto em nome da mãe jurídica (aquela que se valeu da reprodução assistida), por meio de ação judicial ou autorização do corregedor dos ofícios de registro civil.

Nesta segunda linha, o TJ de São Paulo possui precedente, possibilitando o registro direto, como se deu nos autos do processo 0051744-11.2012.8.26.0100³³.

Feitos estes esclarecimentos, resta claro que, juridicamente dúvidas não há: a mãe/pai será(ão) aqueles que se valerem do meio de reprodução assistida.

Logo, no nosso sentir a mãe, sob o enfoque jurídico, será a detentora da garantia de emprego, na medida em que ela é quem efetivamente ficará na guarda do filho após o nascimento e, mais, como regra prestará a assistência à mulher que cede o útero durante a gestação.

Feita esta ponderação, poder-se-ia sustentar, numa visão restritiva da norma, pela exclusão da garantia à mulher que cede o útero, na medida em que mãe não o será.

Porém, não nos parece ser esta a conclusão jurídica mais acertada.

Em primeiro lugar, sob o viés principiológico, na medida em que diante de duas interpretações possíveis para uma mesma norma jurídica, no plano do direito do trabalho deve-se adotar aquela que for mais favorável à trabalhadora (*in dubio pro operario*, que nada mais é que subprincípio da proteção e da norma mais favorável).

É o que nos ensina Vólia Bomfim Cassar³⁴: “Este princípio, corolário do princípio da proteção ao trabalhador, recomenda que o intérprete deve optar; quando estiver diante de uma norma que comporte mais de uma interpretação razoável e distinta, por aquela que seja mais favorável ao trabalhador, já que este é a parte fraca da relação”.

Não bastasse, ainda que a mulher que cede o útero não seja a efetiva mãe da criança, fato é que sua situação se amolda perfeitamente ao tipo legal, afinal, é inequivocamente ges-

30. Disponível em: < <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-DC/2000/25.htm>> Acesso em 09/04/2015.

31. 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

32. 3 - Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

- a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

33. Fonte: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI191520,-101048-Irma+de+barriga+solidaria+podera+registrar+bebe+in+vitro>> Acesso em 09/04/2015.

34. CASSAR, Vólia Bomfim. *op. cit.*, p. 197.

tante, nos exatos termos do art. 10, II, “b”, do ADCT.

Ademais, a mulher que cede o útero suportará os ônus da gravidez, inclusive os primeiros cuidados após o nascimento, especialmente amamentação, sendo extremamente iníquo dar interpretação ao instituto que a deixe vulnerável na relação trabalhista.

Esta é, pois, a interpretação que confere maior efetividade ao texto constitucional, prestigiando a maternidade e o planejamento familiar, que gozam de específica proteção Constitucional (arts. 6º, 203, I e 226, § 7º, da Constituição Federal).

8. Conclusão

A proteção à família, em todas as suas manifestações e formas, é função precípua do Estado Democrático de Direito, possuindo proteção especial em nossa Constituição Federal.

Corolário desta proteção, a maternidade, sob qualquer modalidade, goza de igual prestígio Constitucional, sendo objeto de especial proteção Estatal.

Concluimos que, a despeito do vácuo legislativo que ainda impera na matéria e a falibilidade do legislador constituinte e infraconstitucional em prever todos os possíveis casuísmos do tema, não podemos nos quedar inertes e relegar desprotegidas situações jurídicas que hoje se põem.

É papel do operador do direito interpretar o direito à luz de seu tempo, emprestando-lhe o conteúdo e extensão necessários a tutelar os *bens da vida*, levando em conta sempre os fins sociais da norma e as exigências do bem comum.

Como nos ensina Agostinho Ramalho Marques Neto³⁵: “As proposições teóricas da ciência do Direito, explicando a realidade de uma maneira mais ou menos aproximada, abrem como que um leque de opções ao legislador, que, dentre as alternativas possíveis, relativamente adequadas à realidade social, tomará a decisão política de escolher a que lhe pareça mais apropriada. É, por conseguinte, em função dos resultados da ciência do Direito que podem ser elaboradas normas jurídicas condizentes com a realidade a ser por elas disciplinada. As normas jurídicas assim construídas, uma vez em vigor, são aplicadas à realidade social, modificando-a e *sendo também por ela modificadas, sobretudo em sua interpretação, que deve acompanhar a dinâmica social*”. (grifei)

Destarte, num contexto de vácuo legal, imperiosa a interpretação extensiva ou analógica do art. 10, II, “b”, do ADCT, de modo a contemplar a atual realidade social.

9. Bibliografia

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *O Direito Do Trabalho Na Filosofia E Na Teoria Social Crítica. Os Sentidos Do Trabalho Subordinado Na Cultura E No Poder Das Organizações*. Revista do TST, Brasília, vol. 78, nº 3, jul/set 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5ª ed. Impetus, Niterói: 2011.

35. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: Conceito, objeto, método*. Ed. Forense, Rio de Janeiro: 1982. p. 154-155

IBAS, Ângela Mara Piekarski. Aspectos contemporâneos da reprodução assistida. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14ª ed, Saraiva, São Paulo: 2010.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: Conceito, objeto, método*. Ed. Forense, Rio de Janeiro: 1982.

MEDEIROS, Noé. *Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 3v.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed., Saraiva, São Paulo: 2002.

SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional no Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva*. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre. nº 62. nov. 2008-abr. 2009.

HELICIO LUIZ ADORNO JÚNIOR

Juiz Titular da 76a. Vara do Trabalho de São Paulo
Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela USP
Professor Universitário

APONTAMENTOS SOBRE A HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO E DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO MUNDO E NO BRASIL

RESUMO

O direito do trabalho nasceu como resultado da pressão social sobre os detentores dos meios de produção, especialmente na Inglaterra e na França. Ela fez com que o Estado passasse a intervir nas relações de trabalho, para discipliná-las por leis de proteção aos trabalhadores. Para a aplicação deste conjunto de leis, foi necessária a instituição de um organismo estatal, representado, no Brasil, em âmbito judiciário, pela Justiça do Trabalho. O objetivo deste ensaio é analisar a evolução histórica do direito do trabalho no Mundo e no Brasil, entre os séculos XIX e XXI, e sua função social, além da criação da Justiça do Trabalho brasileira como órgão de sua aplicação.

Palavras-chave: direito do trabalho; Justiça do Trabalho brasileira; questão social; corporativismo.

1. INTRODUÇÃO

As relações de trabalho evoluíram da escravidão e da servidão para o trabalho assalariado. Importante marco dessa transição foi a revolução industrial, que mudou a forma de produção de artesanal para seriada. O ambiente social que se criou com a transformação nos meios de produção levou os trabalhadores, incentivados por pensamentos filosóficos e religiosos importantes à época, a pressionar os patrões por melhores condições de trabalho e por maiores salários. Para evitar a convulsão social, o Estado teve que deixar a postura ausente e interferir nas relações de trabalho, por meio da edição de leis de proteção aos trabalhadores. Para tanto, contou com a importante colaboração dos sindicatos, pelo chamado sistema corporativista de relações de trabalho.

Os acontecimentos na Europa acima mencionados foram reproduzidos no Brasil, especialmente no período do governo Vargas. A mão de obra eminentemente rural precisou ser organizada pelo Estado Novo para que se implantasse a industrialização e o capitalismo no Brasil. Os sindicatos foram organizados por categorias, com forte intervenção do Estado, que contou inclusive com a instituição da Justiça do Trabalho como órgão de solução de conflitos, sobretudo coletivos, nas relações de trabalho.

De qualquer sorte, os ideais que marcaram o surgimento do direito do trabalho e, no Brasil, de seu órgão de aplicação, que é a Justiça do Trabalho, mostram que o propósito maior foi o de assegurar um patamar de proteção social aos trabalhadores, com a valorização do trabalho humano. Esta característica permitiu que a instituição passasse incólume por diferentes períodos políticos. Apresentar breves apontamentos sobre essas contingências históricas é o propósito deste ensaio.

2. A QUESTÃO SOCIAL NA EUROPA

Cesarino Junior (1970) ensina que a questão social é também chamada por outros autores de questão operária ou questão de equilíbrio entre o capital e o trabalho. Após criticar as definições apresentadas por Antoine, Lerou-Beaulieu, Lujó Brentano, Gide e Ketteler, além de considerar ser impossível fazê-lo com exatidão, Cesarino Junior (1970, p. 48-49) utiliza as lições de Victor Cathrein para defini-la como:

[...] a questão de como se possa obter remédio para os males e perigos gravíssimos pelos quais a sociedade é afligida, hoje, entre os povos civilizados, e especialmente de como restabelecer estavelmente a paz entre os ricos e os pobres e entre os capitalistas (aos quais pertencem também os possuidores de latifúndios) e os operários e proletários. [...]

A ligação entre a questão social e o surgimento do direito do trabalho, como se verá a seguir, é significativa.

O sistema capitalista de produção foi incrementado pela revolução industrial, que resultou do grande desenvolvimento das ciências no século XIX. A produção em série, que ganhou terreno com a utilização das máquinas a vapor, num primeiro momento, e da eletricidade, posteriormente, reuniu os operários em unidades de produção, em péssimas condições de trabalho. A premissa básica passou a ser a obtenção do lucro empresarial a qualquer custo, para o que a figura do trabalhador era vista como simples elemento de um processo produtivo que não se preocupava com a dignidade do trabalho humano (GOMES e GOTTSCHALK, 1990). Süsserkind (2001, p. 7-8) assim narra a situação dos sujeitos do processo produtivo daquela época:

[...] Estes se tornaram mais poderosos com o aumento da produção fabril, resultante da utilização dos teares mecânicos e da máquina a vapor, e as conquistas de novos mercados, facilitada pela melhoria dos meios de transporte (revolução industrial); aqueles se enfraqueceram na razão inversa da expansão das empresas, sobretudo porque o Estado não impunha aos empregadores a observância de condições mínimas de trabalho e ainda proibia a associação dos operários para a defesa dos interesses comuns [...]. A utilização cada vez maior da máquina a vapor, que poderia ter acarretado a diminuição das jornadas de trabalho e a elevação dos salários, como consequência do maior rendimento do trabalho produzido, teve, paradoxalmente, efeitos diametralmente opostos. [...] Nem a liberdade formal nem a máquina libertaram o homem. [...]

O sistema econômico em referência não encontrava obstáculos na órbita política. O Estado liberal permitia que a economia fluísse conforme as regras do próprio mercado, de modo livre e sem exigências de qualquer espécie. No campo das relações de trabalho, os trabalhadores eram submetidos a jornadas desumanas, em ambientes degradantes de produção industrial. Os trabalhos de crianças e de mulheres eram utilizados em larga escala, com vistas a aumentar a oferta de mão de obra e, por conseguinte, baratear os salários. Reinava a total despreocupação do empresariado com as condições de trabalho que eram impostas aos operários (GOMES e GOTTS-CHALK, 1990).

Neste cenário, as correntes doutrinárias que questionavam as premissas do sistema capitalista de produção ganharam corpo na Europa, de modo a incentivar a luta dos trabalhadores por melhores condições de trabalho e de vida em sociedade. No ano de 1848, lançou-se um manifesto escrito por Marx e Engels para evidenciar as bases do pensamento comunista. Era a luta de classes, pela qual se fomentavam nos operários os sentimentos de revolta e de vingança contra a classe dominante e detentora dos meios de produção e da propriedade, para que buscassem alterar a situação social a que estavam submetidos por meio de uma revolução (GOMES e GOTTS-CHALK, 1990).

Sobre os movimentos políticos da época, também são oportunas as lições de Süsskind (2001, p. 10-11), pelas quais se conclui que a derrocada das corporações permitiu que a ideologia comunista fosse propagada com maior facilidade entre a classe operária:

[...] O ano de 1848 foi marcado por importantes acontecimentos no campo político e no social: a) MARX e ENGELS tornaram público o Manifesto Comunista, advogando a direção global da economia pelo poder político e o exercício deste pelo proletariado; b) na Inglaterra, extinguíram-se os movimentos cartistas (de fins políticos e sociais) e owenista (de índole socialista), que tanto influenciaram as *trade unions*, porque o sindicalismo inglês, tendo em vista o êxito nos entendimentos com os empresários para a aprovação da lei das 10 horas de trabalho, passou a admitir a negociação como forma de conciliação de interesses entre patrões e operários, contrariando, assim, a tese comunista da luta de classes como único meio para a afirmação do proletariado; c) na França triunfou uma revolução, de duração efêmera (fevereiro a julho de 1848), que uniu a pequena burguesia ao operariado e constituiu a Comissão de Luxemburgo para propor medidas drásticas de proteção ao trabalho. [...]

O quadro das relações sociais degradou-se sobremaneira, tornando iminente a convulsão social. Contrapondo-se ao pensamento comunista, de um lado, e ao regime político liberal, de outro, a Igreja Católica, por meio do Papa Leão XII (1891, s.p.), lançou a encíclica *Rerum Novarum*, em 15 de maio de 1891. O liberalismo afrontava os valores cristãos de solidariedade ao pregar o individualismo e o utilitarismo, enquanto o marxismo propugnava pela tomada do poder pela revolução do operariado e pelo fim da propriedade privada e do próprio

Estado no último estágio deste processo revolucionário (Süsskind, 2001). Conforme a Encíclica *Rerum Novarum* escrita pelo Papa Leão XIII (1891, s.p.):

[...] Os Socialistas, para curar este mal, instigam nos pobres o ódio invejoso contra os que possuem, e pretendem que toda propriedade de bens particulares deve ser suprimida, que os bens dum indivíduo qualquer devem ser comuns a todos, e que a sua administração deve voltar para – os Municípios ou para o Estado. Mediante esta trasladação das propriedades e esta igual repartição das riquezas e das comodidades que elas proporcionam entre os cidadãos, lisonjeiam-se de aplicar um remédio eficaz aos males presentes. Mas semelhante teoria, longe de ser capaz de por termo ao conflito, prejudicaria o operário se fosse posta em prática. Pelo contrário, é sumamente injusta, por violar os direitos legítimos dos proprietários, viciar as funções do Estado e tender para a subversão completa do edifício social [...].

A encíclica do Papa Leão XIII (1891, s.p.) não deixou de reconhecer a propriedade privada como direito natural, atribuiu ao socialismo o mote de solução falsa para os problemas sociais e tratou dos direitos dos trabalhadores ao conclamar o respeito à dignidade humana e condenar a exploração da mão de obra pelo sistema capitalista.

A denominação dada à encíclica papal em estudo significa renovação das coisas. A Igreja Católica procurou valorizar o ser humano, ao pregar o solidarismo nas relações sociais e enaltecer a função social da propriedade e dos meios de produção. Estabelecia-se a base da doutrina social católica: “a sociedade civil exerce sua ação, tutelando o direito, para permitir a existência da sociedade e com ela a do indivíduo e criando um ambiente propício ao desenvolvimento das faculdades individuais, sendo esta criação a ação social do Estado” (CESARINO JUNIOR, 1970, p. 45-46).

Süsskind, Maranhão e Vianna (2000, p. 40) identificaram com precisão o cerne da doutrina católica e sua relevância para o processo de pacificação social, mostrando que não negava o antagonismo entre o capital e o trabalho, mas, ao contrário, destacava-o, ao evidenciar a necessidade de união entre ambos:

[...] Ao terminar o século, o Papa Leão XIII publica a Encíclica ‘Rerum Novarum’ e proclama a necessidade da união entre as classes do capital e do trabalho, que têm ‘imperiosa necessidade’ uma da outra; não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital. A concorrência traz consigo a ordem e a beleza; ao contrário de um conflito perpétuo, não podem resultar senão confusão e lutas selvagens [...].

A preocupação da Igreja com os problemas sociais já era antiga, tendo sido marcante em todo o século XIX, mas que seu ponto culminante foi a publicação da encíclica em estudo. A valorização do trabalho humano, que deveria ser considerado meio de expressão direta da pessoa humana e não mercadoria, e o abandono do individualismo em favor de uma

política solidarista, resultavam na cobrança de um papel intervencionista do Estado como agente de promoção social (Süsskind, Maranhão e Vianna, 2000).

Ferreira Filho (1992, p. 309) também destacou a importância do papel da Igreja na valorização do trabalhador ao escrever que:

[...] numa indubitável reação contra os que não vêem no trabalho mais do que uma mercadoria, a Igreja timbrou em reafirmar o valor cristão do trabalho. E como notam Calvez e Perrin, a Igreja reconhece no trabalho uma verdadeira nobreza, por sua relação com a obra criadora do próprio Deus. [...]

Além de recriminar a exploração da mão de obra pelo sistema capitalista e cobrar uma participação mais ativa do Estado nas relações sociais, a Igreja Católica, por meio da encíclica do Papa Leão XIII (1891, s.p.), incentivou as corporações como forma de promoção do trabalhador para a obtenção de salários mais dignos e condições de trabalho mais humanas, ao pregar que:

[...] o primeiro lugar pertence às corporações operárias, que abrangem quase todas as outras [...] com prazer vemos nós irem-se formando por toda parte sociedades deste gênero, quer compostas só de operários, quer mistas, reunindo ao mesmo tempo operários e patrões: é para desejar que aumentem sua ação [...].

Segundo a doutrina católica, como se extrai da Encíclica *Rerum Novarum* (Papa Leão XIII, 1891, s.p.), o Estado deveria abandonar a postura liberal e participar mais ativamente nas relações trabalhistas, velando para que fossem reguladas segundo a justiça e a equidade e para que no ambiente de trabalho não fosse lesada a dignidade da pessoa humana. Desta forma, o Estado liberal deveria ser substituído pelo Estado social para o cumprimento do dever de zelar pela harmonia na sociedade, ao mostrar a impossibilidade de solução dos problemas sociais com posturas liberalistas e individualistas. Conforme a Encíclica *Rerum Novarum* (Papa Leão XIII, 1891, s.p.):

[...] Em todo o caso, estamos persuadidos, e todos concordam nisto, de que é necessário, com medidas prontas e eficazes, vir em auxílio dos homens das classes inferiores, atendendo a que a eles estão, pela maior parte, numa situação de infortúnio e de miséria imerecida. [...] Na proteção dos direitos particulares, o Estado deve preocupar-se, de uma maneira especial, dos fracos e dos indigentes. A classe rica faz das suas riquezas uma espécie de baluarte, e tem menos necessidades da tutela pública. A classe indigente, ao contrário, sem riquezas que a ponham a coberto das injustiças, conta principalmente com a proteção do Estado. [...]

É certo que a reunião de trabalhadores em unidades produtivas também contribuiu para que compartilhassem insatisfações com as desumanas condições de trabalho a que estavam sujeitos e buscassem alternativas para a melhoria de

sua situação social. Surgiu o movimento denominado associacionismo, que deu origem ao sindicalismo (FERRARI, NASCIMENTO e MARTINS FILHO, 1998).

Segundo Cesarino Junior (1970, p. 52), “surgiu um movimento operário, em que estes, animados e incitados pelos intelectuais, passaram a exigir, como reivindicações da classe proletária, diversas melhorias nas suas condições”. Em um primeiro momento, o movimento de grupos de trabalhadores foi proibido pela legislação, a ponto de ser classificado como criminoso. De crimes, a atividade sindical e o exercício da greve como instrumento de pressão passaram a ser tolerados pelos sistemas jurídicos, que acabaram, finalmente, por regulamentá-los, com resultado proveitoso para a convivência social. Ainda pelas lições de Cesarino Junior (1970, p. 52):

[...] E, assim, ao mesmo tempo em que a legislação começava a interessar-se pela sorte dos operários, nos primeiros lustros do século, o sindicato e sua ação suavizaram as asperezas da luta e as greves se fizeram cada vez menos freqüentes, mais limitadas a fins concretos e iniciadas com o desejo de que tivessem uma duração mínima e uma eficácia máxima. [...]

O Estado foi compelido, diante deste quadro, a abandonar o liberalismo e o individualismo que consagraram a revolução francesa de 1789, que tinham por premissas a igualdade jurídica e política dos cidadãos e a prevalência da autonomia da vontade dos contratantes. O interesse público começou a ser priorizado por meio da edição de leis de cunho social. Para a proteção dos trabalhadores, foram instituídos princípios e normas que, inicialmente, tutelavam as classes mais prejudicadas pela forma de produção capitalista, como crianças e mulheres e, gradativamente, alcançaram os demais trabalhadores. Nasceram, assim, as primeiras normas de tutela do trabalho humano (FERRARI, NASCIMENTO e MARTINS FILHO, 1998).

3. O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Referidas normas de proteção à classe trabalhadora passaram a ser contempladas pelas Constituições dos Estados, inaugurando o chamado constitucionalismo social. Como observa Süsskind (2001, p. 13), “as constituições da fase contemporânea da história passaram a cuidar do homem social ao lado do homem político; e, para fazê-lo, opuseram limites à autonomia da vontade dos indivíduos em homenagem ao interesse público e à força normativa da realidade”.

A Constituição francesa de 1848 foi efetivamente a primeira norma fundamental a contemplar direitos sociais, em seu artigo 13³⁶, mas por não ter sistematizado direitos específicos

36. Artigo 13 da Constituição francesa de 1848: A Constituição garante aos cidadãos a liberdade do trabalho e da indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho mediante o ensino primário gratuito, a educação profissional, a igualdade das relações entre o patrão e o trabalhador, as instituições de previdência e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias, e o estabelecimento pelo Estado, departamentos e comunas, de trabalhos públicos

dos trabalhadores e porque ainda mantinha aspectos do liberalismo, perdeu a posição de pioneira no constitucionalismo social para a Constituição suíça de 1874, emendada em 1896 (SÜSSEKIND, 2001).

Seguiram-se as Constituições do México, da Rússia e da Alemanha, sendo as duas primeiras de 1917 e a segunda de 1919 (SÜSSEKIND, 2001). A mexicana foi a primeira Constituição do ocidente a se contrapor ao Estado liberal e sistematizar os direitos sociais, servindo de marco decisivo para a constitucionalização das normas trabalhistas. A Constituição russa, de 10 de julho de 1917, consagrou a ditadura do proletariado, mediante a socialização dos meios de produção e de troca. Já a Constituição alemã de Weimar, de 11 de agosto de 1919, incumbiu ao Estado o papel de dar proteção ao trabalho, consagrando o princípio de que o objeto principal dos direitos fundamentais não é a propriedade privada, mas sim o homem que trabalha na comunidade, titular de direitos e obrigação, sobretudo quanto à dignidade (SÜSSEKIND, 2001).

As constituições que posteriormente surgiram entre as duas grandes guerras mundiais tiveram por importante fonte de inspiração o Tratado de Versalhes, de 1919, que enumerou os princípios fundamentais de proteção aos trabalhadores e foi responsável pela criação da Organização Internacional do Trabalho (RUSSOMANO, 1991).

O Estado social substituiu o decadente Estado liberal, na medida em que o interesse coletivo suplantou o interesse individual, ganhando lugar de destaque nas legislações de modo a atribuir-lhe nova funcionalidade. A antiga legislação liberal tratava igualmente os indivíduos, sem considerar as diferenças econômicas e sociais que havia entre eles. A nova legislação social abandonou a igualdade formal, desencadeando o intervencionismo social do Estado. Deixou de ser mera fórmula de revelação da ordem natural da sociedade para interferir nessa ordem, com o objetivo de promover a justiça social (Süssekind, Maranhão e Vianna, 2000). Como decorrência, o Estado teve que agir como promotor das políticas sociais ditadas pela nova legislação. Pelas lições de Süssekind, Maranhão e Vianna (2000, p. 38):

[...] Como órgão supremo do direito, o Estado deveria, na nova concepção, tornar-se o instrumento da justiça – da justiça da sociedade –, intervindo como representante dos interesses coletivos para conter e reprimir os interesses individuais privados e manter o equilíbrio entre os diversos fatores da produção e, portanto, uma melhor repartição das riquezas, base do bem-estar social. [...]

O Estado polícia ou Estado providência significou a ampliação das atribuições do Estado para, a partir da correção de desigualdades mediante a interferência na sociedade, regulamentar, fomentar e vigiar a iniciativa privada, em favor do interesse coletivo que havia sido prejudicado pela livre concorrência. Segundo Süssekind, Maranhão e Vianna (2000, p. 39-40), “em nome da solidariedade substitui-se a igualdade

próprios a empregar os braços desocupados; ela fornece a assistência às crianças abandonadas, aos enfermos e aos idosos sem recursos, aos quais suas famílias não podem socorrer.

pura pela igualdade jurídica, como regra de direito que impõe o interesse geral sobre o particular sem que, entretanto, se anule o indivíduo”. O Estado abandona a postura de ausência para passar a interferir nas relações sociais, em especial nas trabalhistas, restabelecendo o equilíbrio entre os contratantes.

4. O ESTADO BRASILEIRO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

A evolução do papel do Estado brasileiro junto às relações de trabalho, segundo Beltran (2002), pode ser dividida nos seguintes períodos: civilista (até 1930), intervencionista (1930-1945), pós-intervencionista (1946-1988) e contemporâneo (a partir de 1988). Todos eles são agrupados em uma grande fase, denominada histórica, contraposta à pré-história, que se estende de 1500 a 1888, sendo marcada pelo trabalho escravo, inicialmente executado por indígenas e, posteriormente, por negros africanos, na qual se consagrou o liberalismo monárquico. As instituições que vigiam, inicialmente, eram de natureza liberal-individualista. A economia era baseada na agricultura voltada para a exportação, com mão de obra que passou da escrava à dos imigrantes europeus, a maioria preocupada em voltar para o país de origem após amealhar algum ganho com a parceria rural (BELTRAN, 2002).

Ao contrário do que ocorreu nos países europeus, no Brasil não havia a necessidade premente de controle de conflitos sociais, especialmente porque a classe trabalhadora não estava organizada em termos sindicais (BIAVASCHI, 2007). A preocupação da elite governante no início do período republicano era com a cafeicultura e com o interesse regional da aristocracia composta pelos grandes fazendeiros. Não se preocupava, por evidente, com a construção de um sistema jurídico de proteção aos direitos dos trabalhadores que fosse voltado para a melhoria de sua condição social.

Foi com a migração de alguns trabalhadores para as cidades, notadamente os imigrantes europeus, para trabalhar na indústria incipiente, que começou a se instalar cenário semelhante ao que deu causa à mudança da função do Estado nos países da Europa (BIAVASCHI, 2007). Entre 1917 e 1920, o excesso de oferta de mão de obra na nascente indústria brasileira, decorrente da utilização em larga escala do trabalho infantil e das mulheres, gerou a insatisfação generalizada dos trabalhadores. Alguns movimentos grevistas chegaram a ser deflagrados, mas sem grandes riscos para a economia nacional, na medida em que a principal atividade econômica ainda era a de exportação do café e não a industrial (BIAVASCHI, 2007).

Nesse período, houve algumas poucas experiências legislativas no sentido da tutela dos direitos dos trabalhadores, as quais decorriam de pressão internacional e não propriamente da consciência da classe dominante. O Brasil tinha assinado o Tratado de Versalhes, comprometendo-se, por meio dele, a introduzir, em seu ordenamento jurídico, leis sociais, entendidas como tais as que se destinam a tutelar, entre outras, as relações de trabalho e de seguridade social (NASCIMENTO, 2007).

A partir do governo de Getúlio Vargas, o Estado brasileiro mudou seu posicionamento frente às relações de trabalho (NASCIMENTO, 2007). Vargas ascendeu ao poder por força de um golpe de Estado levado a efeito em 1930, que contou

com apoio popular e militar. A mudança do cerne da atividade econômica brasileira da agricultura para a indústria, nessa época, gerou a implantação do regime capitalista de produção, decorrente de crescente processo de industrialização. A classe trabalhadora passou, assim, a integrar, por via indireta e como decorrência da implantação do capitalismo industrial, a sociedade brasileira. Esta situação tornou necessária a interferência do Estado para a regulamentação jurídica das relações de trabalho, sobretudo para a proteção dos direitos sociais (BIAVASCHI, 2007).

Os desafios que deveriam ser enfrentados envolviam a questão agrária, a relação com a burguesia industrial nascente e suas frações, seja pelo próprio Estado ou pela classe operária, a criação de mecanismos de tutela de direitos sociais e o aparelhamento do poder central para seu funcionamento, além do cenário internacional. O Estado assume o papel de coordenador do processo de industrialização e de conjugação dos distintos interesses dos parceiros sociais, notadamente como resposta à crise provocada pela grande depressão da economia mundial ocorrida no final dos anos vinte (BIAVASCHI, 2007).

Iniciou-se intensa atividade legislativa pelo Poder Executivo para a proteção dos direitos sociais entre 1930 e 1933, momentaneamente interrompida no período de vigência da Constituição de 1934, para ser retomada com a decretação do estado de sítio em 1935 e reforçada com a instituição do Estado Novo em 1937. Em 1943, para reunir toda a legislação esparsa e os textos de convenções da Organização Internacional do Trabalho que tinham sido ratificadas pelo Brasil, foi editada a Consolidação das Leis do Trabalho. O resultado do trabalho da comissão que se encarregou de tal sistematização não foi um simples apanhado de leis, mas a criação de um verdadeiro Código do Trabalho, posto que modificações e complementações fizeram-se necessárias para a conjugação do texto final (BIAVASCHI, 2007).

A fonte material mais importante para a edição da legislação trabalhista brasileira, à semelhança do que ocorreu nos países europeus, foi a Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII (1891, s.p.). Como foi visto, evidenciou a desigualdade entre os homens e incentivou a criação de corporações e sindicatos como forma de superação de suas inconveniências. Tal foi a importância da encíclica católica para a reconstrução do ordenamento trabalhista brasileiro que, em 1941, na comemoração de seus cinquenta anos, o Departamento Nacional do Trabalho, órgão do Ministério do Trabalho, traduziu-a para o português e promoveu sua divulgação acompanhada do original em latim (BIAVASCHI, 2007).

Também serviram de fontes para a legislação trabalhista o 1o. Congresso Brasileiro de Direito Social e suas teses (de 15 a 21 de maio de 1941), a Organização Internacional do Trabalho e suas recomendações e convenções, as Constituições ocidentais modernas do início do século XX, a revista do trabalho e os boletins do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, além de pareceres de grandes juristas da época, como Oliveira Viana. A base foi o ideário de valorização do trabalho humano, inaugurada pela doutrina social da Igreja Católica, mas que também se fez presente no Tratado de Versalhes (1917) e na Declaração Universal dos Direitos do Ho-

mem (1948) (BIAVASCHI, 2007).

Nota-se, assim, que os mesmos motivos que influenciaram a criação das normas de proteção ao trabalho na Europa no período que se seguiu à revolução industrial verificaram-se no Brasil no início do século XX.

5. A INSTITUIÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL

Para a aplicação da legislação trabalhista que estava por ser consolidada, já havia sido instalada, em 1941, a Justiça do Trabalho. Foi criada pela Constituição de 1934, como órgão do Poder Executivo, sendo certo que passou a integrar o Poder Judiciário apenas com a Constituição de 1946 (GOMES e GOTTSCHALK, 1990). Aproveitou-se a estrutura dos órgãos de solução dos conflitos do trabalho que já existia, como as Comissões Mistas de Conciliação, criadas pelo Decreto no. 21.396/1932 para atuar na solução de conflitos coletivos do trabalho, em especial as greves, e as Juntas de Conciliação e Julgamento, instituídas pelo Decreto no. 22.132/1932, para tratar de conflitos individuais, as chamadas reclamações trabalhistas (FERRARI, NASCIMENTO e MARTINS FILHO, 1998).

A legislação infraconstitucional que regulamentaria a estrutura da Justiça do Trabalho decorreu de anteprojeto de lei que foi elaborado sob a supervisão de Francisco José de Oliveira Viana. Foi designado como relator de referido anteprojeto de lei o deputado e professor paulista Waldemar Ferreira. Travou-se uma série de debates entre ambos os professores, Oliveira Viana, de formação sociológica e defensor do corporativismo, e Waldemar Ferreira, jurista de tendência neoliberal (FARIA, 1995). Viana chegou a escrever seis artigos no *Jornal do Comércio*, do Rio de Janeiro, para rebater as críticas que foram feitas ao seu anteprojeto de lei. Na condição de Consultor do Ministério do Trabalho, também escrevia para a Revista do Trabalho, uma das fontes materiais da Consolidação das Leis do Trabalho (FARIA, 1995).

Ferreira criticava severamente a proposta de criação de um órgão especializado no Poder Judiciário para a solução das lides trabalhistas. Enxergava todo e qualquer conflito jurídico como expressão de contrariedade entre indivíduos livres e iguais, de modo que a intervenção do Estado teria a exclusiva intenção de impor o respeito aos contratos celebrados livremente. Não atribuía conotação jurídica aos conflitos coletivos, por entender que restringiria a liberdade de negociação, motivo pelo qual era contrário à implantação do poder normativo, além de sustentar que feria o princípio da tripartição de poderes. Posicionou-se contrariamente à representação classista, sustentando que as causas trabalhistas deveriam ser julgadas, em primeira instância, por juízes de formação técnico-jurídica, o que reduziria a possibilidade de erros e traria economia aos cofres públicos, pois os órgãos funcionariam singularmente. Em resumo, tinha uma postura essencialmente normativista, segundo a qual o ordenamento positivado é formado por regras e princípios lógicos e abstratos, regulados pela razão, com vida própria e independente da sociedade, os quais reclamariam interpretação puramente exegética (FARIA, 1995).

Viana, por sua vez, sustentava que a aplicação dos princípios de liberdade de contratação do direito comum ao ramo

trabalhista ampliaria a heterogeneidade social e intensificaria os conflitos, situação peculiar que demandaria a interferência do Estado para que arbitrasse a solução. Em sua opinião, a interpretação das normas constitucionais deveria pautar-se pela dinâmica da realidade social, pela análise de fatos presentes e de dados estatísticos, bem como pelo interesse público (FARIA, 1995).

Os debates que se instalaram no legislativo em torno do tema da outorga de poder normativo à Justiça do Trabalho acabaram por atrasar a aprovação do anteprojeto de lei de Oliveira Viana, o que somente viria a ocorrer em 1937, com diversas emendas que alteraram significativamente o propósito inicial do governo (FERRARI, NASCIMENTO e MARTINS FILHO, 1998). Seguiu-se o golpe de Getúlio Vargas, que contou com o apoio das forças armadas para substituir a Constituição de 1934 pela Constituição de 1937, com o fechamento do Congresso Nacional, medida que teve como um dos argumentos a resistência à aprovação do anteprojeto de lei da Justiça do Trabalho (FERRARI, NASCIMENTO e MARTINS FILHO, 1998).

Foi assim que o governo adotou as medidas que havia idealizado para a implantação da Justiça do Trabalho, pautadas no posicionamento de Oliveira Viana, de base corporativista e inspiradas pela doutrina social católica. A cerimônia de instalação oficial da Justiça do Trabalho, que ocorreu em 10. de maio de 1941, foi presidida pelo próprio Getúlio Vargas no estádio do Vasco da Gama, no Rio de Janeiro (BIAVASCHI, 2007).

No mesmo mês, em comemoração ao cinquentenário da *Rerum Novarum*, realizou-se o 1o. Congresso Brasileiro de Direito Social, coordenado pelo professor Cesarino Junior, no qual surgiram teses que foram encampadas na redação da legislação trabalhista consolidada. As principais contribuições do 1o. Congresso Brasileiro de Direito Social, entre outras, foram a adoção do nome Direito Social e de um Código do Trabalho, além da proposição de princípios corporativos, com a substituição do Estado individualista pelo Estado solidarista e o reconhecimento do sindicato como base da estrutura corporativista, tendo contado com a presença de Getúlio Vargas em seu encerramento (BIAVASCHI, 2007).

Atribuiu-se, assim, uma feição corporativista à Justiça do Trabalho (FARIA, 1995). Essa característica expressava as necessidades, da época, de forte intervenção do Estado para a implantação de uma política de proteção social em um país sem tradição de organização de trabalhadores, pois tinha acabado de sair de uma economia eminentemente agrícola para entrar na industrialização capitalista. Para tanto, o Estado contou com a participação dos sindicatos, trazendo-os para a composição desta estrutura que se implantava, como se fosse uma entidade de natureza semi-pública. Foram instituídos, deste modo, a unicidade sindical, o imposto sindical, a representação classista e o poder normativo.

Essa concepção corporativista permitiu que a Justiça do Trabalho atravessasse períodos políticos diversos, como o Estado Novo de Vargas, a República Populista de 1945 a 1964, o regime militar das décadas de 1960 e 1970 e, finalmente, a transição democrática iniciada em 1985. Embora mantida à parte do Poder Judiciário tradicional, como poder judicante

especializado, efetivamente conseguiu consolidar um patamar de justiça social por meio de sistemáticas interpretações favoráveis aos trabalhadores (FARIA, 1995).

Cesarino Junior (1970) reconhece que houve forte influência da *Carta del Lavoro* italiana na Constituição de 1937, sob a égide da qual foi instalada a Justiça do Trabalho. Pondera, contudo, que havia diferenças essenciais entre ambos os documentos, dado que é relevante para identificar os verdadeiros propósitos do sistema que se criava (Cesarino Junior, 1970, p. 82):

[...] Não significa isto, porém, a inexistência de diferenças entre a nossa legislação social e a italiana. Há diferenças fundamentais. Assim, enquanto a Carta do Trabalho italiana, na declaração II firmava que ‘o trabalho é um *dever social*’ e a este título e *só a este título* é tutelado pelo Estado, demonstrando destarte o seu caráter nitidamente totalitário, com o objetivo de desenvolvimento da potência nacional, a Constituição Brasileira, no art. 136, declarava o trabalho, *como meio de subsistência do indivíduo*, constitui um bem que é dever do Estado proteger’, demonstrando assim, o seu caráter solidarista” (destaques do original). [...]

Os defensores da ideia contrária afirmam que a instituição da Justiça do Trabalho teve por finalidade servir a um Estado inspirado no regime fascista italiano que se implantava no Brasil, destacando o totalitarismo em detrimento do solidarismo, de modo a colocar em segundo plano a ideia de valorização do trabalhador, como Romita (2001, pp. 35 e 92):

[...] Todos os referidos princípios, de uma forma ou de outra, direta ou indiretamente, exerceram influência sobre a legislação do trabalho brasileira, expedida a partir de 1930. A principal influência, como é notório, reside na própria ideologia professada pelos homens da Revolução de 1930. Esta influência revestiu-se de maior intensidade com a promulgação da Carta outorgada de 10 de novembro de 1937, que implantou o Estado Novo. Esta Carta, como já se disse, não se limitou a refletir as tendências autoritárias e corporativas do Estado fascista italiano, mas chegou a reproduzir ao pé da letra declarações inteiras da *Carta del Lavoro*. Boa parte dessas disposições, infelizmente, está em vigor até hoje, resistindo à sucessão de quatro constituições (1946, 1967, 1969 e 1988), como se o Brasil fosse o país de eleição do regime fascista. (...) Por que se instituiu a Justiça do Trabalho entre nós, inicialmente pela disposição ignorada da Constituição de 1934, e, logo após, durante o Estado Novo, mercê do já citado artigo 139 da Carta de 1937? Exatamente para constituir a *longa manus* do Estado na composição dos conflitos do trabalho. O Estado corporativo proscreve a luta de classes, logo, deve oferecer aos litigantes um aparelho apto a solucionar pacificamente as controvérsias. Daí a vedação da greve e sua tipificação como delito. [...]

O corporativismo fez-se presente no campo das relações coletivas de trabalho pelo regime implantado no Brasil na Era Vargas. Não foi inaugurado, entretanto, pelo regime fascista

italiano, pois já aparecia em outros países, segundo Süsskind, como a União Soviética, atual Rússia, que contava com uma organização sindical piramidal dirigida por um conselho central formado por pessoas designadas pelo governo (BIAVASCHI, 2007). Ainda segundo Süsskind, os dois pilares essenciais do modelo corporativista que foram utilizados em nossa legislação trabalhista, que são a unidade sindical compulsória e o poder normativo da Justiça do Trabalho, já se faziam presentes em outros países que não a Itália: além da Rússia, que já adotava o sindicato único desde 1917, a Nova Zelândia previa a criação de normas pelo Poder Judiciário trabalhista desde 1904, no que foi seguida pela Austrália, Turquia e México desde 1917 (BIAVASCHI, 2007).

Com esses esclarecimentos, o ex-ministro Süsskind ironizou o rótulo de fascista que é comumente atribuído à Justiça do Trabalho e sugeriu, com o mesmo humor, sua substituição pelo de comunista, ao lembrar que o Decreto no. 19.770, de 19.03.1931, que sistematizou as bases do corporativismo sindical brasileiro, foi redigido por juristas de reconhecida formação esquerdista, como Evaristo de Moraes, primeiro consultor jurídico do Ministério do Trabalho e fundador do partido socialista, Joaquim Pimenta, comunista e Agripino Nazareth, socialista (BIAVASCHI, 2007). Segundo ele, o que se adotou para o modelo brasileiro foi princípio de direito coletivo baseado na unidade como solução para a organização de uma classe trabalhadora eminentemente agrária, sem qualquer coesão ou tradição sindical (BIAVASCHI, 2007). Atribuiu a origem do rótulo – fascista – à Intentona Comunista de 1935, como forma de vingança contra Getúlio Vargas pelo combate enérgico aos adeptos da teoria marxista e observou que, em momento político mais recente, os comunistas passaram a defender a legislação trabalhista brasileira em contraposição à tese da prevalência do negociado sobre o legislado, quando o antigo discurso deles passou a ser usado pelos neoliberais (BIAVASCHI, 2007).

Por estas lições, entende-se que a Justiça do Trabalho nasceu com feição nitidamente corporativista, sobretudo diante da agregação dos sindicatos ao Estado, o que não pode ser confundido, contudo, com as características do fascismo.

6. A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DO TRABALHO E DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O contexto econômico, político e social pelo qual passava o país no início da Era Vargas era extremamente complexo, o que remete ao hibridismo de causas para a política adotada para as relações trabalhistas, afastando o senso comum de que a inspiração foi fascista. Conjugaram-se vários fatores, entre os quais a necessidade de intervenção do Estado para a proteção dos trabalhadores prejudicados pela indústria nascente. A principal base de inspiração, à evidência, foi a Encíclica *Rerum Novarum*, que pregava, além da valorização do trabalho humano, o corporativismo e a intervenção do Estado como formas de pacificação dos conflitos sociais e de permitir a convivência harmônica entre o capital e o trabalho (Süsskind, 2001).

Assim, o objetivo central das instituições que se criavam para aplicar as normas de tutela do trabalho era o de conferir aos trabalhadores um sistema de proteção e efetivação de

seus direitos sociais. É o que se extrai do estudo da questão social que deu causa à mudança de papel do Estado para intervencionista, em decorrência do fracasso do liberalismo, o que ocorreu tanto na Europa como no Brasil, como resposta aos malefícios causados para a classe trabalhadora pela industrialização capitalista selvagem (Süsskind, 2001).

Conforme Cesarino Junior (1970, p. 26-27), “o fim imediato das leis sociais é a proteção aos fracos” e “por intermédio dessa proteção o que o Estado realmente visa é assegurar a paz social, o interesse geral, o bem comum”. É desta premissa que Cesarino Junior (1970, p. 26-27) parte, ou seja, da chamada questão social, para concluir que “as leis sociais procuram resolver diretamente os problemas econômicos e, indiretamente os demais, que são, quase sempre, na classe economicamente débil, reflexos de sua hipossuficiência”.

Catharino (1995) ensina que a questão social foi a causa do constitucionalismo das normas trabalhistas, ao que chamou de verticalização, o que inspirou a mudança do papel do Estado, para passar a atuar como promotor de políticas sociais. Segue as lições de Cesarino Júnior para destacar que a questão social de que se trata nas relações trabalhistas não é a genérica, mas espécie dela, com caracterização histórica bem definida. Segundo Catharino (1995, p. 72-73):

[...] A *Questão Social* é, por subentendimento pacífico, uma das questões sociais [...]. *Social*, não no sentido genérico, mas em específico determinado, tendo o mestre brasileiro *A. F. Cesarino Junior* unido a ambos através de sua concepção de *Direito Social*, dedicado aos *hipossuficientes*, em conflitos e controvérsias com os *hipersuficientes*, constituindo *Questão Social*. [...] (destaques do original).

A questão social a que se refere como concepção social do direito e, por conseguinte, da Justiça que busca tutelá-lo, concorreu para o chamado humanismo jurídico. O trabalhador passou a ser pessoa socialmente considerada, qualitativa e quantitativamente. Esse humanismo social tem natureza imperativa, na medida em que impõe a intervenção do Estado nas relações sociais para a garantia de sua própria estabilidade. Como reflexo desta concepção, “justiça social e paz social são apontadas, respectivamente, como solução e finalidade” (CATHARINO, p. 73-76).

A busca da finalidade social como papel da Justiça do Trabalho ainda se faz presente. É certo que sua antiga concepção corporativista perdeu os motivos que levaram a adotá-la no início da Era Vargas e, de fato, vários de seus institutos já foram suprimidos, como a representação classista e o enquadramento dos sindicatos como entidades ligadas ao Estado. A necessidade de atuar como órgão de tutela das normas trabalhistas e como importante ferramenta de um Estado social que tem, entre seus princípios fundamentais, a valorização do trabalho humano, entretanto, é a realidade atual.

Nesse sentido, Buen (1998) sustenta a importância de que sejam preservadas as estruturas do Estado social como forma de manutenção das conquistas sociais do século XX, que resultaram das lutas travadas no século XIX, evitando-se o ressurgimento do Estado liberal, a que chama jocosamente de Estado do mal-estar social.

A emenda constitucional no. 45/2004 ampliou significativamente a esfera de atuação da Justiça do Trabalho, passando a ditar sua competência por matérias, sobretudo as que decorrem das relações de trabalho. Sua interpretação não pode perder de vistas a origem histórica do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho brasileira, sob pena de desvirtuar seu papel de instrumento de atuação do Estado Social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da chamada questão social demonstrou que o Estado foi compelido a abandonar a postura de ausência das relações sociais, que consagrava o liberalismo, e chamado a nelas interferir como agente de promoção de políticas sociais, sobretudo a de valorização do trabalhador na sociedade.

É certo que o Estado social não se fez presente, a partir desta mudança de papel, apenas nas relações trabalhistas. Outros campos das relações entre os sujeitos de direitos também foram atingidos pelo intervencionismo estatal, como, por exemplo, o dos direitos civis, especialmente quanto ao instituto da propriedade e, mais recentemente, quanto ao contrato. No entanto, a situação do trabalhador foi a mais significativamente beneficiada pela alteração do perfil do Estado, na medida em que passou da condição de propriedade, quando do trabalho em regime de escravidão, à situação de sujeito de direitos, pelo que o conjunto de normas e instituições que o tutelam é o mais marcado por conteúdo social.

O crescimento do papel do Estado social ainda se verifica no atual estágio da sociedade brasileira, sobretudo no campo das relações civis, outrora marcadas pelo individualismo. A Constituição de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito e princípios sociais, como o da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da livre iniciativa. A atual Constituição já priorizava a função social da propriedade. O novo Código Civil, abandonando o liberalismo que caracterizava o diploma que o precedeu, fruto de um período em que predominava a oligarquia rural e o individualismo, também passou a prestigiar o interesse coletivo ao reforçar o uso social da propriedade e conferir a mesma finalidade ao contrato (SANTOS, 2003).

Atribuiu-se ao Estado brasileiro, entre outros marcados pelo intervencionismo, o objetivo de atender às necessidades sociais, notadamente das classes menos favorecidas. O campo das relações de trabalho foi promissor neste sentido, por histórico desequilíbrio social que remete à questão obviada no século XIX, motivo pelo qual as normas que as regem são as mais sociais de todo o ordenamento jurídico.

O histórico das instituições também mostra que ao Estado não coube apenas a tarefa de codificar normas de proteção social, na medida em que foi compelido a criar organismos para a tutela destes direitos. Nasceu, entre outras instituições, a Justiça do Trabalho brasileira, de um lado como instrumento de pacificação social à disposição do Estado interventor e, de outro, como órgão destinado a aplicar o conjunto de normas de proteção aos trabalhadores.

O papel social do Estado deixa evidente a finalidade social de seu principal órgão de aplicação das normas trabalhistas, que é a Justiça do Trabalho. Na medida em que tem

por propósito a aplicação da legislação de proteção social, utilizando-se, para tanto, do processo do trabalho, a Justiça Especializada deve pautar-se pela função social no exercício da jurisdição. Inspirado por referidos princípios, o juiz do trabalho deve exercer sua atividade jurisdicional de modo a conjugar mecanismos que permitam, à luz da mencionada função social da Justiça do Trabalho, aplicar adequadamente as normas trabalhistas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELTRAN, A. P.. **Direito do trabalho e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2002, 351 p.

BIAVASCHI, M. B.. **O Direito do trabalho no Brasil – 1930-1942; a construção do sujeito de direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007, 495 p.

BUEN, N. de. O Estado do mal-estar. **Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, vol. 62, 1998, pp. 612-618

CATHARINO, J. M.. **Direito constitucional e direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, 237 p.

CESARINO JUNIOR. A. F.. **Direito social brasileiro**. 6a. edição, São Paulo: Saraiva, 1970, vol. 1, 311 p.

FARIA, J. E. C. de O. **Os novos desafios da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, 159 p.

FERRARI, I.; NASCIMENTO, A. M.; MARTINS FILHO, I. G. da S.. **História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho**. São Paulo, LTr, 1998, 224 p.

FERREIRA FILHO, M. G.. **Curso de direito constitucional**. 19a. edição, São Paulo: Saraiva, 1992, 322 p.

GOMES, O.; GOTTSCHALK, E.. **Curso de direito do trabalho**. 11a. edição, Rio de Janeiro: Forense, 2000, 826 p.

NASCIMENTO, A. M.. **Curso de direito do trabalho**. 22a. edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

PAPA LEÃO XIII. Carta Encíclica Rerum Novarum. 15 de maio de 1891. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html . Acesso em 15.11.2010.

ROMITA, A. S.. **O fascismo no direito do trabalho brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001, 181 p.

RUSSOMANO, M. V.. **Curso de direito do trabalho**. 4a. edição, São Paulo: LTr, 1991, 466 p.

SANTOS, E. R. dos. **A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, 112 p.

SÜSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANNA, S.. **Instituições de direito do trabalho**. 12a. edição, São Paulo: LTr, 1992, vol. 1, 651 p.

SÜSSEKIND, A.. **Direito constitucional do trabalho**. 2a. edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 487 p.

JULIANA HEREK VALÉRIO

Juíza do Trabalho Substituta do
Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região

REFORMA TRABALHISTA

O Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, identificado como aquele que dispõe “sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências” tem por finalidade, não só regulamentar a eleição dos Representantes dos Trabalhadores nas empresas e alterar a Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, mas também modificar, significativamente, inúmeros dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943).

Em 12 de abril de 2017, a Comissão Especial, emitiu Parecer, de Relatoria do Deputado Federal Rogério Marinho (PSBD/RN), pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do referido Projeto e apresentou o Projeto Substitutivo.

O Substitutivo permite verificar que as propostas de alteração da legislação trabalhista representam, em seu conjunto, um grande retrocesso, pois os benefícios pontuais contidos em um ou outro artigo não escondem o caráter liberal do texto apresentado.

Diante da importância da questão, realizam-se alguns apontamentos, relacionados às propostas de alterações da CLT, sem ter a intenção de esgotar todas as matérias constantes no Projeto.

Grupo Econômico – Para o empregado urbano não mais será aplicado o § 2º do art. 3º da Lei nº 5.889, de 29 de junho de 1973 (Lei do Trabalhador Rural), que reconhece a existência de grupo econômico entre empresas que mantenham relação de coordenação entre si. Para esses trabalhadores, só haverá reconhecimento de grupo econômico quando, entre as empresas, houver típica relação de hierarquia. A proposta cria tratamento diferenciado entre o empregado urbano e o rural, sem que apresente qualquer razão justificante para isso, indo de encontro ao caput do art. 7º, da CF.

O Projeto propõe, ainda, que a mera identidade de sócios não caracteriza grupo econômico, havendo necessidade de comprovar o efetivo controle de uma empresa sobre as demais.

Vínculo Empregatício – O texto insere um parágrafo no art. 3º, da CLT, para estabelecer que não será reconhecido vínculo empregatício, nem responsabilidade solidária ou subsidiária, no negócio jurídico entre empregadores da mesma cadeia produtiva, ainda que em regime de exclusividade.

Se as atividades das empresas estão inseridas dentro de uma mesma cadeia produtiva, e uma presta serviços exclusivos a outra, evidente que se trata de descentralização das atividades da tomadora e de típica hipótese de terceirização. No mínimo, deveria ser mantida a responsabilidade subsidiária ou solidária da empresa tomadora, pois tal parágrafo dará ensejo a abusos e fraudes, deixando de responsabilizar o maior interessado no processo produtivo, qual seja, o tomador final.

A prevalecer a alteração legislativa, haverá sérios empecilhos na responsabilização das grandes indústrias, como por exemplo, as do ramo têxtil, que se beneficiam dos serviços de trabalhadores submetidos a condições análogas às de escravo, contratados por empresas inseridas na cadeia produtiva da confecção de vestuário.

Sócio Retirante – O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas, do período em que foi sócio, somente se a ação foi ajuizada dentro de 2 (dois) anos, a contar da averbação de sua retirada do contrato social.

A limitação da responsabilidade, da forma como colocada, será um entrave para a satisfação do crédito trabalhista, máxime em relação às empresas, que já em dificuldades financeiras, trocam os sócios por “laranjas”, tão somente para salvarguardar o patrimônio daqueles.

A experiência demonstra que essas empresas sobrevivem mais um ou dois anos e depois fecham as portas, não sendo possível localizar quaisquer bens da pessoa jurídica ou dos sócios atuais.

O projeto permite que aquele que de fato foi responsável pela má-administração da empresa fique isento de responsabilidade perante os créditos trabalhistas.

Interpretação de Lei e Convenção Coletiva de Trabalho – O projeto deixa expresso no parágrafo segundo, do art. 8º, da CLT, que Súmulas e Enunciados de Jurisprudência não restringem, nem criam Direitos. O texto é desnecessário, pois é sabido que Súmulas e Enunciados refletem a consolidação de decisões reiteradas dos Tribunais Superiores na interpretação das leis.

Insere, ainda, no inciso “f”, do art. 702, I, regras para elaboração de Súmulas e Enunciados, com a nítida intenção de dificultar o trabalho do Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim, no parágrafo terceiro, do art. 8º, da CLT, tenta restringir a liberdade de interpretação de normas coletivas, pelo Magistrado, ao dispor que a Justiça do Trabalho analisará os elementos essenciais do negócio jurídico, balizando-se pelo princípio da intervenção mínima na autonomia coletiva.

Contrato em regime de tempo parcial - O projeto fixa a jornada laboral do contrato em regime de tempo parcial em 30 horas semanais, ou, alternativamente, em 26 horas semanais, com a possibilidade de realização de 06 horas suplementares. Nítida a prejudicialidade da mudança, pois o texto da CLT limita a jornada semanal desse tipo de contrato a 25 horas semanais, além de proibir a realização de horas extras.

Horas in itinere – O projeto propõe a exclusão das horas in itinere, pois suprime do parágrafo segundo, do art. 58, da CLT, a expressão “salvo quando, tratando-se de local de difícil

acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução”.

Se aprovado, a redação do referido parágrafo passará a ser a seguinte: “O tempo despendido pelo empregado 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.”

A questão precisa ser melhor discutida. Há situações em que a ausência do transporte ocorre por omissão do Poder Público, que não contempla o fornecimento do transporte público, mesmo quando a empresa está estabelecida próxima aos grandes centros urbanos. Nessa hipótese, não parece razoável onerar a atividade da empresa por omissão estatal.

No entanto, há situações em que a empresa, por opção empresarial, está localizada longe dos centros urbanos, como ocorre no caso dos empregadores rurais. Nesses casos, não há como atribuir culpa ao Poder Público, nem eximir o empregador de pagar o tempo de deslocamento do trabalhador, utilizado para acessar o local de trabalho escolhido por aquele.

O projeto insere, ainda, um parágrafo segundo no art. 4º, da CLT, para dispor que não se considera tempo à disposição o período em que o empregado adentrar ou permanecer na empresa para realizar as atividades de seu interesse particular, tais como: religiosas, descanso, lazer, estudo, alimentação, de relacionamento social e troca de uniforme, este último caso quando o uniforme não for obrigatório.

O texto é desnecessário, pois essas hipóteses não são, de fato, consideradas tempo à disposição do empregador.

Banco de Horas e Acordo de Compensação - O texto insere o parágrafo 5º, no art. 59, da CLT, o qual dispõe que o banco de horas poderá ser pactuado, por acordo individual escrito, desde que compensado em seis meses. O parágrafo vai de encontro à Jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula 85, V), no sentido de que o banco de horas deve ser instituído por meio de norma coletiva.

Permite também, no art. 59-A, o ajuste de “quaisquer formas de compensação”, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, desde que respeitado o limite diário de dez horas e compensado no mesmo mês.

A princípio, parece haver contradição entre o parágrafo 5º, do art. 59 e o art. 59-A, no que se refere ao período de compensação das horas extras, firmada por meio de acordo individual, já que o parágrafo 5º fala no prazo de seis meses, enquanto o art. 59-A fala no “mesmo mês”.

No entanto, o Relator do projeto, ao comentar as alterações inseridas no art. 59-A, da CLT, afirma que o artigo trata de “outras formas de compensação”, o que leva ao entendimento de que o dispositivo não se refere a horas extras inseridas no banco de horas, mas um ajuste de compensação mensal de horas extras.

Vale lembrar, aqui, que hoje são admitidas apenas as compensações semanais (como a compensação do sábado, por exemplo) ou quinzenais (como a escala 12x36), mas, com o texto do projeto, o período para compensação poderá ser ampliado expressamente para até um mês.

O art. 59-C, também inserido pelo projeto, dispõe que “O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional”, repetindo, assim, o item III, da Súmula 85, do Tribunal Superior do Trabalho.

No entanto, contrariando o item IV, da Súmula 85, do TST, o parágrafo único do art. 59-C, dispõe que “A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada, nem o banco de horas”. A determinação do texto não se sustenta. Imaginemos um acordo de compensação para o dia de sábado, em que fique ajustado que o empregado trabalhará de segunda a quinta, das 8h às 18h, e às sextas, das 8h às 17h, sempre com uma hora de intervalo, totalizando 44 horas semanais. Na realidade, porém, o empregado passa a laborar de segunda a sábado, das 8h às 18h, inexistindo, portanto, a compensação ajustada. Evidente que o acordo de compensação não era praticado ou observado, restando descaracterizado porque não houve respeito ao dia de descanso ajustado, qual seja, o sábado. Assim, o empregado faz jus ao pagamento da hora mais o adicional extraordinário, conforme determinada o art. 7º, XVI, da CF.

O projeto prevê maior flexibilização no ajuste da jornada de trabalho, o que, em algumas hipóteses, pode vir a ferir a saúde dos trabalhadores, pois a exigência de uma 4 jornada extensa, com compensações em período superior a semanal ou quinzenal, aumentará os riscos de acidentes de trabalho, e, consequentemente, maiores riscos à integridade física do trabalhador.

Por fim, vale mencionar, que o projeto exclui do Capítulo “Da Duração do Trabalho” os empregados em regime de teletrabalho. No entanto, é importante pontuar que o fato de o empregado estar trabalhando em regime de teletrabalho não significa que o empregador não possa controlar a jornada de trabalho daquele. Da forma como proposta a regulamentação do teletrabalho, a empresa poderá transferir ao empregado o custo da manutenção do seu local de trabalho (energia elétrica, mobiliário, equipamentos eletrônicos da residência do trabalhador) e, ainda assim, manter de certa forma o controle de sua jornada de trabalho, inclusive exigindo o comparecimento ao estabelecimento empresarial, sem que tal fato desconfigure o instituto ou garanta ao empregado o recebimento de horas extras, bastando, para tanto, que o labor preponderante continue fora das dependências do empregador.

Jornada 12x36 – No art. 59-B, da CLT, o texto prevê a possibilidade de realização de jornada 12x36, com o intervalo intrajornada, gozado ou indenizado. O parágrafo único, do mesmo artigo, refere que a remuneração do trabalhador já inclui o DSR, inclusive em feriado, e as prorrogações do período noturno.

Muita perda terá o trabalhador que cumpre a jornada 12x36, a qual é tida como uma exceção ao limite de 10 horas diárias de trabalho, previsto no parágrafo segundo do art. 59, da CLT. Isso porque o texto institui uma remuneração de natureza complexiva, pois engloba nesta as prorrogações do período noturno e o feriado.

Isto fere o art. 7º, caput e inciso IX, da CF, pois, sem qualquer justificativa plausível, retira do trabalhador, que cumpre a jornada 12X36, no *período noturno*, o direito de remuneração superior a do período diurno.

O DSR já faz parte da remuneração, pois o salário do empregado geralmente é mensal. No entanto, o projeto olvida que o empregador pode remunerar o empregado por hora, e, neste caso, terá que pagar o DSR de forma apartada, sob pena de ferir o art. 7º, XV, da CF. Já em relação ao domingo, este já era considerado como compensado pelo descanso de 36 horas, no entanto, o texto passou a considerar também os feriados como compensados, o que contraria o entendimento consolidado na Súmula 444, do Tribunal Superior do Trabalho.

Intrajornada – É alterado o parágrafo 4º, do art. 71, da CLT, para dispor que o intervalo intrajornada laborado tem natureza indenizatória e o seu pagamento compreende apenas o período de descanso não gozado. A medida contraria os entendimentos contidos na Súmula 437, do Tribunal Superior do Trabalho, porém, a despeito de o entendimento do texto ser prejudicial ao trabalhador, com flagrante retrocesso, a indenização contida no referido parágrafo não retira do empregado o direito de cobrar, como extra, o período que ultrapassar a jornada diária de oito horas, em razão do labor no período de intrajornada.

Parcelamento das Férias - O projeto possibilita o parcelamento das férias em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um.

Atualmente, a CLT permite o parcelamento das férias apenas em duas vezes, sendo que um dos períodos não pode ser inferior a dez dias. A intenção da CLT é a de que o trabalhador, de fato, se recupere do desgaste físico e mental ocasionado pelo labor prestado durante o período de um ano. O gozo de cinco dias de férias pode não ser suficiente para que o trabalhador alcance esse objetivo.

Vale lembrar que as férias continuam sendo concedidas por ato do empregador, em época que melhor lhe interessar (caput do art. 134 e o art. 136, da CLT), portanto, é ele quem terá o poder de decidir o dia do início de férias, sendo que o projeto apenas veda a concessão no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado.

Dano extrapatrimonial – O projeto limita o valor da indenização, pelo dano extrapatrimonial (moral ou existencial), a no mínimo 5 e no máximo 50 salários contratuais. Para a ofensa de natureza leve, estipula o valor de até cinco vezes o último salário contratual; para a ofensa de natureza média, estipula o valor de até dez vezes o último salário, e, para as de natureza grave, o valor de até cinquenta vezes o último salário contratual.

Ocorre que ao tabelar valores para indenização por danos morais, o projeto fere princípio da igualdade material, que reza que devemos “tratar os iguais de forma igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de suas desigualdades”.

É preciso dar destaque, ainda, que a regulamentação de uma tabela exclusiva para aplicação às relações de trabalho

para arbitramento de indenização por dano extrapatrimonial trará limitação a condenações trabalhistas, enquanto em outras relações (comerciais, familiares ou do consumidor) permanecerão sem qualquer teto para a sua fixação.

Por fim, não se pode perder de vista que o projeto aborda tratamento distinto para fixação do teto da indenização para o empregado e para o empregador. Isso porque no parágrafo primeiro, do art. 223-G, prevê a indenização em benefício do trabalhador com base no valor do salário por ele recebido.

No parágrafo segundo, do art. 223-G, no entanto, prevê que possível indenização paga pelo trabalhador ao empregador também terá como base o salário daquele, conforme os parâmetros já declinados.

Ora, é premissa basilar para fixação de qualquer indenização a observância da condição econômica das partes, o grau de culpa, a repercussão da ofensa, o caráter pedagógico, punitivo e compensativo do ressarcimento.

O projeto, de forma evidente, deixa de determinar a verificação da condição econômica da empresa e do empregado para a fixação da indenização e deixa de pensar, ademais, no caráter pedagógico da indenização, pois, muitas vezes, a fixação de baixas indenizações leva as grandes empresas a cometerem faltas reiteradas, não solucionando a questão no ambiente de trabalho.

Persistindo a intenção de regulamentar o teto para o arbitramento de tais indenizações, seria razoável fixar como um dos critérios a capacidade econômica do ofensor, quer ele seja o empregado ou o empregador.

Gestante ou lactante – Permite o labor da empregada gestante ou lactante em ambiente insalubre, mediante apresentação de atestado médico. Opta-se por expor a mulher e seu filho ao ambiente insalubre em prol da atividade econômica, minimizando-se, de certa forma, a faculdade prevista no art. 394 da CLT para a mulher romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho caso prejudicial no período de gestação.

Contrato de trabalho intermitente - O projeto institui no parágrafo terceiro do art. 443, da CLT, o contrato de trabalho intermitente, conceituado como aquele “*no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou 6 meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, inclusive as disciplinadas por legislação específica*”.

Com três dias de antecedência, o empregado é convocado para trabalhar, momento em que é informado da jornada a ser cumprida. O empregado pode aceitar ou não a convocação. O pagamento é realizado conforme o trabalho realizado, observando os períodos de prestação de serviços, que podem ser em horas, dias ou meses. O período de inatividade não é considerado tempo à disposição.

Vê-se da justificativa inserida no projeto que a matéria fora regulamentada para permitir a adaptação do contrato de trabalho às relações contemporâneas, pretendendo-se diminuir o número de desempregados ou trabalhadores informais.

A regulamentação traz grande preocupação aos juristas

mais atentos, pois poderá incentivar a adoção dessa modalidade de prestação de serviços, com pagamento de salário proporcional ao período laborado, no lugar do contrato de trabalho a prazo determinado ou indeterminado, não representando propriamente uma alternativa ao desemprego ou informalidade já existentes.

O parágrafo quarto do art. 452-A da CLT possibilitará ainda ao empregador convocar o empregado para trabalhar e desistir da execução do serviço sem justo motivo, pagando-lhe apenas 50% da remuneração que seria devida, ou seja, possibilitando o pagamento de valor inferior ao salário mínimo proporcional. Sem falar que haverá insegurança jurídica e grande discussão sobre o que seria considerado como “justo motivo” para recusa do serviço, sem pagamento do percentual de 50%, estipulado pelo projeto como “multa”.

Uniformes – O projeto considera lícita a utilização de logomarcas da empresa ou de empresas parceiras nos uniformes dos empregados. Desde que discretos, entendemos que a utilização de logomarca nos uniformes não ofende os direitos de personalidade do trabalhador.

Contratação do autônomo - O projeto insere o art. 442-B, o qual dispõe: “*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*”. O texto é desnecessário, pois não comprovados os requisitos do art. 3º da CLT, a Justiça do Trabalho não reconhece o vínculo empregatício.

Empregado com nível superior – O projeto insere o parágrafo único ao artigo 444, da CLT, o qual prevê a livre estipulação dos termos contratuais, para o empregado graduado e com salário superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios da Previdência Social. O empregado pode, ainda, acordar com o empregador as mesmas matérias negociadas pelos Sindicatos, em Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo (art. 611-A).

O projeto trata o empregado, que recebe salário superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios da Previdência Social, como “alto empregado”.

Atualmente o teto da Previdência Social é de R\$5.531,31, portanto, o empregado que recebe o valor superior a R\$11.052,62 é considerado, pelo projeto, como plenamente capacitado para negociar as cláusulas de seu contrato de trabalho. No entanto, o fato de receber referido salário e de ser graduado não significa dizer que o empregado esteja em pé de igualdade com o empregador.

A empresa é estruturada para as negociações, pois além da área de Recursos Humanos, possui advogados contratados para prestarem consultorias. O trabalhador, por sua vez, não tem a mesma estrutura da empresa, nem contratará advogados para orientá-lo na elaboração dos termos contratuais, até porque, no mais das vezes, encontra-se desempregado e sem recursos para tanto no momento da admissão. Ademais, vale pontuar que um empregado que recebe o salário bruto de R\$11.052,62 tem desconto de 11% de contribuição previdenciária (R\$1.215,78) e depois de 27,5% de imposto de renda (R\$2.705,13), sobrando-lhe, líquido, o valor de R\$7.131,71. Em

pesquisa no site <http://www.oabsp.org.br/servicos/tabelas/tabela-de-honorarios/advocacia-trabalhista>, verifica-se, no item 81, da Tabela de Honorários da OAB, que uma consultoria na área trabalhista, para formulação de Acordos, Convenção Coletiva de Trabalho e Dissídios, custa, no mínimo, R\$ 4.253,68, sendo evidente, portanto, que o trabalhador não terá a assessoria jurídica necessária para a estipulação dos termos contratuais.

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

Para a instituição de cláusula compromissória de arbitragem, diferentemente do previsto no parágrafo único do art. 444, o projeto prevê que basta que o empregado perceba remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Não é exigido, aqui, que o empregado tenha nível superior. Além disso, diferentemente do artigo anterior citado, o dispositivo fala em remuneração e não salário, o que atrairá um maior número de trabalhadores que ficarão submetidos à arbitragem. Pelos mesmos motivos supra, entendemos que o empregado estará em situação de fragilidade frente à empresa.

Ademais, o art. 1º, da Lei 9.307/96 permite a arbitragem apenas em relação aos direitos patrimoniais disponíveis, hipótese que não se ajusta à indisponibilidade dos direitos trabalhistas, pois irrenunciáveis.

Por fim, apenas em sede de dissídio coletivo há a permissão constitucional, para submissão de conflitos trabalhistas à arbitragem (art. 114, §1º, da CF). No âmbito individual, a situação de hipossuficiência do empregado em face do empregador não autoriza a utilização da arbitragem, pois nítida a desigualdade entre as partes, ao contrário do que ocorre nos conflitos de natureza coletiva, quando o trabalhador, representado pelo sindicato profissional, está em pé de igualdade com o empregador.

Equiparação Salarial - Na equiparação salarial, o trabalho de igual valor será verificado 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. O projeto inclui mais um requisito para que seja possível a equiparação salarial, já que a atual redação do parágrafo primeiro, do art. 461, da CLT menciona apenas diferença de tempo na função e não na empresa. Com isso, haverá uma mitigação ainda maior do princípio constitucional da isonomia salarial.

Além disso, dispensa a homologação do quadro de carreira, pelo Ministério do Trabalho, e proíbe expressamente a equiparação salarial entre empregados remotos.

Função de Confiança - O projeto dispõe que a reversão do empregado ao cargo anterior não assegura o direito ao pagamento da gratificação de função, o que contraria a Súmula 372, I,

do TST, que prevê a manutenção da gratificação aos empregados que exerceram a função de confiança por dez anos ou mais, em respeito ao princípio da estabilidade financeira.

Homologação de rescisão - O projeto revoga os parágrafos primeiro e terceiro do art. 477, da CLT, e retira a necessidade de homologação do TRCT, pelo Sindicato ou pelo Ministério do Trabalho. No prazo de dez dias, a contar do término do contrato de trabalho, a empresa deverá pagar as verbas e entregar as guias para saque do FGTS e do seguro-desemprego, sob pena de pagar multa no valor do salário do empregado.

A intenção do projeto é a de que seja reconhecida a validade do termo de quitação das verbas trabalhistas e do pedido de demissão, mesmo sem a homologação sindical, o que é exigido pelo texto atual da CLT. Ocorre que é comum a validação dos termos de quitação e dos pedidos de demissão, pela Justiça do Trabalho, pois ausência de homologação tem presunção relativa e não absoluta.

Sob a justificativa de segurança do empregador, o projeto retira a assistência sindical gratuita prestada ao trabalhador, no momento da rescisão, sendo a alteração nitidamente prejudicial, já que o trabalhador não terá condições financeiras para contratar um advogado. E ainda assim, caso contrate para pagar após o recebimento da rescisão, terá que ceder parte dos valores rescisórios, sendo outro retrocesso se comparado com a atual norma.

Dispensa Coletiva - O projeto insere o art. 477-A, na CLT, para autorizar a dispensa coletiva, independentemente da intervenção sindical. O texto contraria decisões do Tribunal Superior do Trabalho. Causa estranheza que um projeto, que prima pela valorização da atuação sindical, dispense a intervenção do ente coletivo, justamente no momento em que este poderá ajudar na busca de soluções para minimizar o impacto das demissões em massa na economia e na sociedade. O texto é contrário aos valores sociais do trabalho e à livre iniciativa (art. 1º, III e IV, da CF), à função social da propriedade e a busca do pleno emprego (art. 170, III, e VIII, da CF).

Quitação de Verbas - O projeto insere o art. 477-B, na CLT, para fazer constar que a adesão ao Plano de Demissão Voluntária dá quitação plena e irrevogável aos direitos decorrentes da relação empregatícia. Incluiu ainda a possibilidade de um plano de demissão voluntária individual, o que pode dar ensejo a fraudes contra o trabalhador, pois o PDV, em sua essência, é formulado de maneira impessoal.

Representação dos empregados nas empresas – O projeto regulamenta o art. 11 da CF, que dispõe que “*Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores*”.

Pelo projeto, os empregados serão representados por uma Comissão composta de três membros para as empresas com duzentos a três mil empregados, de cinco membros para as empresas com três a cinco mil empregados e de sete membros para as empresas com mais de cinco mil empregados.

Na empresa com empregados em vários Estados da Federação e no Distrito Federal, haverá uma comissão por Estado ou no Distrito Federal.

Não poderá se candidatar à comissão os empregados com contrato de trabalho por prazo determinado, contrato suspenso ou que estejam em período de aviso prévio.

O mandato dos membros da comissão será de um ano (permitida uma recondução) e não implica suspensão ou interrupção do contrato de trabalho e empregado permanecerá no exercício de suas funções. As decisões serão sempre colegiadas e por maioria simples.

Desde o registro da candidatura até um ano após o fim do mandato, o membro da comissão de representante dos empregados não poderá sofrer despedida arbitrária.

A medida dá efetividade ao art. 11, da CF e permite o diálogo entre os empregados e a empresa e a representação dos empregados, por meio de uma Comissão, garante que as decisões sejam democráticas.

Hipóteses de Justa Causa - O texto inclui a “*perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão*” como um fato a ensejar a justa causa.

Distrato de Comum Acordo - O texto institui a possibilidade de extinção do contrato de comum acordo entre as partes. Quando isso ocorrer, o aviso prévio e multa de 40% serão pagos pela metade e as demais verbas pagas de forma integral. Libera-se 80% do FGTS, mas o seguro-desemprego não será liberado. A proposta do projeto cria outra hipótese de ruptura do contrato. Porém, há de ser discutida a inovação, pois pode dar causa a fraudes na ruptura contratual, com a diminuição do montante rescisório do empregador, especialmente por estar o empregado desassistido do ente sindical.

Termo de quitação anual - O texto institui o termo de quitação anual, a ser assinado perante o Sindicato, com eficácia liberatória das parcelas especificadas. Outra inovação que há de ser debatida com bastante cuidado, já que posta de maneira a superar, por via oblíqua, o princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas. Explicamos. Passada a quitação anual com eficácia liberatória, caso não represente a realidade fática vivenciada, ou seja, caso não tenha recebido a parcela ali discriminada, o trabalhador terá grande empecilho para discutir judicialmente tal obrigação trabalhista, o que representaria o mesmo que renunciasse à parcela em questão.

Contribuições assistenciais e sindicais - As contribuições assistenciais e sindicais só podem ser descontadas com a anuência prévia e expressa dos empregados. Assim, deixa de ser obrigatória a contribuição sindical. A mudança é louvável. A associação do trabalhador ou da empresa ao Sindicato deve ser livre e espontânea, de modo a fortalecer as atividades e movimentos efetivos dos entes sindicais.

Normas coletivas - Insere o art. 611-A na CLT, que dispõe sobre a prevalência do acordado sobre o legislado nas seguintes matérias: “*jornada de trabalho; banco de horas individual; intervalo intrajornada; respeitado o limite mínimo de trinta*

minutos para jornadas superiores a seis horas; adesão ao Programa Seguro- Emprego; plano de cargos, salários e funções; regulamento empresarial; representante dos trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho; regime de sobreaviso e trabalho intermitente; remuneração por produtividade; incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado; e remuneração por desempenho individual; modalidade de registro de jornada de trabalho, troca do dia de feriado; identificação dos cargos que demandam a fixação da cota de aprendiz; enquadramento do grau de insalubridade; prorrogação de jornada em ambientes insalubres, prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; participação nos lucros ou resultados da empresa.”.

Prevê, ainda, que a inexistência de expressa de indicação de contrapartidas recíprocas, em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

A prevalência do acordado sobre o legislado, seguida da ausência de contrapartida recíproca, é prejudicial ao trabalhador, que poderá ver suprimidos vários direitos, por norma coletiva. A contrapartida é inerente ao processo de negociação coletiva, em que há concessões recíprocas na elaboração da norma. Como proposto, o projeto valida a concessão unilateral, com o único intuito de favorecer o empresariado.

O texto prevê, ainda, que os sindicatos deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

A obrigatoriedade de participação do ente sindical na ação individual, além de tornar o processo mais moroso, o que fere o princípio da duração razoável do processo, não apresenta qualquer serventia, já que os efeitos da declaração de nulidade de cláusula coletiva, em ação individual, é inter partes e não *erga omnes*.

O texto prevê que as normas coletivas não podem suprimir direitos, elencando, basicamente os previstos nos incisos do art. 7º, da CF.

Veda, por fim, a ultratividade das normas coletivas, isto é, a permanência de sua vigência até que venha outra posterior revogando expressamente o benefício antes concedido.

Acordo Extrajudicial e Jurisdição Voluntária - Inclui na competência da Justiça do Trabalho, a possibilidade de homologação de acordo extrajudicial e institui jurisdição voluntária, para homologação desse tipo de acordo. A proposta do texto estimulará o aumento do número ações na Justiça do Trabalho, pois com a quitação total do contrato os empregados ficam impedidos de distribuírem novas ações contra a empresa.

A medida dá ensejo a fraudes contra os direitos dos trabalhadores, além de implicar em gastos desnecessários por parte destes, já que terão que contratar advogados.

Em consulta ao site <http://www.oabsp.org.br/servicos/tabelas/tabela-dehonorarios/advocacia-trabalhista>, verifica-se que há previsão do valor mínimo para os honorários advocatícios para esse tipo de acordo, que custará ao trabalhador o valor mínimo de R\$ 2.126,85, o que é inviável para qualquer empregado, máxime, para aquele que recebe o piso da categoria ou o salário-mínimo.

Contagem de prazo - A contagem dos prazos passa a ser em dias úteis, o que fere o princípio da duração razoável do processo.

Justiça Gratuita - Modifica o art. 790, §3º, da CLT, instituindo que a justiça gratuita será concedida, a requerimento ou de ofício, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 30% (trinta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Retira a possibilidade de o trabalhador declarar que não possui condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do próprio sustento. Além disso, determina que a parte comprove a insuficiência de recursos. A medida restringe o acesso do trabalhador à Justiça.

Honorários Periciais - Prevê que o Juiz pode deferir o parcelamento dos honorários e que não poderá exigir adiantamento de valores. Caso o empregado tenha créditos nas ações trabalhistas deverá haver dedução do valor dos honorários periciais, quando sucumbente no objeto da perícia. A proibição de adiantamento de honorários periciais pode causar demora na tramitação processual, pois é comum a dificuldade em se encontrar profissionais habilitados, especialmente médicos do trabalho, disposto à realização do trabalho com pagamento somente ao final do processo.

Honorários Sucumbenciais - Institui honorários sucumbenciais, sendo que na hipótese de sucumbência recíproca, não haverá possibilidade de compensação. Os beneficiários da Justiça gratuita poderão ser condenados se tiverem créditos no processo ou em outros.

Dano processual – Regulamenta na CLT a responsabilidade por dano processual, instituindo multa por litigância de má-fé, no percentual de 1% (um por cento) a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa. Institui, também, multa à testemunha, que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa. A alteração é louvável, pois traz ferramentas processuais que podem auxiliar na busca da verdade real e a aplicação de penalidade àqueles descompromissados com a justiça.

Exceção de incompetência territorial - A exceção de incompetência territorial será apresentada em Secretaria, antes de audiência. O processo será suspenso e não será realizada a audiência prevista no art. 843, da CLT, até que seja resolvida a questão. Apresentada a exceção, será concedido o prazo de cinco dias para o reclamante se manifestar. Caso sejam necessárias provas, designa-se audiência apenas para resolver essa questão, garantida a produção de prova ao empregador por carta precatória, o que pode trazer entraves à duração razoável do processo. O procedimento é moroso e desnecessário. Atualmente, a questão é facilmente resolvida na audiência prevista no art. 843, da CLT, não havendo qualquer necessidade de suspensão do processo para resolvê-la. A medida fere o princípio da oralidade do contrato de trabalho.

Pedido com valor certo - Para cada pedido, a parte deve atribuir um valor certo, sob pena de extinção. A medida é

desnecessária, já que os cálculos devem ser realizados na fase de liquidação. Trata-se de mais uma medida impeditiva do amplo acesso do trabalhador à Justiça, dificultando a distribuição da ação, até porque, em muitos casos, para a liquidação do pedido é necessário ter acesso aos documentos do contrato de trabalho que estão com a reclamada (como exemplo, cartões de ponto, ficha de registro de outros empregados para equiparação salarial, dentre outros).

Vale lembrar que a liquidação do pedido é ato complexo, incompatível inclusive com o *ius postulandi* (direito da parte postular sem advogado) inerente ao processo do trabalho.

Por fim, não encontramos a mesma exigência na elaboração da contestação, ou seja, que apresente especificamente a impugnação e a liquidação dos pedidos em relação aos pedidos formulados na petição inicial. Se o intuito é diminuir as fases processuais, a exigência tem que ser para ambas as partes.

Arquivamento da ação - Se o reclamante der causa ao arquivamento, será condenado em custas, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de 08 dias, que a ausência foi por motivo justificável. O recolhimento das custas pelo reclamante é condição para propositura de nova ação. Trata-se de mais uma medida impeditiva do amplo acesso do trabalhador à Justiça.

Contestação - Protocolada a contestação no PJE, a parte reclamante não pode desistir da ação, sem o consentimento da parte reclamada. A medida desvirtua a oralidade do processo do trabalho, já que a defesa é formalmente recebida em audiência, e pode ser colocada em sigilo pela empresa.

Preposto não precisa ser empregado - A medida já é aplicada para as microempresas e empresas de pequeno porte e será estendida a todas as empresas.

Revelia- Determina que não haverá os efeitos da revelia se as alegações formuladas forem inverossímeis. A despeito de entendermos a intenção do projeto, no sentido de evitar abusos e mentiras, o fato é que o conceito de inverossímil é subjetivo, portanto, será de difícil aplicação.

Ausência da parte - A presença do advogado, em audiência, supre a ausência do reclamado. O projeto pretende evitar a declaração de revelia da empresa, quando esta deixa de enviar preposto à audiência. Já há entendimentos de Tribunais, de que se o reclamado não comparecer na audiência e tiver advogado constituído, não será decretada a revelia. Neste sentido há, inclusive, tese prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Execução – O Projeto de Lei propõe que a execução seja promovida apenas pela parte, retirando a possibilidade de promoção da execução, de ofício, pelo Juiz. Tal medida é contrária ao princípio da celeridade e duração razoável do processo.

Institui, ainda, que haverá prescrição intercorrente no prazo de dois anos, a contar da data em que o exequente deixar de cumprir a determinação judicial, proferida no curso da execução.

Nessa parte, o projeto pacifica Jurisprudência, máxime quanto à interpretação do parágrafo primeiro do art. 884, da CLT, que dispõe que a prescrição de dívida é matéria de embargos. Além disso, acata a Súmula 327 do STF.

Registramos que não há qualquer incompatibilidade entre a execução de ofício pelo Magistrado e a possibilidade de decretação de prescrição intercorrente. Isso porque, após esgotar todos os meios possíveis para verificar a existência de ativos penhoráveis, por meio de pesquisas nos convênios existentes, o Magistrado dará ciência à parte, e, esta, permanecendo inerte, dará ensejo a fluência do prazo prescricional.

Desconsideração da personalidade jurídica - Institui no art. 855-A, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, determinando a aplicação dos art. 133 a 137, do Código de Processo Civil de 2015. Dispõe, no parágrafo primeiro, que da decisão interlocutória, que acolher ou rejeitar o incidente caberá:

“I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação;

II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III – cabe agravo interno se proferida pelo relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal.”

Por fim, no parágrafo segundo, dispõe que *“A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.”*

A Instrução Normativa 39 do Tribunal Superior do Trabalho já prevê a aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica ao processo do trabalho. O texto é praticamente idêntico ao art. 6º da referida Instrução, com a exceção de que consta no caput daquela que é assegurada a iniciativa do juiz na fase de execução.

Como dito, o projeto retira a possibilidade de o juiz dar prosseguimento de ofício à execução, o que fere o princípio da rápida solução do conflito e da duração razoável do processo. Há de se pensar que na fase de execução definitiva, já há uma sentença transitada em julgado, portanto, o executado tem a obrigação legal e moral de cumprir com o determinado. No entanto, o dia a dia da Justiça do Trabalho demonstra que as empresas não cumprem as sentenças e o trabalhador enfrenta um verdadeiro calvário para ver satisfeito seu crédito alimentar.

Depósito Recursal - O projeto altera o parágrafo quarto, do art. 899, da CLT, para determinar o que depósito recursal será efetuado na conta do Juízo (e não mais na conta vinculada do empregado) e será corrigido pelos mesmos índices da poupança.

Ainda, diminui o valor do depósito recursal, pela metade, para as entidades filantrópicas, empregadores domésticos, microempresas e empresas de pequeno porte e isenta os beneficiários da justiça gratuita e as empresas em recuperação judicial.

Salutar a diminuição do depósito recursal para os empregadores domésticos, pois estes não podem ser equiparados a empresas.

Em relação aos demais, a diminuição ou isenção não possui razão de ser. O fato de uma empresa ser Microempresa, Empresa de Pequeno Porte, entidade filantrópica ou estar em recuperação judicial não significa dizer que não tenha condições financeiras de arcar com o depósito recursal, que serve de garantia para pagamento de créditos trabalhistas.

Ademais, pelo art. 98, inciso VIII, do CPC de 2015, a pessoa jurídica beneficiária da justiça gratuita está isenta dos “depósitos previstos em lei para interposição de recurso”, portanto, desnecessário o recolhimento.

Terceirização – O projeto altera o art. 4º-A da Lei 6.019 de 1974, incluído recentemente pela Lei nº 13.429 de 2017, para dispor que *“Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à empresa prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”*.

O art. 4-A, incluído na Lei 6.019 de 1974, pela Lei nº 13.429 de 2017, dispõe que a **“Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.”**

O projeto pretende deixar clara a autorização para a empresa terceirizar toda e qualquer atividade, inclusive a principal.

O texto é contrário ao entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que considera é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, salvo no caso de trabalho temporário, serviços de limpeza, vigilância e relacionados à atividade-meio.

A permissão para terceirização quaisquer atividades de uma empresa é prejudicial ao trabalhador, pois pulveriza a categoria, diminuindo a união entre os trabalhadores e reduz os direitos trabalhistas. Além disso, coloca em xeque o que se entende por atividade empresarial.

Como ensina Fábio Ulhoa Coelho *“A atividade dos empresários pode ser vista como a de articular fatores de produção, que no sistema capitalista são quatro: capital, mão-de-obra, insumo e tecnologia.”* (in Manual de Direito Comercial. Ed. Saraiva. 18ª ed. pág. 03). A mão-de-obra é, portanto, um fator de produção da empresa e dela não pode ser dissociada, como pretende o texto do projeto.

Da forma como autorizada, podemos imaginar uma empresa lucrativa e saudável, sem nenhum trabalhador, e uma empresa terceirizada responsável por um grande passivo trabalhista.

Conclui-se, por todo o exposto, que o Projeto de Lei 6.787, de 2016, importa em significativas mudanças na vida do trabalhador, e, antes de ser aprovado, com a alegada urgência que se coloca, merece e deve ser amplamente discutido com a sociedade, não se esquecendo, por óbvio, que os trabalhadores fazem parte dela.

LAÉRCIO LOPES SILVA

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Barueri

Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP

Professor de Direito Constitucional da faculdade Zumbi dos Palmares (afastado)

Doutorando em Direito pela FADISP/SP

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 51 DA LEI 8.213/91.

O propósito do presente artigo é analisar se o dispositivo em referência é ou não constitucional, haja vista que, à primeira vista, nos parece que vulnera o direito de liberdade do empregado, o primado do trabalho, bem como a própria dignidade humana do trabalhador. O direito de se mostrar útil e de desenvolver uma determinada tarefa ao seu alvedrio encontra-se entre os atributos do ser humano, portanto faz parte do conjunto de direitos que compreendem o seu direito de personalidade que, verificado na horizontalidade dos direitos fundamentais, são o que chamamos de direitos humanos vistos na órbita privada, partilhando dos ensinamentos de Tepedino. Ademais, como já se acentuou, nem sempre na órbita privada pode-se falar em horizontalidade dos direitos fundamentais, sobretudo quando se está diante de uma relação assimétrica de poder, como ocorre no contrato de trabalho, dadas as espetaculares diferenças entre o poder do empregado e o do empregador.

Os três elementos que dão significado ao princípio da dignidade humana, direito à vida, à integridade física e garantia do desenvolvimento pleno do direito da personalidade, não precluem com o tempo, por isso nem o Estado e muito menos o particular pode retirá-lo de qualquer trabalhador. A se aceitar a constitucionalidade do art. 51 da Lei 8.213/91, ter-se-ia que reconhecer a preclusão de direitos fundamentais e direitos de personalidade aos setenta anos de idade.

A Constituição de Weimar, em seu art. 118, já deixara assentado que os trabalhadores não perdem o direito à privacidade no local de trabalho, firmando importante diferenciação entre direitos fundamentais e direitos potestativos e disciplinares dos empregadores, delimitando-os e a forma como deverá se dar o trabalho nos Estados Democráticos de Direito.

Vale então dizer que na relação de emprego sempre estarão presentes os princípios informadores da CF/88 a preservarem os direitos fundamentais dos empregadores na assimétrica relação de emprego. E é com suporte nestes princípios que pretendemos fazer uma verificação da constitucionalidade do art. 51 da Lei 8.213/93.

O Art. 51 da Lei 8.213/93 tem a seguinte redação: “Art. 51. A aposentadoria por idade, pode ser requerida pela empresa, desde que o segurado tenha cumprido o período de carência e completado 70 (setenta) anos de idade, se do sexo masculino e 65 (sessenta e cinco) se do sexo feminino, sendo compulsória, caso em que será garantida ao empregado a indenização prevista na legislação trabalhista, considerada como data da rescisão do contrato do trabalho a imediatamente anterior à do início da aposentadoria”.

Um primeiro ponto que deve ser abordado e que causa perplexidade da própria leitura do artigo em comento é o de que o particular não pode requerer a aposentadoria de outro

particular, sem violar fortemente o seu direito constitucional de liberdade de dispor dos negócios de sua vida. Os direitos fundamentais dos particulares estão no mesmo nível hierárquico, por isso que se diz eficácia horizontal dos direitos fundamentais, embora em relação assimétricas como a do trabalho, não se possa falar propriamente em horizontalidade, como já enfatizamos. Nem mesmo o Estado pode determinar a aposentadoria compulsória de alguém, salvo se o fizer como empregador, mas não simplesmente porque é o Estado, tanto que aposentado compulsoriamente em trabalho para o Estado, pode o empregado, querendo, trabalhar legalmente para outros empregadores privados - sem limite de idade. O que faz o artigo não é outra coisa senão limitar o tempo de trabalho de um particular por outro particular.

O primado do trabalho foi eleito pela CF/88 como um dos elementos a dar dignidade à pessoa humana, tanto assim o é que nosso sistema constitucional prevê o retorno ao trabalho do servidor público aposentado por invalidez que se curou, no chamado processo de reversão. Tudo a dar dignidade ao cidadão com suporte no trabalho humano. Ao descrever no inciso VIII do art. 37 da CF que a lei reservará um percentual de cargos e empregos para as pessoas portadoras de deficiências e a legislação que obriga as empresas a contratarem um percentual mínimo de portadores de deficiência, bem como a reabilitação para o trabalho de que dispõe a Lei 8213/91, procurou a CF demonstrar que nosso ordenamento jurídico busca dar pelo trabalho cidadania e dignidade a todos.

O art. 51 da Lei 8.213/91 tira do trabalhador a opção de se aposentar por tempo de contribuição ou por idade, vez que quando atinge a idade de 70 anos é compulsoriamente aposentado pelo empregador. Isso significa que quando atinge essa idade perde a sua liberdade de escolha do modo e momento da aposentadoria, que talvez seja o mais importante instrumento de definição da vida na velhice. Perde a autonomia da vontade por obra do legislador infraconstitucional em afronta ao seu livre-arbítrio (will). Perde a liberdade de reger os negócios da sua vida que é entregue a um terceiro que tem com ele uma relação de negócio privado. Um contrato de trabalho não pode ter aptidão para estender os seus efeitos para além da mera relação jurídica privada, para adentrar nos negócios da vida privada do empregado. Ainda que a aposentadoria do empregado revelasse um interesse público, para que fosse compulsoriamente aposentado teria que ser funcionário do Estado, ainda assim a aposentaria teria que ser ponderada com o interesse público a justificar a aposentação. Desse modo, a aposentadoria se resumiria na impossibilidade de continuar prestando serviços ao Estado, não podendo atingir de forma alguma serviços privados, visto que isso está localizado na esfera particular do empregado e assegurado

pela Constituição Federal pelo princípio da liberdade.

Art. 5º, XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Quando se dá validade à legislação ora em comento, o que se está a fazer é estabelecer uma incapacidade para o trabalho a partir dos setenta anos de idade, tanto que há setores importantes da doutrina do direito administrativo que entende que a aposentadoria compulsória do servidor público aos 75 anos, é uma aposentadoria por invalidez. No caso ora examinado um particular está a dizer que o outro particular, em um contrato estritamente privado, está inválido para o trabalho. A aceitação da constitucionalidade do art. 51 da Lei 8.213/91 implica em se ter que qualquer trabalhador com mais de 70 anos de idade poderia ser discriminado no momento em que procura uma ocupação, vez que estaria inválido para o trabalho, por obra de um particular.

O art. 5º, XIII, da CF não estabelece limite de idade para o exercício de qualquer profissão, por isso o intérprete não pode fazê-lo, salvo se o *discrimen* da norma justificar o limite de idade, v.g, quando a natureza do cargo exigir. Ainda que aos setenta a pessoa não tenha mais a capacidade que se exige para o cargo, o empregador tem que se limitar a dispensá-lo, sem qualquer possibilidade de requerer a sua aposentadoria. É notória a violação do art. 5º, XIII, da CF/88, pelo art.51 da Lei 8.213/91, visto que retira a liberdade da pessoa de exercer livremente seu ofício ou profissão.

É de se notar que a legislação nem ao menos possibilita uma consulta ao empregado, já que a aposentadoria é compulsória o que a torna absolutamente inconstitucional. Quando o empregado é aposentado a pedido do empregador, está este querendo dizer que não pode mais prestar serviços a ninguém por conta de sua idade em notável contrariedade ao disposto na CF/88.

O direito de liberdade de dispor dos próprios negócios da vida se apresenta de diversas formas, sendo no contrato de trabalho apresentado como verdadeiro direito de personalidade, atributo do ser humano. Como direito de personalidade, para além de ser irrenunciável, não preclui e mostra-se absolutamente indisponível ao manejo por terceiros sem o desejo a anuência do titular. Não existe maior atributo do homem que sua liberdade. Na lição de Tepedino, o direito de personalidade são os direitos humanos nas relações privadas, portanto devem ter a salvaguarda da Constituição Federal. Portanto, ao aposentar o particular, o outro particular viola os seus direitos humanos.

Na doutrina do direito alemão temos direito de personalidade específico do direito do trabalho consistente no dever de assistência e cuidado que o empregador tem que ter para com o empregado, o que não se coaduna com norma que quer alijar o empregado de um bem precioso que é o trabalho. Este direito de personalidade tem suporte no princípio constitucional da solidariedade, que deve prevalecer nas relações onde há a participação ativa de pessoas. Assistência, para além de se conceber como um direito de assistir para auxiliá-lo, há que se tê-la também no sentido da assistência para a manutenção como inviolável de seus direitos fundamentais, por conta do ambiente de subordinação onde se dá o contra-

to de trabalho.

Se fizermos uma interpretação a partir da chamada autonomia privada, teremos de fazê-la tomando em conta que há uma relação assimetria de poder entre empregado e empregador, de onde decorreu a relação da qual surgiu o direito de o empregador aposentar o empregado. Por isso que a doutrina do direito indica que quanto maior for a desigualdade entre as partes ou da relação jurídica, mais intensa será a proteção ao direito fundamental. Temos na lição de Virgílio Afonso da Silva³⁷, *in verbis*

“Um dos parâmetros mais recorrentes para uma eventual desvalorização da autonomia privada baseia-se na assimetria entre as partes envolvidas na relação entre particulares. Segundo Daniel Sarmento “quanto maior for a desigualdade [*fática entre os envolvidos*], mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito”.

Continuando sua polêmica com Daniel Sarmento sobre se sempre que houver uma desigualdade material, haverá uma assimetria na relação entre particulares que deverá diminuir o valor da autonomia privada, diz o mesmo autor³⁸:

“Não quero, com isso, negar a necessidade frequente e inafastável de que haja, em diversos âmbitos, uma proteção dos hipossuficientes, como ocorre, por exemplo, no direito do consumidor ou no direito do trabalho, entre outros. Só que essa necessidade de proteção não surge, automaticamente, de uma desigualdade *material*, mas de uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica.

“Mais que isso, e aqui surge o ponto mais importante, para Bilbao Ubillos o critério mais importante é o *grau de autonomia real das partes envolvidas*. Esse grau de autonomia não guarda, necessariamente, uma relação com o grau de igualdade material entre essas partes. Dito de outra forma, é perfeitamente possível que, em uma relação entre particulares, haja um enorme grau de autonomia na escolha dos termos e condições da relação, ainda que haja uma considerável desigualdade material e de poder entre as partes”.

Aplicando-se o posicionamento do Prof. Virgílio, poderíamos dizer que no caso por nós ora examinado, não é a desigualdade entre as partes ou a relação de emprego que determina a possibilidade de aposentadoria do empregado pelo empregador, mas sim uma confusão entre os efeitos do contrato de trabalho com o contrato de aposentadoria que o empregado tem com a previdência social.

Quando, contudo, a inconstitucionalidade é flagrante, como no caso que ora se examina a desigualdade não é material,

37. Da Silva, Virgílio Afonso. A constitucionalização do direito. São Paulo – 2011. Malheiros, 1ª, 3ª tiragem, pg.156.

38. Idem, p. 157.

tampouco se deu na relação jurídica, tanto que o exame da adequação da norma à CF/88 prescinde de investigação sobre a desigualdade material ou se há desigualdade na relação jurídica, o que se busca é a compatibilidade com a Constituição Federal, visto que o suporte fático, ter completado 70 anos e cumprido o período de carência, aponta para uma violação a um direito fundamental. Portanto, podemos dizer que estamos de acordo com Virgílio Afonso de que a proteção deve surgir quando a desigualdade surge da relação jurídica, mas pode ocorrer ao largo da relação quando o suporte fático indicar que há uma violação de direitos fundamentais.

Pontue-se que a desigualdade, na doutrina do direito americano, pode decorrer da própria lei. Entre nós, se não fazemos uma adequação interpretação dos direitos do empregador com suporte na chamada autonomia privada e a desigualdade imanente ao contrato de trabalho em decorrência da hipossuficiência do empregado, podemos cometer graves erros e ver constitucional mesmo quando a norma se mostra em flagrante contradição com princípios da Constituição Federal.

No seu excelente livro sobre ação afirmativa diz o Ministro Joaquim Barbosa³⁹:

“...mas importante ainda do que a noção de discriminação, tecnicamente denominada “tratamento discriminatório”, é a chamada “discriminação de resultados”, ou “estrutural”, ou seja, aquela que redunde em uma desigualdade oriunda não de atos individuais ou de manifestação expressa de discriminação por parte de alguém em detrimento de um indivíduo ou do grupo a que ele pertence, mas de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de grande potencial discriminatório. Esta forma de discriminação é também denominada “discriminação por impacto desproporcional – “disparate impact” ou “adverse impact”.

Para demonstrar que a desigualdade pode advir da própria lei com impacto desproporcional sobre certas categorias de pessoa, assim se posiciona o ministro⁴⁰.

“Esta é talvez a mais perversa forma de discriminação, uma vez que envolve práticas administrativas e empresariais dissimuladas, quase invisíveis, raramente objeto de qualificação jurídica satisfatória, eis que o Direito convencional se empenha preferencialmente em caracterizar o tratamento discriminatório, que é a violação mais singela ao princípio universal da igualdade perante a lei, esquecendo-se de que muitas vezes a desigualdade advém da própria lei, do impacto desproporcional que os seus comandos normativos pode ser sobre certas categorias ou grupo de pessoas”

Disso se tem que o referido dispositivo traz discriminação não razoável e injustificada.

39. Gomes, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. São Paulo – 2001. Renovar, p. 180/181.

40. idem, p. 181.

“A teoria do impacto desproporcional pode ser singelamente resumida na seguinte formulação; toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que desprovida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio constitucional da igualdade material se, em decorrência de sua exceção, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias ou grupos de pessoas, historicamente vistos como socialmente vulneráveis”⁴¹.

Ora, se vê com clareza solar que o impacto da disposição legal multicitada é absolutamente desproporcional na vida dos trabalhadores, vez que pode transformar completamente a vida particular somente pelo fato de estar empregado. Mostra-se, portanto desproporcional por violar a autonomia da vontade e ser desproporcional em relação a outros trabalhadores que não estão na mesma condição e, sobretudo, por dar poderes a um empregador que nenhum agente privado poderia ter.

A parte final do artigo, ora em comento, demonstra a razão do equívoco da norma, visto que confunde contrato de trabalho com contrato do empregado com a previdência social, descuidando que os contratos têm natureza jurídica absolutamente diversa, tanto que a aposentadoria não rescinde o contrato de trabalho, como já decidiu o E. STF, *in verbis*

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.770, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a aposentadoria espontânea não tem por efeito extinguir o vínculo empregatício:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. READMISSÃO DE EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. NÃO-CONHECIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. Lei 9.528/1997, que dá nova redação ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT -, prevendo a possibilidade de readmissão de empregado de empresa pública e sociedade de economia mista aposentado espontaneamente. Art. 11 da mesma lei, que estabelece regra de transição. Não se conhece de ação direta de inconstitucionalidade na parte que impugna dispositivos cujos efeitos já se exauriram no tempo, no caso, o art. 11 e parágrafos. É inconstitucional o § 1º do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, quer porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos - vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal -, quer porque se funda na idéia de que a aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício. Pedido não conhecido quanto ao art. 11, e parágrafos, da Lei nº 9.528/1997. Ação conhecida quanto ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pelo art. 3º da mesma Lei 9.528/1997, para declarar sua inconstitucionalidade” (DJ 1º.12.2006 – grifos nossos).

41. idem, p. 181.

Esse entendimento foi reafirmado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.721, Relator o Ministro Carlos Britto:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. (...) 3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente). 4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador. 5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum. 6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego. 7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97” (DJ 29.6.2007 – grifos nossos).

O art. 51 da Lei 8.213/91 autoriza o empregador a tutelar o direito de liberdade do empregado pela simples condição de que um é empregado e o outro empregador, conceituando de forma desproporcional o poder disciplinar e o pootestativo de dispensar já que com a aposentadoria o empregador extingue o contrato de trabalho do empregado.

Em conclusão, podemos afirmar que a aposentadoria do empregado pelo empregador notabiliza-se pelo exercício de um direito fundamental de uma pessoa por um terceiro privado, sem a sua prévia anuência e que terá consequências impares em sua vida, inclusive do ponto de vista econômico, já que aposentadoria se refere à definição da renda para o resto da vida, podendo envolver toda uma família. Vale dizer que a aposentadoria do art. 51 da Lei 8.213/91, é uma gigantesca violência na liberdade de o trabalhador definir os negócios de sua vida, na parte mais importante dela, do ponto de vista econômico - portanto inconstitucional.

LAÉRCIO LOPES SILVA

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Barueri

Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP

Professor de Direito Constitucional da Faculdade Zumbi dos Palmares (afastado)

Doutorando em Direito pela Fadis/SP

O EMPREGADOR COM MENOS DE 10 EMPREGADOS TEM QUE CONTROLAR O HORÁRIO DE TRABALHO AO MENOS COM CONTROLE MANUAL, SOB PENA DE APLICAÇÃO DO VERBETE DA SÚMULA 338, DO TST

A norma descrita no §2º do art. 74 da CLT, deve ser interpretada à luz da Constituição Federal de 1988. De uma análise perfunctória do dispositivo citado se pode chegar à conclusão de que os empregadores com menos de 10 empregados não têm obrigação de manter controle de ponto, o que se vê à quase unanimidade dos julgados dos nossos tribunais. Contudo, uma interpretação com suporte no princípio constitucional da isonomia, implica em dizer que o empregador com menos de 10 empregados tem que ter controle de ponto pelo menos manual, sob pena de suportar a aplicação do disposto na Súmula 338 do C.TST.

Veja que o dispositivo ora em comento está localizado na CLT na seção V, que trata do quadro de horário, e a cabeça do art. 74 dispõe sobre a organização e afiação do quadro de horário, portanto ao livrar o empregador com menos de 10 empregados da anotação em controle de ponto tinha como intenção a lei a de não sobrecarregar o pequeno empresário com custos de relógio de ponto, v.g, e de desburocratizar o modo de fiscalização. Portanto, é a partir da intenção do legislador que se pode, de logo, concluir que nenhum ônus que não é suportado pelo empregado que trabalha em empresa com mais de 10 empregados pode ser suportado por empregado que trabalha em empresa menor, visto que isso seria um contrassenso já que os empregados de empresas menores são justamente aqueles que têm menores possibilidades de se organizarem em sindicato. Ademais, vulneraria o princípio constitucional da isonomia onerar-se empregados de modo diverso diante de uma mesma causa. Vale aqui a máxima: onde há a mesma razão aplica-se o mesmo direito. Em sendo a norma descrita no art. 74 da CLT norma, em princípio, dirigida à fiscalização do Ministério do Trabalho, não se pode fazer interpretação extensiva da mesma apta a criar ônus ao empregado, diverso e incompatível com a exegese da norma. A norma que permite a não anotação em controle de ponto ao empregador com menos de 10 empregados é apenas um benefício diante da fiscalização do Ministério do Trabalho, portanto é norma benéfica que, nos termos do art. 114, do Código Civil, deve ser interpretada de forma restrita, vale dizer, restrita à pretensão do legislador. Se de outra forma entendêssemos teríamos que em um mesmo artigo a lei imporia ônus ao empregador com mais de 10 empregados e quando com menos de 10 empregados esse ônus caberia ao empregado, justamente aos empregados com menor poder de organização, num paradoxo inaceitável.

Nossa tese ganha um reforço quando verificamos que o §3º do art. 74, da CLT- quando trata do trabalho externo-, não faz a distinção entre os empregadores com mais ou com

menos de 10 empregados, visto que a anotação em papeleta é feita de forma manual, o que não geraria custos ao empregador. Isso deixa extremos de dúvidas a intenção do legislador de que a anotação manual se aplica ao empregador com menos de 10 empregados, dada a literalidade do §3º do art. 74, que não se reporta ao §2º que trata do empregador com mais de 10 empregados e que a intenção do legislador no §2º do art. 74 da CLT é mesmo a de diminuir custos do empregador com menos de 10 empregados e não criar um benefício de transpassar ao empregado o ônus da prova do horário de trabalho, exegese incompatível com a natureza do direito do trabalho.

Apelando à casuística poderíamos exemplificar com um empregado que presta serviços em horário extenso, das 08h00 às 22h00, para empregador com menos de 10 empregados, que não tem qualquer tipo de anotação em controle de ponto. Dizer-se que nessa hipótese, por não estar o empregador obrigado a anotar a jornada seria do empregado o ônus de comprovar o horário, estar-se-ia transferindo ao empregado o ônus do risco do empreendimento; violando o princípio constitucional da solidariedade; o princípio da isonomia, como já fundamentado acima; e direitos fundamentais do empregado, além de não encontrar suporte da teoria do impacto desproporcional, visto que ao não conseguir comprovar a longa jornada de trabalho pereceria o direito de comprovar eventual dano existencial.

Se de outra forma entendêssemos, teríamos então que os empregados de empresas com menos de 10 empregados estariam impedidos de prestar horas extras, visto que o art. 59 da CLT determina que as horas extras, excedentes de duas diárias, somente são autorizadas mediante acordo escrito, portanto não se pode imaginar a feitura de horas extras sem a devida assinalação da mesma. De que adiantaria formular-se um acordo escrito para feitura de horas extras e não anotá-las?

Cabe no vertente caso uma indagação de raiz constitucional: a quem compete a fiscalização da jornada de trabalho do empregado e qual a finalidade da limitação da jornada de trabalho?

A resposta envolve questões de cunho constitucional, questões que, de resto, permeiam toda a atividade laboral, eis que prestada por ser humano, resguardado por princípios constitucionais caros às relações humanas. A limitação da jornada de trabalho, antes de configurar qualquer elemento técnico hábil a assegurar o mero pagamento das horas de trabalho, tem como fundamento a humanização do trabalho, conquista secular dos trabalhadores. A limitação da jornada de trabalho assegura ao trabalhador condições mais humanas

na prestação de serviços, dando-lhe melhor qualidade de vida e dignidade para que lhe sobre maior tempo para desfrutar de outros benefícios da vida na família e na sociedade.

Na regulação do contrato de trabalho é do empregador o ônus de fiscalizar quase todo o contrato de trabalho, pois é a parte que tem as condições para tanto e é o empregado quem executa o contrato de trabalho. Ao empregado compete fiscalizar o empregador em relação ao cumprimento de sua parte no contrato.

A mesma responsabilidade que tem o empregador de fiscalizar o contrato de trabalho do empregado em relação aos atrasos e faltas e eventuais saídas mais cedo, também é estendida à fiscalização de eventual extrapolação do contrato de trabalho, mesmo porque se o empregado extrapola a jornada de trabalho para muito além do permitido na lei e na constituição, poderá se inserir em hipótese de trabalho análogo a de escravo, acarretando da mesma forma um dano moral existencial, vulnerando o princípio constitucional da valorização social do trabalho. A conclusão de que esta fiscalização é do empregador decorre do fato de que o empregado, no curso do contrato de trabalho, está em permanente opressão por conta da temeridade de perda do emprego e, por consequência, a perda do instrumento para sua sobrevivência e de sua família. Uma verdadeira síndrome. Nessas condições haverá sempre uma tendência em descumprir regras legais que acabam favorecendo o empregador e lhe propiciam um enriquecimento sem causa.

Diante desse raciocínio temos que o empregador jamais pode alegar, mesmo aqueles que têm menos de 10 empregados, que não é seu dever controlar a jornada de trabalho do empregado. Diante da imposição constitucional e legal de que é do empregador o ônus em controlar a jornada de trabalho do trabalhador, também é seu - por conta de elementar hermenêutica -, o de criar os instrumentos necessários para fiscalizar a jornada de trabalho do empregado, como ora examinado, o controle manual, ao menos, para que seja sempre garantido o primado do cumprimento de uma jornada razoável e humana de trabalho.

A nova lei dos domésticos impôs aos empregadores domésticos que instituem controle de ponto para seus empregados, ainda que seja apenas um. Isso demonstra que a disposição que desobriga o empregador com menos de 10 empregados a ter controle de ponto está ultrapassada no tempo. O direito é um só. Vale a máxima: onde a há mesma razão, aplica-se o mesmo direito. Por quais motivos de direito poder-se-ia entender que o empregador não precisa ter controle de ponto para os seus nove empregados da empresa, mas para precisa tê-lo para sua empregada doméstica ou para o jardineiro?

O controle de ponto é um documento que evita os excessos do empregador e dá garantias ao empregado de poder conferir se está recebendo a paga correta pelas horas de trabalho prestadas, portanto é um documento de proporcionalidade de cidadania, diminuindo a possibilidade de exacerbação do mais-valor, ou seja, aquela parte do trabalho que o empregador dela se apodera, não pagando ao empregado. A ausência de cartão de ponto exacerba a diferença de poderio entre o empregador e o empregado. Por isso que a doutrina

do direito indica que quanto maior for a desigualdade entre as partes ou da relação jurídica, mais intensa será a proteção ao direito fundamental. Nesse sentido, os empregados de empresas com menos de dez empregados teriam que ter uma proteção mais intensa. Temos na lição de Virgílio Afonso da Silva⁴², *in verbis*

“Um dos parâmetros mais recorrentes para uma eventual desvalorização da autonomia privada baseia-se na assimetria entre as partes envolvidas na relação entre particulares. Segundo Daniel Sarmento “quanto maior for a desigualdade [*fática entre os envolvidos*], mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito”.

Continuando sua polêmica com Daniel Sarmento sobre se sempre que houver uma desigualdade material, haverá uma assimetria na relação entre particulares que deverá diminuir o valor da autonomia privada, diz o mesmo autor⁴³:

“Não quero, com isso, negar a necessidade freqüente e inafastável de que haja, em diversos âmbitos, uma proteção dos hipossuficientes, como ocorre, por exemplo, no direito do consumidor ou no direito do trabalho, entre outros. Só que essa necessidade de proteção não surge, automaticamente, de uma desigualdade *material*, mas de uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica. “Mais que isso, e aqui surge o ponto mais importante, para Bilbao Ubillos o critério mais importante *é o grau de autonomia real das partes envolvidas*. Esse grau de autonomia não guarda, necessariamente, uma relação com o grau de igualdade material entre essas partes. Dito de outra forma, é perfeitamente possível que, em uma relação entre particulares, haja um enorme grau de autonomia na escolha dos termos e condições da relação, ainda que haja uma considerável desigualdade material e de poder entre as partes”.

Aplicando-se o posicionamento do Prof. Virgílio, poderíamos dizer que no caso por nós ora examinado, não é a desigualdade entre as partes, mas sim a relação de emprego de empregados das empresas com menos de 10 empregados que exaspera a desigualdade.

Ademais, os empregados das empresas com menos de 10 empregados poderiam buscar na teoria do “impacto desproporcional aplicada à discriminação nas relações de emprego”, argumentos para invalidar os termos do §2º, do art. 74 da CLT.

No seu excelente livro sobre ação afirmativa diz o Ministro Joaquim Barbosa⁴⁴: “...mas importante ainda do que a

42. Da Silva, Virgílio Afonso. A constitucionalização do direito. São Paulo – 2011. Malheiros, 1ª, 3ª tiragem, pg.156.

43. Idem, p. 157.

44. Gomes, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. São Paulo – 2001. Renovar, p. 180/181.

noção de discriminação, tecnicamente denominada “tratamento discriminatório”, é a chamada “discriminação de resultados”, ou “estrutural”, ou seja, aquela que redunde em uma desigualdade oriunda não de atos individuais ou de manifestação expressa de discriminação por parte de alguém em detrimento de um indivíduo ou do grupo a que ele pertence, mas de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de grande potencial discriminatório. Esta forma de discriminação é também denominada “discriminação por impacto desproporcional – “*disparate impact*” ou “*adverse impact*”.

Para demonstrar que a desigualdade pode advir da própria lei com impacto desproporcional sobre certas categorias de pessoa, assim se posiciona o ministro⁴⁵.

“Esta é talvez a mais perversa forma de discriminação, uma vez que envolve práticas administrativas e empresariais dissimuladas, quase invisíveis, raramente objeto de qualificação jurídica satisfatória, eis que o Direito convencional se empenha preferencialmente em caracterizar o tratamento discriminatório, que é a violação mais singela ao princípio universal da igualdade perante a lei, esquecendo-se de que muitas vezes a desigualdade advém da própria lei, do impacto desproporcional que os seus comandos normativos pode ter sobre certas categorias ou grupo de pessoas”

Disso se tem que o referido dispositivo traz discriminação não razoável e injustificada.

“A teoria do impacto desproporcional pode ser singelamente resumida na seguinte formulação: toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que desprovida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio constitucional da igualdade material se, em decorrência de sua exceção, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias ou grupos de pessoas, historicamente vistos como socialmente vulneráveis”⁴⁶.

Ora, se vê com clareza solar que o impacto da disposição legal multicitada é absolutamente desproporcional na vida dos trabalhadores dessas empresas, vez que apenas o empregado por conta de anistiar o empregador de um documento imprescindível para regular uma relação solidária de emprego. Portanto, em conclusão, podemos dizer que uma interpretação conforme a Constituição nos leva a concluir que ao empregador com menos de 10 empregados não será obrigatória a anotação da jornada em controle, **nem ao menos manual para efeito de fiscalização do Ministério do Trabalho**, contudo se não houver a anotação, ao menos manual, para efeito de prova do horário de trabalho, incidirá na hipótese o disposto na Súmula 338, do C.TST, pelo que fundamentamos acima.

45. idem, p. 181.

46. idem, p. 181.

LAÉRCIO LOPES SILVA

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Barueri

Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP

Professor de Direito Constitucional da Faculdade Zumbi dos Palmares (afastado)

Doutorando em Direito pela FADISP/SP

ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE DOS ENTES PÚBLICOS NA TERCEIRIZAÇÃO - A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71 DA LEI 8.666/93. CRÍTICA A DECISÃO DO STF NA ADC 16

1. Por uma nova interpretação do Direito do Trabalho e de seus institutos.

É comum vermos em decisões de nossos tribunais trabalhistas, inclusive do TST, afirmação de que uma determinada questão não se aplica no direito do trabalho ou processo do trabalho, como se existisse uma tábua de questões *numerus clausus* que jamais poderia ser aplicada no direito ou processo do trabalho, mesmo sem uma explicação com suporte em elemento hermenêutico, com desprezo pelas mudanças contínuas do Direito, sobretudo em relação às advindas da constitucionalização do Direito com o estabelecimento da Constituição Federal de 1988. Como se sabe o Direito está em permanente construção e reconstrução, isso porque não pode ficar alheio às mudanças sociais, que são cada vez mais intensas, tanto que o Prof. Willis Santiago costuma dizer nas suas aulas na PUC/SP que as mudanças de uma década de hoje podem representar as mudanças que antes se davam em um século ou até em um milênio, tais a sua rapidez.

Sanadas parcialmente as questões materiais mais prementes, como da fome e outras pendências e colocado o humanismo em outros patamares, sobretudo após as atrocidades das duas grandes guerras, as exigências das pessoas se voltam para questões existenciais / espirituais, por isso os juízes não podem ser empregados do Estado, mas sim da humanidade, com diz o mesmo Professor acima referido. Portanto, os juízes têm que estar preparados para transformar as inquietudes dos jurisdicionados e transformá-las em pautas espirituais concretizando-as e transformando-as em bens imateriais iminentes à vida.

Para que possamos interpretar o direito do trabalho, na conformidade dos princípios constitucionais, em primeiro lugar penso que temos que ter uma visão ampla do disposto no art. 8º da CLT e de seus demais institutos. Preceitua o art. 8º da CLT:

Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

De uma leitura – ainda que perfunctória da cabeça do artigo- se vê que há autorização para que se utilize jurisprudência

e normas gerais de direito que não sejam do direito do trabalho, mas preferencialmente deste, portanto somente se pode dizer que tal regra não se aplica no direito do trabalho se se verifica a absoluta incompatibilidade com o instituto partindo-se de uma análise das regras que informam tanto o direito como o processo do trabalho. De logo se verifica que não se pode falar, sem fundamentar, que determinada matéria não se aplica no direito do trabalho. Ademais, o artigo referido acima se mostra de uma modernidade extrema ao possibilitar a aplicação do direito comparado, quando somente recentemente o STF começou a admitir a aplicação da jurisprudência de países democráticos em nossas sentenças. Vale então dizer que o art. 8º da CLT já estava à frente do nosso tempo.

Nessa linha de raciocínio não se pode mais falar que o direito civil é aplicado de forma subsidiária ao direito do trabalho, como bem preconiza Flávio Tartuce⁴⁷:

“...é imperioso dizer que também são possíveis *diálogos* entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho, particularmente entre o Direito Civil e a legislação trabalhista, o que é totalmente viável e, mais do que isso, plenamente recomendável. Para esse diálogo, de início, é importante apontar que o Direito do Trabalho é ramo do Direito Privado, assim como o é o Direito Civil. Quanto ao contrato de trabalho, a sua própria concepção é feita com vistas à proteção do vulnerável dessa relação privada, o empregado ou trabalhador. Há tempos que o Direito do Trabalho lida com a diferença existente no contrato em questão, visando tutelar camadas da população desprotegidas e desamparadas. Talvez a legislação trabalhista seja o primeiro exemplo de *dirigismo contratual*, de intervenção do Estado e da lei nos contratos. Conforme o art. 8º da CLT, o direito comum e, logicamente, o Direito Civil são fontes subsidiárias do Direito do Trabalho. Na verdade, pela aplicação da tese do *diálogo das fontes*, o que se propõe é uma nova leitura desse comando legal. Não se deve mais considerar o Direito Civil como simples fonte subsidiária, mas, em alguns casos, como fonte direta do Direito do Trabalho. Isso porque, em muitas situações atualmente comuns à prática trabalhista, não há normas de Direito do Trabalho regulamentando a matéria. Em casos tais é que as normas do Código Civil terão aplicação. Outro argumento interessante é que, quando a CLT entrou em vigor, não vivíamos esse momento de complexidade legislativa atual. Trazendo clareza a essa complexidade, anote-se que a Emenda Constitucional 45/2004

47. Tartuce, Flávio – Manual de Direito Civil, volume único – 2ª edição Ed. Método – p. 64/66.

ampliou enormemente a competência da Justiça do Trabalho para tratar de casos que antes eram da competência da Justiça Comum, como a responsabilidade civil por acidente do trabalho em decorrência do contrato de trabalho. Como não há legislação trabalhista a tratar do tema, o aplicador do Direito deve procurar socorro nas normas do Código Civil que tratam de responsabilidade civil.... Em suma, a partir da interação científica a doutrina civilista deve preencher as estantes do intérprete que atua na área trabalhista, para motivar o seu convencimento e os seus argumentos. Na área trabalhista, já podem ser encontrados julgados que fazem menção à teoria do diálogo das fontes..”

Vê-se, pois, que só se pode falar em não aplicabilidade de alguma norma do Código Civil no Direito do Trabalho se for absolutamente incompatível com as regras e princípios que regem as relações trabalhistas. Contudo, quando a norma civil atua no direito do trabalho como norma mais favorável, não há qualquer justificativa para se falar em não aplicação da referida norma.

Casos há em que a relação de trabalho não é analisada do ponto de vista de uma relação assimétrica de poder entre a empresa e o trabalhador e elementos do direito civil ou administrativo se sobrepõem a direitos já incorporados à estrutura social, o que não se pode admitir, como ocorre no caso que passamos a analisar.

2. Uma interpretação do art. 71 da Lei 8.666/93. A inconstitucionalidade que o STF não viu.

Esse modo especial de interpretar o direito do trabalho, por conta de especiais características de suas normas, não recebe atenção nem mesmo do STF. Para exemplificar o que queremos significar, ilustramos com um exemplo quando o STF enfrentou a questão da constitucionalidade ou simples aplicabilidade do Art. 71 da Lei 8.666/93 nas relações de trabalho.

Quando os empregados movem uma ação contra a Administração Pública, em contrato de terceirização de serviços para responsabilizá-la subsidiariamente, a defesa do ente público envolvido se suporta em que há um contrato administrativo regido pelo descrito no art. 71 da Lei 8.666/93, por isso não poderia responder com responsabilidade subsidiária. Antes de o STF apreciar a sua constitucionalidade ou aplicabilidade nos contratos de trabalho nós tínhamos o seguinte posicionamento sobre o tema:

“Nossa posição anterior era de que ente da administração pública não poderia ser responsabilizado por contrato de empregado que não ingressou em seus quadros pela via do concurso público, sob pena de vulneração do disposto no inciso II, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, o que afastaria a culpa *in eligendo* da tomadora em razão de não ter opção na escolha da prestadora de serviços, afastando-se assim a sua responsabilidade pelo contrato firmado com aquela.

Contudo, evoluímos para ter que pelo nosso novo entendimento deve o ente público reclamada permanecer no pólo pas-

sivo para responder com responsabilidade subsidiária, posto que incontroverso nos autos que fora a tomadora dos serviços da primeira reclamada, e que o reclamante prestara serviços em suas dependências na condição de empregado da primeira reclamada. Despiciendo o fato de a contratação da 1ª reclamada ter ocorrido através de contrato administrativo, ante os termos da Súmula 331, do C.T.S.T, eis que o trabalhador não pode restar à míngua de seus consectários legais em não podendo a prestadora arcar com os pagamentos de seus haveres trabalhistas. É certo que o entendimento esposado na referida súmula pode levar ao patrimonialismo, ou seja, arcar sempre o ente público com os encargos afastando a responsabilidade do particular e ainda indo de encontro ao que dispõe o inciso II, do art. 37, da CF, que não admite o ingresso de empregado no serviço senão pela via do concurso público. Este dispositivo, por certo, limita da mesma forma **a contratação indiscriminada de serviços terceirizados por entes da Administração Pública, o que violaria da mesma forma o modo de contratação no serviço público, de forma indireta, embora estejamos tratando aqui de obras e serviços que não são tratados no inciso II, do art. 37 da CF.** A presença da Administração Pública no polo passivo da demanda importará, de ordinário, que se impeça de se chegar sempre ao patrimônio dos sócios das prestadoras, vez que dará sempre o reclamante prioridade em executar o Estado pela garantia certa de que um dia receberá seus consectários legais. Neste ponto é que se exacerba o referido patrimonialismo. Este procedimento viola o princípio processual de que para a execução do devedor subsidiário haja prova de que o patrimônio do devedor principal já não seja suficiente para garantir a execução. Contudo, firmamos novo entendimento de que quando a contratação de serviço terceirizado não se pautar pela regra de excepcionalidade da contratação no serviço público, deve o ente público se responsabilizar de forma subsidiária - ainda que a contratação tenha seguido os trâmites da legislação de licitação. O Edital de licitação deve impor condições para que a prestadora demonstre que tem meios de arcar com as despesas trabalhistas, impondo, inclusive, depósitos em valores suficientes para a garantia do pagamento das verbas resilitórias de seus empregados.

De outro lado, parece vulnerar o princípio da dignidade humana o fato de o Estado - mesmo em processo de licitação - contrate empresa inidônea cujo efeito se revele na impossibilidade de o ex-empregado ver-se ressarcido pelo trabalho que desenvolveu para os réus.

Ademais, quando do julgamento da Constitucionalidade do art. 71, da Lei 8.666/93 e da adequação da Súmula 331, do C.TST, ponderou o Ministro Aires Brito do STF que a referida Súmula poderia ser aplicada caso a caso, mesmo em se considerando a constitucionalidade do art. 71, da Lei 8.666/93.

“Assim, nos termos da jurisprudência cristalizada na Súmula 331 do C.T.S.T, a qual nos filiamos, rejeitamos a preliminar de ilegitimidade passiva argüida pela segunda reclamada para mantê-la no pólo passivo da demanda para responder com responsabilidade subsidiária”

Após o entendimento do STF na ADC 16, que levou o TST a modificar o verbete da Súmula 331, acrescentando o item V,

que lançava o ônus à Administração Pública, caso esta não demonstrasse que fiscalizara o contrato firmado com a prestadora, firmamos outro entendimento, contudo já com suporte no Precedente Normativo 38 do TRT02 e uma outra visão sobre a responsabilidade dos contratantes na terceirização, *in verbis*.

Não obstante os termos do verbete da Súmula 331 do TST, entendemos que a responsabilidade do tomador dos serviços é sempre solidária, como passamos a fundamentar.

Assim preceitua o Precedente Normativo 38 do TRT2:

“O tomador da mão de obra, ainda que em atividade meio, é responsável solidário pelos créditos trabalhistas do trabalhador assim alocado, correspondente ao tempo que durar a terceirização”.

O Precedente Normativo 38, está absolutamente condizente com uma leitura constitucional do direito do trabalho contemporâneo, visto que a responsabilidade em tema de créditos trabalhistas, direitos sociais, portanto direitos fundamentais não pode ser outra senão a solidária, visto que a responsabilidade pelo pagamento se escora no princípio constitucional da solidariedade que se integrou às constituições democráticas a partir do segundo quartel do século passado em decorrência da reconstrução dos direitos humanos e do neoconstitucionalismo que tinham a dignidade da pessoa humana como principal vetor, que se equiparou ao próprio Estado Democrático de Direito. Em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, não se pode imaginar alguém explorando um ser humano e não se equiparando ao contratante em termos de responsabilidade. Ora, a divisão de responsabilidades entre os que exploraram não pode, em nenhuma hipótese, atuar como um reducionismo aos direitos dos empregados, sob pena de beneficiarem-se os empregadores da própria iniquidade ou diferença de poderio que marca o contrato de trabalho. Extrai-se da doutrina do direito alemão que nos contratos em que o empregado não tem ingerência nos seus termos - como ocorre de ordinário no contrato de trabalho-, na parte do contrato onde o empregado não teve ingerência, ou seja, não pôde opinar, não se pode atribuir a ele qualquer tipo de ônus, recaiando a totalidade do ônus sobre o empregador. Desse modo, quando o empregado é contratado e não tem qualquer ingerência para qual empregador irá trabalhar e desse contrato terceirizado não pôde opinar, não lhe pode advir qualquer tipo de ônus, sobretudo ônus que resultaria em ter que abrir mão de receber seus consectários legais (benefício de ordem), inclusive saldo de salário, em benefício de demandas civis entre empregadores. Pode-se concluir, inclusive, por conta desse raciocínio, de que as demandas das tomadoras de que a responsabilidade inexistente ou que é apenas subsidiária, foge à competência da justiça do trabalho, visto que é tema que deve ser discutido entre os empregadores no juízo cível. O que se tem visto, de ordinário, é que as prestadoras contratam, porém quem efetivamente explora a atividade são as tomadoras, portanto não existe qualquer fundamento para quererem se esquivar de sua responsabilidade. Impedida a divisão de responsabilidade nos contratos por conta do princípio constitucional da solidariedade, não

se pode falar em benefício de ordem, porquanto o benefício de ordem se constituiria em um benefício aos contratantes inadimplentes em detrimento de um direito fundamental do hipossuficiente, o que implicaria numa *injustiça legal ou pretoriana*. Ademais, outro fator nos leva a crer que o benefício de ordem não se aplica na Justiça do Trabalho: é o fato de que o instituto vindo do direito civil é originalmente aplicado em benefício do credor, portanto não se pode transportá-lo para o direito do trabalho como benefício para os devedores, ante o princípio insculpido no art. 8º da CLT, visto que o direito comum somente pode ser aplicado no direito do trabalho se compatível com este. Quando se fala aqui que o benefício milita em favor do credor no cível, estamos querendo significar que o benefício pressupõe solvência de ambos os devedores; portanto, quando um dos devedores simplesmente não paga ou se torna insolvente, não se pode mais falar em benefício de ordem, sob pena de a relação estritamente cível entre os devedores ser transportada para o processo do trabalho, relação essa que além de ter natureza eminentemente civil não passou pelo crivo do contraditório trabalhista, o que não ocorre no juízo cível, visto que a relação entre os devedores na Justiça Comum, é objeto do próprio processo. Desse modo, o devido processo legal estaria sendo violado com força, posto que uma relação civil, que não foi objeto de processo com a participação do empregado, lhe imporia um ônus sem passar pelo crivo do contraditório. Ora, quem contrai uma dívida junto é, de ordinário, devedor solidário. Portanto, a partir de uma leitura do Precedente Normativo 38, podemos concluir que, em verdade, não pode haver responsabilidade subsidiária dos empregadores na Justiça do Trabalho, sendo, pois, a responsabilidade sempre solidária. Explicamos. Quando está em jogo um direito fundamental, como os direitos sociais relativos aos direitos trabalhistas nunca pode haver qualquer tipo de responsabilidade subsidiariedade, tanto que a Constituição quando se refere à saúde, educação e outros direitos fundamentais sempre se refere ao Município, Estado e União, numa ordem solidária. A característica de um direito fundamental não permite que se proteja um feito para que se discuta a responsabilidade do devedor.

Há pelo menos três questões que nos levam a fundamentar nosso argumento de que a responsabilidade subsidiária não se aplica na Justiça do Trabalho, nos ombreando ao Precedente 38 do E.TRT02. i) A primeira nos é dada a partir da jurisprudência do direito alemão que consiste no fato de que não se pode atribuir ao empregado qualquer tipo de ônus de questões em que não pôde opinar, visto que tomada de forma unilateral pelo empregador. Nisso se enquadra o contrato entre prestadora e tomadora, sobre o qual não tem qualquer poder o empregado de opinar, posto que, no mais das vezes, nem lhe é cientificado, no momento da contratação, que irá trabalhar para empregador diverso do que lhe contratou. Desse modo, não pode sofrer o ônus de ter que esperar para executar o responsável subsidiário, já que não anuiu com o modo de contratação. ii) A segunda questão se refere ao devido processo legal, concernente ao contrato firmado entre os empregadores. O processo de contratação entre tomadora e prestadora não passou pelo crivo do contraditório, diferentemente do que ocorre no juízo cível quando o contrato que

trata da responsabilidade das partes é objeto do próprio processo onde as partes estão envolvidas. Nessa linha, como já dissemos acima, o benefício de ordem perde qualquer sentido. iii) A terceira consiste em uma análise da responsabilidade de terceiro na teoria geral dos contratos, ao se considerar que terceiro não pode ser responsabilizado por atos de terceiro em contrato do qual não participou ou teve qualquer benefício.

Nossa tese é a de que a responsabilidade na Justiça do Trabalho nos casos de terceirização é sempre solidária, visto que ao empregado não foi dada a oportunidade de questionar a responsabilidade do empregador em contraditório. Não ocorreu o devido processo legal que resultasse no ônus de ter que suportar o empregado a responsabilidade subsidiária do tomador. Vale dizer, alguém está sendo apenado com um ônus, sem o devido processo legal, vulnerando o princípio da legalidade insculpido na Carta da República. A única oportunidade que o empregado tem em juízo é a de comprovar que trabalhou para a tomadora, contudo a sua responsabilidade (da tomadora) já vem definida como subsidiária, o que ele não pode mudar no processo do trabalho, o que é uma arrematada violação ao devido processo legal. Ora, ninguém pode sofrer ônus de uma responsabilidade se não participou do contraditório que a estabeleceu. O que vemos nesses casos é que duas partes estabelecem um contrato para explorar um terceiro e determinam a responsabilidade de uma delas em face do terceiro, sem a participação deste em uma expressiva violação de princípios comezinhos de direito. A cláusula *pacta sunt servanda*, na sua dimensão ética é violada visto que no contrato entre as empresas se estabelece a responsabilidade da tomadora perante um terceiro, sem que esse possa ter o poder de contestá-lo. Desse modo, podemos então dizer que quando duas partes contratam para explorar um terceiro sem que este tenha participado do negócio, a responsabilidade de ambas em relação a este terceiro só pode ser a solidária, visto que não se pode legitimamente atribuir a terceiro um fato decorrente de um contrato do qual não teve a mínima participação. Assim, podemos afirmar que em tema de direito a solidariedade decorre não só da lei ou do contrato, mas também pode ocorrer de um contrato firmado entre terceiros e não cumprido, do qual a parte prejudicada não tivera ingerência. Portanto, podemos dizer, com segurança, que em tema de terceirização a responsabilidade do tomador é sempre solidária, conforme dispõe o Precedente Normativo 38 do E.TRT2.

A terceirização, em regra, leva a uma precarização da relação de emprego, sobretudo quando o empregado da prestadora não tem os mesmos benefícios da tomadora, porém também pode haver a chamada precarização moral consistente, na angústia de se ver o empregado da prestadora na impossibilidade de obter os mesmos benefícios que os empregados da tomadora, o que implica em violação do seu direito de personalidade na sua dimensão psíquica, violando a dignidade humana do trabalhador, haja vista o imbricamento do direito de personalidade com o conteúdo mínimo essencial do princípio da dignidade humana ou como diz Tepedino, o direito de personalidade são os direitos humanos nas relações privadas.

Ademais, a afetação da tese da atividade não pode vincular o direito do empregado, porquanto licitude ou ilicitude da atividade negociada entre os empregadores não pode modificar

a responsabilidade com ingerência no contrato de trabalho do empregado (3º na relação), visto que isso resultaria em que um contrato firmado entre duas partes afetaria um terceiro hipossuficiente que não participou da pactuação. Teríamos então uma espécie de *ônus objetivo*, qual seja, um ônus que se atribui a alguém, mesmo sem a responsabilidade por ausência de participação no contrato. Veja-se que a tese da ilicitude mostra-se draconiana, portanto absolutamente ultrapassada em relação ao hipossuficiente, porquanto tenta enquadrar uma relação entre dois empregadores dentro do campo da legalidade e se ilegal quem é apenado é o empregado em benefício de uma das partes - justamente aquela que o explorou.

A terceirização lícita é aquela em que a empresa prestadora de serviços é empresa realmente especializada em determinada atividade, e que após a formação de seus empregados os repassa para determinadas especialidades da tomadora, por período determinado. Contudo, não se enquadra na chamada terceirização lícita a atividade de empresa que apenas contrata o empregado e o repassa à tomadora, como se empresa de interposição de mão de obra fosse. Contudo, lícita ou ilícita a terceirização, a responsabilidade das empresas com o trabalhador será sempre a solidária, como já fundamentamos.

Retomando a questão da responsabilidade subsidiária, podemos dizer que não existe diferença ontológica entre responsabilidade subsidiária e solidária, residindo a diferença tão-somente na categoria temporal. O tempo em termos de verbas alimentares reforça a fundamentalidade, irrenunciabilidade e não preclusão das verbas trabalhistas por sua essencialidade para suprir as necessidades básicas do trabalhador. O fato de o trabalhador ter prestado serviços para o tomador que se responsabilizará apenas de forma subsidiária, implica em se ter como se contrapondo o lucro do empregador, no mais das vezes acrescido do que Karl Marx chamava de mais-valor, à contraprestação do trabalho inadimplida, com evidente violação do valor social do trabalho, alçado na CF/88 a fundamento do Estado Democrático de Direito. Aqui se valorizou o lucro e a incúria de um contrato firmado entre os que exploraram a mão de obra, em detrimento de um direito fundamental.

Para justificarmos nosso posicionamento sobre a sempre responsabilidade solidária do tomador de serviços, inclusive quando ente público, exemplificamos com um acidente de graves proporções ocorrido em obra da Administração Pública em que o empregado fica inválido ou morre, não podendo a prestadora de serviços arcar com os custos do acidente. Repugna à ética, ao direito e ao sentimento mínimo de solidariedade se se aplicasse o Art. 71 da Lei 8.666/93 para afastar qualquer responsabilidade do ente público. Nesses casos a responsabilidade somente pode ser a solidária. Ora, em tema de direito se um caso já nos parece ser inafastável a questão da responsabilidade solidária, esta será sempre a aplicável para todas as hipóteses.

É de se ver que ao se aplicar a disposição citada no direito do trabalho, o que se tem é que as limitações por ela trazidas não se restringem às verbas rescisórias, atingindo direitos de personalidade e valores decorrentes do valor social do trabalho, que não podem ser vinculados à preclusão de qualquer espécie.

“A integridade da pessoa tem uma unidade problemática, dado que único é o bem ou interesse protegido. Seja o perfil físico, seja aquele psíquico, ambos constituem componentes indivisíveis da estrutura humana. A tutela de um desses perfis traduz-se naquela da pessoa no seu todo, e a disciplina na qual consiste esta tutela é, de regra, utilizável também para cada um de seus aspectos. Deve ser utilizável não somente a normativa específica da integridade psíquica, mas, também, aquela prevista para a defesa da integridade física que é sempre inspirada pela garantia da pessoa. A tutela da integridade psíquica é atuável também onde a norma ordinária se limitou a tutelar a integridade física (...). A norma que estabelece a obrigação do empresário de adotar as medidas necessárias para tutelar a integridade física e a personalidade moral dos trabalhadores (...) é extensível também à integridade psíquica. Isso nem tanto porque a norma faz referência à personalidade moral, mas pela observação de que ela, em um ordenamento fundado nos valores da pessoa e do trabalho, deve ser interpretada como garantia da personalidade do trabalhador. As normas constitucionais permitem, na unidade do ordenamento, considerar a norma ordinária, colocada a favor da pessoa, não mais excepcional e suscetível de sofrer limitações aplicativas, mas como expressão de um princípio geral aplicável por analogia”⁴⁸.

O dever de tutela da integridade física e psíquica dos trabalhadores não pode ser transportado de uma pessoa para outra em uma relação jurídica somente por vontade própria de uma delas em detrimento de direitos de uma das partes. Isso violaria de plano o valor social do trabalho insculpido na CF e se mostraria presente quando um dispositivo infraconstitucional quer deixar livre o Estado de responsabilidade por contrato que firmou livremente por seu interesse. Vulnerado se apresentaria o direito de personalidade do empregado como valor.

“A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações”⁴⁹.

O posicionamento do STF sobre a questão da responsabilidade do tomador de serviços Administração Pública, não escapa a um exame da responsabilidade sobre outro enfoque,

48. Perlingieri, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. São Paulo – 2007. Renovar, 3ª Ed. p. 159/160.

49. *idem*, p. 155/156.

tanto a partir do princípio da solidariedade como do prisma da responsabilidade do Poder Público no resguardo dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, acionado por uma entidade de empregadores, foi levado a se manifestar sobre a constitucionalidade da Súmula 331, do TST em confronto com o art. 71 da Lei 8.666/93.

Assim dispõe a Súmula 331, do TST:

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 6.019, de 3.1.74)

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/88)

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.6.83) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período de prestação laboral.

Por outro lado, assim dispõe o art. 71 da Lei 8.666/93:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º - A inadimplência da contratada, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.

Pensamos que quando o STF aceitou fazer uma verificação da constitucionalidade da Súmula 331, do TST, acabou por firmar o entendimento de que nosso sistema não é mais o sistema *civil law* puro, mas sim um misto com o sistema do

common law, posto que no sistema puro do *civil law* somente as leis e atos normativos passam pelo crivo da aferição de constitucionalidade, não se sujeitando a isso a jurisprudência –ainda que consolidada em súmula. Portanto, a partir desse posicionamento do STF recebe força o adágio de que o direito é aquilo que os tribunais dizem que é.

Preceitua o art. 102 da Constituição Federal de 1988:

“I- processar e julgar, originalmente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.”

Para além de se vislumbrar uma mudança no sistema do *civil law* a decisão do STF acolhe a tese de que alguns direitos possam ser titularizados mediante consolidação da jurisprudência, vale dizer, um entrenchamento por decisão judicial, encampando a tese da impossibilidade de retrocesso social.

Diante da metodologia aqui eleita somos levados a dizer que não andou bem, data máxima venia, o STF quando disse que o art. 71, da Lei 8.666/93 era constitucional ou aplicável nas relações trabalhistas, eis que no nosso entendimento deveria ter dito a Suprema Corte que o artigo em referência é constitucional analisado em interpretação conforme a Constituição, para excluir a irresponsabilidade pelos créditos trabalhistas do ente público. Isso porque, abstraídos os fundamentos acima expostos em relação à responsabilidade solidária do ente público, o argumento de que a empresa prestadora foi contratada por certame público não socorre o ente nem o safa de responsabilidade. A contratação de serviços e obras pelo Poder Público, mediante licitação ou outra modalidade pública de contratação é uma imposição constitucional de garantia da impessoalidade e moralidade do serviço público, portanto não tem a finalidade de retirar responsabilidade do ente público. Vale então dizer que a modalidade de contratação não pode afastar a responsabilidade do ente público, pois não foi essa a finalidade que o constituinte originário atribuiu a ela. Não se pode dar interpretação extensiva à norma constitucional para lhe dar finalidade diversa da dada pelo constituinte. Não há dúvidas de que a forma de contratação obrigatória pelo poder público tem a finalidade de proteção do patrimônio público, não podendo o agente público ampliar a sua finalidade, em interpretação extensiva, visto que as normas benéficas devem ser interpretadas de forma restrita, na conformidade do disposto no artigo 114 do Código Civil, e não para se ver livre de responsabilidades.

Quando se diz que o próprio Poder Público, através do disposto no art. 71, da Lei 8.666/93, quer se ver livre dos encargos trabalhistas inadimplidos pela contratada, se vê que o próprio Estado não quer se ater ao princípio constitucional da solidariedade para não arcar com o pagamento de alguém que lhe prestou serviços, suportando-se em questões meramente burocráticas. O empregado hipossuficiente, que não tem qualquer poder de ingerência no contrato entre as partes, não pode sofrer qualquer tipo de ônus decorrente do inadimplemento por parte de qualquer das contratantes, como já enfatizado mais de uma vez acima. O princípio da solidariedade

quer significar, em suma síntese, que aqueles que se uniram para explorar um terceiro devem sempre ser responsabilizados de forma solidária. Repugna à ética quando duas partes contratam, sem ingerência da parte mais fraca, e atribuem a ela o ônus do inadimplemento de uma delas, o que evidencia na contratação uma violação ética da cláusula *pacta sunt servanda*, como já enfatizado acima. São partes contratando conforme o seu interesse, prevendo um prejuízo para o explorado de seus direitos fundamentais.

Os direitos trabalhistas são considerados direitos fundamentais com eficácia de aplicação direta desde 1934, por isso é que nem se pode cogitar de violação impune por terceiros – sobretudo o Estado.

Daniel Sarmento, com suporte nas lições de Claus Canaris diz que a função legislativa como a jurisdicional estão vinculadas negativa e positivamente aos direitos fundamentais, inclusive no que tange à sua atuação sobre o campo das relações privadas. Porém, a vinculação negativa, ligada à dimensão de proibição de intervenção sobre os direitos fundamentais, seria mais forte do que a vinculação positiva, correlacionada ao imperativo de proteção. Isto porque, no caso da vinculação negativa, haveria apenas um comportamento exigível dos Poderes Públicos, que é a abstenção de intervenção no âmbito do direito fundamental em causa. Segue dizendo o autor que um importante segmento da doutrina alemã mais recente vem defendendo a tese de que a *doutrina dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais constitui a forma mais exata para solucionar a questão da projeção destes direitos no âmbito das relações privadas*. (gn)

Vertendo a doutrina acima referida para o caso ora examinado, podemos dizer que quando o Poder Público tenta se safar da responsabilidade pelas verbas trabalhistas, quando do inadimplemento do pagamento pela contratada, está a fugir de sua responsabilidade de proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Ora, se mesmo quando o Estado não participa da relação é seu o dever de proteção, quando então é uma das partes o seu dever se agiganta. Nesses casos, para além do dever de proteção, quando da instituição do art. 71, da Lei 8.666/93, o próprio Estado criou disposição apta a violar os direitos fundamentais dos trabalhadores, portanto, se afastou de uma das vertentes do conceito de direitos fundamentais que é a de abster-se de violar tais direitos. Da mesma forma o dispositivo citado não suporta uma análise do ponto de vista da teoria do impacto desproporcional, como veremos à frente.

No momento da contratação entre o Poder Público e a empresa contratada, três questões se impõem imediatamente, quais sejam: i) o princípio constitucional da solidariedade já implica em que são responsáveis solidários pelos direitos trabalhistas; ii) o Estado que não pode invadir direitos fundamentais e tem o dever de proteger contra a agressão de terceiros, não pode se afastar destas duas obrigações, que ocorre quando se vale do art. 71, da Lei 8.666/93; iii) um terceiro que não participou do contrato não pode ser responsabilizado pelo descumprimento de uma das partes do contrato; iv) no momento da contratação do serviço terceirizado, com imposição do comando do art. 71, da Lei 8.666/93, resta violado o devido processo legal na sua dimensão substancial, e

no momento em que o trabalhador postula as verbas em juízo com a possibilidade única de ver o Poder Público condenado com responsabilidade subsidiária (Súmula 331, do TST), resta violado o devido processo legal na sua dimensão processual; v) da mesma resta violado o primado do trabalho, porquanto o trabalho firma um contrato de trabalho com a prestadora de serviços sem a saber que poderá ter o seu contrato repassado para um terceiro e que, por conta disso, poderá ter que viver uma via crucis para receber seus consectários legais.

Podemos então deixar assentado, com a devida vênia, que há uma flagrante inconstitucionalidade no art. 71 da Lei 8.666/93, que escapou à apreciação de nossa Suprema Corte ou questões firmadas na melhor doutrina do direito que implicariam em afastar a aplicação do Art. 71 da Lei 8.666/93 nas relações de trabalho. Essa inconstitucionalidade pode ser sanada com a aplicação do Precedente Normativo 38, do TRT2, inclusive para os casos em que a contratação envolve o Poder Público, ou mediante uma análise da constitucionalidade do artigo 71 da lei 8.666/93, a partir de uma interpretação conforme a Constituição, para negar a constitucionalidade do artigo na parte referente à responsabilidade quanto aos direitos trabalhistas inadimplidos pela contratada⁵⁰:

Passamos a apreciar os principais argumentos dos que levaram à conclusão de que o STF deveria ter declarado constitucional o art. 71, da Lei 8.666/92, em interpretação conforme a Constituição, afastando a aplicação aos contratos de trabalho.

Quando se está a tratar de interpretação de responsabilidade em um determinado contrato em que uma das partes é ao mesmo tempo hipossuficiente e terceiro, e de outro lado litiga a Administração Pública, as prerrogativas que a Administração pública tem nos contratos administrativos devem ceder lugar às questões que se referem à valorização social do trabalho, que na CF/88 tornou fundamento do Estado Democrático de Direito, como se vê da leitura do inciso IV do art. 1º. A Administração Pública no caso vertente tem que ser equiparada ao particular e não pode se afastar de seu dever de proteção dos direitos fundamentais.

Para além desta questão há que se observar que de um lado do contrato há um ser humano – como já dizia Radbruch-, a quem a lei deve reservar especial atenção. Vale dizer, o que deve ser levado em conta, *prima facie* não é a relação entre prestação do trabalho e contraprestação salarial, mas, sim, que de um lado há uma pessoa humana a quem se deve assegurar todos os seus direitos fundamentais. Daí já se pode concluir que da relação entre a prestadora dos serviços e a Administração Pública não pode resultar qualquer tipo de prejuízo ao empregado, muito menos de suportar uma responsabilidade, ainda que seja subsidiária. Portanto, a metodologia da investigação outra não é senão a possibilidade de fazer-se uma interpretação não se tomando em consideração a tradicional dogmática jurídica e a segurança jurídica, mas sim o princípio da proporcionalidade e, em especial, a doutrina da proibição de insuficiência. Em primeiro plano é preciso fazer uma breve incursão na teoria geral dos contratos para a con-

50. Lopes da Silva, Laércio. A terceirização e a precarização nas relações de trabalho. São Paulo; LTR 2015. P. 105/108.

clusão de que na terceirização ora em comento o trabalhador é um terceiro que não teve qualquer tipo de participação no contrato, vale dizer, sua força de trabalho foi vendida ao Estado, sem sua anuência.

Afora estas questões que têm um apelo mais constitucional, poderíamos fazer indagações com matérias do campo do direito privado, sobretudo da teoria geral dos contratos, mesmo sem tomar em conta que o contrato de trabalho guarda elementos próprios em consideração à grande disparidade de poderio entre as partes no contrato.

A questão que se contraporia à tradicional dogmática jurídica é o fato de os direitos fundamentais terem imunizado as decisões contramajoritárias, o que dá ao juiz um campo maior de discricionariedade para aplicação dos próprios direitos fundamentais.

No sentido de que o legislador não pode tudo e que direito e justiça não se confundem, assim se posicionou o Supremo Tribunal de Justiça alemão⁵¹:

“A vinculação tradicional do juiz à lei, um elemento sustentador do princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, do estado, foi modificada na Lei Fundamental, ao menos em sua formulação, no sentido de que a jurisprudência está vinculada à ‘lei e ao direito’ (art. 20, §3º). Com isso, segundo o entendimento geral, rejeita-se um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a consciência de que, embora, em geral, lei e direito coincidam facticamente, isso não acontece de maneira constante e necessária. O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas. Quanto às disposições positivas do poder estatal, pode existir, sob certas circunstâncias, uma excedência de direito, que tem sua fonte no ordenamento jurídico constitucional como um conjunto de sentido e é capaz de operar como corretivo em relação à lei escrita; encontrar essa excedência de direito e concretiza-la é a tarefa da jurisprudência”.

À segurança jurídica se contraporia um conceito voltado à ideia de que, nos contratos que se satisfazem com a venda do próprio trabalho humano, o conceito de segurança jurídica não pode ser outro senão aquele voltado à salvaguarda dos direitos daquele que vende a sua força de trabalho e trabalha sob subordinação e tem na satisfação da contraprestação salarial seu único meio de sobrevivência. Portanto, em uma ponderação entre a tradicional segurança jurídica que assegura bases para aumento de produtividade, competitividade e segurança nos negócios, há que prevalecer um conceito de segurança jurídica que assegure, em primeiro plano, a equidade no contrato de trabalho sem perder de vista que no contrato e, por consequência, no meio ambiente de trabalho os direitos fundamentais devem ser observados.

Passamos a fazer uma justificativa e fundamentação geral do que estamos a defender, nos seguintes termos:

I. O argumento de que o contrato com a prestadora era um contrato administrativo precedido de licitação não tem

51. Alexy, Robert. Conceito e validade do direito. São Paulo – 2011. Ed. Martins Fontes, 7/8.

qualquer importância do ponto de vista da análise da responsabilidade dos contratantes para com o terceiro hipossuficiente, mesmo porque a finalidade do contrato administrativo mediante licitação tem como finalidade a preservação da moralidade e impessoalidade do pleito, sobretudo em relação à impessoalidade do certame; vale dizer que a finalidade da licitação é a relação que a Administração tem que ter com o contratado para preservar regra republicana disposta na CF/88, sem qualquer referência a responsabilidade com terceiros. Vale, dizer que a lei não pode incrementar questões que não guardam qualquer relação com o contrato exigido pela CF/88. Portanto, não pode o legislador infraconstitucional acrescentar um conteúdo à finalidade da licitação que não foi querido ou previsto pelo legislador constitucional para afastar uma responsabilidade que na teoria geral do direito é sua. A dona da obra sempre terá a responsabilidade de comprovar a idoneidade da contratada, tanto que a Administração poderia exigir uma caução idônea no edital para os fins de preservar o direito dos trabalhadores contratados como condição para participação no certame.

II. Quando o empregado é lançado a um limbo pela possibilidade de não receber as verbas rescisórias ou pelo fato de um infortúnio laboral e acabar com sua capacidade de trabalho ou com sua vida, diante de um contrato onde não pode opinar sobre a prestação de serviços para um tomador, resta violado o chamado valor social do trabalho que na CF/88 foi elevado a fundamento do Estado Democrático de Direito. Na teoria geral dos contratos, um terceiro não pode sofrer as consequências de um contrato firmado por terceiros do qual não teve qualquer participação. A experiência da doutrina do direito alemão pela não absorção do ônus ou prejuízo àquele que não pôde intervir no contrato, está em plena consonância com a nossa teoria geral dos contratos e com a ideia de comutatividade dos contratos, o que se aplica como uma luva no caso ora examinado. O princípio da proporcionalidade aplicar-se-ia da mesma forma no caso.

III. Como já dissemos acima, a vinculação negativa do Estado está ligada à dimensão de proibição de intervenção sobre a liberdade, ou seja, na proibição de excesso, visto que os Poderes Públicos devem ser abster de intervir e violar os direitos fundamentais. Podemos então repetir que quando o Poder Público tenta se safar da responsabilidade pelas verbas trabalhistas, quando do inadimplemento do pagamento pela contratada, está a fugir de sua responsabilidade de proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Ora, se mesmo quando o Estado não participa da relação é seu o dever de proteção, quando então é uma das partes o seu dever se agiganta. Nesses casos, para além do dever de proteção, quando da instituição do art. 71, da Lei 8.666/93, o próprio Estado criou disposição apta a violar os direitos fundamentais dos trabalhadores, portanto, se afastou de uma das vertentes do conceito de direitos fundamentais que é a de abster-se de violar tais direitos. Por outro lado, a Administração Pública, ao dar guarida ao refe-

rido artigo não se atenta a outra vertente dos direitos fundamentais que é a dos chamados mandamentos de proteção a proibição de insuficiência que determina a existência de deveres de proteção jurídico-fundamentais por parte do Estado. Portanto, ainda que a Administração não tivesse efetivamente responsabilidade no caso, deveria proteger o trabalhador na relação com a prestadora de serviços, como imposição da Constituição. No caso, portanto, o mandamento de proibição de insuficiência é apto para afastar a imposição da referida disposição em relação ao contrato de trabalho, com salvaguarda nos direitos fundamentais.

IV. As regras dispostas no artigo ora examinado, não são disposições típicas de direito administrativo a impor regras vantajosas ao Estado, posto se tratar da relação que se estabelece entre agentes privados no triângulo Administração, contratada e trabalhador da contratada, por isso há que se fazer um exame de ponderação entre os valores sociais do trabalho com o princípio fundamental da livre-iniciativa. A Administração Pública não é a mesma que tem o compromisso de contratar somente mediante certame público, conforme disposição do art. 37, II, da CF/88. Aqui se trata de um compromisso privado da Administração Pública onde deverá prevalecer os direitos fundamentais que regem a matéria privada e não a pública. Não há interesse público a ser preservado; o contrato administrativo com a contratada já teve sua finalidade cumprida com a licitação, portanto não pode gerar outros efeitos no desate do contrato. Inexiste possibilidade de ponderação de direitos fundamentais senão com o interesse público. No caso presente há somente interesse particular da Administração.

V. A conclusão a que se pode chegar é que quando a Administração contrata nos termos da Lei 8.666/93 não se safa de cumprir os deveres que advêm dos direitos fundamentais que asseguram os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. Vale então dizer que a vantagem contratual que a Administração tem contra os contratantes particulares não prevalece em relação aos direitos fundamentais específicos da ordem privada, portanto quando contrata com particulares pode sofrer as consequências das normas que restringem ou configuram o direito fundamental à livre-iniciativa.

VI. Das lições Robert Alexi podemos retirar que para que uma lei possa restringir ou configurar um direito fundamental é preciso que ela seja material e formalmente constitucional. Então podemos dizer que antes de se cogitar da aferição de constitucionalidade de uma lei, faz-se necessário que se afira se assim declarada teria ela o condão de restringir um direito fundamental. No caso ora examinado, declarou constitucional o art. 71 da Lei 8.666/93, o que ocorreu foi uma restrição ou configuração do direito fundamental à valorização social do trabalho que não pode ser fundamentada se não presente interesse público visto que é princípio que decorre essencialmente do princípio da dignidade humana, já que o valor social de que descreve a CF/88 são valorizações do direito de personalidade do tra-

balhador. Deixamos então assentado que quando se tratar de normas trabalhistas em especial, antes da apreciação da constitucionalidade, é preciso que se verifique se há algum princípio que pode acabar por ser configurado por uma norma que não tem condições para tal. Pontue-se que a norma do Art. 71, da Lei 8.666/93, não tem qualidades constitucionais para configurar um direito fundamental. Os direitos trabalhistas são direitos fundamentais desde 1934. Ainda que assim não fosse, a lei ora em comento configurou, sem qualidade para tanto, o princípio constitucional da valorização social do trabalho.

VII. A Proteção do bem jurídico pelo suporte fático. O que estamos a estudar enquadra-se no que Alexi chama de normas que garantem direito de defesa ou direitos a ações negativas por parte do titular do direito fundamental. No caso ora examinado o trabalhador tem direito fundamental ao não-embaraço no recebimento de seus direitos trabalhistas. Diga-se que o direito ao recebimento das verbas pelo empregado não pode ser embaraçado ou eliminado. Salta aos olhos, portanto, que não se pode outorgar característica de constitucional a uma norma que, na tentativa de proteger o Estado, intervém para eliminar um bem protegido.

VIII. Os contratos na nova ordem jurídica, permeados por valores do Estado Social, lançam os seus efeitos também para o âmbito externo, sobretudo quando se trata de um contrato de trabalho com sua importante repercussão no interesse público. Desse modo, a repercussão dos efeitos do contrato qualifica a própria relação na qual está envolvida - o contrato. Vale dizer que a natureza da relação contratual está condicionada à observação das normativas inscritas nos arts. 421 e 422 do Código Civil.

IX. A tentativa do Estado em afastar a sua responsabilidade na terceirização de serviços viola o princípio constitucional da solidariedade, conforme já expusemos de passagem acima. Isso por que se valeu da exploração do trabalho humano sem querer arcar com os custos.

Ainda com suporte nas lições de Alexi⁵² poderíamos dizer o seguinte:

X. Se uma ação constitui o direito a receber as verbas decorrentes de trabalho prestado para uma empresa e um ente público, então, há um direito *prima facie* a que nele não se intervenção com questões que somente interessam aos reais contratantes.

XI. Se uma ação constitui o direito de receber verbas decorrentes de trabalho prestado, assegurado no princípio constitucional da valorização social do trabalho então, intervenções nessa ação são *prima facie* proibidas.

Nessas formulações teríamos que o suporte fático seria o

52. Robert Alexi. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros – 2008. p. 304 e 307.

próprio bem protegido, ou seja, a ação protegida pelo direito fundamental.

Considerando que as normas que garantem o recebimento dos direitos trabalhistas são normas que garantem direito de defesa, com Alexi diríamos que são normas em que o suporte fático é dividido em dois elementos, quais sejam:

- i) Se uma medida é a intervenção no recebimento das verbas rescisórias, então, essa medida é *prima facie* proibida.
- ii) Se uma ação *h*, realizada por um titular de um direito fundamental, é o recebimento de verbas trabalhistas, e se a medida *m* (art. 71 da Lei 8.666/93) intervém em *h*, então, *m* é *prima facie* proibida.

XII. Robert Alexi justifica a construção do suporte fático composto pelo bem protegido e pela intervenção nos seguintes termos:

(I) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental são *prima facie* proibidas pelo direito fundamental.

(II) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental, e que não sejam justificadas por uma restrição, são definitivamente proibidas pelo direito fundamental.

(III) Todas as medidas que não sejam *prima facie* proibidas pelos direitos fundamentais não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental.

(IV) A questão posta implica em balanceamento entre a preservação do Estado, conforme disposto no art. 71 da lei citada, com a preservação da dignidade humana do trabalhador que prestou serviços ao Estado e pode acabar pode nada receber. Não é possível fazer-se balanceamento com a dignidade humana nesse caso visto que não há interesse público envolvido. O balanceamento postula sempre um apelo à proporcionalidade, por isso esta está ligada à distinção entre intervenções justificadas e injustificadas. A intervenção proporcional é justificável e é, portanto, constitucional. O oposto se aplica no caso de intervenção desproporcional.⁵³

De fato, disso podemos concluir que o suporte fático das normas trabalhistas - que sempre garantem um direito de defesa- requer uma aferição, para além dos direitos especificados nas normas, aqueles direitos já titularizados pela sociedade e que se incrustaram no seu patrimônio enquanto trabalhador subordinado, v.g, as condições de trabalho. Da mesma forma deverá ser observado o direito que decorre da necessidade de preservação do direito de personalidade do trabalhador no âmbito da empresa, sobre os que decorrem dos deveres de cuidado e proteção que o empregador deve

53. Robert Alexy. A Dignidade Humana e a Análise da Proporcionalidade. In Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-positivismo Inclusivo. Florianópolis – 2015. Ed. Qualis. pg. 13/14.

ter para com o empregado, além, por óbvio, dos direitos implícitos nas normas que decorrem de uma relação com um determinado direito fundamental, sobretudo aquele da valorização social do trabalho. Desse modo, o suporte fático, na lição de Alexi, será composto do bem protegido e da intervenção, como já dissemos.

Por tudo que expusemos acima, ousamos dizer que o STF teria que dizer, com suporte em uma interpretação conforme a Constituição, que o art. 71, da Lei 8.666/93, somente poderia manter-se como norma válida se não aplicável aos contratos de trabalho.

3. Segurança jurídica e princípio da confiança legítima.

O que vimos dizendo sobre os deveres do Estado em relação aos direitos fundamentais se reflete no chamado apelo à confiança que também o é na atividade estatal e na ação voltada à proteção das expectativas legítimas do cidadão e dos seus direitos, notadamente os Direitos Fundamentais instrumentalmente necessários ao livre desenvolvimento da personalidade humana, como ressalta Judith Martins⁵⁴. O que vimos, contudo, da interpretação do STF é que o velho princípio da segurança jurídica em favor do Estado parece ter prevalecido no caso.

Com a devida vênia, somos partidários do entendimento de que o STF, ao apreciar a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, não levou em consideração os argumentos por nós já articulados acima, bem como o fato de que de um lado da questão estava o direito de personalidade do trabalhador que tem que ser levado em conta na conceituação do princípio da segurança jurídica.

“Com efeito, a personalidade humana, considerada em seus aspectos existenciais, protegidos, em larga medida, no catálogo dos direitos fundamentais, mas também nas leis infraconstitucionais, é o bem jurídico fundamental por excelência. Proporcionar as condições para o seu desenvolvimento livre na vida comunitária, no “mundo comum a todos”, é também dever de atuação do Poder Público. A confiança do cidadão perante a Administração Pública vem aí conotada a um dever que se desdobra, que se bifurca em dois sentidos diversos a um mesmo sintagma – boa-fé: a Administração deve não apenas resguardar as situações de confiança traduzidas na boa-fé (crença) dos cidadãos na legitimidade dos atos administrativos ou na regularidade de certa conduta; deve também agir segundo impõe a boa-fé, considerada como norma de conduta, produtora de comportamentos *ativos e positivos de proteção*... Porém, trata-se de uma confiança que o é também na *atividade estatal*, na ação continuamente voltada à proteção das expectativas legítimas do cidadão e dos seus direitos, notadamente os Direitos Fundamentais instrumentalmente necessários ao

livre desenvolvimento da personalidade humana. A confiança é, pois, mais do que apelo à segurança da lei; é também mais do que a boa-fé, embora suponha. É *crédito social*, é a expectativa, legítima, na ativa proteção da personalidade humana como escopo fundamental do ordenamento... A confiança dos cidadãos é *constituente* do Estado de Direito, que é, fundamentalmente, *estado de confiança*. Seria mesmo impensável uma ordem jurídica na qual não se confie ou que não viabilize, por seus órgãos estatais, o indispensável estado de confiança. A confiança é, pois, fator essencial à realização da justiça material, mister maior do Estado de Direito. De resto, a exigência de um comportamento positivo da Administração Pública na tutela da confiança legítima dos cidadãos corre paralela ao crescimento, na consciência social, da extremada relevância da conexão entre a ação administrativa e o dever de proteger de maneira positiva os direitos de personalidade constituintes do eixo central dos direitos fundamentais”⁵⁵.

4. A teoria do impacto desproporcional.

Antes mesmo de a questão ter sido levada ao STF deveria ter sido aferida diante da teoria do impacto desproporcional, visto que apesar de ser possível dar uma interpretação conforme a constituição a referida teoria resolveria a questão também com muita propriedade, como veremos.

No seu excelente livro sobre ação afirmativa diz o Ministro Joaquim Barbosa⁵⁶:

“...mas importante ainda do que a noção de discriminação, tecnicamente denominada “tratamento discriminatório”, é a chamada “discriminação de resultados”, ou “estrutural”, ou seja, aquela que redunde em uma desigualdade oriunda não de atos individuais ou de manifestação expressa de discriminação por parte de alguém em detrimento de um indivíduo ou do grupo a que ele pertence, mas de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de grande potencial discriminatório. Esta forma de discriminação é também denominada “discriminação por impacto desproporcional – “*disparate impact*” ou “*adverse impact*”.

Para demonstrar que a desigualdade pode advir da própria lei com impacto desproporcional sobre certas categorias de pessoa, assim se posiciona o ministro⁵⁷.

“Esta é talvez a mais perversa forma de discriminação, uma vez que envolve práticas administrativas e empresariais dissimuladas, quase invisíveis, raramente objeto de qualificação jurídica satisfatória, eis que o Direito conven-

cional se empenha preferencialmente em caracterizar o tratamento discriminatório, que é a violação mais singela ao princípio universal da igualdade perante a lei, esquecendo-se de que muitas vezes a desigualdade advém da própria lei, do impacto desproporcional que os seus comandos normativos pode ser sobre certas categorias ou grupo de pessoas”

A disposição normativa a que estamos a interpretar – o Art. 71, da Lei 8.666/89 - é exemplo eloquente do impacto desproporcional sobre o contrato de trabalho, se tomarmos em consideração a exuberância da diferença de impacto em relação aos contratados pela a empresa prestadora de serviços em relação aos contratados diretamente pela tomadora. Vale notar que a relação da empresa prestadora de serviço com a Administração Pública é a de credora negocial, já os trabalhadores são credores não negociais com a empresa que o contratou. A importância do impacto se dá também pelo fato de que a norma não torna desiguais relações entre particulares, mas em relação à própria Administração, criando para si um benefício contra um serviço que lhe foi prestado. Não se trata no caso de discriminação determinada pela natureza da atividade (*business necessity*), eis que no caso se trata apenas de isentar a Administração de pagamento de verbas inadimplidas pela prestadora de serviços. Disso se tem que o referido dispositivo traz discriminação não razoável e injustificada.

“A teoria do impacto desproporcional pode ser singelamente resumida na seguinte formulação; toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que desprovida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio constitucional da igualdade material se, em decorrência de sua exceção, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias ou grupos de pessoas, historicamente vistos como socialmente vulneráveis”⁵⁸.

Ora, se vê com clareza solar que o impacto da disposição legal multicitada é absolutamente desproporcional na vida dos trabalhadores terceirizados de empresa que contratam com a Administração Pública, violando o princípio constitucional da igualdade material em relação aos demais contratados pela CLT que não são terceirizados.

4. Da natureza da relação de emprego.

O empregado na relação de emprego é credor não negocial, isso significa que a garantia que tem para ver seus créditos honrados quando a empresa não paga é o fato de poder avançar sobre o patrimônio dos sócios, vale dizer que a relação não negocial tem como garantia o patrimônio da empresa e, posteriormente, dos seus sócios numa relação de responsabilidade solidária com execução automática. De uma leitura mais atenta da disposição cravada no art. 1080 do CC, se vê que a simples inadimplência ou insolvência acarreta a suces-

são das garantias para as pessoas dos sócios. E assim o é posto que tanto o art. 50, do CC como o art. 1080, do CC, são normas de direito material, portanto o fato de ser credor *não negocial* já implica no crédito automático sobre o patrimônio dos sócios, sem qualquer ingerência processual a ser perseguida. Contudo, quando o Art. 71, da Lei 8.666/93 afasta a responsabilidade da Administração, ainda que o empregado não pudesse avançar sobre os bens da Administração, por conta de sua absoluta impenhorabilidade, passa a ser tratado como se fosse credor negocial, embora nem ao menos possa impor ao Estado que o explorou a Teoria Maior, como se fora um credor negocial.

Em conclusão, deixamos assentado que há uma multiplicidade de argumentos que justificam nosso entendimento de que o STF não deu a melhor interpretação ao disposto no Art. 71 da Lei 8.666/93, tomando-se uma leitura dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais envolvidos no caso; do direito e do processo do trabalho; dos direitos já titularizados pela sociedade que atuam como normas materialmente constitucionais no direito do trabalho e processo do trabalho; que o direito de personalidade é direitos humanos nas relações privadas e, sobretudo, que os valores sociais do trabalho na CF foram elevados à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, tudo levando à conclusão pela inconstitucionalidade pela violação do princípio constitucional da igualdade material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Alexi, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva.

- A Dignidade Humana e a Análise da Proporcionalidade. *In* Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-positivismo Inclusivo. Florianópolis – 2015. Ed. Qualis.

Costa, Judith Martins. Almiro Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os Cidadãos. *In* Fundamentos do Estado de Direito Estudos em Homenagem a Almiro do Couto e Silva.

Gomes, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. São Paulo – 2001. Renovar.

Lopes da Silva, Laércio. A terceirização e a precarização nas relações de trabalho. São Paulo; LTR 2015.

Medauar, Odete. Segurança Jurídica e confiança legítima. *In* Fundamentos do Estado de Direito, Estudos em Homenagem do Professor Almiro Couto e Silva.

Humberto Ávila Organizador. São Paulo – 2005. Malheiros.

Perlingieri, Pietro. Perfis do Direito Civil. São Paulo – 2007. Renovar, 3ª Ed.

Tartuce, Flávio – Manual de Direito Civil, volume único – 2ª edição Ed. Método.

54. Costa, Judith Martins. Almiro Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os Cidadãos. *In* Fundamentos do Estado de Direito Estudos em Homenagem a Almiro do Couto e Silva. Organizador Humberto Ávila – Malheiros – 2005. pg. 145.

55. Medauar, Odete. Segurança Jurídica e confiança legítima. *In* Fundamentos do Estado de Direito, Estudos em Homenagem do Professor Almiro Couto e Silva. Humberto Ávila Organizador. São Paulo – 2005. Malheiros, p. 136/139/145.

56. Gomes, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. São Paulo – 2001. Renovar, p. 180/181.

57. idem, p. 181.

58. idem, p. 181.

RAQUEL MARCOS SIMÕES

Juíza do Trabalho

CARTA AO MEU PAI SOBRE A REFORMA TRABALHISTA

Recentemente, ao replicar um “post” da Associação Nacional dos Juizes do Trabalho sobre a reforma trabalhista, meu pai respondeu à Associação da qual faço parte (sim, eu sou Juíza do Trabalho) dizendo ser favorável à reforma trabalhista, admitindo que talvez não seja a melhor reforma, mas “a reforma possível” e afirmando estar certo de sua posição diante da existência de milhares de reclamações trabalhistas e da conformação atual de nossa organização sindical.

Brigamos. Com peso na consciência, escrevo. A consciência pesa pela briga com meu pai e pela compreensão do projeto aprovado na Câmara dos Deputados, em tramitação no Senado Federal, sob o número 38/2017 (PCL 38/2017).

É verdade meu pai. Ele não é de todo ruim, mas o que ele tem de ruim justifica uma reflexão imensa sobre aonde queremos chegar. Falo, então, do que é ruim.

Sobre a tão falada negociação coletiva, ela já existe hoje e está prevista na Constituição da República. O texto constitucional determina o reconhecimento dos acordos e das convenções coletivas desde que visem à melhoria da condição social do trabalhador.

A ideia é a seguinte: já se sabe que a lei de livre mercado não é capaz de regular as relações de trabalho por um motivo bastante singelo, porque pessoa não é mercadoria e porque o trabalho é indissociável da pessoa que o presta. Como o homem tem dignidade, não é possível regular a “venda” de seu trabalho apenas com questões relacionadas à oferta e à demanda.

A legislação, portanto, estabelece limites mínimos de proteção para a “venda” do trabalho humano que dizem respeito a sua liberdade, a sua integridade física, a sua intimidade, aos necessários tempos de descanso e de pausas, a sua remuneração, a irredutibilidade de seus vencimentos, proteção em caso de desemprego; e assegura a negociação dos direitos, desde que não implique piora na sua condição social.

O PCL nº 38/2017, no art. 611-A, depois de estabelecer que o negociado prevalece sobre o que dispõe a lei - e, nesse ponto, que bom que ainda temos a nossa Constituição da República! - segue autorizando a negociação da prorrogação de jornada em ambiente insalubre, o que hoje exige licença prévia do Ministério do Trabalho (CLT, art. 60). No mesmo sentido, autoriza o trabalho de 12 horas em condições insalubres, incluindo um parágrafo único, ao art. 60, da CLT e autoriza o trabalho da gestante e da lactante em condições insalubres em grau mínimo ou médio (a atual legislação prevê a atividade dessas trabalhadoras apenas em condições salubres (CLT, art. 394-A)).

O trabalho em local insalubre é aquele realizado em ambiente de muito ruído, de muita umidade, de frio ou calor excessivo, em local encharcado, sem falar do trabalho em contato com agentes químicos e biológicos. Penso que já deve ser difícil trabalhar as atuais 8 horas diárias nessas condições. Como negociar ou por lei ordinária estabelecer que a maior exposição do trabalhador aos referidos agentes mediante o

aumento de sua jornada de trabalho, sem a prévia análise de uma autoridade competente, é segura e não viola a sua integridade física? E quanto à gestante e à lactante: crianças (no ventre ou fora dele) estarão seguras se a mãe estiver exposta à insalubridade em grau mínimo ou médio? O risco assumido em nome da modernização da legislação trabalhista parece máximo.

Ainda sobre a negociação, uma condição que entendo intrínseca à questão são as concessões recíprocas. Uma parte cede um pouco; a outra parte cede outro pouco; e chegamos a um desejável consenso.

O PCL nº 38/2017, contudo, indica que a inexistência de contrapartidas recíprocas não invalida a negociação coletiva (parágrafo segundo, do art. 611-A). Nesse ponto o projeto esvazia a ideia de negociação porque se não existiu contrapartida o que houve foi imposição e ninguém negocia apenas para perder, ou negocia?

O parágrafo terceiro, do mesmo art. 611-A, esclarece que se houver cláusula “negociada” que reduza salário ou jornada, o empregado deve ser protegido contra a dispensa imotivada. Aqui parece que o legislador se assustou com a sua própria perversidade: ao perceber que a negociação não precisa mais ter contrapartida e alcança salário e jornada, decidiu assegurar ao trabalhador uma compensação expressamente determinada na lei, qual seja, a permanência no emprego com o salário ou a jornada reduzida até o final do prazo de vigência do instrumento negociado.

Com o término do prazo, espero, o salário retorna ao seu valor e o empregado pode ser legítima, imediata e imotivadamente dispensado. Talvez fosse o caso de pensar em uma garantia que estendesse os seus efeitos para depois do período de crise; mas essa ideia não deve ser compatível com a modernização da legislação do trabalho e com a necessária retomada da economia, não é mesmo?

No subsequente art. 611-B, quando o projeto trata do que não pode ser objeto de negociação, incluindo as normas de saúde, higiene e segurança do trabalhador, depois de 33 incisos, aparece o parágrafo único assim redigido: “Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para fins do disposto neste artigo”.

Lembro, meu pai, que falamos sobre “pessoa” e que “pessoa” tem um limite orgânico de possibilidade de prestação de trabalho. Será que dá para acreditar que a delimitação de tempo de trabalho e de descanso não diz respeito à saúde humana? O legislador acredita; por tudo que li, e também pelo fato de autorizar em uma jornada diária de 12 horas de trabalho, a indenização do intervalo para alimentação e descanso (art. 59-A).

Trabalharemos, então, 12 horas de forma ininterrupta, recebendo em dinheiro o valor do nosso intervalo para refeição e descanso. Isso parece saudável?

Mas essas questões de tempo são mesmo curiosas nesse projeto. Imagine que o empregador pode contratar um trabalhador – com registro na CTPS – sem garantir tempo de trabalho e salário. É o contrato intermitente. O trabalhador pode ser contratado e registrado para não trabalhar e não receber o salário. O projeto prevê que o contrato precisa unicamente estabelecer o valor hora do trabalho que não pode ser inferior ao valor hora do salário mínimo ou dos trabalhadores que na empresa exerçam a mesma função. Esse contrato vale para qualquer trabalhador, exceto os aeronautas – acho que o legislador tem medo de voar com um trabalhador intermitente pilotando o avião.

O contrato é esse: valor hora do trabalho. A partir daí o empregador oferece o tempo que tem disponível de trabalho ao empregado, com antecedência de três dias corridos, informando a jornada (que pode ser determinada em horas, em dias ou meses). O empregado tem um dia útil para responder e pode recusar a oferta sendo que a lei ressalva que a recusa não implica insubordinação (ainda bem! o contrário seria inimaginável). Aceita a oferta, a parte que descumprir a prestação de serviços acordada paga em favor da outra uma multa de 50% do valor pactuado. O tempo de inatividade não é pago pelo empregador.

Após o período de trabalho, vamos supor aqui, meu pai, que o cidadão trabalhe 15 horas, ele recebe as horas, o descanso semanal remunerado, as férias e o décimo terceiro salário, todos calculados sobre o valor de 15 horas. Ao final de 12 meses, o empregado pode tirar férias, sem receber nada, porque já foram pagas de forma antecipada, apenas sobre o valor da hora de trabalho, lembra?

Essa medida realmente deve implicar aumento do emprego formal. Mas de qual tipo de emprego?

O teletrabalho também é muito moderno. Mas note, quem trabalha em casa não está sujeito ao limite de jornada. Bem, o trabalhador está em casa mesmo... e o tempo de trabalho não é mais norma de saúde do trabalhador. Mas o que dizer da previsão que exige o mútuo acordo entre empregador e empregado para a transferência do regime presencial para o regime de teletrabalho e, ao inverso, autoriza a decisão unilateral do empregador quanto ao retorno ao regime presencial daquele empregado que, suponho feliz, trabalha em sua casa? (§2º, do art. 75-C).

A possibilidade de compensação de horários agora também é moderna e flexível. O que eu estranhei foi a disposição do parágrafo único, do art. 59-B, ao estabelecer que a prestação habitual de horas extras não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.

De novo vamos pensar no trabalhador que por 12 horas de trabalho (agora, até prestadas de forma ininterrupta), aguarda as suas 36 horas de descanso. Se esse trabalhador realizar horas extras de forma habitual, por exemplo, trabalhar 14 horas com então 34 horas de descanso, o seu acordo é considerado porque repetidamente descumprido. Nesse cenário o trabalhador tem direito ao pagamento de horas extras acima da 8ª hora diária de trabalho. Com o projeto, o acordo “12x36” permanece válido, mesmo sendo reiteradamente descumprido, o que significa: pagar ao empregado apenas as horas extras que excederem às já exaustivas 12 horas de trabalho prestadas de forma ininterrupta.

Para não cansá-lo, meu pai, passo a tratar do último assunto quanto ao PLC nº 38/2017 - sem a pretensão de exaurir o que é ruim - a indenização por dano extrapatrimonial. O dano extrapatrimonial, como o próprio projeto prevê, diz respeito à ofensa que alcança a esfera moral ou existencial da pessoa física. Normalmente esse tipo de indenização tem lugar quando o empregado é humilhado ou perseguido pelo seu empregador, quando sofre assédio sexual, quando tem a sua intimidade maculada e nas hipóteses de doença e acidente de trabalho.

O empregado que perde uma mão na máquina de moer, por exemplo, tem direito a uma indenização por dano extrapatrimonial quando constatada a culpa da empresa. Na hipótese, a conduta culposa da empresa reside no fato de utilizar uma máquina que permite o acesso dos membros superiores da pessoa ao triturador (as máquinas de moer, já há algum tempo, são construídas de forma a não permitirem o acesso da mão ao triturador e as máquinas antigas foram proibidas de serem utilizadas).

A indenização por esse dano está tarifada no projeto. Ofensa de natureza leve vale até três vezes o salário contratual do ofendido, ofensa de natureza média até cinco vezes, ofensa de natureza grave até vinte vezes e ofensa de natureza gravíssima até cinquenta vezes o salário contratual do ofendido.

Tenho algumas questões para você, meu pai: por que o preço da dor pela perda de uma mão varia conforme o salário contratual do ofendido? Quem é melhor remunerado tem uma dor maior do que aquele que é pior remunerado? Qual será o preço da dor pela perda de uma mão do trabalhador contratado de forma intermitente? O valor hora do salário dele (única previsão de seu contrato de trabalho) ou o quantidade de horas que ele trabalhou no mês do acidente (imagine se no mês ele trabalhou 4 horas)? O preço da dor pela perda de uma mão do trabalhador que está com o salário temporariamente reduzido por negociação coletiva também diminui no prazo de vigência do instrumento negociado?

Não tenho as respostas meu pai, só as perguntas... e a última delas é: aonde queremos chegar?

JURISPRUDÊNCIA

TERMO DE AUDIÊNCIA

Processo nº 1864/16

Aos quinze dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e dezessete às 18:02 horas, na sala de audiência desta 05ª Vara do Trabalho, sob a presidência do MM. Juiz do Trabalho, **DR. ANDRÉ CREMONESI**, foram, por sua ordem, apregoados os litigantes:

IGREJA MUNDIAL DO PODER DE DEUS, autora e **UNIÃO FEDERAL**, ré.

Ausentes as partes. Conciliação prejudicada.

Vistos etc.

IGREJA MUNDIAL DO PODER DE DEUS propôs a presente ação declaratória de inexistência de relação jurídica em face de UNIÃO FEDERAL perante esta Justiça Especializada onde postula:

Tutela de urgência; declaração de nulidade dos atos administrativos advindos dos autos de infração lavrados em face da autora e os declarando nulos de pleno direito; alternativamente, declaração de nulidade dos atos do Poder Executivo que declararam a existência de relação jurídica trabalhista; alternativamente, declaração de inexistência de vínculo empregatício entre os ministros religiosos e a autora.

Indeferida a tutela de urgência (id. f61500a).

Pela autora foi reiterado o pedido de tutela de urgência (id. 243cd03).

Pelo Juízo foi mantida a decisão de indeferimento da tutela de urgência (id. cd80e50).

Regularmente notificada, a ré apresentou contestação alegando o seguinte:

Mérito: o auditor fiscal do trabalho pode reconhecer o vínculo empregatício em ação fiscal; o auditor fiscal do trabalho deve atuar na fiscalização em observância do princípio da primazia da realidade; o auditor fiscal do trabalho pode refletir sobre a relação de emprego na ação fiscal devendo observar os requisitos da relação de emprego; despesas processuais; honorários advocatícios.

A autora renovou o pedido de tutela de urgência (id. 157906e).

Pelo Juízo foi mantida a decisão de indeferimento da tutela de urgência (id. 1810878).

Pela autora foram juntados novos documentos.

Encerrada a instrução processual. Razões finais remissivas pela autora (id. 5d5daab).

É o relatório.

DECIDE-SE

MÉRITO

DECLARAÇÃO DE NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO DECLARANDO-OS NULOS DE PLENO DIREITO

Pleiteou a autora a declaração de nulidade dos autos de infração declarando-os nulos de pleno de direito.

A ré sustentou a validade dos autos de infração lavrados em face da autora.

Sem razão a autora.

O auditor fiscal do trabalho exerce atividade administrativa plenamente vinculada.

Portanto, referidos servidores públicos tem o poder/dever de lavrar autos de infração quando entendem que se trate de descumprimento da legislação trabalhista.

Por conta disso indefere-se o pedido.

ALTERNATIVAMENTE, DECLARAÇÃO DE NULIDADE DOS ATOS DO PODER EXECUTIVO QUE DECLARARAM A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA

Postulou a autora, de forma alternativa, a declaração de nulidade dos autos do Poder Executivo que declararam a existência de relação jurídica trabalhista.

A ré contestou o pedido aduzindo que não só o Poder Judiciário Trabalhista, mas também os auditores fiscais do trabalho detêm poder de reconhecimento do vínculo empregatício.

Sem razão a autora.

A ré colacionou na contestação acórdão da 4ª Turma do C. Tribunal Superior do Trabalho no qual foi relator o Ministro Fernando Eizo Ono, no qual ficou decidido que é possível ao auditor fiscal do trabalho reconhecer o vínculo empregatício durante ação fiscal.

Por conta disso indefere-se o pedido.

ALTERNATIVAMENTE, DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE OS MINISTROS RELIGIOSOS E A AUTORA

Postulou a autora, de forma alternativa, a declaração de inexistência de vínculo empregatício entre os ministros religiosos e a mesma.

A ré invocou o princípio da primazia da realidade para sustentar a regularidade da ação fiscal que reconheceu o vínculo empregatício entre ministros religiosos e a autora.

Sem razão a autora.

O princípio da primazia da realidade, também denominado por alguns doutrinadores como princípio do contrato realidade, nada mais é do que a prevalência da situação de fato existente na forma de prestar serviços, em detrimento de qualquer documento escrito, em especial quando este traga algum prejuízo ao trabalhador.

Com efeito, pelo princípio da primazia da realidade deve ser verificada a existência concomitante de quatro requisitos do contrato de trabalho, a saber:habitualidade, pessoalidade, onerosidade e subordinação jurídica.

Portanto, pouco importa se o ministro religioso tiver assinado qualquer documento escrito no sentido de que não teria vínculo empregatício, se os quatro requisitos do contrato de

trabalho acima citados estiverem presentes na relação jurídica de direito material.

Por conta disso indefere-se o pedido.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA RÉ

Nos termos do artigo 5º da Instrução Normativa nº 27/2005 de 16/02/2005 e da Súmula 219, item III, do C. TST fixam-se honorários advocatícios a cargo da autora, em favor da ré, à base de 15% (quinze por cento) sobre o valor atribuído à causa.

ANTE AO EXPOSTO, decide a 05ª Vara do Trabalho julgar **IMPROCEDENTE** a ação declaratória de inexistência de débitos trabalhistas movida pela **IGREJA MUNDIAL DO PODER DE DEUS** em face de **UNIÃO FEDERAL**, para absolver a ré, nos termos da fundamentação supra, de todo os pedidos da exordial.

Honorários advocatícios, a cargo da autora, em favor da ré, à base de 15% (quinze por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Custas, pela autora, sobre o valor atribuído à causa de R\$ 5.375.665,01 (cinco milhões, trezentos e setenta e cinco mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e um centavos), no importe de R\$ 107.513,30 (cento e sete mil, quinhentos e treze reais e trinta centavos).

Intimem-se as partes.

NADA MAIS.

ANDRÉ CREMONESI

Juiz do Trabalho

AUTOS 1001492-33-2016-5-02-0013
AÇÃO TRABALHISTA – RITO ORDINÁRIO

DATA DE PUBLICAÇÃO: 20.04.2017

AUTOR:
FERNANDO DOS SANTOS TEODORO

RÉUS:
1. UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA,
2. UBER INTERNATIONAL BV e
3. UBER INTERNATIONAL HOLDING BV

S E N T E N Ç A

1. Relatório.

FERNANDO DOS SANTOS TEODORO propôs ação trabalhista em face de UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA, UBER INTERNATIONAL BV e UBER INTERNATIONAL HOLDING BV, em que postulou a declaração da relação jurídica de emprego e o pagamento das parcelas especificadas na petição inicial. Deu à causa o valor de R\$ 62.531,00 e apresentou documentos.

As rés apresentaram contestações, instruídas com documentos, em que arguíram preliminares e, no mérito, refutaram as assertivas do autor, pugnando pela improcedência dos pleitos.

O autor manifestou-se sobre a defesa e os documentos apresentados pela parte contrária, reiterando os pedidos iniciais.

Foi colhido o depoimento pessoal das partes. Inquiridas três testemunhas. Instrução processual encerrada sem outros elementos.

Facultado às partes o oferecimento de razões finais, que foram apresentadas por meio de petições escritas.

Tentativas conciliatórias frustradas.

2. Fundamentação

2.1. Incompetência material

A ré arguiu a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para apreciar a relação jurídica existente entre as partes, uma vez que teria havido entre elas contrato de natureza civil, e não uma relação de trabalho.

A competência material deve ser aferida, abstratamente, em função da causa de pedir e do pedido⁵⁹. Se estes guardam pertinência com a relação jurídica de trabalho, resta afirmada a competência da Justiça do Trabalho (CF, art. 114, I), independentemente da situação fática efetivamente ocorrida, pois esta se engloba na análise do mérito da pretensão.

Tendo em vista, portanto, que a pretensão do autor é justamente a de ver declarada a relação de emprego, é inafastável a conclusão de que a competência material, para processar e julgar a demanda, só pode mesmo ser da Justiça do Trabalho.

Por esse fundamento, rejeito a preliminar.

2.2. Nulidade de citação

A segunda e a terceira rés suscitarão a nulidade de sua citação, tendo em vista que foi irregular o ato praticado, na pessoa da preposta da primeira ré.

Sem razão. Conforme os termos da decisão que proferi na audiência de 14 de fevereiro de 2017 (ID 9496cbc), as três rés compõem um grupo econômico, sendo inclusive o quadro societário da primeira empresa formado, exclusivamente, pela segunda e pela terceira (ID 9999287). Assim, a finalidade primordial do ato processual de citação (dar conhecimento da demanda ao réu) foi atingida. Tanto foi que as suscitantes compareceram na audiência e apresentaram sua contestação (ID 6a90e57). Aliás, registre-se por oportuno que as três rés foram representadas em audiência pela mesma pessoa, na condição de preposta, o que ratifica a validade da decisão pertinente à citação das suscitantes.

Por fim, saliento que a declaração de nulidade processual requer a demonstração, pela parte interessada, de prejuízo manifesto (CLT, art. 794). E, como já exposto, não ocorreu qualquer prejuízo processual, à vista da regular apresentação da defesa e acompanhamento da instrução do feito.

Diante desses motivos, rejeito a arguição de nulidade.

2.3. Inépcia da petição inicial I

São requisitos da petição inicial, dentre outros, a exposição dos fatos que embasam a pretensão do autor e o pedido, com suas especificações (CLT, art. 840, § 1º; CPC, art. 319, III e IV). O preenchimento desses requisitos constitui pressuposto processual de validade, sem cuja presença fica o juiz impedido de apreciar o mérito da ação. Saliento que, embora no processo do trabalho as exigências formais quanto à petição inicial sejam mitigadas, tal não elide a necessidade de sua aptidão, uma vez que essa peça conforma a sentença a ser, eventualmente, dotada da imutabilidade da coisa julgada.

Assim, verifico que não foi exposta suficientemente a causa de pedir do pleito de pagamento de **horas extras e adicional noturno**. Na exordial alegou o autor que trabalhava mais de 44 horas por semana, em horário diurno e também noturno. Não há, entretanto, a quantificação das horas de trabalho, ou mesmo a indicação de uma jornada de trabalho média, que pudesse ser usada para fins de apuração do montante pleiteado. Por outro lado, a ré também não indicou horários de trabalho ou carga horária que pudessem servir para suprir a omissão do libelo.

Diante disso, por ineptos (CPC, art. 330, I), excluo tais pedidos do objeto do processo (CPC, art. 485, I).

2.4. Inépcia da petição inicial II

As rés arguíram a inépcia da petição inicial, uma vez que não haveria “pedido expresso e específico” em relação à responsabilização da segunda e da terceira rés, no rol de pedidos da exordial.

A petição inicial indica, nos itens 4 e 5 da fundamentação, a relação societária entre as rés, indicando a pertinência da desconsideração da personalidade jurídica da primeira ré, haja vista que seu capital social é diminuto. Desse modo, embora não haja, de fato, repetição dessa alegação no rol final da peça, a petição inicial contém tese explícita acerca da responsabilidade de todas as rés.

Nesse aspecto, a redação da peça é de razoável clareza quanto aos pedidos, tendo sido observados os requisitos legais pertinentes (CLT, art. 840, §1º), razão pela qual não se afigura inepta. Rejeito a preliminar.

2.5. Carência de ação

As chamadas condições da ação devem ser aferidas *in statu assertionis*, isto é, pressupondo-se verdadeiras as alegações contidas na petição inicial; eventual descompasso entre tais afirmações e os fatos efetivamente ocorridos integra o mérito da pretensão, não implicando, pois, carência de ação.

De início, saliento que o Código de Processo Civil de 2015 não manteve entre as condições da ação a chamada *possibilidade jurídica do pedido* (art. 485, VI). O CPC anterior, de 1973, apesar das críticas doutrinárias, seguira o pensamento inicial de Liebman (depois modificado), segundo o qual seria juridicamente impossível o pedido expressamente vedado pelo ordenamento, implicando tal circunstância a carência da ação. No atual diploma processual, no entanto, são condições para o exercício do direito de ação apenas a legitimidade e o interesse.

É correta a nova opção legislativa, que se coaduna com reclamos doutrinários de alguns anos. Com efeito, dizer-se que o pedido é vedado pelo ordenamento jurídico é dizer que o pedido, à luz do ordenamento, deve ser rejeitado. Ou seja, esse pedido é improcedente. Não tem cabimento em tal situação a extinção do processo sem resolução do mérito.

Por sua vez, a *legitimidade de parte* é entendida como a pertinência entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada pelo autor. Tendo em vista que dessa situação, no caso em exame, resulta, em tese, a responsabilidade do réu, as partes são legítimas para figurar nos pólos do processo.

O *interesse de agir* decorre, segundo a doutrina majoritária, do trinômio: a) utilidade do provimento jurisdicional pleiteado, que deve ser apto a pôr o autor em situação jurídica mais vantajosa do que a atual; b) necessidade de atuação judicial para alcançar o fim colimado; c) adequação do procedimento adotado. A demanda, nos moldes em que foi proposta, preenche tais requisitos, razão pela qual reputo presente interesse processual.

Portanto, presentes as condições de admissibilidade do julgamento do mérito, rejeito as alegações defensivas a esse respeito.

2.6. Segredo de justiça

A ré requereu a tramitação do feito em segredo de justiça, sob o argumento de que as questões debatidas no processo envolvem fluxo de informações pela internet, que são consideradas sigilosas pela Lei 12.965/2014 (artigos 7º, I e II). Aduziu também que as questões debatidas representam “segredo de negócio da reclamada”.

A Constituição Federal garante, no inciso IX do art. 93, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

Para delimitar as exceções em relação à regra geral fundamental da publicidade do processo, o Código de Processo Civil de 2015 prevê a tramitação em segredo de justiça, nos seguintes termos:

Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

- I - em que o exija o interesse público ou social;
- II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;
- III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;
- IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Das quatro hipóteses estritas de exceção do princípio da publicidade, duas não têm aplicação ao caso concreto, sequer em teoria. São as dos incisos II e IV. Ademais, a hipótese do inciso III não tem relação com a alegação da ré, já que as informações empresariais que ela disse tentar proteger não se enquadram na noção legal e constitucional de *intimidade*. Por fim, a exigência do “interesse público ou social” (inciso I) não dá guarida ao requerimento de sigilo do processo; pelo contrário, entendo que a amplitude alcançada pela atividade da empresa em território brasileiro nos últimos anos dá amparo à rejeição do sigilo da tramitação.

Saliente-se, por fim, que os direitos assegurados aos usuários de serviços de internet pela Lei 12.965/2014, notadamente no art. 7º, não exigem a tramitação de processos como o presente em segredo de justiça.

Rejeito o requerimento.

2.7. Requerimento de ofício à Receita Federal

A ré requereu a expedição de ofício à Secretaria da Receita Federal, a fim de que fossem apresentados nos autos documentos relativos à situação fiscal do autor no tocante ao imposto sobre a renda, especialmente a cópia de sua declaração de renda do ano-base de 2016.

O requerimento tem natureza instrutória. Visa a subsidiar a alegação de mérito no tocante ao eventual exercício pelo autor da profissão de corretor de imóveis, o que, na visão da ré, elidiria a alegação tendente à declaração de vínculo de emprego. Tendo em vista, então, que a instrução processual foi encerrada sem reiteração do requerimento, entende-se que a busca por tais elementos tenha sido deixada de lado pela parte interessada. Ainda que assim não fosse, o ofício requerido é inócuo para o fim a que se destina, uma vez que a exclusividade na prestação de serviços não é requisito de existência da relação de emprego.

Indefiro, portanto, o requerimento.

59. Nesse sentido: STJ – CC 91160/RS, 2ª Seção, Relator Min. Fernando Gonçalves, j. 27-2-2008, DJ 5-3-2008.

2.8. Relação de emprego

2.8.1. Alegações das partes

As alegações do autor para requerer a declaração de relação de emprego são, em síntese, as seguintes: a) a ré angraria motoristas para a prestação de serviços de transporte a passageiros, mediante uso de um aplicativo de internet; b) o pagamento pelo serviço é feito pelo passageiro à ré, que repassa ao motorista o valor, com retenção de uma taxa de 25 a 30%; c) o motorista formaliza um contrato de adesão para iniciar a prestação de serviços; d) a ré controla, por meio do seu aplicativo, tanto a prestação dos serviços quanto o respectivo pagamento; e) a ré exigiria a contratação de seguro em benefício dos passageiros; f) o contrato de adesão é redigido de forma a induzir a conclusão de que o objeto não é o de fornecimento de serviços de transportes, mas sim o fornecimento de tecnologia de internet; g) os elementos da relação de emprego são visíveis durante a execução do contrato, especialmente porque a ré fixa os preços conforme sua autode-terminação; h) existem avaliações recíprocas de passageiros e motoristas, e também cobranças por parte da ré, elementos que concretizariam o poder disciplinar de empregador; i) o reclamante se dedicava diariamente ao trabalho para a ré, nos moldes em que ela exigia; j) a ré fornece contato com agências de locação de veículos, para que as pessoas que não têm carro possam, também elas, prestar serviços de transporte de passageiros; k) a ré estipula pagamento de bônus em dinheiro em alguns casos; l) a ré impõe padrões de apresentação, vestimenta e tratamento a ser dado aos passageiros, a revelar a direção da atividade econômica; m) a ré tem o poder de cancelar a prestação de serviços, pelo aplicativo, a qualquer momento, o que ocorreu com o autor em seu desligamento, sem aviso prévio; n) a dinâmica da atividade da ré exige o trabalho de motoristas, que por isso não podem ser considerados profissionais autônomos – nessa linha decidiu a Comissão de Trabalho do Estado da Califórnia (EUA) e também o Judiciário do Reino Unido; o) o Decreto 56.981, do Município de São Paulo, impõe a obrigação do condutor de se vincular a uma empresa que explore o serviço por aplicativo de internet; p) trabalhou efetivamente de 23.12.2015 a 03.06.2016, quando foi sumariamente dispensado por decisão da ré; q) seu faturamento médio mensal era de R\$ 5.927,14.

De outro lado, a ré sustentou que a relação jurídica entre as partes não era de emprego – não seria sequer uma relação de trabalho. Para tanto, elencou, em síntese, os seguintes argumentos: a) a empresa não explora serviços de transportes, e sim a plataforma tecnológica de mediação entre passageiros e motoristas; b) a ré não possui frota de veículos, e não contrata motoristas, seja na condição de empregados ou na condição de autônomos; c) os clientes da ré não são os passageiros, mas sim os motoristas-parceiros, a quem ela emite notas fiscais da prestação de serviços que realiza; d) a ré apenas oferece a plataforma; a prestação de serviços de transporte é mantida entre o motorista e o passageiro; e) há várias empresas no mesmo segmento da ré operando no Brasil, inclusive na cidade de São Paulo; f) os motoristas não precisam atuar exclusivamente com uma plataforma, podem atender a todas segundo sua decisão pessoal; g) os motoristas decidem

quando, onde e em que horário irão atender seus usuários; h) o autor tem inscrição como corretor de imóveis, o que indica que o serviço de transporte pode ter sido prestado eventualmente para complementação de renda; i) não estão presentes os requisitos legais para a configuração de uma relação de emprego; j) a taxa paga pelo motorista à ré varia de 20% a 25%, dependendo do produto; k) a ausência de personalidade se vê quando um motorista pode cadastrar outros no aplicativo; l) os motoristas são livres para decidir ficar “off line”, com o aplicativo desligado, e não sofrem cobranças em razão disso; m) os motoristas têm liberdade para conceder descontos aos passageiros, sem precisar de autorização da ré para isso; n) a ré não avalia o desempenho dos motoristas, quem o faz são os passageiros – a avaliação inversa também ocorre pelo mesmo aplicativo; o) não existe subordinação estrutural no caso em exame, pois o motorista é cliente da ré, e não um prestador de serviços a ela; p) o autor assumia os riscos de seu próprio empreendimento, já que cabiam a ele os custos com combustíveis, lubrificantes, manutenção e outros; q) não existia onerosidade na relação, até porque era o reclamante que remunerava a reclamada pela utilização da plataforma.

2.8.2. Considerações iniciais sobre a matéria controvertida

Em razão da complexidade da matéria envolvida na demanda, reputo conveniente uma apreciação analítica dos pontos controvertidos e dos aspectos essenciais da lide.

Em um primeiro momento, será analisada a questão da atividade empresarial da ré, por se mostrar tal argumento como prejudicial em relação ao desenvolvimento de todo o raciocínio. Com efeito, é com base nesse argumento que a ré sustentou a inexistência de qualquer relação de trabalho entre si e os motoristas.

Uma vez superada essa tese, passa-se na sequência à análise específica dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego.

2.8.3. A questão da atividade empresarial da ré

Conforme já exposto acima, a defesa da ré sustentou que inexistia relação de trabalho entre si e os motoristas, os quais seriam “parceiros”. Aduziu que é a empresa que presta serviços aos motoristas, oferecendo a eles o uso da plataforma e do aplicativo, de modo a fomentar a atividade desses mesmos motoristas, na prestação do serviço de transporte diretamente aos passageiros.

A retórica da contestação é bem construída, amparada em expressões contemporâneas e na assim chamada *economia do compartilhamento*. Todavia, ela não corresponde à realidade.

Basicamente, não é verdade que o produto explorado pela empresa é meramente a ferramenta eletrônica, o aplicativo oferecido aos motoristas. A ré oferece no mercado um produto principal: o transporte de passageiros. O aplicativo é um instrumento, um acessório ao bom funcionamento do serviço. E os consumidores do produto da ré não são os motoristas, mas sim os passageiros.

Para chegar a tal conclusão, recorde-se que o modelo capitalista de sociedade se ampara em uma célula fundamental: a *forma mercadoria*. Daí a referência ao *produto* em sentido

amplo, que abrange a noção de serviço oferecido no mercado. Em linhas gerais, o capital é investido na produção de mercadorias, e a circulação destas gera a extração de um excedente; parte do excedente é reinvestida na produção (daí a reprodução do modelo), e outra parte é acumulada pelo capitalista na forma de lucro. É dessa forma básica que são derivadas as relações sociais capitalistas. No que mais importa no caso concreto, para compreender a natureza da relação jurídica de que se trata, a questão é indicar qual é a mercadoria de que a ré extrai o seu excedente econômico.

E a resposta deve ser enunciada de maneira clara: a *mercadoria da ré é o serviço de transporte*. Nenhuma dúvida me ocorre quanto a isso. Não é por outra razão que é da ré (e não do motorista) o poder fundamental de quantificar o valor na circulação da mercadoria. **É a ré que fixa o preço do serviço de transporte que o passageiro irá pagar.**

Veja-se o que disse a testemunha *Felipe Gonçalves Wanderley*, que exerce o cargo de gerente de operações da empresa. Ele referiu os critérios que a ré utiliza, unilateralmente, para estabelecer, também unilateralmente, os preços dos serviços de transporte. Ora, fosse a relação jurídica pertinente ao serviço de transporte unicamente entre o passageiro e o motorista (que é a tese da defesa), a fixação do preço ocorreria por negociação entre eles – isto é, entre o motorista e o passageiro. Mas não. A ré fixa um preço, e sequer o revela antecipadamente ao motorista⁶⁰.

Esse dado é relevante, a indicar que a ré atua na prestação de serviços de transporte de passageiros. E usa para isso a mão de obra de motoristas cadastrados em sua plataforma. Tal plataforma serve, portanto, como instrumento de prestação do serviço principal, apenas isso.

Note-se que a tese da ré (de que a mercadoria da empresa não é o transporte, mas sim o próprio aplicativo) implicaria a noção de que o seu excedente seria gerado a partir da operação de fornecimento da plataforma aos supostos clientes motoristas. Ou seja, deveria haver um *valor fixo*, uma mensalidade, por exemplo, paga pelos motoristas em razão do uso da plataforma. Mas isso não ocorre: o *valor que cabe à empresa é extraído do serviço de transporte* prestado ao consumidor passageiro. Logo, como o excedente do capitalista é extraído na circulação da sua mercadoria, conclui-se com segurança que a mercadoria com que a ré atua não é o aplicativo, e sim o serviço de transporte.

A rigor não há novidade nessa conclusão. A empresa ré atua em inúmeros países, e as decisões oriundas do Estado da Califórnia e do Reino Unido, que constam dos autos, demonstram que o entendimento tem sido basicamente o mesmo aqui enunciado: *a ré atua na exploração de serviços de transporte*.

2.8.4. Elementos fático-jurídicos da relação de emprego

Superada essa primeira resistência da tese defensiva, pertinente à atividade empresarial da ré, chega-se à conclu-

60. A testemunha *Bruno Praça Sevieri* explicou que “o destino da viagem só é conhecido pelo motorista quando o passageiro entra no carro” (cf. item 6 do depoimento). E antes disso, é bom deixar claro, o motorista já aceitou a corrida.

são necessária de que *a relação existente entre ela e seus motoristas é uma relação de trabalho*. Com efeito, a ré presta serviços de transporte aos consumidores (que são os passageiros), lançando mão do trabalho humano prestado pelos motoristas. Não é correto, portanto, dizer que os motoristas são clientes da ré; eles não são clientes, são trabalhadores que despendem energia em prol da atividade lucrativa da empresa. Pois bem.

Resta saber então se essa relação de trabalho se configura juridicamente como relação de emprego.

O direito positivo brasileiro delinea a relação de emprego nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, que conceituam, respectivamente, o empregador e o empregado. Da interpretação conjunta desses dispositivos legais conclui-se que a relação jurídica de emprego é a que tem por objeto a prestação, onerosa e subordinada, de trabalho não-eventual por parte de pessoa física, com caráter *intuitu personae*.

Há, portanto, cinco elementos que caracterizam a relação empregatícia: a) prestação de trabalho por pessoa física; b) pessoalidade por parte do trabalhador; c) não-eventualidade; d) onerosidade; e) subordinação.

2.8.4.1. Trabalho por pessoa física

O primeiro requisito da relação de emprego é preenchido, sem qualquer controvérsia. Não há sequer alegação no tocante à possibilidade de vinculação de pessoa jurídica na plataforma, para prestação do serviço. Esta ocorre necessariamente com pessoas físicas.

2.8.4.2. Pessoalidade na prestação de serviços

O trabalho do motorista, na sistemática adotada pela empresa ré, é indubitavelmente de natureza pessoal.

A substituição de um trabalhador por outro, de forma indistinta, é vedada. O cadastro do motorista no aplicativo é feito *intuitu personae*, até mesmo com foto e identificação. A ré, em depoimento pessoal, referiu inclusive que “não mais” exige atestado de antecedentes criminais, a sugerir que isso ocorreria no passado, como aliás declarou a testemunha *Bruno Praça Sevieri* (cf. item 3 do depoimento).

No tocante à possibilidade de um motorista “vincular” o cadastro de outros, não se vê aí a exclusão da personalidade. A testemunha *Felipe Gonçalves Wanderley*, sobre o assunto, disse o seguinte:

[...]

14) o motorista pode cadastrar outros motoristas na plataforma;

[...]

18) ainda no caso do item 14, o desligamento do primeiro motorista não implica o desligamento dos demais; é possível que eles regularizem o seu próprio cadastro, inserindo um veículo, podendo ser o mesmo, ainda que de propriedade do motorista excluído, salvo se a exclusão se der, justamente, por irregularidade ligada ao veículo;

19) o cadastro dos motoristas é feito normalmente, na situação do item 14; esclarece que o cadastro é originalmente individual e posteriormente deve ser solicitado a associação ao primeiro motorista [...].

Em suma, o cadastro de cada motorista é individual, e é aceito não pelo motorista originário, e sim pela empresa ré. Logo, a personalidade existe em relação a cada motorista que presta serviços pela plataforma.

2.8.4.3. Não eventualidade da prestação de serviços

Quanto à característica da não eventualidade, sua aferição concreta depende, evidentemente, da situação pessoal do autor, e não das modalidades de trabalho compatíveis com a plataforma criada pela ré. Na medida em que se deixa isso claro, evita-se o erro de incidir em excludentes genéricas descritas pela contestação.

Parece correto dizer que a plataforma da ré admite o trabalho eventual. As testemunhas ouvidas em audiência afirmaram, de fato, que não existe um limite de tempo para o motorista permanecer inativo (“off line”), tampouco existe uma imposição de número mínimo de horas de trabalho por dia ou por semana. Todavia, dizer que o trabalho eventual é admitido não equivale a dizer que o trabalho de todos os motoristas é eventual.

O autor alegou que trabalhava mais de quarenta e quatro horas por semana. Como a ré detém todas as informações do cadastro de cada motorista, seria muito fácil a ela comprovar a exata frequência do autor ao trabalho. Bastava apresentar nos autos o detalhamento das viagens realizadas e tempo de permanência “on line”. Desse modo, a ausência de prova sobre a alegação de eventualidade milita em desfavor da ré.

Diante disso, assumo a prestação de trabalho não eventual por parte do autor, no período discutido.

2.8.4.4. Onerosidade

Quanto ao requisito da onerosidade, não há maiores dificuldades em perceber sua existência no caso em exame. Na medida em que se afastou a tese da ré no tocante à sua atividade econômica principal (cf. item 2.8.3, cujos fundamentos são aqui reiterados), tornou-se clara a inversão retórica operada pela defesa: não existe pagamento de remuneração pelo motorista à empresa, em razão do fornecimento da plataforma; existe, isso sim, remuneração paga pela ré ao motorista, pelo trabalho desempenhado por ele na atividade econômica da empresa.

Aliás, os critérios utilizados pela empresa para o estabelecimento do preço das corridas permitem compreender que a fração do valor que é destinada ao motorista representa verdadeiro salário. A testemunha *Felipe Gonçalves Wanderley* disse o seguinte:

[...]

- 3) o preço da viagem é fixado conforme variáveis relativas à distância e à estimativa de tempo, e conforme constantes de valores definidos pela reclamada; esses valores são definidos com critérios que atendam às circunstâncias de trânsito, e à projeção de satisfação de motoristas e passageiros com o preço final; esclarece que essa definição é feita em um determinado momento, não sendo alterada a cada viagem;
- 4) a reclamada leva em conta uma projeção do faturamento do motorista por hora; não é possível projetar

faturamento mensal ou semanal, à vista da liberdade que o motorista tem em quantificar suas horas de trabalho; [...]

Se “a reclamada leva em conta uma projeção do faturamento do motorista por hora”, a onerosidade presente nessa relação é a mesma que existe em qualquer contrato de trabalho, em que o empregador insere o custo trabalhista com mão de obra no preço final de seu produto.

2.8.4.5. Subordinação

A ré sustentou com veemência que o autor (como de resto todos os seus motoristas) não trabalhava de forma subordinada. Aduziu, entre outros fundamentos, a possibilidade de ele poder ficar desconectado do aplicativo pelo tempo que quisesse; a ausência de fiscalização e cobranças típicas de relação de emprego; a liberdade de escolha do autor quanto a dias e horários de trabalho; a possibilidade de oferecer descontos aos passageiros, sem qualquer ingerência da ré.

A relevância desse aspecto da lide requer algumas considerações acerca da ideia de trabalho subordinado, no contexto do arcabouço teórico do direito do trabalho.

O art. 3º da CLT menciona a palavra *dependência* ao prever o requisito da *subordinação jurídica* como elemento da relação de emprego⁶¹. A doutrina tradicional, a certa altura, pacificou-se ao atribuir à noção de subordinação a característica de contrapartida do poder empregatício patronal.

Délio Maranhão salientava, no tocante à fenomenologia da subordinação no contrato de trabalho:

“Como se explica esta subordinação de um contratante a outro? O empregador, que exerce um empreendimento econômico, reúne, em sua empresa, os diversos fatores de produção. Esta, precisamente, sua função social. Desses fatores, o principal é o trabalho. Assumindo o empregador, como proprietário da empresa, os riscos do empreendimento, claro está que lhe é de ser reconhecido o direito de dispor daqueles fatores, cuja reunião forma uma unidade técnica de produção. Ora, sendo o trabalho, ou melhor, a força de trabalho, indissolivelmente ligada a sua fonte, que é a própria pessoa do trabalhador, daí decorre, logicamente, a situação subordinada em que este terá de ficar relativamente a quem pode dispor de seu trabalho.”⁶²

Assim, vê-se que a subordinação do empregado tem ligação com o poder do empregador de dispor de sua força de trabalho, sendo esta um dos fatores de produção reunidos na empresa, cuja titularidade pertence ao empregador. Daí, aliás, a expressão *trabalho por conta alheia*, que qualifica a situação do empregado, o qual despende sua energia em favor do empreendimento de outra pessoa, o empregador. Cabe a este o risco do negócio; logo, cabe a ele organizar a prestação

61. Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

62. SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. v. 1. 22 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 245.

de serviços; pelo mesmo fundamento, cabe ao empregado subordinar-se a essa organização.

Nessa mesma linha, Maurício Godinho Delgado, de forma clara e didática, conceitua a subordinação como a

“situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços”.⁶³

Ora, à luz de tais enunciados teóricos, não há alternativa senão reconhecer que o trabalho do autor, como motorista, era prestado de forma subordinada. Como já exposto, a mão de obra do motorista é fator de produção na geração da mercadoria (serviço de transporte), cuja circulação propicia o excedente econômico à ré. Além disso, o preço do serviço final é estabelecido unilateralmente pela ré, cabendo ao motorista apenas a *ciência* do percentual que lhe caberá quando concluir a viagem que aceitar. Parece evidente que o empreendimento como um todo, o *negócio*, é da empresa ré, e não do motorista.

Cumprе ressaltar, quanto ao caso em exame, que a ré mencionou em depoimento pessoal que monitora a chamada *taxa de cancelamentos*, cujo aumento inclusive gerou a dispensa do autor (cf. itens 2 a 4 do depoimento pessoal). Está presente em tal conduta tanto a exteriorização da organização dos fatores de produção pelo empregador quanto a subordinação do empregado a essa mesma organização. Em suma: havia trabalho subordinado.

Por outro lado, não são convincentes os argumentos defensivos de que, como o autor não era obrigado a aceitar viagens, tampouco era obrigado a permanecer conectado pelo aplicativo, ele não trabalhava subordinadamente. Tais aspectos não têm a relevância jurídica que a defesa lhes empresta.

Em doutrina tradicional há subsídios para assim concluir. Muito antes do surgimento dos aplicativos de internet, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena definia a subordinação como “a participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor de trabalho”⁶⁴, endossando a defesa quanto à confusão de

“subordinação com o cumprimento de horário e a convivência de empregado e empregador, porque este modo de ver concederia a uma das partes a possibilidade material de dar ordens e de controlar diretamente seu cumprimento, o que, em rigor, não tem importância”.⁶⁵

O autor chamava a atenção ao fato de que,

“Na dinâmica e na estrutura da empresa, que pressupõe integração e coordenação de atividades, a exteriorização

63. *Curso de direito do trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 302.

64. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 526. Há, também, doutrina mais recente com estudo diretamente voltado à chamada *subordinação integrativa*. Cfr. PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

65. *Ibidem*, p. 527.

da subordinação em atos de comando é fenômeno de ocorrência irregular, variável, muitas vezes imperceptível e esses atos sofrem um processo de diluição, até quase desaparecerem, à medida que o trabalho se tecniciza e se intelectualiza.”⁶⁶

A rigor, a ré não exige quantidades fixas de horas e dias de trabalho aos motoristas porque tais parâmetros, no contexto da tecnologia dominada pela empresa, se mostram desnecessários. A ré não precisa exigir esses parâmetros, o que lhe gera inclusive uma redução de custos, pois ela pode sustentar (como de fato sustenta) que esse tempo dos motoristas, aguardando chamadas, não representaria tempo à disposição da empresa e não mereceria, por isso, remuneração.

Todavia, é certo que a ré controla de perto os indicadores de demanda e oferta dos seus serviços no mercado, e busca evitar que haja escassez do produto aos consumidores. Isso pode ser constatado pelo relato da testemunha *Felipe Gonçalves Wanderley*, segundo a qual “*eventualmente ocorrem incentivos em caso de alta demanda em determinadas regiões, pelos quais a reclamada oferece pagamento adicional de R\$2,00 por viagem, que em verdade representam um desconto de R\$2,00 no valor que contratualmente a reclamada teria a receber do motorista pela viagem*”. Com práticas como essa, a empresa consegue manter adequado o nível de oferta de serviço, em atenção à demanda existente na região. Não há necessidade, então, de estipular quantidade mínima de horas de trabalho por semana, por exemplo.

Assim, não é correto o argumento de que tais circunstâncias elidem o requisito da subordinação. Esta tem seu conteúdo jurídico próprio, adensado em décadas de estudos teóricos e científicos, os quais, como já exposto, endossam a visão de que os sinais visíveis ou indícios da subordinação são variáveis e irregulares, não se confundindo com sua essência própria.

Diante desses motivos, reputo presente o derradeiro elemento da relação de emprego, qual seja o trabalho subordinado.

2.8.5. Conclusão

Tendo em vista os fundamentos que foram expostos nos tópicos anteriores, em razão da presença dos elementos fáctico-jurídicos respectivos, acolho a alegação do autor de que ele era empregado da ré.

O período de trabalho restou confirmado pelo que disse a ré no item 1 de seu depoimento pessoal⁶⁷.

Assumida a existência de relação de emprego entre as partes, é conclusão decorrente que cabia ao empregador comprovar os dados funcionais controvertidos, no caso a remuneração mensal. Essa afirmação se ampara no fato de que a prova do contrato de trabalho (e, por consequência, de seus elementos básicos) se faz pelas anotações na CTPS (CLT, art. 456). Tivesse o empregador atuado legalmente e realizado tais anotações, elas seriam dotadas de presunção relativa de

66. *Ibidem*, p. 527, grifo meu.

67. O “reclamante foi cliente do aplicativo entre dezembro de 2015 e junho de 2016”.

veracidade. Na medida em que o empregador age ilicitamente, não realizando as anotações na CTPS, não pode atribuir à parte adversa os efeitos processuais probatórios dessa conduta. Só o autor do ilícito pode sofrer conseqüências jurídicas de seu ato.

Por essas razões, acolho como verdadeiros os valores de salário apontados pelo autor na petição inicial.

Diante disso, declaro que houve entre as partes relação empregatícia e, consequentemente, defiro o pedido de anotação da CTPS, com datas de admissão e desligamento respectivamente em 23.12.2015 e 03.06.2016, função de motorista e salário por comissão.

Cumprimento da obrigação de fazer, pela primeira ré, em 8 dias (a contar de intimação específica), sob cominação de multa de R\$ 150,00, por dia de atraso (CPC, arts. 536 e 537), limitada ao período de 30 dias. Somente então, supletivamente, a secretaria da Vara deverá proceder às anotações determinadas, sem prejuízo da execução da multa ora arbitrada.

2.9. Dissolução contratual – justa causa

A justa causa é o ato doloso ou culposamente grave do empregado, previsto em lei (CLT, art. 482), que inviabilize a continuidade do vínculo⁶⁸, autorizando, assim, a resolução contratual sem ônus para o empregador.

Constituindo-se exceção na base principiológica do Direito do Trabalho, a justa causa se interpreta estritamente e sua comprovação em juízo é ônus do empregador. “A caracterização da justa causa, por se tratar de medida extrema, com severos efeitos na vida profissional e até mesmo pessoal do trabalhador, depende de comprovação inequívoca nos autos, através da produção de sólidos e convincentes elementos de prova, ônus que compete ao empregador por força do arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC.”⁶⁹

A interpretação restritiva da justa causa do empregado é uma decorrência do sistema. No Brasil, o empregador tem, conforme a doutrina majoritária, o direito potestativo de despedir seu empregado sem dar qualquer explicação sobre os motivos que o levaram a essa decisão. De um dia para o outro, a pessoa se vê sem emprego, sem renda, sem fonte de sustento para si e sua família, sem que possa, sequer, exigir a motivação da conduta.

Nesse contexto, é evidente que a justa causa do empregado não apenas um ato grave; deve ser muito grave. Tão grave que não deixe margem a dúvidas acerca da inexigibilidade de manutenção do vínculo ou pagamento das indenizações legais pelo empregador. Em suma: *in dubio pro operário*.

Pois bem. No caso dos autos, a ré alegou que

“o término da parceria entre as partes não decorreu de um ato unilateral da Reclamada, mas decorreu sim da má conduta do Reclamante, que era classificado como um motorista regular, além de possuir alta taxa de cancelamento e baixa taxa de viagens completas. Como se não bastasse,

em verificação dos documentos internos, a Reclamada verificou que o Reclamante apresentou um documento do veículo não condizente com as informações fornecidas pelos órgãos públicos (Doc. 15)” (ID 2dbb311 – p. 45)

Contudo, a suposta justa causa não se sustenta.

Em primeiro lugar, a irregularidade documental não tem a relevância e a gravidade que a defesa tenta lhe emprestar. Tudo sendo feito à distância, eventuais erros de digitação de dados e documentos não é algo que escape à expectativa ordinária. Não se pode presumir o dolo do empregado. Ademais, a contestação salientou sobre esse tema o seguinte (ID 2dbb311 – p. 45 e 46, com grifo meu):

“No caso do Reclamante, o que se verificou foi que o Reclamante realizou o cadastro no UberBlack, em dezembro de 2015, com o mesmo número de telefone e em dois cadastros diferentes, sendo: (i) um com o veículo “Ford Fusion” de placa ENV1461, ano 2011; e (ii) o segundo com o veículo “I/Nissan Sentra 20SV CVT” de placa “OJP8018” (Doc. 16). Ocorre que o documento deste segundo veículo não foi passível de confirmação, pois o Renavam mencionado não era existente: “002213093”, apesar de constar no documento cadastrado pelo Reclamante (Doc. 17). Assim, esta segunda conta foi rejeitada e o Reclamante iniciou a utilização da plataforma da Reclamada com a primeira conta e veículo. No mês seguinte, o Reclamante cadastrou o veículo “I/Nissan Sentra 20SL CVT” de placa “FQV0464”, com ano de fabricação de 2014. Na época do cadastro, este veículo preenchia os requisitos mínimos para participar do produto UberBlack e assim permaneceu até ter sua conta desativada com base na elevada taxa de cancelamento em 3/6/2016.

No entanto, **em janeiro de 2017**, o Reclamante na tentativa de retornar à plataforma, cadastrou novos documentos de um veículo. Para a surpresa da Reclamada, trata-se do mesmo veículo anteriormente cadastrado “I/Nissan Sentra 20SL CVT” de placa “FQV0464”, que, porém, estava sendo cadastrado com novo ano de fabricação: 2015 (Doc. 18).”

Ora, a conduta que ensejou suposta justa causa em junho de 2016 não pode ter elementos de janeiro de 2017.

Por outro lado, a alta taxa de cancelamentos de viagens, por parte do autor, não foi comprovada a contento. Não há documento que permita constatar concretamente essa alegação da defesa, tampouco relato testemunhal acerca do tema.

Diante disso, afasto a alegação de justa causa. Consequentemente, reputo extinto o contrato de trabalho por dispensa imotivada.

2.10. Verbas rescisórias e outras

Defiro, diante da declaração de vínculo de emprego e da ausência de quitação regular, o pagamento das seguintes verbas:

a) aviso prévio indenizado (CLT, art. 487, § 1º), em importe equivalente a 30 dias (Lei 12.506/2011, art. 1º e parágrafo único);

- b) 13º salário proporcional do exercício de 2016, na fração de 6/12;
- c) férias proporcionais, na fração de 6/12 (CLT, art. 146, parágrafo único), com acréscimo de 1/3;
- d) FGTS sobre os salários pagos durante o curso do contrato de trabalho, bem como sobre todas as parcelas acima, de 11,2%.

2.11. Multa do § 8º do art. 477 da CLT

A multa do § 8º do art. 477 da CLT incide também (e principalmente) nos casos em que o empregador deixou de anotar a CTPS do trabalhador. Propor o contrário seria premiar justamente quem mais merece a punição legal, isto é, o empregador recalcitrante com o registro do empregado.

Como o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região editara tese jurídica prevalecente (de n. 2), no sentido de que “o reconhecimento de vínculo empregatício em juízo não enseja a aplicação da multa, em razão da controvérsia”, decidi em algumas ocasiões pela rejeição da multa, ainda que ressaltando entendimento diverso.

Todavia, veio a lume a súmula 462 do Tribunal Superior do Trabalho, consolidando o entendimento dessa Corte Superior, *in verbis*:

SÚMULA Nº 462. MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. INCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO JUDICIAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO.

A circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida apenas em juízo não tem o condão de afastar a incidência da multa prevista no art. 477, §8º, da CLT. A referida multa não será devida apenas quando, comprovadamente, o empregado der causa à mora no pagamento das verbas rescisórias.

Portanto, reconhecendo a função constitucional do TST de uniformizar a jurisprudência trabalhista em âmbito nacional, afasto a aplicação do verbete regional e defiro o pagamento da multa do § 8º do art. 477 da CLT.

2.12. Multa do art. 467 da CLT

A multa do art. 467 da CLT requer a dissolução do contrato de trabalho, a ausência de controvérsia sobre a integralidade ou parte do montante das verbas salariais devidas, e o não pagamento dessas verbas até a data da audiência, desde que o empregador não seja pessoa jurídica de direito público.

No caso dos autos, a pretensão relativa às verbas devidas tornou-se controversa diante da resposta ofertada pelo réu.

Indefiro, portanto, o pedido de pagamento da multa.

2.13. Dano moral

O autor alegou ter sofrido dano de natureza moral em razão da conduta da ré, que lhe impôs um regime de trabalho prejudicial, a despeito das promessas de altos ganhos. Aduziu que a prática da ré caracteriza verdadeiro dumping social, ocasionando dano à personalidade. As circunstâncias de seu desligamento e as ameaças proferidas por taxistas também teriam gerado dano extrapatrimonial à sua pessoa.

Consiste o dano moral na lesão a interesses não-patrimoniais, juridicamente protegidos, de pessoa física ou jurídica⁷⁰. Não há falar, em função desse conceito, em prova de sofrimento ou constrangimento: essa modalidade de dano, segundo a doutrina, é ínsita à própria conduta; prova-se a lesão moral tão logo se prove a ação que agrida injustamente algum interesse extrapatrimonial da vítima. O importante na aferição do dano moral é, portanto, a existência de um interesse extrapatrimonial juridicamente protegido, o qual pode se referir a bens jurídicos materiais ou imateriais.

No caso em exame, o pedido é procedente. A conduta da ré ao sonegar garantias sociais dos trabalhadores equivale a explorar de maneira selvagem a mão de obra de pessoas que não raro se viram desempregadas e afastadas do mercado formal de trabalho. São, como se vê, pessoas em uma situação de necessidade e clara fragilidade aos intentos da ré. Sucumbem, com pouca resistência, aos apelos modernos de trabalho autônomo e independente.

A essa configuração da exploração de mão de obra estão ligadas, diretamente, a prática do dumping e as condições de risco ligadas a revoltas dos taxistas (cuja ocorrência na cidade de São Paulo é fato notório). A submissão a essas condições de trabalho não eram ocasionais ou decorrentes da má sorte do motorista; eram, isso sim, uma consequência da política de concorrência estabelecida de forma consciente pela ré.

Nos autos do inquérito civil 001417-2016-01-000/6, em trâmite na Procuradoria Regional do Trabalho do Rio de Janeiro, foi ouvido o depoimento de *Augusto Cesar Duarte da Silva*, o qual atuara como gerente de operações e logística da ré⁷¹. Ele confirmou a existência de verdadeiro ato de dumping pela empresa, inclusive e notadamente na concessão de descontos acima da margem de lucros – gerando operações com prejuízos (cf. ID d5e587f – p. 9).

Ora, nesse panorama, a revolta dos taxistas de fato não seria algo de ocorrência inusitada. A revolta (e seus efeitos) está ligada à conduta consciente da ré e à sua estratégia de dominação de mercado. Em tese, é possível ver indícios de infrações à ordem econômica e às normas legais de tutela da concorrência (cf. especialmente o art. 36, § 3º, inciso XV, da Lei 12.529/2011⁷²).

70. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7: responsabilidade civil. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 92. “O dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente” (GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 3: responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 62). 71. O depoimento colhido em inquérito civil realmente não tem a mesma eficácia de uma prova colhida em processo judicial, sob o crivo do contraditório. Todavia, pode ser considerado um elemento adicional de convicção. Ademais, no caso em exame, a empresa foi intimada e estava acompanhando a tramitação do inquérito civil junto ao Ministério Público do Trabalho do Rio de Janeiro.

72. Lei 12.529/2011:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

68. Süssekind, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*, 22 ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 573.

69. TRT/SP – RO 00023037820115020047, 3ª turma, Rel. Sonia Maria Franzini, DOE 12.12.2012.

A atuação agressiva da ré no tocante ao ganho de mercado e ao barateamento de mão de obra esbarra em preceitos constitucionais, notadamente os direitos fundamentais dos trabalhadores e a valorização do trabalho como fundamento da ordem econômica. Tais normas basilares vedam o uso do ser humano como mercadoria de comércio ou como insumo da produção, o que na prática vem sendo feito pela ré. Existe aí uma clara violação ao princípio da dignidade humana. Assim, demonstrada a ocorrência do dano moral.

Diante disso, defiro a compensação por dano moral, a qual, considerando a gravidade dos fatos, a sua repercussão íntima e social, o porte econômico do réu e a dupla finalidade (compensação para o autor e sanção pedagógica para o réu), arbitro no valor razoável requerido na petição inicial, R\$ 50.000,00.

2.14. Responsabilidade das rés – grupo econômico

As empresas que se organizam em grupos econômicos são, a teor do art. 2º, § 2º, da CLT, solidariamente responsáveis pelos débitos oriundos dos contratos de trabalho que mantenham.

Embora o dispositivo literalmente requeira que haja entre as empresas uma relação de direção, controle ou administração, a interpretação dessa norma deve ser extensiva, em benefício da proteção do crédito do trabalhador (*lex dixit minus quam voluit*). Com efeito, o grupo econômico trabalhista não é noção coincidente com aquela do direito empresarial: configura-se o grupo de empresas, para fins trabalhistas, quando existe uma atuação coordenada das empresas no plano da execução do contrato de trabalho, isto é, quando elas unem esforços em prol de objetivos comuns, e nessa união contam com o trabalho prestado pelos empregados de cada uma delas.

O fundamento dessa disposição é a unidade desse grupo empresarial no plano trabalhista. Para Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, “seu suposto de incidência é a pluralidade de empresas que, pela forma com que se agrupam, ou mais ou menos impressivamente se vinculam ou se interinfluenciam, consideram-se unitariamente fisionomizadas para a relação de emprego”⁷³.

No caso dos autos, é inegável a existência do grupo, uma vez que o quadro societário da primeira ré (que tem o capital social de apenas R\$ 1.000,00) é formado apenas pelas outras duas rés.

Declaro as rés, portanto, solidariamente responsáveis pelos créditos deferidos na presente sentença.

2.15. Litigância de má-fé

[...]
§ 3º. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:
[...]
XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo.
73. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 271.

A constatação da chamada litigância de má-fé pressupõe a ocorrência de dolo da parte em seu comportamento no processo, a ensejar as reprimendas legais (CPC, arts. 80 e 81). No caso dos autos, não vejo excessos no exercício dos direitos de ação e defesa, razão pela qual indefiro o pedido de multa.

3. Disposições gerais

3.1. Justiça gratuita.

Defiro ao autor os benefícios da justiça gratuita (CF/88, art. 5º, LXXIV; CLT, art. 790, § 3º).

3.2. Honorários advocatícios de sucumbência.

Entendo devidos os honorários advocatícios de sucumbência, pois o assim denominado *jus postulandi* não se coaduna com as promessas constitucionais de acesso à justiça, representando atualmente apenas uma exceção à regra geral do patrocínio das causas trabalhistas por profissionais da advocacia.

Porém, segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, o deferimento dos honorários requer o preenchimento de dois requisitos: a obtenção dos benefícios da justiça gratuita, e a assistência pelo sindicato da categoria (Súmulas 219 e 329/TST).

Diante disso, ressalvo minha convicção pessoal e deixo de fixar honorários advocatícios de sucumbência, pois ausente a assistência sindical.

3.3. Contribuição previdenciária.

O cálculo da contribuição previdenciária observará o critério de *apuração mensal* (Decreto n. 3.048/1999, art. 276, § 4º) e a incidência sobre as parcelas de natureza salarial que foram objeto de condenação (CF/1988, art. 195, inciso I, “a”; Súmula 368/TST; STF – RE n. 569056/PR, Rel. Min. Menezes Direito, j. 11-09-2008). Não serão executadas nestes autos, portanto, as contribuições incidentes sobre as remunerações pagas no decorrer da vigência do contrato de trabalho.

Observe-se, quanto às parcelas sobre cuja natureza jurídica não haja controvérsia (dirimida, se existente, em tópico específico da sentença), o rol do art. 28, § 9º, da Lei 8.212/1991.

A contribuição de responsabilidade do empregado será deduzida do seu crédito (Lei 8.212/1991, art. 11, parágrafo único, a e c; Orientação Jurisprudencial n. 363, da SBDI-1 do TST), observando-se o limite máximo do salário de contribuição (Lei 8.212/1991, art. 28, § 5º).

Faculta-se à ré, se for o caso, no mesmo prazo de que disporá para apresentar cálculos de liquidação, a comprovação de: a) sua inscrição no SIMPLES; b) ser beneficiária de imunidade ou isenção tributária em relação às contribuições previdenciárias patronais.

Saliento que não estão abrangidas na cobrança as contribuições sociais devidas a terceiros (SESI, SENAI, SESC e outros), para cuja arrecadação o INSS possui autorização legal. Nesse sentido o precedente do Tribunal Superior do Trabalho no RR 161040-71-1996-5-08-0005, Rel. Juiz Convocado Luiz Antônio Lazarim, DJ 11.02.2005.

3.4. Imposto sobre a renda.

O IRPF incidirá sobre as parcelas tributáveis componentes da condenação (Lei 8.541/1992, art. 46). Não há incidência tributária sobre as parcelas de natureza indenizatória, em especial as férias (Súmula 386/STJ) e os juros de mora (Código Civil, art. 404). Exclua-se da base de cálculo do IRPF, ainda, a importância devida a título de contribuição previdenciária.

Quanto ao cálculo do imposto devido, observe-se a regra contida no art. 12-A da Lei 7.713/1988, incluído pelo art. 44 da Lei 12.350/2010. O valor do tributo deverá ser retido do crédito do autor e recolhido regularmente, facultando-se a ele a comprovação da existência de dependentes por ocasião da apresentação de cálculos de liquidação.

3.5. Critérios de liquidação.

A liquidação será feita por cálculo.

A condenação diz respeito a parcelas cujo pagamento não se verificou na vigência da relação de emprego; logo, não há compensação ou dedução a autorizar.

Observe-se na apuração dos créditos, salvo disposição específica no corpo da sentença, a média remuneratória indicada pelo autor na petição inicial.

Esclareço, por oportuno, que a menção feita à alíquota de 11,2% de FGTS, nos itens anteriores, resulta do acréscimo rescisório de 40% (8% + 40% = 11,2%).

Correção monetária na forma do art. 39, *caput*, da Lei 8.177/1991, com incidência a partir do dia primeiro do mês subsequente ao vencido (súmula 381/TST).

Juros de mora na forma do art. 39, § 1º, da Lei 8.177/1991, incidentes sobre o valor corrigido da dívida (súmula 200/TST), a partir do ajuizamento da ação (CLT, art. 883).

Quanto à compensação por dano moral, a correção monetária é devida a partir da data de publicação desta sentença; os juros moratórios incidirão a partir do ajuizamento da pretensão (Súmula 439/TST).

3.6. Cumprimento

Cumprimento da decisão no prazo de 8 dias (CLT, art. 832, § 1º), se outro não tiver sido especificamente fixado em tópico da sentença.

Ressalto que, como o recurso cabível não é dotado de efeito suspensivo (CLT, art. 899), o cumprimento da decisão não depende do trânsito em julgado.

3.7. Expedição de ofício

Diante dos fortes indícios de irregularidades em âmbito coletivo e difuso, expeça-se ofício ao *Ministério Público do Trabalho*, para conhecimento e análise das providências cabíveis em seu âmbito de atuação. Instrua-se o ofício com cópia desta sentença e da ata de audiência.

4. Conclusão.

Com base nos fundamentos expostos, que integram esta conclusão para todos os efeitos legais, na ação trabalhista proposta por FERNANDO DOS SANTOS TEODORO em face de UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA, UBER INTERNATIONAL BV e UBER INTERNATIONAL HOLDING BV, **julgo**

parcialmente procedentes os pedidos formulados, a fim de condenar as rés, solidariamente, a pagar ao autor:

- a) aviso prévio;
- b) décimo terceiro salário;
- c) férias com acréscimo de um terço;
- d) FGTS;
- e) multa do § 8º do art. 477 da CLT;
- f) compensação por dano moral.

Ainda, imponho à primeira ré a seguinte **obrigação de fazer**, nos termos e sob as cominações expostas na fundamentação: anotar a CTPS do autor.

Custas pelas rés no importe de R\$ 1.600,00, calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R\$ 80.000,00.

Cientes as partes (Súmula 197/TST).

Intime-se a UNIÃO (CLT, art. 832, § 4º).

Observe a secretaria o quanto determinado no item 3.7.

São Paulo, 11 de abril de 2017.

EDUARDO ROCKENBACH PIRES

Juiz do Trabalho

(documento assinado eletronicamente)

TERMO DE AUDIÊNCIA
PROCESSO No. 1001881-50.2016.5.02.0067

Aos três dias do mês de fevereiro do ano de 2017, às 17 horas e 43 minutos, na sala de audiência da 67ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP, por ordem da MM. Juíza **MARCELE CARINE DOS PRASERES SOARES**, foram apreoadas as partes:

Reclamante: JOYCE PEREIRA RAFAEL
Reclamadas: INSTITUTO PRESIDENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E A SAÚDE

Ausentes as partes, foi proferida a seguinte:

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

JOYCE PEREIRA RAFAEL, qualificada na inicial, moveu a presente Reclamação Trabalhista contra a parte reclamada **INSTITUTO PRESIDENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E A SAÚDE**, também qualificada, postulando, em síntese, o pagamento das verbas descritas a fl. 13/15. Atribuiu à causa o valor de R\$ 136.582,74 (cento e trinta e seis mil, quinhentos e oitenta e dois reais e setenta e quatro centavos). Contestação apresentada pela reclamada a fl. 72/80, impugnando a pretensão da parte autora. Depoimentos pessoais e inquirição de testemunhas a fl. 122/124. Encerrada a instrução processual. Razões finais remissivas. Conciliação final rejeitada. É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. REINTEGRAÇÃO – INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA – ESTABILIDADE GESTANTE – NULIDADE DA DISPENSA

Aduz a autora que foi admitida pela reclamada em 17.03.2015, para exercer as atividades de auxiliar enfermagem, tendo sido coagida a pedir demissão em 08.08.2016. Postula, então, a nulidade do pedido de demissão e sua consequente reintegração ao serviço, ante a estabilidade gestante, ou subsidiariamente a indenização substitutiva e consectários legais, bem como pleiteia por indenização por danos morais. A Ré, em sua defesa afirma que o contrato de trabalho foi rescindido por livre e espontânea iniciativa da reclamante, não havendo que se falar em estabilidade. Contudo, nos termos da prova oral apresentada pela primeira testemunha inquirida, infere-se que a reclamante e outros colegas de trabalho já haviam comunicado a ré acerca da precariedade do ambiente de trabalho ocasionado pelos constantes assédios e desrespeitos da empregada Sra. Rita de Cássia, todavia nada foi feito pela reclamada. Assim, apesar das insurgências de vários empregados (fl. 25 do PDF), a reclamada não demonstrou nos autos qualquer

providência no sentido de fazer cessar as ofensas morais e psicológicas em seu ambiente de trabalho. Ademais, através do formulário de desligamento preenchido pela reclamante (fl. 116/118 do PDF), é possível verificar suas alegações quanto ao ambiente de trabalho desrespeitoso do qual a reclamada compactuava. Diante de tais assertivas e dos relatos quanto ao ambiente de trabalho contaminado pelos insultos e ofensas aos empregados, e sem qualquer perspectiva de mudança, entendo pela presença de vício na vontade da reclamante, ao solicitar sua demissão, considerando-se os ilícitos morais praticados pela reclamada. Como se não bastasse, restou comprovado pelo depoimento da primeira testemunha que a reclamada ao fazer o desligamento das empregadas as submete a exame de gravidez, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, constituindo-se crime nos termos da lei 9029/95, art. 2º. Nesse sentido, o poder diretivo do empregador está limitado pelos direitos fundamentais da mulher trabalhadora, quanto a sua intimidade e vida privada (art. 5º, X, da CF88), não sendo permitido devassar a esfera íntima da mulher apenas para se garantir ao empregador as eventuais insurgências de sua conduta de dispensa imotivada. Muito mais que isso, o exame de gravidez se refere a questões eminentemente particulares da mulher, devendo, portanto, prevalecer no caso concreto, o direito fundamental à intimidade. Ainda, é preciso esclarecer que o direito a maternidade também constitui garantia fundamental, ao qual toda a sociedade deve cooperar. Assim, com base no na teoria objetiva de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, o empregador deve se ater a sua responsabilidade social fazendo garantir o direito da mulher de uma vida profissional sem sobressaltos durante a gestação. E, por outro lado, proteger o desenvolvimento sadio e tranquilo do nascituro. Nesses termos, à reclamada se exige um ambiente seguro para as empregadas gestantes, não só no aspecto físico como psíquico. É inegável que, durante grande parte do século XX, a legislação proibitiva, que vedava o acesso da mulher ao trabalho em locais insalubres, perigosos, à noite, em regime de horas extras, em minas de subsolo, na construção civil e em pedreiras, perseguiu objetivos desejáveis, mas, na atualidade, acabou por se tornar discriminatória, pois além de reforçar a divisão sexista de atividades, reduziu as perspectivas de emprego das mulheres, retirando-lhe a possibilidade de ganhar a mesma remuneração conferida aos homens. A remoção desses obstáculos, ou seja, a revogação da legislação tutelar, acompanhada de uma política administrativa capaz de eliminar ou reduzir riscos reprodutivos ocupacionais ou riscos ocupacionais, poderá contribuir para uma igualdade formal da mulher, tornando mais flexível a utilização da mão de obra feminina, mas não cremos que possa obter efeitos imediatos de igualdade substancial.⁷⁴ Quanto ao trabalho insalubre, a Constituição Federal de

74. BARROS, Alice Monteiro de. Contratos e regulamentações especiais de trabalho peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências. 3. ed. São Paulo: LTr; 2008. p. 356.

1988, ao contrário de suas antecedentes, não estabeleceu qualquer restrição para as mulheres, consagrando a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, o que levou o legislador a revogar expressamente o art. 387, por meio da mesma lei acima referida. A única ressalva quanto à restrição ao trabalho insalubre, refere-se às mulheres grávidas ou lactantes, ante o advento do acréscimo do art. 394- A à CLT, por meio da Lei n. 13.287, de 11 de maio de 2016, que dispõe que “A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre”. Portanto, diante de todo aparato normativo citado, **reco-nheço a nulidade do pedido de demissão da reclamante**, logo, faz jus à estabilidade prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT, ou seja, a manutenção do contrato de trabalho até cinco meses após o parto. Assim, **realizada a dispensa sem justa causa no curso da estabilidade gestante, julgo procedente o pedido para em consonância com a decisão liminar, manter a reintegração da empregada nos quadros da empresa, nos termos em que restou determinado as fl. 124 do PDF, inclusive quanto à multa diária no valor de R\$1.000,00 (um mil reais), e a impossibilidade de contato da autora, ainda que visual, com a empregada sra. Rita de Cássia. Condenando-se, ainda, a reclamada, ao pagamento dos salários desde a dispensa até a efetiva reintegração.** Ainda, **considerando o artigo 394-A da CLT, a reclamante deverá permanecer executando as atividades de telefonista em área salubre durante o período de gestação e lactação, permanecendo com a remuneração integral do cargo anteriormente ocupado de enfermeira, inclusive quanto ao grau de insalubridade que vinha sendo pago, isso com fundamento no princípio da estabilidade financeira.** Diante da reintegração, indefere-se os pedido de fornecimento de guias e baixa na CTPS.

2. DANO MORAL

A parte autora postulou indenização a título de danos morais ante a dispensa no período estábilatório. Insta salientar que por dano moral deve-se entender a honra do ser humano, a imagem que a própria pessoa faz de si, a imagem que os outros possuem em relação à pessoa e a sua intimidade. Os danos morais são causados por atos ou omissões de terceiras pessoas (agente causador do dano) e devem, efetivamente, alterar o estado emocional da pessoa que sofreu a ação ou omissão causadora do dano (vítima) em razão de ofensa à sua imagem, honra, ou intimidade. Não basta o desconforto, o incômodo de uma situação, por mais profundos que sejam. A configuração do dano moral, e a consequente obrigação de indenizá-lo, exigem a presença de três requisitos: a existência de um dano, a culpa do agente causador do dano e o nexo de causalidade entre o dano e o ato ou omissão praticado pelo causador do dano. A Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Tra-

balho (por meio do Capítulo III - Da proteção do trabalho da mulher)são os dois principais diplomas legais sobre o trabalho humano no Brasil, e especificamente, sobre o trabalho feminino. Advinda da década de 1940, a CLT possui disposições pontuais que não mais se coadunam com o contexto social atual, razão pela qual as normas que à época eram protetivas às mulheres, passaram a ser um entrave para sua concorrência no mercado de trabalho, além de discriminatórias. Algumas dessas normas já foram revogadas pelo advento da Constituição Federal ou por legislação infraconstitucional, a exemplo dos arts. 379 e 380, da CLT, ambos revogados pela Lei n. 7.855/89. A Constituição Federal, no inciso XXX, do art. 7º, proíbe a distinção de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, bem como no art. 5º, ao dispor que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. A Constituição Federal determina que o exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão é livre, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII). No entanto, a realidade evidencia um cenário completamente diferente a se descortinar desde a fila de seleção para o emprego. A mulher, candidata ao emprego, mesmo em igualdade de condições profissionais e intelectuais com o homem, carrega consigo, só pela condição do sexo, a carga das obrigações familiares existentes ou a existir como possibilidade futura e comprometedora para a empresa em termos de disponibilidade, dedicação e previdência. Não obstante o amplo leque de direitos e garantias às mulheres para que tenham sua dignidade valorizada no ambiente de trabalho, as pesquisas revelam uma realidade onde impera a discriminação e o desrespeito às normas constitucionais. O acesso ao mercado de trabalho é limitado pelas exigências discriminatórias; a contratação é vista com reserva; exigências são feitas em relação à procriação e estado civil, são diferentes os salários e o exercício das funções.⁷⁵ No mesmo sentido, o art. 5º, da CLT, ao dispor que “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.” Nesses termos, considerando o dever da reclamada em garantir proteção à maternidade, entende-se por comprovado o dano moral causado ante o flagrante desamparo a que sujeitou a empregada dispensada. Assim, **é devida a reparação por dano moral**, sendo que o *quantum* da indenização considerará a gravidade do dano, as condições especiais do ofendido, bem como a condição econômica da reclamada, com o fim de cumprir, ainda, com o objetivo pedagógico da medida. **Portanto, condena-se a reclamada ao pagamento de indenização a título de danos morais no valor fixado de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).**

75. NUNES, Maria Terezinha, *A efetividade do princípio da igualdade no estado democrático de direito. Por uma interpretação constitucionalmente adequada aos direitos da mulher no trabalho*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 44, n. 173, p. 225-38, jan./mar. 2007, p. 229.

3. JUSTIÇA GRATUITA

Acolhe-se o pedido de justiça gratuita formulado pela parte autora, pois atende aos requisitos legais do artigo 790, §3º da CLT.

4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Indenização – Despesas com Advogado – Perdas e Danos

Incabíveis por não se tratar de assistência sindical. Para condenação a tal título necessária a presença dos requisitos previstos na Lei 5584/70, único diploma legal aplicável a esta matéria no processo do trabalho.

Rejeita-se a pretensão da parte autora quanto a pagamento de indenização com despesas de advogado, eis que inaplicável ao processo trabalhista a regra do art. 404 do Código Civil. Na Justiça do Trabalho a única hipótese de pagamento de honorários de advogado encontra-se regradada pela Lei 5584/70, sendo certo que as exigências da mesma não estão presentes nos autos.

5. DISPOSIÇÕES FINAIS

Aplica-se o prazo de 48 horas para cumprimento das obrigações condenatórias, nos termos do artigo 880, da CLT e, em consonância com a recente súmula n. 31, deste E. TRT. Ressalve-se que deverá ser observado prazo diverso, quanto à específica matéria, a depender de motivação expressa acima referida, oportunidade em que ficará afastado o prazo legal.

Não há que se falar em prequestionamento em 1º instância, o que se encontra superado ante a redação contida no §1º, do art. 1.013 do CPC/2015. Ante a ampla devolução da matéria impugnada ao Tribunal sem a necessidade de interposição de embargos de declaração, não há que se falar em efeito suspensivo, de modo que **a decisão deve ser cumprida, independentemente do trânsito em julgado.**

Admite-se a dedução de valores pagos, desde que juntados aos autos até a fase instrutória tais comprovantes, devendo-se observar a gradação salarial autoral em liquidação (súmula 347 do TST).

Nos meses em que eventualmente a remuneração tenha sido injustificadamente paga abaixo do salário-mínimo, esse deve ser considerado como piso, salvo se houver salário normativo superior, que prevalecerá. Ausentes contracheques, na sua totalidade ou parcialmente, deverá ser considerada a remuneração autoral mais recente quando da liquidação naqueles meses omissos em relação a essa providência.

Atendendo-se à *Lei 10.035, de 25.10.00*, que deu nova redação ao *Art. 832, § 3º da CLT*, procede-se *nesta decisão cognitiva* à indicação da natureza jurídica das parcelas constantes da condenação: constituem-se parcelas de natureza indenizatória aquelas que se inserirem nas seguintes hipóteses: juros de mora, liberação do FGTS ou pagamento de indenização equivalente, com acréscimo da multa de 40%, indenização compensatória do seguro-desemprego, multa do Art. 477, § 8º da CLT, multa do Art. 467 da CLT, férias vencidas com acréscimo do terço constitucional, indenização por da-

nos morais, danos materiais emergentes e lucros cessantes, indenização por não cadastramento no PIS ou apresentação da RAIS contendo o nome do trabalhador, salário-família. São consideradas para este efeito remuneratórias todas as demais verbas não mencionadas (salário-de-contribuição), devendo proceder-se ao recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes (parcela do empregado) na forma do Provimento 001/96 da Corregedoria-Geral do C. TST e a reclamada comprovar o correto recolhimento das parcelas do empregador e em favor de terceiros, *sob pena de execução previdenciária forçada.*

Para efeitos previdenciários, declara-se prejudicial e incidentalmente, que o fato gerador das contribuições previdenciárias (parte do empregado) será o efetivo pagamento.

Eventual correção das diferenças a título de FGTS + 40% seguirá as tabelas e critérios do TST, não se aplicando as normas específicas contidas no âmbito da Lei 8.036/90, por se tratar, agora, de débito judicial trabalhista. Imposto sobre a Renda de Pessoa Física na forma da Lei Tributária, após dedução da contribuição previdenciária devida (parte do empregado), de acordo com os Provimentos n. 01/96, Consolidação dos Provimentos da Justiça do Trabalho e alterações posteriores, observando-se ainda, em relação especificamente aos recolhimentos previdenciários, o disposto nos §§ 1º-A, 1º-B, 3º e 4º, do art. 879 da CLT. Ainda quanto ao IRPF devem ser observadas as regras constantes da Instrução Normativa 1.127/11 da Receita Federal do Brasil, através do regime de competência, bem como suas alterações posteriores, sobretudo quanto aos limites de isenção, aplicando-se os termos da OJ 400, da SDI-1, do TST. Adota-se, ainda, a Súmula n. 368, do E. TST. Juros (art. 39, da Lei n. 8177/91 ou art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, quando órgão público, desde que figure como devedor principal) e correção monetária na forma da lei, sendo considerada época própria para correção monetária a prevista na Súmula 381 do C. TST. Quanto à condenação por danos morais, quando houver, observe-se o contido na Súmula n. 439, do TST.

Diante da suspensão liminar pelo STF da decisão do TST que entendeu pela aplicação do índice IPCA-E para a correção monetária dos créditos trabalhistas, não há que se falar da inconstitucionalidade da TRD, aplicando-se ao caso a lei 8.177/91, conforme acima mencionado.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, decide a **67ª Vara do Trabalho de São Paulo (SP)**, com base na fundamentação acima exposta, que integra o presente dispositivo para todos os efeitos legais como se estivesse aqui transcrita:

a) No mérito propriamente dito, julgar **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos mediatos da reclamatória formulados pela parte Reclamante **JOYCE PEREIRA RAFAEL**, contra a parte reclamada **INSTITUTO PRESIDENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E A SAÚDE**, para condená-la, nas seguintes obrigações: **manutenção, em caráter definitivo, da reintegração da empregada nos quadros da empresa, nos termos em que restou determinado as fl.**

124 do PDF, inclusive quanto à multa diária no valor de R\$1.000,00 (um mil reais), em caso de descumprimento; pagamento dos salários desde a dispensa até a efetiva reintegração; pagamento de indenização a título de danos morais no valor fixado de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Oficie-se a Superintendência Regional do Trabalho, o INSS, e o Ministério Público do Trabalho, face à prática do disposto no artigo 2º, da Lei 9029/95.

Custas pela reclamada no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais), calculadas sobre o valor da condenação arbitrado em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), que deverão ser recolhidas no prazo legal, sob pena de execução.

Intimem-se as partes. Cumpra-se. Nada mais.

MARCELE CARINE DOS PRASERES SOARES

Juíza do Trabalho

