

Arquivos do

INSTITUTO
Brasileiro de Direito Social
CESARINO
JÚNIOR



**REFLEXÕES SOBRE
A MODERNIZAÇÃO DO
DIREITO DO TRABALHO**

Vol. 40 - 2016





**ARQUIVOS DO
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL
CESARINO JÚNIOR**

Nº 40 - 2016

Sumário

Apresentação.....	5
MARLY A. CARDONE	
1. A alternativa das Comissões de Conciliação Prévia (CCPs) à judicialização no Direito Individual do Trabalho.....	7
MÁRCIO FERREZIN CUSTÓDIO	
2. Da pré à pós-intervenção: autonomia privada coletiva e as recentes decisões do STF.....	31
CARLOS EDUARDO PALETTA GUEDES	
3. Considerações sobre os instrumentos existentes para preservar empregos em tempos de crise.....	55
LUIZ MARCELO GÓIS	
4. Dano moral coletivo: Conceito e consequências.....	89
MARIA HEMÍLIA FONSECA	
5. Sociedade de advogados. Implicações trabalhistas.....	109
ANTONIO BONIVAL CAMARGO	

**INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL
CESARINO JÚNIOR**

Seção Brasileira da “*Société Internationale de
Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*” - SIDTSS

Av. Paulista, 726, 1º a./cj.102 - CEP 01310-910 - SP - Fone 3285-0372
www.institutocesarinjunior.org.br - icj@uol.com.br

*As opiniões e textos dos trabalhos aqui publicados são de exclusiva
responsabilidade de seus autores.*

APRESENTAÇÃO

A expressão ‘reforma trabalhista’ tem frequentado o noticiário brasileiro, pelo menos, na última década, geralmente acompanhada da fundamentação de que a Consolidação das Leis do Trabalho é de 1943, portanto, antiga. Necessária sua atualização.

O menos informado, entenderá que, no decorrer de mais de 70 anos, não houve no Brasil nenhuma lei que alterasse o velho texto legal. Sabemos que isto não é verdade

Houve leis que criaram direitos novos, a do 13º salário é uma delas, outra que aumentou os dias de férias anuais para 30 dias, para citar apenas duas muito conhecidas.

Desde a Constituição de 1988 várias atualizações foram feitas no nosso Direito do Trabalho, indicando que, sendo ele o mais social de todos os Direitos, sua adaptação à realidade é uma exigência dela.

Assim é que, especialmente na área sindical, ocorreram modernizações: impediu-se a necessidade de autorização estatal para a criação de associação de trabalhadores para a defesa de seus direitos (art. 8º, inciso I), assim como reconheceu-se a liberdade do trabalhador de se associar ou não (art. 8º, inciso V).

À negociação coletiva foi dado o realce necessário, não apenas com sua obrigatoriedade como antecedente do dissídio coletivo (art.8º, inciso VI), como também na diminuição do valor de salários.

Fora da lei maior, tivemos, como relevante e modernizadora, a lei de participação nos lucros ou resultados das empresas (lei 10.101, de 19 de dezembro de 2000) que , todavia, infelizmente e praticamente, se transformou apenas num 14º salário, deixando de ter a função de integração do empregado na empresa.

Desnecessário continuar para registrar quão exagerada é a expressão ‘reforma trabalhista’, para indicar que virá o que tem sempre acontecido, de adaptação das normas jurídico-laborais à realidade social.

Este volume de nossa revista pretende destacar outros aspectos das constantes mudanças por que tem passado nosso Direito do Trabalho, para o que contou, como sempre, com a dedicação de seus estudiosos associados.

Marly A. Cardone
Presidente do IBDSJC

A ALTERNATIVA DAS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA (CCPS) À JUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

Márcio Ferezin Custódio ()*

Sumário. 1. *Introdução.* 2. *O panorama das lides trabalhistas.* 3. *Os “princípios” reveladores do sistema processual do Direito do Trabalho.* 4. *As alternativas da Comissão de Conciliação Prévia e a revitalização da autonomia das partes.* *Conclusão*

1. Introdução

A materialização do direito nas relações de trabalho, seja ela de ordem individual ou coletiva decorreu de conquistas históricas através de reivindicações da classe trabalhadora, tendo como marco inicial a Revolução Industrial.

De lá para cá muito se tem feito no sentido de proteger a parte considerada mais frágil nessa relação laboral, passando por convênios e documentos internacionais sobre as relações de trabalho; a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT); a normatização dessas conquistas nas constituições dos países; o fortalecimento das organizações sindicais; um sistema processual compatível com tais garantias, entre outras particularidades. Tudo, claro, com o fito de se garantir aquelas conquistas e manter um razoável padrão mínimo civilizatório na relação empregador e trabalhador.

A exemplo do caso brasileiro, como um dos garantidores de tais conquistas, dentro de um Estado que procura ser de direito e democrático, o sistema jurídico apresenta em seus níveis de hierarquia

(*) Advogado. Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do “ICJ”, Advogado e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

de fontes de direito do trabalho não somente um universo de normas de cunho material e processual, como também destina a um órgão oficial (a Justiça do Trabalho) o papel primordial de compor os conflitos nesse campo de relações especiais, onde é mais do que sabido que as partes são, por natureza, desiguais.

Há algum tempo a Justiça do Trabalho ou a própria legislação laboral, como um todo, vêm recebendo críticas das mais diversas. Juristas, colunistas, parlamentares, entre outros especialistas que se predispõem a tratar dos mecanismos que interagem com o Direito do Trabalho e a solução dos conflitos apontam que nosso sistema jurídico é ultrapassado nessa área e, de certo modo, acreditando que o Estado de bem-estar social deva ser encarado como um dos fatores das crises nacionais.¹

Embora referidas críticas tenham em igual dose a correspondente contraposição fundamentada por autores de respaldo equivalente, o que é possível observar de maneira praticamente exclusiva dentro daquela primeira corrente é um discurso voltado para: (i) a necessidade efetiva de alteração da legislação protetiva, porque supostamente descontextualizada com o atual estágio das relações de trabalho; além (ii) de algumas posições potencialmente controversas de nossos Tribunais do Trabalho, porque excederiam na interpretação desse mesmo sistema jurídico de guarida ao trabalhador hipossuficiente, ainda que tais posicionamentos venham explicitamente escorados nos preceptivos constitucionais;² e (iii) desprestígio à autonomia das partes na resolução direta de seus conflitos.

1 Não sem razão tem se defendido, com toda autoridade, que o país não alcançou um nível desejado de bem-estar social, principalmente se observamos que desde sempre o processo de desenvolvimento foi instituído dentro do aspecto de concentração de rendas em favor das classes mais altas na pirâmide social. A esse respeito, ver, objetivamente: MELO, Raimundo Simão de. *Reforma trabalhista é necessária, mas não pode ser levar só aspecto econômico em conta*. In Revista Consultor Jurídico de 16/06/2016.

2 A valorização do trabalho humano, ao lado da livre iniciativa devem ser interpretadas como um dos fundamentos da ordem econômica, eis que disposto desta forma no artigo 170 da Constituição Federal, regra matriz de dita ordem por prescrever os princípios (dentre os quais a busca do pleno emprego e da função social do trabalho e da empresa), a finalidade, os ditames e o conteúdo fundante da regência jurídica da economia.

A discussão em torno dessas premissas e que se trava até os dias atuais não pode ser concebida simplesmente por paixões ou crenças ideológicas, e que não guardem estreita relação com os fatos e constatações do Direito do Trabalho dentro de um cenário econômico e social, sob pena de se emprestar a este ou aquele argumento um caráter de oportunismo puro.

Basta qualquer oscilação na economia do país para que o assunto da necessidade de reforma da legislação e jurisprudência trabalhistas (e da própria seguridade social), em seu conjunto, volte à tona, como se essas fossem as principais causas pelo desemprego e fator de inibição das relações de trabalho no Brasil.

Nessa medida, além de questões pontuais como a *terceirização* e uma maior autonomia ou mesmo liberdade no ajuste direto das partes contratantes, as críticas para uma eventual readequação se justificam ainda em razão de uma desmedida judicialização dos conflitos individuais, atrelada a uma proteção demasiada por parte da jurisprudência desta ou daquela regra destinada ao contrato individual de trabalho, tornando-as praticamente imutáveis.³

O que se propõe com esse breve estudo é traçar uma análise própria do atual sistema processual à luz da natureza das demandas que são submetidas em sua maioria à Justiça do Trabalho, em paralelo com os meios preexistentes de resolução de conflitos —mormente na seara individual— e que possam privilegiar a autonomia das partes contratantes, sem se perder o norte de um sistema de segurança jurídica, em especial refletido nas Comissões de Conciliação Prévia, idealizadas nos artigos 625-A a 625-H da Consolidação das Leis do Trabalho como meio auxiliar de pacificação dos dissídios individuais nas relações de emprego.

Não há qualquer pretensão de desprestigiar o discurso da necessidade de uma possível reforma na legislação trabalhista. Porém, também não se pode admitir os excessos que são ditos a

3 A esse respeito, entre muitos artigos ou mesmo reportagens midiáticas, ver: Mudar CLT vai ajudar o país a crescer. *Jornal O Globo*, ed. de 28/07/2016.

respeito do tema. Por isso que abraçar as atuais críticas sem qualquer ponderação do sistema como um todo também não é razoável. O que se tem visto por aí parece desconsiderar a existência e a possibilidade de se revisitar a viabilidade de instrumentos regulares e efetivos de resolução extrajudiciais de conflitos individuais.

Alterar o atual modelo de unicidade sindical e de representação também deveria ganhar a mesma contundência crítica que a legislação e a jurisprudência trabalhista vêm sofrendo. Mas isso é tema para outra oportunidade.

Nesse cenário de muita opinião e fundamentos opostos indaga-se se haveria dentro do cenário jurídico e dos princípios de proteção do trabalhador acolhidos em nossa legislação social espaço para fortalecer o que se ajusta diretamente sem a intervenção do Poder Judiciário? Acredito que sim.

É o que se busca empreender com este estudo.

2. O panorama das lides trabalhistas

Os litígios envolvendo as relações de trabalho, ou, mais especificamente, de emprego,⁴ encontram-se vinculados à melhor sorte de um sistema econômico e de políticas públicas nesse setor. A relação entre uma dada estabilidade na economia de um país —e no caso brasileiro isso não foge a regra— acaba por si só por influenciar na continuidade, melhorias, ou término dos contratos de trabalho.

O Direito do Trabalho sempre será impactado pela economia. Não se pode desconsiderar tal vertente. Nessa perspectiva a oscilação econômica que acaba por gerar uma redução de investimentos, reflete diretamente na relação entre empregados e empreendedores e no próprio contrato de trabalho.

4 Para maior harmonização, utiliza-se neste estudo as nomenclaturas “relações de trabalho” e “relações de emprego” como aquelas de competência da Justiça do Trabalho.

Tanto isso é verdade que no ano de 2015, onde o país registrou sua maior taxa de desemprego, o número de ações trabalhistas absorvidas segundo o Tribunal Superior do Trabalho apontou um aumento substancial, ultrapassando sua média histórica registrada desde 1941.⁵ E o gráfico abaixo ilustra bastante esses números recordes:

TST: Gráfico 2010-2016⁶

Ano	Recebidos	Julgados	Resíduo
Total	87.000.910	83.379.427	2.368.996
2016	2.726.319	2.583.557	2.368.996
2015	3.792.242	3.631.860	2.101.611
2014	3.544.839	3.396.691	1.576.425
2013	3.479.966	3.338.921	1.764.477
2012	3.291.189	3.194.002	1.565.083
2011	3.069.489	3.016.219	1.449.321
2010	2.899.647	2.878.734	1.430.831

Os números do Tribunal Superior do Trabalho, a princípio, podem querer traduzir que talvez o problema esteja na legislação trabalhista. Contudo, as matérias que mais absorvem nossos Tribunais traduzem outra realidade, como será visto em seguida.

Apesar da primeira impressão causada pelo gráfico do Tribunal Superior do Trabalho, sob o aspecto legislativo, imputar a ausência de contemporaneidade do Direito do Trabalho ou mesmo qualquer retórica quanto a um possível excesso de judicialização, principalmente para rejeitar eventuais ajustes entre particulares no contrato de trabalho não parece guardar tanta plausibilidade assim.

5 <http://especiais.g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/2016/processos-trabalhistas-no-brasil-2015/> Acesso em 12/10/2016.

6 <http://www.tst.jus.br/justica-do-trabalho2> Acesso em 16/10/2015.

Em uma primeira abordagem é sabido que os conflitos submetidos ao Poder Judiciário nesse ramo do direito voltam-se em sua esmagadora maioria para as relações individuais, as quais possuem pouco mais de 500 artigos que as regulam na Consolidação das Leis do Trabalho. Considerando esse universo de disposições (somente da CLT), porém, a despeito das críticas recebidas quanto a uma suposta ausência de contemporaneidade da legislação acaba por perder boa dose de aceite. Segundo dados do professor Rodrigo Carelli ao tratar desse assunto:

(...) De fato, a Consolidação das Leis do Trabalho original é do ano de 1943, porém, dos 510 artigos que compõem a parte do direito individual do trabalho, somente 75 permanecem com a redação original, ou seja, apenas 14,7% dos dispositivos não sofreu atualização. Além disso, há dezenas de leis esparsas tratando de novas formas de contratação que não estão inseridas no bojo do diploma legal principal, a CLT.⁷

As alterações mencionadas acima passaram não somente pela seara do direito material, como também e recentemente ajustando o sistema recursal, sem perder de vista os princípios da conciliação, celeridade e instrumentalidade que circundam os litígios na Justiça do Trabalho.

Considerando, portanto, os defensores de uma urgente necessidade de flexibilização das regras nas relações de trabalho em contraposição a uma possível legislação anacrônica, pelos dados expostos não possibilita aferir tanta correspondência atrelada às críticas sofridas, cabendo perquirir, portanto, porque mesmo assim ainda persiste um alto grau de judicialização nessas relações contratuais.

⁷ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Os 5 mitos da Justiça do Trabalho*. Disponível em <http://jota.info/os-5-mitos-da-justica-trabalho> Acesso 02/10/2016.

O sistema jurídico voltado à seara das relações individuais de trabalho obedece a alguns princípios que lhes são informadores e, a respeito de tais premissas, o poder jurisdicional não pode recusar o atendimento e aplicabilidade dos mesmos sob o pretexto de se privilegiar a autonomia individual dos contratantes.⁸

Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, contudo, é necessário compreender que vários dos direitos individuais na órbita das relações de emprego são tidos por irrenunciáveis, eis que caracterizadas como normas de ordem pública.⁹ Aqui, talvez, resida um dos grandes fatores de discussão, possibilidades, limites, atuando fortemente para as criticadas judicializações das relações empregatícias. A respeito dessas particularidades envoltas com as ditas normas de ordem pública, Arion Sayão Romita esclarece sua imperatividade a envolver particulares e o Poder Público:

8 Como exemplo desta premissa, ao tratar especialmente do artigo 444 da CLT, Homero Batista Mateus da Silva esclarece que: “O art. 444 diz mais do que pretendia, pois dá a impressão de ampla liberdade contratual, quando, na verdade, o contrato de trabalho, embora particular, tem forte ingerência pública. Justamente por isso os autores divergem se o direito do trabalho deveria ser enquadrado no âmbito das normas públicas ou privadas —ou, eventualmente, pertença a um terceiro gênero, denominado direito social—, embora esse dilema tenha perdido um pouco de sua atualidade. O fato é que a ‘livre estipulação’ das partes não pode contrariar o salário mínimo ou a jornada máxima, nem pode alterar os benefícios indiretos previstos pela legislação e as posturas de registro profissional e recolhimento dos encargos tributários incidentes. Há reduzido espaço de manobra, sob esse ponto de vista.” SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT comentada*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 14ª ed., 2016, p. 206.

9 “A influência crescente dos direitos fundamentais sobre a ordem jurídica determina a ampliação do significado da ordem pública, embora não afete o conceito. A ordem pública é geralmente definida como o conjunto dos valores reconhecidos pela sociedade em determinado momento, o que explica o caráter evolutivo de seu conteúdo. Como os direitos humanos estão jurídica e explicitamente vinculados aos valores fundamentais, eles devem ser compreendidos no conteúdo da ordem pública. Entende-se também que a função da ordem pública é habilitar o poder público a restringir o exercício dos direitos individuais, o que ser feito em benefício da coletividade para preservação dos valores indispensáveis a sua coesão e à sua estabilidade. (...) A preservação da ordem pública é indispensável ao exercício das liberdades.” ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. São Paulo, LTr, 2ª ed. rev. e aumentada, 2007, p. 171.

Uma norma jurídica dotada de certo grau de imperatividade habilita e por vezes obriga o legislador, a administração ou o juiz a limitar o exercício de liberdades em nome de um interesse superior ou da ordem considerada necessária à preservação do equilíbrio social ou da prevalência do ordenamento jurídico. Daí a necessidade de examinar as relações entre o exercício dos direitos fundamentais e a ordem pública.

Complementando a necessidade da referida proteção judicial, no campo dos dissídios individuais outro fator que justifica esse evento é a interpretação dada ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰ aplicável nas relações de trabalho, e que se faz presente conjuntamente em tantos outros ramos do direito. Expressamente amparada em nosso sistema constitucional através do inciso III do artigo 1º do Texto Político, que dentre outros fundamentos alberga os valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana deve ser promovida no âmbito dos contratos de trabalho não apenas para suprir eventuais lacunas da lei, mas também como forma de proteger a parte hipossuficiente desta relação contratual contra atos que afrontem sua integridade e dignidade, de forma a justificar as garantias inerentes às condições saudáveis e dignas que devem permear as relações empregatícias.

O reconhecimento do indivíduo em sociedade está ligado a sua dignidade como pessoa humana. Essa mesma dignidade enquanto conceito eminentemente político provoca uma releitura de sua

10 “(...) a dignidade da pessoa humana revela-se com valor-fonte de todo o sistema moral e jurídico das sociedades contemporâneas, emergindo como matriz de todos os direitos e garantias fundamentais que refletem a tendência mundial de prevalência dos direitos humanos. A dignidade humana não se preocupa apenas com a existência biológica do ser humano, mas com a satisfação das mínimas condições de vida que assegurem a existência digna. (...)” FRANCISCO, José Carlos. *Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde*. In *Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie* (coords. Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 859.

hermenêutica muitas vezes condicionada à individualidade da pessoa para uma interpretação deste enquanto inserido numa ordem intersubjetiva, na qual é sujeito ativo e passivo de reconhecimento, também jurídico, sobre o qual se estabelece uma relação de igualdade em face da consideração de direitos humanos universalizados.¹¹

A justificativa do brevíssimo apontamento desses dois institutos (normas de ordem pública e princípio da dignidade humana à seara das relações individuais de trabalho) se mostra necessária para desmistificar qualquer crítica sobre um possível excesso de judicialização a respeito de conflitos originados dos contratos de emprego. Se aqueles institutos encontram-se albergados em nosso sistema jurídico, traçar qualquer limitação de atuação da legislação laboral ou mesmo o modo de intervenção do Poder Judiciário, somente podem ser admitidas se obrigatoriamente acompanhada de alternativas a contemplar tais disposições.

Retomando, portanto, os números estampados no *Quadro* do Tribunal Superior do Trabalho acerca do expressivo aumento de demandas nos últimos anos, fator que propiciou o reforço da tese acerca da necessidade de reformas pontuais nas relações de trabalho, muito pouco foi tratado a respeito da natureza de tais litígios.

Dados do próprio Tribunal Superior do Trabalho a respeito daqueles números apontam que entre as pretensões envolvidas nas respectivas ações submetidas a Justiça do Trabalho, em sua esmagadora maioria versa sobre conflitos envolvendo (i) verbas rescisórias; (ii) FGTS; e (iii) horas extras, objetos de inadimplemento contratual por parte dos empregadores.

¹¹ Ver a respeito do reconhecimento enquanto teoria os fundamentos criados por Axel Honneth: CUSTODIO, Márcio Ferezin; AFONSO, Túlio Augusto Tayano. *Teoria do Reconhecimento e Trabalho Decente: a Vida Digna em sua Concepção Política. In Teoria do Reconhecimento Sob a ótica do Direito do Trabalho* (coords. Guilherme Assis de Almeida; Enoque Ribeiro dos Santos). São Paulo, LTr, 2016, p. 26-34.

Com exceção das horas extraordinárias que já possui mecanismos para sua flexibilização (não que outros não possam ser implementados pela via negocial dos particulares com o aval do Poder Público), as demais matérias somente poderiam ser alteradas pela via da desregulamentação, instrumento esse que sequer está sendo cogitado.¹²¹³

Se é preciso admitir que segundo as referidas estatísticas as maiores reivindicações estão centradas nas matérias acima mencionadas, evidente que alguma coisa está errada e não se pode atribuir à legislação protetiva ou o próprio Judiciário trabalhista os responsáveis pelo excesso de demandas junto à Justiça do Trabalho. Essas matérias não podem sofrer qualquer alteração segundo nosso sistema jurídico, fazendo parte do padrão mínimo civilizatório que deve permear as relações individuais de trabalho. Mas é preciso admitir a possibilidade de se implementar outros meios de composição para os conflitos ditos de menor complexidade.

Verbas resilitórias e depósitos fundiários principalmente dizem respeito à rotina da relação contratual e no conjunto de valores

12 Como bem pondera Sússekkind sobre a possibilidade mínima de desregulamentação dos direitos individuais do trabalhador: “Na verdade, ao impedir que as emendas à Carta Magna possam “abolir os direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4o, IV), é evidente que essa proibição alcança os direitos relacionados no art. 7º, assim como a liberdade sindical do trabalhador e do empresário de organizar sindicatos de conformidade com as demais disposições do art. 8º, e de neles ingressarem e desfilarem-se. Os incisos deste último artigo, que dispõem sobre a estrutura orgânica, a representatividade e o custeio das associações sindicais, não constituem, porém, “direitos e garantias individuais”, destituídos, assim, da natureza de cláusulas pétreas.” SÚSSEKIND, Arnaldo. *As cláusulas pétreas e a pretendida revisão dos direitos constitucionais do trabalhador*. In *Rev. TST, Brasília*, vol: 67, nr. 2, abr/jun2001, p. 16/17.

13 “(...) os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no art. 7º da Constituição, compreendem-se entre os direitos e garantias constitucionais incluídos no âmbito normativo do art. 5º, § 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil”. Trecho do Voto do Ministro Sepúlveda Pertencer, Relator na ADI-1.675- DF, julgado acolhido pelo Plenário do STF em 24/9/97.

irrenunciáveis do contrato de trabalho.¹⁴ De outro lado, mesmo as horas extras, identicamente reivindicadas, além de estarem inseridas em um sistema próprio de proteção no sistema jurídico, possui em nosso sistema legal sua flexibilização natural através de vários mecanismos regulares, como os *acordos de compensação individual; banco de horas; jornadas especiais, turnos ininterruptos*, sem exceções inseridos no âmbito da autonomia das partes através do atendimento de algumas exigências da Constituição e da legislação, que o Poder Judiciário simplesmente prega o atendimento.

Não é crível afirmar que o número de ações decorreria da própria excessividade da legislação ou da judicialização injustificada. Direitos mínimos estão sendo levados para a proteção estatal porque desatendidos pelos empregadores.¹⁵

E não pode ser considerado como raro o movimento do empregador de sonegar tais verbas e quitá-las somente na presença de um juiz.

Mesmo com esses dados específicos o discurso da flexibilização da legislação trabalhista ainda ganha enorme peso e adeptos, sendo tratado como panaceia para os males das relações de trabalho e do

14 Dados do Relatório Justiça em Números - 2015, certificam que 46,9% as ações em trâmite na Justiça do Trabalho se relacionavam ao pagamento de verbas rescisórias ao menos. Em suma: quase metade das ações decorrem do inaceitável inadimplemento de verbas rescisórias.

15 Consoante as importantes palavras de Honneth a respeito dos direitos individuais abarcados por um sistema jurídico, esclarece “[...] possuir direitos individuais significa poder colocar pretensões aceitas, eles dotam o sujeito individual com a possibilidade de uma atividade legítima, com base na qual ele pode constatar que goza do respeito de todos os demais. E o caráter público que os direitos possuem, porque autorizam seu portador a uma ação perceptível aos parceiros de interação, o que lhes confere a força de possibilitar a constituição do auto-respeito; pois, com a atividade facultativa de reclamar direitos, é dado ao indivíduo um meio de expressão simbólica, cuja efetividade social pode demonstrar-lhe reiteradamente que ele encontra reconhecimento universal como pessoa moralmente imputável”. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo, Editora 34, 2003, p. 197.

desenvolvimento da economia nacional,¹⁶ ignorando que a grande demanda na seara da Justiça do Trabalho reside basicamente no pagamento de verbas rescisórias, depósitos fundiários e trabalho excessivo.

As propostas para justificar a flexibilização das relações de trabalho, como se tem prolapado por aí, considera a necessidade do menor engessamento no que diz respeito às normas de direito do trabalho em geral, evitando-se a judicialização desproporcional que se veicula. Contudo, os dados enviados pela Justiça do Trabalho não revelam que o problema está na legislação (material e processual), mas sim nos riscos da própria atividade empresarial associada a uma crise de ordem econômica pela qual atravessa o país, cujos direitos mínimos do trabalhador não estão sendo adimplidos.

Contrastando as informações do Tribunal Superior do Trabalho e os argumentos dos críticos da legislação laboral, os discursos acerca da necessidade de flexibilização, ao menos em alguns pontos, perdem consideravelmente sua força (mas não que se deva abandoná-lo por completo).

Não se pode relegar ao sistema processual, principalmente aquele vinculado às demandas de direito do trabalho a responsabilidade pelas mazelas das relações laborais, ou mesmo concebê-la como um modelo anacrônico e de engessamento delas mesmas.

Há, outrossim, a necessidade de que esses mesmos temas que absorvem excessivamente a Justiça do Trabalho, dentro das premissas acima apontadas, possam ser resolvidos sem a necessidade permanente de provocação daquele órgão do Poder Judiciário.

¹⁶ Ver a esse respeito, entre tantos, a matéria *Mudar a CLT vai ajudar o país a crescer*, publicada no jornal O Globo, edição de 28/07/2016.

3. Os “princípios” reveladores do sistema processual do direito do trabalho

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema e para não soar repetitivo, dada à notoriedade do assunto, o que se busca com essa parte do estudo é identificar, pela própria natureza das controvérsias envolvendo as relações de trabalho, principalmente na seara individual, que o sistema processual não pode ser tratado como um obstáculo na evolução da autonomia das partes contratantes, ou então como instrumento facilitador de qualquer grau de judicialização de tais conflitos.¹⁷

Considerando as assertivas do item anterior, desde que judicializado o conflito individual trabalhista, indaga-se se nosso sistema processual possui mecanismos capazes de absorção para uma resolução de forma célere, eficiente e segura diante das regras vigentes? E, muito embora a natureza da maioria das ações que são levadas a discussão ao Judiciário laboral, haveria alguma outra medida de aperfeiçoamento para a mesma resolução?

Embora interligadas, ambas dependem de abordagens específicas.

Com alguma divergência entre doutrinadores —seja na quantidade ou mesmo na nomenclatura ou interpretação— alguns princípios se mostram indissociáveis quando se trata de aplicabilidade compulsória nas relações de trabalho e suas controvérsias, mormente os de natureza individual.

Difícil ignorar que particularmente um de tantos outros princípios admitidos na seara dos conflitos trabalhistas influi e reforça sobremaneira tantos outros, a fim de lhes emprestar

¹⁷ A respeito do tema, ver, entre outros: SCHIAVI, Mauro. *Os princípios do direito processual do trabalho e a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC quando há regra expressa da CLT em sentido contrário*. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/2273/012_schiavi.pdf?sequence=1. Acesso em 25/10/2016.

complementariedade ou então justificativa a todo o sistema de resolução de conflitos. Trata-se em especial do princípio da proteção (ou protetor, tutelar, ou mesmo protecionista), o qual informa não somente o direito material, como também o processual.

As diretrizes que o traduz devem ser propostas para o fim de se adequar qualquer possível desnível na concepção das partes segundo sua posição na relação contratual, já que uma delas é sabidamente considerada hipossuficiente. Em relação ao princípio protetivo ressalta Mauricio Godinho:¹⁸

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como Direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que, sem a ideia protetiva-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.

Desse modo, o princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo do complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado.

Na mesma linha do entendimento aqui reproduzido, além do que se encontra elevado ao nível dos fundamentos e objetivos da Constituição, as disposições de ordem material e processual para essas relações de trabalho, para não tratar do tema em demasia, podem ser evidenciadas segundo as interpretações dos artigos 9º, 444

18 DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo, LTr, 4ª ed., p. 78/79.

e 8º da Consolidação das Leis do Trabalho respectivamente, e que inviabilizam o afastamento da relação de emprego de uma proteção mínima (arts. 9º e 444 da CLT) e, diante de tais controvérsias, se aplicar não somente o sistema positivado, mas outros institutos inerentes para a resolução judicial de conflitos (art. 8º Consolidado), de acordo com o princípio protetor.

O que se pondera é a amplitude dada ao princípio tutelar à luz da aplicação ou não da violação das disposições de direito do trabalho, ao passo que se traduzem em normas de ordem pública. Dentro desse cenário se reflete a crítica da judicialização considerada como desmedida, porque tais fatores inibiriam a autonomia das partes contratantes quanto ao desenvolvimento e execução do contrato de emprego (o que não se vê em idênticas situações quando submetidas à prestação jurisdicional).

É possível admitir, à guisa de complementação, que a pertinência daqueles dispositivos materiais e processuais, dentre outros, estão respaldados não somente no sistema jurídico interno, mas também recepcionado nas próprias diretrizes da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ainda que de forma principiológica, segundo se extrai da interpretação do artigo 2º da Convenção 168¹⁹ quando preconiza que:

Todo membro deverá adotar medidas apropriadas para coordenar o seu regime de proteção contra o desemprego e a sua política de emprego. Para esse fim, deverá providenciar que o seu sistema de proteção contra o desemprego e, em particular, as modalidades de indenização do desemprego, contribuam para a promoção do pleno emprego produtivo, livremente escolhido, e que não tenham como resultado dissuadir os empregadores de oferecerem emprego produtivo, nem os trabalhadores de procurá-lo.

19 Convenção Relativa à Promoção do Emprego e à Proteção Contra o Desemprego, de 1988, ratificada pelo Brasil em 1993.

Dentro do seu poder jurisdicional, quando provocados, os órgãos da Justiça do Trabalho devem se guiar por vários mecanismos de forma a contemplar não somente o sistema de proteção à relação individual de trabalho —sem desprezar os demais conflitos de sua competência—, inclusive procedendo de forma célere e eficaz como recomendado.

Não há, assim, como afastar o princípio protetor —além de outros não abordados— do campo de instrumentalização do sistema processual do direito do trabalho, sob pena de se desestruturar todo um universo de freios e contrapesos destinados ao órgão público na resolução dos conflitos de trabalho, ante a ausência de equilíbrio das partes contratantes.

Outros princípios como o da celeridade e da instrumentalidade, típicos do sistema processual laboral, bem como a recente reforma promovida na esfera do procedimento recursal trabalhista, como a necessidade de uniformização de jurisprudência em Segunda Instância, e o instituto das demandas repetitivas, da busca pela concretização do princípio conciliatório em qualquer grau de jurisdição, sem se falar no efeito meramente devolutivo dos recursos no campo do direito do trabalho, caminham seguramente na diretriz traçada constitucionalmente quanto a duração razoável do processo proclamada pela EC 45/2004 (artigo 5º, LXXVIII da CRFB).²⁰

O cerne do excesso de judicialização não deve ser tratado ou justificado segundo eventuais distorções do modelo processual, mas, ao contrário, a partir da leitura da natureza das demandas levadas a solução na Justiça do Trabalho e sua possibilidade de uma solução alternativa, que não somente a judicial.

²⁰ Importante que não se descuide que a eficácia da razoabilidade na duração do processo, diante dos princípios de celeridade e instrumentalidade que acompanham a Justiça do Trabalho, não deixe de contemplar outras garantias processuais, como a do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e inafastabilidade do Poder Judiciário.

Resta, portanto, na medida do possível, propiciar aos interessados da relação contratual, valerem-se de mecanismos autorizados pelo sistema legal, com a segurança jurídica devida, e que contemple a autonomia das partes para que não se fique apenas a mercê da judicialização de tais controvérsias, evitando, ainda assim, qualquer crítica desprovida de contextualização concreta.

4. As alternativas da comissão de conciliação prévia e a revitalização da autonomia das partes

Concebendo que grande parte das normas que informam as relações de trabalho na seara individual são tidas como de ordem pública, protegidas pelos mais diversos princípios consagrados na sistemática processual trabalhista, sem que se possa afastar a intervenção do Poder Judiciário, clama-se por outros mecanismos, tão céleres, seguros e legítimos a compor as mais diversas controvérsias originadas do contrato individual de emprego.

Diz-se alhures que não se deve abandonar totalmente o instituto da *flexibilização* ante os fatores atuais que se inserem nas relações de emprego, mas também não se pode fazer tábula rasa com aquele instrumento de modo a desvirtuar os direitos mínimos dos trabalhadores. A mesma OIT, ao passo que se preocupa com as formas de trabalho e sua manutenção para o bem estar da sociedade (vide sua *Declaração de Princípios ...*), claramente busca a proposição de alternativas que visem à estabilidade das relações contratuais com enfoque na autonomia das partes, através de ferramentas que consigam conferir igual segurança para esse ajuste direto (artigo 2º da Convenção 168 da OIT).

É fato também que a *flexibilização* das relações de trabalho, no campo individual, quando implementada para uma ou outra situação contratual através de instrumentos coletivos, não raro tem

sido contestada junto ao Poder Judiciário porque, em suma, estar-se-ia diante de efetiva violação a garantias fundamentais inerentes ao próprio contrato de trabalho, mormente aquelas concebidas como de ordem pública.²¹

Com isso, não se pode admitir a inafastabilidade do Poder Público na regulação e proteção dessas relações de trabalho no campo individual. Ao contrário, dentro de um sistema mínimo de proteção, como nos parece ser o caso brasileiro, ao Estado caberia conferir meios que certifiquem a regularidade e segurança próprias de um ajuste autônomo entre as partes diretamente interessadas, seja pela manutenção do contrato de emprego, ou mesmo pela modalidade em que sua rescisão pode ser feita sem prejuízo ao hipossuficiente, adimplindo eventuais direitos explícitos e indisponíveis destinados ao contrato do trabalho (ao empregado por assim dizer), de forma regular, célere e eficaz.

Não parece que nosso sistema legal seja tão anacrônico assim a ponto de inviabilizar qualquer composição direta para o adimplemento de eventuais garantias do contrato de trabalho, seja quando de sua vigência ou mesmo após seu término.

Tanto assim o é que a própria CLT prevê ferramenta de solução autônoma dos conflitos no campo das relações de emprego. Basta convalidá-la segundo os fins para o qual foi criada.

Particularmente a alternativa pode ser encontrada a partir de um novo enfoque conceitual e de estrutura em relação às Comissões de Conciliação Prévia, dispostas na CLT nos artigos 625-A e seguintes.

Criadas no mesmo período da instituição do *rito sumaríssimo* as sobreditas Comissões de Conciliação Prévia – *CCPs*, vieram integrar o sistema jurídico com a finalidade especial de evitar o mencionado

21 Essa insegurança jurídica vivenciada até os dias atuais deve ser tratada à luz da autonomia privada coletiva, o que não é o foco deste estudo.

excesso de judicialização das relações laborais, compreendidas aquelas como de menor complexidade.²²

Não se quer examinar a integralidade das *CCPs* em todos os seus movimentos, principalmente quanto a sua disposição de ser considerada uma condição da ação. Objetiva-se nessa passagem apenas encará-la como meio regular e eficiente a privilegiar a autonomia das partes e, conseqüentemente, evitar maiores ações na Justiça do Trabalho.

Sua finalidade (segundo artigo 625-D da CLT) é procurar conciliar, através de um sistema paritário de mediação, *qualquer demanda de natureza trabalhista*.

No campo fático, não se pode ignorar que no início de sua execução várias foram as denúncias a respeito de abuso cometidos pelas comissões mistas, como cobrança de taxas para a sua utilização; impossibilidade da parte se fazer acompanhar por advogado; imposição de acordos supostamente contra a vontade do trabalhador, entre outros.

Essas ocorrências devem servir como meio de se revitalizar o instituto, impedindo o ressurgimento dessas práticas, com os meios de fiscalização e acompanhamento regulares através dos órgãos oficiais competentes. Portanto, sob tal aspecto, basta um programa específico de condicionamento das *CCPs* como se tem feito em relação a temas como (i) registro em CTPS; (ii) terceirização ilegal; (iii) trabalho escravo; entre outros.

Nossos Tribunais não adotaram as *CCPs* como uma efetiva ferramenta de solução extrajudicial, basicamente em virtude das irregularidades anunciadas desde sua instituição até seu desenvolvimento na resolução dos conflitos individuais. Não raro os ajustes sequer correspondiam à vontade clara do trabalhador, quando não desvirtuavam direitos básicos.

²² Entendidos aqui aqueles que contém previsão segundo o artigo 625-D da CLT, com exceção aos direitos difusos e coletivos.

Como um todo e de forma bastante singular, da Primeira Instância, passando pelos Regionais, até o Tribunal Superior do Trabalho, persiste um entendimento coeso de fortes travas aos ajustes formalizados nas *CCPs*, praticamente tornando-os letra morta, como se evidencia de vários julgados em todas essas Instâncias de decisão.²³ Esse entendimento merece uma reanálise por todos os atores envolvidos e, com idêntica importância, do próprio Poder Judiciário.

Justamente com a notoriedade dessas inconsistências é que a sua reinstauração no cenário brasileiro, já que garantida por lei, deve ser incentivada na medida que beneficia não somente os interesses das partes contratantes, mas também inibe sua judicialização (des)necessária.

23 **ACORDO CELEBRADO PERANTE COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. QUITAÇÃO DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITO LIBERATÓRIO GERAL NÃO RECONHECIDO. NULIDADE DO TERMO CONCILIATÓRIO. FRAUDE NA APLICAÇÃO DO SISTEMA CONCILIATÓRIO PREVISTO NA CLT.** I - Após firmar as teses de que o esgotamento da via conciliatória extrajudicial perante as Comissões de Conciliação Prévia instituídas na forma do art. 625-D da CLT erige-se como condição indispensável à propositura da ação trabalhista e de que tal pressuposto não importa em violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, a Turma Regional deixou de atribuir ao acordo noticiado nestes autos o efeito liberatório pretendido pela reclamada, reputando-o nulo nos moldes do art. 9º da CLT, porque ajustado mediante evidente fraude aos preceitos trabalhistas. (...) V - Ademais, tendo em vista justamente a peculiaridade fática retratada, não se divisa ofensa à literalidade do parágrafo único do art. 625-E da CLT, pois o efeito liberatório geral ali preconizado pressupõe, por óbvio, a inexistência de qualquer vício a inquirir de nulidade o ajuste perpetrado, não sendo o dispositivo aplicável, portanto, à hipótese vertente. VI - Recurso não conhecido. (TST, RR 1432004520055010064, 4ª Turma, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, j. 10/09/2008, DJT 19/09/2008. AGRADO DE INSTRUMENTO. NULIDADE DE ACORDO CELEBRADO PERANTE A COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. Na hipótese dos autos, o termo de conciliação não possui a eficácia liberatória prevista no art. 625-E, parágrafo único, da CLT, porquanto o Regional reconheceu a nulidade da conciliação realizada perante a comissão de conciliação prévia. Isso porque o Regional consignou que a reclamada tem se utilizado do NICOP para quitação de direitos trabalhistas incontroversos para por fim aos contratos de trabalho. Agravo de instrumento que se nega provimento. (TST, AIRR 1085401420055010003, 2ª T./ Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, j. 09/02/2011, DJT 18/02/2011) EMENTA: COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EFICÁCIA LIBERATORIA. A transação feita perante comissão de conciliação prévia não obstrui o acesso do trabalhador ao Poder Judiciário para buscar eventuais diferenças das parcelas acordadas, pois a eficácia liberatória restringe-se aos valores expressos no termo. Presentes as condições da ação. (TRT 4ª R., RO 0001038-02.2011.5.04.0721, Rel., Raul Zoratto Sanvicente, DJT 25/04/2013).

Como a legislação é expressa no sentido de que qualquer “*demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia*”, insiste-se quanto à necessidade de uma releitura quanto aos limites de sua competência segundo a posição até os dias que se sucedem de parte dos órgãos públicos e jurisprudência.

Recente matéria de análise das demandas finalizadas na Justiça do Trabalho evidenciou que mais de 25% das decisões foram apenas de chancela de acordos em audiência, com a quitação de haveres contratuais de forma (consideravelmente) parcelada. Nas fases de execução o número também é de igual jaez.²⁴ Tal hipótese não foi bem acolhida se e quando realizada via *CCPs*. Dentro desse cenário e considerando a autonomia conferida pelo artigo 625-D da CLT, o que diferencia o procedimento de se parcelar haveres contratuais diretamente entre as partes (via *CCPs*), desde que não se renuncie aos mesmos, e as decisões do Poder Judiciário em igual sentido?

Retirar tal competência das *CCPs* à luz dos limites de se quitar parceladamente haveres trabalhistas, inclusive rescisórios, dando essa autonomia somente ao Poder Judiciário, parece desconfigurar o enunciado que o próprio artigo 625-D confere à Comissões, e a boa-fé que permeia tais acordos.

Essa distinção de limites ao ajustado diretamente e a possibilidade única de convalidação somente pela via judicial gera insegurança jurídica, fomentando ainda mais a judicialização de tais conflitos, objeto, não sem razão, das mais variadas críticas. Se essa autonomia não é conferida, podendo ser questionada futuramente no Judiciário, parece legítimo que o próprio empregador prefira esperar o conflito judicial, porque lá o seu ajuste possui uma força distinta do que se pactua nas *CCPs*, ainda que em iguais termos, o que parece

24 Crise leva empresas a parcelar débitos em até 36 vezes. In Valor Econômico, ed. de 03/11/2016.

contrariar o princípio dos artigos 625-D e o Parágrafo Único do artigo 625-E da CLT.²⁵

Desde que instituída e fiscalizada regulamentemente pelos sindicatos de classe e demais atores legitimados²⁶ —ou mesmo instituindo um sistema de fiscalização específica por parte dos órgãos públicos competentes—, o funcionamento das *CCPs* deve ganhar o mesmo respaldo de legitimidade e regularidade que a *arbitragem* desfruta nas relações empresariais.

As *CCPs* nas relações de trabalho devem ser compreendidas como um avanço nessa área e instrumento legítimo para se desafogar o Poder Judiciário, principalmente no atual estágio da sociedade em que se critica o excesso de ações na Justiça do Trabalho, cujas matérias poderiam ser ajustadas diretamente entre os atores interessados. Constituem sobreditas *Comissões* como meios céleres na resolução de conflitos, principalmente se analisarmos a matéria refletida na grande maioria das reclamações destinadas à Justiça do Trabalho, como o inadimplemento de horas extras e FGTS, verbas rescisórias, que devem admitir resolução direta entre os envolvidos sem se renunciá-los, como parece autorizar a expressa disposição do artigo 625-D da CLT.

Por se tratarem de órgãos de instituição sem grandes complexidades, carentes de grandes estruturas, e para o fim de se mediar e encontrar composição aos litígios individuais trabalhistas desde seu nascedouro, é que a releitura de tal instituto ganha força no atual estágio de considerável judicialização do contrato de trabalho. Soma-se a isso a premissa de que a conciliação direta, pela via extrajudicial não desfigura qualquer disparidade de tratamento dos interesses em discussão, merecendo maior prestígio.

25 “Art. 625-E (...) Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.”

26 Lembrando que a essência das *CCPs* é a composição paritária, seja no âmbito intersindical ou então com empresas ou grupo de empresas.

Tal como se tem propalado nos dias atuais a respeito de maior autonomia das partes e menor intervenção judicial, não se pode desconsiderar que as *CCPs* viabilizam a resolução do conflito dentro desse cenário. Porém, não podemos deixar de conferir que nossa jurisprudência, em tese, não tem avaliado com a intensidade merecida os ajustes lá e quando promovidos.

As *CCPs* da forma como previstas em nossa legislação garantem muito mais estabilidade e segurança na resolução e novos ajustes nas relações de emprego, principalmente se for confrontada à proposta de alteração do artigo 618 da CLT, via Projeto de Lei 4962/2016, que pretende abrigar o ajuste direto entre empregador e trabalhador sem, inclusive, a mediação de uma comissão paritária e ignorando por completo a indiscutível ausência de paridade desses contratantes.

Considerações finais

Evidente que existe na atualidade um número substancial de demandas na Justiça do Trabalho envolvendo matérias de menor complexidade, situação esta que corrobora para o se acentuar as críticas para uma maior flexibilização e respeito à autonomia das partes, talvez até diante de uma legislação que se atribui descontextualizada.

Como, entretanto, temos um sistema de proteção mínima aos direitos do empregado, refletido não somente na legislação, mas também pela jurisprudência especial, a alternativa de se estabelecer um maior poder de composição aos particulares, sem a intervenção judicial, precisa ser desenvolvida a partir das ferramentas preexistentes.

As Comissões de Conciliação Prévia constituem claramente essa possibilidade de minimizar o excesso de demandas na Justiça do Trabalho, a qual, na grande maioria das vezes, acaba por conciliar conflitos dentro da mesma competência relegada às *CCPs* (vide principalmente seu artigo 625-D da CLT).

Desta maneira, uma nova abertura e conceito ao instituto das comissões mistas de conciliação, da forma como previsto na legislação especial, deve ser implementado por todos os envolvidos (atores sociais, particulares, órgãos de fiscalização das relações de trabalho e o Poder Judiciário), o que propiciará de uma só vez (i) desafogar Justiça do Trabalho com matérias de menor complexidade; (ii) privilegiar a autonomia das partes para a resolução de seus conflitos; (iii) sem desestruturar o sistema mínimo de proteção às relações individuais de trabalho.

Se se conseguir implementar as Comissões de Conciliação Prévia segundo os princípios que as instituíram, estar-se-á desenvolvendo o indissociável diálogo entre empregador e trabalhadores nesse campo de relações jurídicas, principalmente na seara individual, e com isso aproximando na mesma intensidade outras discussões como as de interesses coletivos, evitando assim, algum exagero ao sistema de judicialização envolto com as relações de trabalho.

Extremamente importante que se trabalhe com a alternativa da solução extrajudicial dos conflitos individuais de trabalho via *CCPs*, como fortalecedora da função jurisdicional do Estado, porém, não como substitutivo desta, até porque nosso sistema processual e material carece por tais implementações.

DA PRÉ À PÓS-INTERVENÇÃO: AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA E AS RECENTES DECISÕES DO STF

Carlos Eduardo Paletta Guedes (*)

1. Introdução

Se o Direito do Trabalho pudesse ser representado artisticamente numa peça teatral, esta teria três atores no palco: empregador, empregado e Estado. O roteiro não é universal, pois varia de país para país, havendo tramas em que o Estado é o ator principal e outros em que empregados e empregadores assumem o protagonismo, deixando ao Estado um papel menor. A atribuição de peso a cada um dos atores dessa peça fictícia representa uma escolha pendular entre duas forças antagônicas: autonomia e intervenção. Há quem queira conservar a peça sempre com o mesmo formato, há quem queira mudar de um ponto do pêndulo ao outro. A opção depende da visão de mundo daqueles envolvidos.

Pretende-se, com esse artigo, analisar criticamente essa obra em eterna construção – como é, afinal, tudo o que é humano – que é o Direito do Trabalho e sua modelação pendular. Mais especificamente, partindo da distinção histórica de Norbert Reich¹ aplicada ao Direito do Consumidor (aplicável, *mutatis mutandis*, ao avanço histórico do Direito do Trabalho²), procurar-se-á localizar o modelo brasileiro considerando recentes alterações de Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho e decisões do Supremo Tribunal Federal.

(*) Advogado. Pós-graduado pela PUC-SP e mestre pela UFJF. Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito Vianna Júnior (MG) e da Pós-graduação da PUC-MG em Juiz de Fora (MG). Membro do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Jr.* E-mail: cepguedes@yahoo.com.br.

- 1 Ver Norbert Reich, em *Diverse Approches to Consumer Protection Philosophy*, *Journal of Consumer Policy* 14, 1992, p. 257-292.
- 2 Importante ressaltar que, embora o artigo de Reich tenha como finalidade abordar a filosofia da proteção ao consumidor, a divisão proposta por ele acaba por prevalecer também para o desenvolvimento normativo – o que ele deixa claro, p. ex., ao dizer que “*Pre-interventionist consumer protection theory, and hence consumer protection law (...)*”, idem, p. 258.

Reich, em seu estudo sobre as diversas abordagens na filosofia da proteção ao consumidor, estabelece uma divisão histórica em três períodos: pré-intervencionista, intervencionista e pós-intervencionista³. Obviamente, sabendo-se que o desenvolvimento da proteção ao consumidor se deu mais recentemente se comparados com o Direito do Trabalho – os três períodos mapeados por Reich ocorrem respectivamente nos anos 1950/60 (pré-intervencionista), 1970 (intervencionista) e 1980 (pós-intervencionista) –, a transposição que aqui se faz se dá puramente no campo da nomenclatura, até mesmo porque as duas áreas se distanciam em aspectos fundamentais, embora dividam a característica do desequilíbrio da relação. Contudo, há de se considerar que este caminho normativo da pré à pós-intervenção é um fenômeno que pode ser replicado nos dois campos do Direito, como se verá abaixo em relação ao Direito do Trabalho.

2. Fases da intervenção

A) Pré-intervencionista

A relação de emprego tem um elemento nuclear, que é a subordinação jurídica, conceito diferente da sujeição, típica do trabalho servil e escravo. O trabalho subordinado surge somente com a Revolução Industrial (século XVII e, principalmente, XVIII), estabelecendo uma nova equação jurídica do sistema produtivo, no qual se combinam a liberdade (ou a separação em face dos meios de produção e seu titular⁴,) e subordinação. Categoria essencial de um sistema “totalizador irrecusável e irresistível”⁵ (capitalismo), a relação de emprego é onde se dá a relação capital-trabalho.

3 Idem.

4 Ver Maurício Godinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho, Ed. LTr, 2014, p. 87.

5 Ver Istan Meszaros apud Vitor Bartoletti Sartori, Apontamentos sobre Marxismo e Direito: decadência burguesa e manipulação, Revista Jurídica Direito e & Realidade, <<http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/251>>, acesso em 05/08/2015.

Interessa-nos, aqui, compreender o ambiente pré-intervencionista em que surgiu esta relação. Os fatores econômicos, sociais e políticos que confluíram para dar origem à relação de emprego encontraram um Direito vigente, à época, de formação liberal-individualista e que, por isso, não tinha uma resposta jurídica adequada para o novo fenômeno⁶. Esta não adequação decorria do fato de que a matriz clássica tinha um forte cunho civilista, presa a um modelo jusracionalista que consagrou, de acordo com Judith Martins-Costa, a unitariedade dos sujeitos que serão os destinatários do direito ali contido, proclamada pelo princípio da igualdade – unidade esta, segundo a autora, conseguida com a supressão das diferenças religiosas, pelo fim das diferenças de nascimento e pelo expurgo das diferenças locais e territoriais⁷. Curiosamente, este mesmo ambiente pós-revolução francesa que aderiu às codificações como monopólio normativo, calando a pluralidade de ordenamentos existente até então, seria incapaz de entender e atender a uma relação jurídica que não cabia no formato individualista e formalmente igualitário dos sistemas fechados de então⁸. Vê-se, portanto, que a relação empregatícia chega a uma Europa submetida a três espécies de exigências às quais o direito devia dar uma resposta:

(...) a) uma concepção individualista da vida sócio-jurídica fundada em relações interindividuais e, portanto, no efetivo reconhecimento dos direitos subjetivos; b) a secularização dos princípios da igualdade e da liberdade como base da organização das relações jurídicas e do funcionamento das instituições civis; c) um novo perfil ao papel do contrato como expressão da vontade individual, núcleo basilar dos mecanismos da vida jurídica e econômica (...).⁹

6 Ver nota 3, p. 91.

7 Ver Judith Martins-Costa, *A boa-fé no Direito Privado*, Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 174.

8 *Ibidem*, p. 179, para uma análise do fenômeno da codificação e do surgimento dos sistemas fechados.

9 *Ibidem*, p. 180.

Não é de se estranhar que o contrato de trabalho, baseado numa forte diferença entre as partes, não pudesse ser bem recepcionado por um sistema com essas características.

Daí se pode concluir que o tratamento jurídico dado a essa relação nova e desequilibrada possa se inserir sob a classificação “pré-intervencionista”. Com a burguesia tendo conquistado posição política à altura de seu peso na economia e na cultura, era consequência esperada que aquela igualdade que nascera como ideal revolucionário (contra os privilégios de classe do feudalismo) acabasse por se tornar uma “igualdade perante a lei, igualdade da lei e igualdade na lei”¹⁰. O próprio Marx reconheceu essa dualidade do papel burguês no processo histórico: num primeiro momento, o ataque ao sistema feudal foi um ato progressista e revolucionário da burguesia; num segundo momento, essa mesma igualdade torna-se uma ferramenta de manutenção do *status quo* mercantilizado e desigual¹¹.

Esse ambiente normativo não poderia dar conta da realidade das fábricas, das jornadas de trabalho abusivas e remunerações aviltantes. Aquela igualdade burguesa, que servira de bandeira revolucionária e ao progresso político-econômico, agora se tornava fonte de injustiças. Era hora de dar início à intervenção estatal naquela relação.

B) Intervencionista

Godinho Delgado, sintetizando posição de diferentes autores, lembra que o processo de formação do Direito do Trabalho –

10 Ibidem, p. 181.

11 Ver nota 4. Diz Sartori, ecoando a visão de Marx: “Se o Direito é indissociável da forma mercantil e da economia capitalista, é preciso que ressaltemos que isso nem sempre foi um entrave ao desenvolvimento social. Como dito, o fenômeno jurídico esteve relacionado à ascensão de uma ‘nova ordem’, em sua época, revolucionária. A igualdade jurídica foi essencial nas lutas de classe da burguesia também, sendo essa classe social extremamente progressista diante do domínio da aristocracia”. Conclui o autor que as reivindicações jurídicas não foram exercício de cinismo, mas de demandas justas à época.

experiência dos países do capitalismo central (ocidente) – se dividiu em diferentes fases¹², a saber: manifestações incipientes ou esparsas; sistematização e consolidação e institucionalização.

A primeira fase, iniciada com o *Peel's Act* (1802), da Inglaterra, caracteriza-se pelo surgimento, ainda assistemático, de leis que visavam a reduzir a violência brutal contra mulheres e menores. Incapazes de iniciar uma pressão concentrada e transformadora, os trabalhadores não tinham participação na criação normativa. As poucas leis trabalhistas não compunham um ramo autônomo do Direito, tratando-se mais de esforços dispersos para conter abusos contra figuras mais fragilizadas no âmbito das fábricas.

Já a segunda fase – da sistematização e consolidação – teria como marco o Manifesto Comunista de 1848, o movimento cartista da Inglaterra e a Revolução de 1848, na França. Está última acabou conseguindo generalizar reivindicações importantes, como o reconhecimento do direito à associação e greve e a fixação da jornada de 10 horas. Na Inglaterra, a jornada seria reduzida a 10 horas em 1849, após o movimento cartista de massas do ano anterior. Nesse período que vai de 1848 até a 1ª Guerra Mundial, ações tanto do movimento operário e sindical quanto do próprio Estado se conjugam para sistematizar e consolidar as normas direcionadas especificamente para aquela relação entre capital e trabalho. Um número crescente de leis trabalhistas vem a surgir nessas sete décadas (Alemanha, Dinamarca, França, Espanha, Portugal e Itália). Em 1891, a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, trouxe manifestação oficial da Igreja Católica exigindo do Estado e das classes dirigentes mais compreensão sobre a necessidade de regulação das relações trabalhistas. O documento papal, em virtude da grande influência da Igreja então, teve repercussão decisiva nos formadores de opinião e legisladores da época. Lendo a Encíclica, nota-se um grau de detalhamento que confirma esta influência, senão vejamos:

12 Ver nota 3, p. 95.

A actividade do homem, restrita como a sua natureza, tem limites que se não podem ultrapassar. O exercício e o uso aperfeiçoam-na, mas é preciso que de quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem. Assim, o número de horas de trabalho diário não deve exceder a força dos trabalhadores, e a quantidade de repouso deve ser proporcionada à qualidade do trabalho, às circunstâncias do tempo e do lugar, à compleição e saúde dos operários.¹³

O mesmo documento trataria de temas que seriam incorporados ao que viria a se consolidar como sendo um ramo autônomo do Direito dedicado às relações de emprego: trabalho da mulher e do menor, salário digno, direito de associação dentre outros temas.

A terceira fase, quando se institucionaliza o chamado Direito do Trabalho, tem como marco o fim da 1ª Guerra Mundial, com a criação da OIT (1919). As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) também compõem este momento de institucionalização. Finalmente, ainda segundo a lição de Delgado, o clímax dessa terceira fase se dá após a 2ª Guerra Mundial, quando ocorre o aprofundamento da constitucionalização do Direito do Trabalho e a hegemonia do estado de bem-estar social.

Norbert Reich, fazendo a ressalva que não usa o termo “intervencionista” carregado de qualquer juízo de valor, lembra que o modelo intervencionista é baseado num maior ativismo do papel do Estado nas relações sociais. O estado de bem-estar social (“*Etat providence*”, “*Sozialstaat*”) desejava controlar e modificar o princípio clássico da liberdade contratual que, aplicado a relações em que uma parte é mais fraca que a outra, acabava por se tornar

13 Ver Encíclica *Rerum Novarum*, <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>, acesso em 01/08/2015.

um mecanismo de exploração¹⁴. Do ponto de vista teórico, essas restrições à via privada de exercício da autonomia se fundariam na proteção social e em medidas de índole paternalista¹⁵.

Reich apresenta então as críticas ao modelo intervencionista, advindas tanto da análise econômica do Direito quanto da teoria política. A primeira radicalizava o critério da eficiência, usando-a como única referência de avaliação das normas jurídicas. A intervenção, portanto, evitaria a maximização da eficiência. Já a segunda visão crítica (que ia desde neomarxistas a neoliberais) colocava em xeque o imperialismo estatal, devendo o Estado deixar para a luta de classes ou a autorregularão a solução dos interesses próprios das partes¹⁶.

C) Pós-Intervencionista

Segundo Reich, aquelas críticas aos excessos do Estado não foram em vão. No entanto, elas não acabaram com a intervenção estatal¹⁷. Em relação ao Direito do Trabalho, cabe aqui uma diferenciação em relação ao caminho traçado por Reich.

Como já visto acima, este campo do Direito teve uma trajetória marcada pela ação coletiva dos segmentos sociais dos trabalhadores, visto que a atuação individualista não atenderia seus anseios. Como bem coloca Delgado:

14 Ver nota 1, p. 260.

15 Ver Denis Franco Silva, O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução, em Maria Celina Bodin de Moraes (coord.), in *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*, Ed. Renovar, 2006, p. 151. Segundo o autor, “admite-se, assim, determinado conjunto de medidas (como proteção trabalhista e previdenciária) que se fundam na preservação de um nível mínimo de liberdade que evite a imposição ou coerção de regras ou valorações pelo agente que goza de melhores pré-condições de exercício de sua autonomia”.

16 Ver nota 1, p. 263-264.

17 Ibidem, p. 267.

Esses segmentos, socialmente dominados e juridicamente subordinados na estrutura do processo produtivo, passaram a formular, em contraposição ao estuário jurídico liberal e individualista da época, propostas de normatização de caráter coletivo, abrangentes do conjunto dos trabalhadores envolvidos e subordinados. Dessa maneira, os trabalhadores, através de sua ação sócio-política, conseguiram contrapor ao sujeito individual assimilado pelo Direito Civil da época a ideia de sujeito coletivo¹⁸.

Essa ideia de “sujeito coletivo” não pode ser esquecida ou subestimada. Posteriormente, o Direito do Trabalho europeu e norte-americano vieram a incorporar a resposta jurídica dada pelo Estado ao avanço dessa organização vinda de baixo. A origem, contudo, continua sendo aquela calcada na espontaneidade dos fatos sociais: uma voz coletiva elevando-se na luta pelo seu reconhecimento antes mesmo de o Estado adequar-se para incorporá-la.

Daí porque o pós-intervencionismo, se considerado uma superação da intervenção, não pode ser considerado uma novidade histórica no Direito do Trabalho. A pluralidade de fontes está no nascimento deste ramo da ciência jurídica, mas, como se verá, também está no seu avanço.

Há diferentes modelos de Direito do Trabalho, a depender da característica de realce quando comparadas entre si. Há modelos normativos em que o papel da regulação estatal é maior, deixando pouco espaço para a autonomia das partes; e há os que tomaram o caminho inverso, o de privilegiar a negociação entre os próprios interessados. Ora, o termo “pós-intervencionismo” só faz sentido se nele vier embutida certa superação da intervenção estatal e sua excessiva regulação, não se tratando, porém, de “anti-intervenção”, de forma que alguma regulação deve permanecer, especialmente diante da fraqueza de uma das partes na relação. O caminho da

18 Ver nota 3, p. 92.

pós-intervenção passa, pois, pela aceitação da autonomia privada coletiva, afastando-se a crença de que o Estado seja mais sabedor do que as próprias partes sobre aquilo que é de seu interesse.

3. A posição do Brasil

No Brasil, a lei cumpre papel predominante na regulamentação do trabalho, seja pela inserção no sistema romano-germânico, seja pela experiência corporativa. Delgado, concordando com essa posição, diz que, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, o direito escrito e legislado é o que caracteriza nossa cultura juslaboral. Quanto ao Direito Coletivo, o autor ressalta que vários impasses permanecem, como o fracionamento sindical e o financiamento via contribuição sindical obrigatória¹⁹.

A classificação que se pretende aqui também pode ser feita pela via da exclusão ou a *contrario sensu*. O modelo negociado tem características que passam longe da realidade brasileira. Segundo as lições de Amauri Mascaro Nascimento, tal modelo se funda na concepção autotutelar do Direito do Trabalho, omissão estatal, num ambiente normativo em que os interlocutores sociais tomam iniciativas espontâneas para encontrar formas próprias de solução das disputas trabalhistas. Diz Nascimento que “as condições de trabalho resultam da pactuação e dos contratos coletivos, que substituem o papel cumprido pela lei nos sistemas legislados”²⁰.

Fica clara, assim, a posição do sistema brasileiro no modelo legislado. Resta saber se este modelo, conjugado ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos do trabalho, coloca nosso sistema na posição intervencionista ou pós-intervencionista.

19 Ver nota 3, p. 133-135.

20 Ver Amauri Mascaro Nascimento, *Direito Contemporâneo do Trabalho*, Ed. Saraiva, 2011, p. 50-51.

Pode-se incluir a Constituição de 1988 como marco da ruptura com o modelo corporativo italiano. Contudo, este rompimento não foi completo, pois permaneceram dois resquícios corporativistas e que carregam seu defeito essencial (a integração das organizações de trabalhadores na estrutura do Estado): a unicidade sindical e a contribuição sindical compulsória. Sem qualquer sombra de dúvida, esse vício original prende nosso ordenamento à fase intervencionista.

No entanto, o problema não reside unicamente nessa ruptura incompleta, pois o Estado intervém sob diferentes formas. Além da intervenção através de seus poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário também vem se tornando ator relevante do imperialismo estatal, esvaziando a autonomia privada coletiva e a riqueza da pluralidade das fontes. Com isso, deixa-se para o indivíduo, não para o sujeito coletivo, o papel central de discutir na Justiça do Trabalho o que foi negociado pela via coletiva. Estimula-se o conflito individual, deixando aos instrumentos coletivos uma marca de insegurança e mutabilidade. Com isso, dá-se uma patologia que Axel Honneth identificou como adaptação da conduta dos sujeitos para melhorar suas chances de obter ganhos judiciais, com a perda gradual de qualquer articulação fora da linguagem jurídica. Diz Honneth:

Ao subordinar o mundo da vida sob o *medium* da lei, os sujeitos são forçados a abstrair de suas experiências concretas e reconhecer suas necessidades somente enquanto elas se adequam no esquema de interesses geralmente tipificados, desta forma minando a vida comunicativa. Assim que essa compulsão de abstrair extravasa dos tribunais e toma a vida social cotidiana, os sujeitos aprendem a observar suas próprias intenções e aquelas de seus pares somente em termos da sua importância legal. Eles perdem a habilidade de distinguir entre a fachada estratégica e a retaguarda do mundo da vida, e o que sobra da pessoa não é mais do que a soma de pretensões jurídicas²¹.

21 Ver Axel Honneth, *Freedom's Right – The social foundations of democratic life*, Polity Press, 2014, e-book. Tradução livre do original: “By subordinating the lifeworld under the medium of the law, subjects are forced to abstract from their concrete experiences and recognize their needs only to the extent that they fit into the schema of generally typified interests, thus undermining overall communicative life. As soon as this compulsion to abstract pushes out beyond the courtroom and

Decorre daí que empregados e empregadores, em vez de estabelecerem-se como parceiros dialogais autônomos, vivem uma rotina de conflitos individualizados que, não raro, são consequência de estratégias mediadas pela análise de vantagens decorrentes da lei. O judiciário torna-se, assim, mais um braço do intervencionismo estatal, especialmente quando invalida topicamente cláusulas arduamente negociadas, lançando seu braço poderoso para desautonomizar e desautorizar atores sociais que são capazes de estabelecer diálogo criativo e responsável.

Podemos citar dois exemplos que demonstram que o ativismo do judiciário acaba por gerar uma retração no espaço de diálogo dos interlocutores sociais: a atual redação da Súmula 277²² e o cancelamento da Súmula 349²³, ambas do Tribunal Superior do Trabalho. No primeiro caso, ao se estabelecer a ultratividade do instrumento coletivo, estabelece-se uma rigidez que já é trazida como uma espécie de direito adquirido, intocável, às mesas de negociação. À primeira vista, afirmar que cláusulas de ACTs e CCTs integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser alteradas ou suprimidas por novo instrumento coletivo pode parecer uma grande conquista para o trabalhador. Mas, obviamente, essa indevida intervenção do judiciário traz consigo uma contraíndicação maléfica, que demonstra com clareza como a intervenção conflita com a autonomia: se o que é concedido

*takes hold in everyday social life, subjects learn to observe their own intentions and those of their peers solely in terms of their legal import. They lose the ability to distinguish between the strategic foreground and the lifeworld background, and what remains of the person is but a sum of legal claims*³⁵.

22 Súmula nº 277 do TST - CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE - As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

23 ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO EM ATIVIDADE INSALUBRE, CELEBRADO POR ACORDO COLETIVO. VALIDADE. (cancelada) - A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT).

como benefício pelo empregador em negociação coletiva integra o contrato individual, por que conceder novos benefícios? Qualquer empregador temerá admitir cláusula que assumirá, por via oblíqua, uma característica de pétrea para futuras negociações²⁴.

Já no segundo caso – não permissão de ACT/CCT autorizando horas extras em ambiente insalubre – há transferência de tema que estava sob a esfera da negociação para uma autorização burocrática, intervencionista, a ser requerida perante o Ministério do Trabalho e Emprego (M.T.E.)²⁵, órgão nem sempre capaz de atender, dada a falta de recursos, uma demanda de grandes proporções num país continental. Afora este aspecto prático, há o jurídico. O artigo 60 da CLT²⁶, que exige a autorização do M.T.E. para trabalho em horas extras em ambiente insalubre é anterior à CF/88, que traz em seu texto prestígio claro aos instrumentos coletivos. Além disso, o imperialismo estatal não poderia estar mais presente do que nessa exigência: a fiscalização deverá entrar no estabelecimento – quase sempre um solitário auditor-fiscal, num único dia – para avaliar as condições *in loco*, substituindo a vontade de todo um conjunto plural de trabalhadores que ali labutam diariamente...

24 Ver abaixo decisão do STF suspendendo sua aplicação. Sobre o assunto, ver José Alberto Couto Maciel, A insegurança jurídica e as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, Revista LTr. 77-05, 2013, p. 545. Ver também Ana Lúcia F. dos Santos Bottamedi, Sunstein e o TST – minimalismo, capacidades institucionais e o poder normativo do Tribunal Superior do Trabalho, Revista Ltr. 78-05, 2014. Diz a autora que “as constantes revisões unilaterais de jurisprudência do TST, que costumam vir acompanhadas de alterações e criações de Súmulas, além de não permitir o debate social acerca da matéria deliberada, ao invés de garantir segurança jurídica, põem em risco o planejamento prévio social”, p. 584.

25 Ver Carlos Eduardo Paletta Guedes, O cancelamento da Súmula n. 349 do TST e os turnos de revezamento – em defesa da negociação coletiva, Suplemento Trabalhista LTr, 143, 2014, p. 687-692.

26 Art. 60 - Nas atividades insalubres, (...) quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

Tais intervenções não encontram apoio unânime. Ives Gandra Martins Filho, ao tratar do princípio da subsidiariedade (pelo qual a intervenção estatal no campo laboral deve se dar somente quando os agentes sociais não cumprem seu papel a contento), afirma:

A jurisprudência majoritária do TST tem se mostrado avessa ao princípio, anulando sem número de cláusulas de acordos e convenções coletivas sobre salários e jornada de trabalho, ao arrepio das normas constitucionais que admitem a flexibilização da jornada e do salário, substituindo-se a vontade das partes convenientes e adotando um paternalismo estatal que só mantém na menoridade os sindicatos brasileiros²⁷.

O fato é que a Constituição Federal, no artigo 7º, permite que a negociação coletiva possibilite redução salarial (inciso VI); compensação de horário e redução da jornada de trabalho (inciso XIII); e regulação de jornada em turnos ininterruptos de revezamento (XXVI). No artigo 8º, VI, há a disposição de participação obrigatória de sindicatos em negociações coletivas. No artigo 114, §1º, há a exigência de realização de negociação coletiva.

Há, pois, que se analisar os limites dessa negociação. Magdalena Nogueira Guastavino²⁸ classifica a flexibilidade em i) flexibilidade de entrada (na contratação); ii) interna (na vigência do contrato); iii) e externa (término do contrato). O foco da negociação coletiva, no

27 Ver Ives Gandra Martins Filho, Os pilares do Direito do Trabalho – princípios e sua densidade normativa, Revista LTr. 76-07. 2012, p. 775. O autor afirma acertadamente: “Ora, em vista justamente da teoria do conglobamento, mostra-se sumamente injusta a anulação tópica de cláusula de acordo ou convenção coletiva que tenha sido objeto de mútuas concessões, sendo que a concessão obreira é desconsiderada, mas a patronal mantida. Esquece-se que o acordo, sendo um todo negociado, não pode ser parcialmente anulado: o negócio jurídico é que deveria ser desfeito nesse caso”, p. 782.

28 Ver Magdalena Nogueira Guastavino, Crisis y Derecho del Trabajo, Archivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, vol. 38, 2014, p. 20-31.

Brasil, é permitir que as partes adequem sua realidade para a vigência dos contratos (flexibilidade interna), adaptando regras gerais, fixas e abstratas que representam, justamente por sua generalidade, rigidez e abstração, empecilho para uma adaptação às peculiaridades locais e setoriais. Se já se apresenta reduzida a negociação à flexibilidade interna – pouco ou nada alterando em contratações (entrada) e demissões (externa) – por que cercear ainda mais o único espaço reduzido de diálogo?

A Justiça do Trabalho, de um modo geral, vem demonstrando ainda este apego ao entendimento de “incapacidade relativa” dos entes sindicais, não permitindo, senão em hipóteses residuais, a negociação inovadora entre as partes. Contudo, coube ao Supremo Tribunal Federal surpreender o mundo jurídico juslaboral com uma virada pró-negociação, pós-intervencionista. No julgamento do RE 590415 (publicação em 29/05/2015), o STF assumiu posicionamento contrário ao intervencionismo calcado no paternalismo. Esse caso discutiu, à luz dos artigos 5º, XXXVI; e 7º, XXVI, da Constituição Federal, a validade, ou não, de renúncia genérica a direitos contida em termo de adesão ao Programa de Desligamento Incentivado – PDI, com chancela sindical e previsto em norma de acordo coletivo. A tese prevalecente, contrária à decisão do TST e com repercussão geral, foi a seguinte: *“a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”*.

Essa tese específica, porém, não diz tudo o que foi discutido no julgamento desse caso paradigmático. Neste, os ministros puderam avaliar, como um todo, a verve intervencionista da Justiça do

Trabalho. A própria Ementa dá conta dessa amplitude da questão discutida e que, tudo indica (e não sem surpresa), vem sendo de certa forma ignorada no ramo laboral do Poder Judiciário. Consta do item 3 e 4 da Ementa:

3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.

4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida.²⁹

Se alguma dúvida restasse sobre as intenções do STF, uma leitura das manifestações dos ministros demonstra a profundidade da crítica que a Corte maior formulou em relação à Justiça do Trabalho. Disse o Ministro Relator, Luís Roberto Barroso:

A concepção paternalista que recusa à categoria dos trabalhadores a possibilidade de tomar as suas próprias decisões, de aprender com seus próprios erros, contribui para a permanente atrofia de suas capacidades cívicas e, por consequência, para a exclusão de parcela considerável da população do debate público.

29 Ver <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2629027&numeroProcesso=590415&classeProcesso=RE&numeroTema=152>>, acesso em 04/10/2016.

E ainda:

Não socorre a causa dos trabalhadores a afirmação, constante do acórdão do TST que uniformizou o entendimento sobre a matéria, de que “o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância”. Não se pode tratar como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, CF).

Já o Ministro Teori Zavaski assim se manifestou, tocando em outro ponto sensível da discussão:

A cláusula aqui questionada compõe um acordo coletivo que foi homologado, e, portanto, somente poderia deixar de ser aplicada se fosse rescindida. E, considerando a natureza eminentemente sinalagmática do acordo coletivo, a anulação de uma cláusula tão sensível como essa demandaria certamente a ineficácia do acordo em sua integralidade, inclusive em relação às cláusulas que beneficiam o empregado.

A Ministra Carmem Lúcia, em consonância com esta posição, também criticou a busca pelo “melhor dos mundos” pelos empregados, mantendo aquilo que lhe privilegia, mas anulando a parte do acordo que lhe trazia alguma contra-obrigação. O Ministro Gilmar Mendes tampouco ficou indiferente a esta conduta reiterada da Justiça do Trabalho, dizendo:

Exatamente, anula-se parte do acordo, mas mantém-se a obrigação do trabalhador naquilo que ele aceitou. Ora, se se trata de um modelo comutativo, de um modelo corresponsivo, isto resulta numa prática desleal.

Então, eu concluía, Presidente, dizendo que talvez o TST tenha de fazer uma reflexão com base no próprio Evangelho: talvez querendo fazer o bem, está fazendo o mal.

Em julgamento posterior³⁰, em 8 de setembro de 2016 (Recurso Extraordinário 895.759), o Ministro Teori Zavaski utilizou o precedente acima para reverter julgamento do TST que invalidava ACT que suprimia o direito às horas *in itinere*, assim se manifestando:

O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a ratio adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rejeitada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical.

Mais recentemente, em 14 de outubro de 2016, o ministro Gilmar Mendes, citando os dois casos anteriores, reafirmou essa postura pós-intervencionista do STF ao tratar da Súmula 277 do TST. Na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323-DF³¹, ele determinou a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas. O mais impressionante, porém, é a visão crítica do ministro (certamente não isolada, como vimos acima) em relação ao espírito excessivamente protetor da Justiça do Trabalho. Afirma o ministro:

30 Ver em <<http://s.conjur.com.br/dl/segunda-vez-stf-faz-acordo-prevalecer.pdf>>, acesso em 10/10/2016.

31 Ver em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF323.pdf>>, acesso em 17/10/2016.

Deduzir-se o pretendido pela Justiça Trabalhista poderia configurar verdadeira fraude hermenêutica, destinada apenas a extrair-se – de onde não há – interpretação que a auxilie a fundamentar o que deseja.

Trata-se de autêntica jurisprudência sentimental, seguida em moldes semelhantes à adotada pelo bom juiz Magnaud.
(...)

É esse ativismo um tanto quanto *naïf* que o TST parece pretender seguir na espécie.

(...)

É no mínimo exótico, portanto, que um tema que tenha sido mais de uma vez objeto de análise pelo Poder Legislativo – em amplo processo democrático de elaboração de leis – retorne ao cenário jurídico por meio de simples reunião interna de membros do Tribunal Superior do Trabalho.

Mendes também critica o que chamou de “zigue-zague” jurisprudencial, que nada mais é do que aceitar a ultratividade quando beneficia o empregado, mas negando-a quando se trata de alguma cláusula vantajosa ao empregador.

Não são raros os exemplos da jurisprudência a indicar que a própria súmula – que objetiva interpretar dispositivo constitucional – é igualmente interpretada no sentido de ser aplicável apenas a hipóteses que beneficiem um lado da relação trabalhista.

Em outras palavras, decanta-se casuisticamente um dispositivo constitucional até o ponto que dele consiga ser extraído entendimento que se pretende utilizar em favor de determinada categoria.

Este “chamamento à razão” feito pelo STF não parece estar encontrando ecos na Justiça do Trabalho. Em que pese o caráter amplo das críticas formuladas pelos ministros, esta Justiça especializada

ainda se apega a um modelo intervencionista heterônomo, preferindo crer estar cumprindo o papel de ente iluminado da proteção ao trabalhador. É o que se nota no julgamento do RR-205900-57.2007.5.09.0325³², de 26/09/2016, no qual o TST, mesmo após as duas decisões do STF supracitadas, entendeu que a natureza salarial das horas *in itinere* não pode ser afastada por meio de acordo coletivo, sob o argumento de que a autonomia negocial coletiva não é absoluta e a de que os precedentes do STF não comportam interpretação esquemática. A resistência é clara: apesar dos esforços pedagógicos do STF, o TST queda-se inerte na sua histórica posição excessivamente paternalista.

A nosso ver, nessa controvérsia “STF x TST”, a divergência reside na valoração dada aos interlocutores sociais interessados e ao ambiente procedimental de formulação da regra de regência da relação capital-trabalho.

Olhando do ponto de vista procedimental-democrático, há um déficit de legitimidade no Poder Judiciário, se comparado com a produção normativa autônoma. Em primeiro lugar, as decisões tomadas por um juiz monocrático ou em turmas de três desembargadores (votando individualmente) em julgamentos proferidos em ações individuais de trabalhadores isolados não tem o mesmo grau de legitimidade de uma discussão ampla e majoritária (via voto) de categorias representadas por seu ente sindical, dando origem a um texto conjunto. O instrumento coletivo é resultado de uma construção normativa conjunta e plural, ao passo que o trânsito em julgado de uma decisão é o resultado de um conflito (essencialmente não construtivo) com acomodação – portanto com uso da coerção estatal – *a posteriori*.

32 Ver em <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-mantem-invalidade-de-clausula-de-acordo-coletivo-sobre-horas-deslocamento>, acesso em 10/10/2016.

Essa usurpação da voz dos interlocutores sociais pela Justiça do Trabalho é uma óbvia causa de enfraquecimento sindical (o que não passou despercebido pelo STF, como vimos)³³. Surpreendentemente, o mesmo ente sindical que gera desconfiança no Judiciário ao negociar ACTs e CCTs é aquele em quem o Estado confia para gerir milhões de reais obtidos através da contribuição sindical (e outras formas de obtenção de verbas)³⁴. Também é o sindicato que homologa as rescisões e dá assistência judicial perante o próprio Judiciário.

Dir-se-á que a desconfiança se deve à sistemática normativa que rege os sindicatos, com seus dois defeitos já mencionados (contribuição obrigatória e unicidade). Mas mesmo instrumentos coletivos de entes sindicais altamente representativos e independentes, que certamente sobreviveriam sob outro regime jurídico, sofrem com as invalidações pontuais *a posteriori*. O que há, na verdade, é puro e simples preconceções de uma visão de mundo própria do Direito do Trabalho local: a hipossuficiência do empregado é tamanha que ele merece ser protegido não só de seu empregador, mas também de seu sindicato. É algo inusitado. Importante ressaltar que não se

33 Existem casos levados à Justiça do Trabalho em que o empregado, na fase de negociação coletiva, não comparece à assembleia de sua categoria. Depois, após a celebração do instrumento coletivo, alega falta de quórum para obter ganhos com a invalidação da cláusula que lhe é desvantajosa. O empregado, portanto, dá origem ao esvaziamento democrático que pode vir a lhe beneficiar individualmente a posteriori, demonstrando como o enfraquecimento sindical pode decorrer de estratégias individuais com objetivos de sucesso judicial. O TST, nesse aspecto, agiu bem ao cancelar a OJ nº 13 da SDC e impedir a proliferação desse tipo de conduta.

34 Ver José Pedro Pedrassani, *Supralegalidade dos convênios coletivos*, Ed. LTr, 2014, p. 67. Este estudo é bastante esclarecedor sobre o tema ora tratado, sob o enfoque da posição dos convênios coletivos no ordenamento jurídico pátrio, seu histórico, seu status de direito fundamental e prevalência mesmo diante da lei. Diz ainda o autor: “Em resumo, a presença da encarnação mítica da ‘incapacidade genética permanente do trabalhador subordinado’ e da ‘sustentabilidade da evolução das normas protectivas sempre in melius’, acaba impondo a desatenção ao fenômeno, hoje livre e assegurado como garantia fundamental, do associativismo dos trabalhadores, fomentador da capacidade cognitiva-deliberativa permissiva da manutenção de diálogo com o elemento do capital” (p. 122).

está a negar, no presente artigo, as precariedades e os defeitos da representação sindical brasileira, cartorária e presa à unicidade. O que se pretende é inverter o caminho da desconfiança pela via judicial, encerrando esse ciclo perverso de insegurança jurídica³⁵.

Os teóricos da democracia³⁶ podem ser úteis nessa seara, embasando a visão pós-intervencionista do STF. Em primeiro lugar, o regime do voto é uma dupla garantia do trabalhador: existe o sufrágio para a direção do sindicato e também para o próprio texto oriundo da negociação coletiva, ou seja, a disputa (com a possível correção de equívocos própria do regime democrático) se dá em dois momentos. Além disso, o instrumento coletivo possui uma vantagem sobre qualquer outro texto normativo heterônomo: ele tem validade de um a dois anos, o que também dá espaço para correções e inovações, em caso de injustiça ou desvantagem flagrante. Obviamente, daí decorre que a própria diretoria do sindicato deve ser chamada a prestar contas em suas (re)eleições. Os juízes desconfiados devem, pois, estar cientes que existe, sim, estímulo institucional para se desmascarar a incompetência de certos líderes sindicais – e, para além da própria correção pelo voto, em casos de fraude, haverá, aí sim, o Poder Judiciário para anular o que foi feito sem o correto e legítimo trâmite procedimental. O que não se pode é perder de vista os efeitos benéficos do debate assemblear e negocial legítimo que dá origem ao texto normativo autônomo – efeitos já descritos pela teoria, tais como: promoção do espírito crítico, responsabilidade pelos próprios atos, independência de juízo, interesse por assuntos coletivos/públicos, atitudes fraternas com seu parceiro de categoria e negociação, sentimento de autoestima etc. E se nada disso der frutos e não chegue a negociação a

35 De fato, há que se remodelar o sistema sindical brasileiro. Para uma visão crítica do atual cenário sindical e propostas para sua superação, ver Marcus de Oliveira Kaufmann, *Por um sindicalismo associativo – da solidariedade sindical à democracia nos locais de trabalho*, Ed. LTr, 2014, p. 265 e ss.

36 Ver Ian Shapiro, *Os fundamentos morais da política*, Ed. Martins Fontes, 2006, p. 258-259.

bom termo, estará lá a Justiça do Trabalho para resolver, se for o caso, o dissídio coletivo. Uma discussão aberta e pública não pode se tornar vítima do paternalismo judicial, por mais que sejam presumidas as capacidades morais e intelectuais do juiz, pois lá, na elaboração normativa, discutem-se questões políticas que afetam a todos (numa empresa ou categoria), ao passo que, no processo individual, há somente o interesse de uma pessoa com capacidade de enfraquecer toda aquela construção coletiva.

Há ainda autores que veem na escolha democrática uma superioridade moral sobre outras formas de decisão. Para Santiago Nino, p.ex., no processo democrático, todos são parte e todos são juízes e o grande mérito da decisão por simples maioria, em detrimento daquela por uma pessoa ou grupo minoritário, reside no estímulo àqueles que estão interessados em certa decisão a tratar de obter a adesão de tantas pessoas quanto for possível³⁷. De forma pública e com suficiente comunicação entre os membros da categoria, o trabalhador deverá apresentar seus interesses, receber as queixas do outro, deverá julgar e argumentar contra a proposta do adversário. E, no caso da negociação coletiva trabalhista, isso é feito internamente (na assembleia da categoria, com direito a voto) e externamente (nas rodadas de negociação com a categoria econômica, onde vale uma garantia ainda mais forte, que é o consenso). O impacto educativo dessa exposição a sucessivos debates, discussões e decisões não pode ser subestimado.

37 Ver Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos – Un ensayo de fundamentación*, Editoreal Astrea, 1989, p. 393. Este autor diz ainda: “No se trata de que en cada caso individual la solución que la mayoría favorezca sea necesariamente más imparcial, y consiguientemente, más correcta que la de la minoría. La tesis es que el requerimiento de simple mayoría promueve un proceso de negociación que impulsa hacia la imparcialidad y esto hace que el resultado del procedimiento colectivo sea probablemente más imparcial que la decisión que se hubiera alcanzado a través de un procedimiento que diera preeminencia a la opinión de una persona o de un grupo. (...) De esto inferimos que el procedimiento debe maximizar la posibilidad de un debate libre, abierto y reflexivo previamente a la decisión (...) Este enfoque implica que la democracia tiene valor epistemológico” (p. 395-396).

4. Conclusão

Os déspotas esclarecidos tinham como lema “tudo para o povo, mas sem o povo”. Não se pode deixar que, *cum grano salis*, a Justiça do Trabalho brasileira seja tomada por este espectro: tudo para o empregado, mas sem o empregado. O Brasil ainda não superou a fase intervencionista na regulamentação do Direito do Trabalho. Contudo, como se pretendeu demonstrar, os obstáculos que impedem um maior respeito à autonomia privada coletiva – característica principal da fase pós-intervencionista – não vêm somente da regulação em si, mas da própria postura do Judiciário, tantas vezes refratária a qualquer avanço no empoderamento dos atores sociais não-estatais. Ao mesmo tempo em que este mesmo Judiciário critica o fracionamento e o financiamento sindicais, teme dar aos sindicatos a responsabilidade de cuidar de seus próprios interesses e anseios. Talvez a inversão fosse recomendável: ao aceitá-los como interlocutores legítimos que são, cujas decisões autônomas efetivamente vão afetar as vidas de empregadores e empregados, a pressão e a adesão das bases surgissem. Aguardar uma reforma sindical que nunca chega é uma forma de permanecer numa zona de “conforto desconfortável”, em que se estimula a mesma individualidade, via conflitos egoístas na Justiça do Trabalho, que foi combatida originalmente pelas lutas operárias que deram origem ao sujeito coletivo juslaboral.

Os passos para o pós-intervencionismo, como se procurou demonstrar, não são dados. Executivo, Legislativo e Justiça do Trabalho permanecem inertes, presos a uma deficiente realidade de enfraquecimento sindical e desconfiança judicial. Como um daqueles barcos da Antártida que quebram o gelo infundável, o STF vem iniciando uma dupla correção: dos excessos intervencionistas da Justiça especializada e da tendência ao eterno marasmo legislativo. Espera-se que a sua proa não desista de seguir rompendo aquela fria rigidez do passado rumo às águas de mais fácil e autônoma navegação.



CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INSTRUMENTOS EXISTENTES PARA PRESERVAR EMPREGOS EM TEMPOS DE CRISE

Luiz Marcelo Góis ()*

1. Introdução

Doze milhões.

Esse é o número aproximado de pessoas desempregadas no Brasil atualmente. Ele corresponde a cerca de 12% da população economicamente ativa. Nos últimos três anos, ele praticamente triplicou de tamanho.

Embora a economia do Brasil comece a dar indícios de melhora, é inegável que o volume de pessoas expulsas dos sistemas de proteção social proporcionado pelo emprego causou, causa e ainda causará, por algum tempo, danos aos padrões humanos da nossa sociedade.

Nesses tempos mais críticos, é natural que volte a antiga discussão sobre o propósito do Direito do Trabalho¹.

Enquanto é incontestado a necessidade de conferir ao trabalhador uma esfera de proteção capaz de imunizá-lo, ainda que parcialmente, durante os períodos de tormenta econômica, contra os abusos do capital, de outro lado também é fundamental que se criem meios de preservação da empresa, de modo a que, passada a crise, o trabalhador possa não só estar empregado, mas também em condições de voltar a reivindicar melhores condições do seu status laboral.

(*) Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Especialista em Direito Civil-Constitucional pelo CEPED/UERJ. Professor da Fundação Getúlio Vargas. Membro do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior*. Sócio de Barbosa, Müssnich & Aragão.

1 Vide, nesse sentido, GÓIS, Luiz Marcelo. *A Caminho de um Direito Trabalhista Constitucional*. São Paulo: LTr, 2010, pp. 80/104.

Essa maleabilidade é importante para a preservação do próprio Direito do Trabalho. Segundo bem observa Rodrigues Pinto, trata-se de “um tributo que está sendo cobrado ao Direito do Trabalho para continuar exercendo sua função de regulador jurídico e social do progresso econômico e tecnológico, na área das relações humanas de trabalho. É indispensável satisfazer tal tributo, para mantê-lo sintonizado com a realidade, evitando o justo temor manifestado por *Couturier* de se converter num simples *gigante de pés de barro*”².

Essa realidade já foi apreendida em outros países.

Na Espanha, por exemplo, fala-se em *flexiseguridad* (ou flexisegurança), como uma forma de se conferir alguma maleabilidade ao tecido trabalhista para que ele se adapte nas épocas de crise e sejam atenuados os efeitos do desemprego. Um dos pilares da *flexiseguridad* é justamente a possibilidade de se rever o conteúdo do contrato de trabalho, de modo a torná-lo maleável em períodos de incerteza econômica³. Ao lado dela posicionam-se a criação de fortes políticas governamentais contra o desemprego e a implementação de programas sérios de formação e capacitação da mão de obra.

A França também vem atualmente passando por um tormentoso processo político para implantação de sua reforma trabalhista, chamando a atenção a proposta de adoção de medidas controversas, como a ampliação da autorização para rescisões contratuais e o aumento da jornada de trabalho.

2 PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de Direito Material do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 75.

3 Os arts. 45 e 47 do Estatuto de los Trabajadores preveem a possibilidade de redução de jornada e de salário entre 10% e 70%, mediante acordo com “los representantes de los trabajadores”. Os procedimentos para implementação da medida flexibilizadora foram aprimorados pelos Reales Decretos 1483/2012 e 11/2013, merecendo destaque o primeiro deles, que, basicamente, estabeleceu a “desaparición de la autorización administrativa” para a adoção da redução de jornada e salário, além de “medidas de apoyo a través de bonificaciones y coordinación com el desempleo” (in SEMPERE NAVARRO, Antonio V. et al. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. 9ª edição. Navarra: Aranzadi/Thompson Reuters, 2013, p. 736). Em qualquer caso, faz-se necessária “la existencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, assim como “su afección a la empresa” (PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; ALVARES DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. 22ª edição. Madrid: Ramón Areces, 2014, p. 690).

Alguns anos antes, idêntico fenômeno se verificou em Portugal, que introduziu em seu Código de Trabalho uma regulamentação mais abrangente no sistema das chamadas “vicissitudes contratuais”, passando a facilitar o processo de redução de jornadas de trabalho e de salário nas épocas de crise econômica e em casos de força maior⁴.

O Brasil, naturalmente, não passa ao largo desse movimento mundial.

Em 2015, no Governo da então presidente Dilma Rousseff, foi editada a Medida Provisória no 680, posteriormente convertida na Lei no 13.189, que instituiu o chamado “Programa de Proteção ao Emprego”.

A despeito da novidade da medida, ela está longe de representar a primeira tentativa de lidar com o desafio de conjugar segurança com flexibilidade nas relações de trabalho.

A primeira delas data de 1935, quando foi editada a Lei no 62, cujo art. 11 já previa a possibilidade de redução de salários em casos de força maior ou de prejuízos comprovadamente sofridos pelo empregador.

Essa lei foi revogada em 1943, por força da edição da Consolidação das Leis do Trabalho, que, no entanto, trouxe em seu

4 Maria do Rosário Palma Ramalho esclarece que “as medidas de suspensão do contrato de trabalho e da redução do tempo de trabalho, por iniciativa do empregador e em razão da crise da empresa foram introduzidas no nosso ordenamento (...) como medidas temporárias e de recurso, que permitem adaptar os contratos de trabalho à situação de dificuldade econômica da empresa, tendo em vista a recuperação da mesma – trata-se, obviamente, de medidas de flexibilização dos regimes laborais, que actuam no contexto específico de uma crise empresarial” (*Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 701/702). Também no direito português se faz necessário, para que esteja configurada uma “*situação de crise da empresa*, fundada em motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, em catástrofes ou outras ocorrências, que determinem uma afectação grave e anormal da sua actividade, susceptível de pôr em causa a viabilidade da empresa” (idem, p. 702). Presente a crise, está autorizado o empregador a negociar a redução de jornada e de salários, mediante negociação coletiva de trabalho: “a diminuição de laboração, com a inerente redução dos períodos de trabalho, pode também (para além dos casos, certamente muito raros, de obtenção de consenso nos termos do art. 337º CT) resultar de *acordo* entre o empregador e os trabalhadores, o qual, ao abrigo do Código, deve assumir natureza colectiva. Com efeito, o acordo destinar-se-á a tornar possível a *redução proporcional de salários* – consequência particularmente significativa quando a empresa se ache em dificuldades” (FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*. 13ª edição. Coimbra: Almedina, 2008, p. 516).

art. 503 norma semelhante. Tal dispositivo conferia maleabilidade à rigidez das regras de proteção ao trabalho naquelas mesmas hipóteses de força maior ou de prejuízos suportados pela empresa. Nessas situações, o empregador estava autorizado a reduzir os salários de seus empregados no percentual de até 25% (percentual este que não constava na Lei no 62/35).

Pouco mais de vinte anos depois, já durante o Governo Militar, foi introduzido novo normativo em nosso ordenamento, contendo previsão semelhante para os casos em que o empregador atravessasse situação de dificuldade econômica. Trata-se da Lei no 4.923/65.

Transcorrido idêntico lapso temporal foi editada a Constituição Federal, que inseriu em seu art. 7º, inciso VI, a possibilidade de se reduzir o salário dos empregados, desde que as partes interessadas se valessem da negociação coletiva de trabalho.

Em 1998, frente a nova conjuntura econômica adversa, nosso Legislativo editou a Medida Provisória nº. 1.726, posteriormente convertida na Medida Provisória no 2.164/01. Tal normativo inseriu na CLT o art. 476-A, que dispõe sobre a suspensão condicional do contrato de trabalho para participação do trabalhador em curso de qualificação profissional. Foi mais uma ferramenta colocada à disposição do empregador para enfrentar períodos críticos, que demandam a redução de custo para a viabilidade do empreendimento.

Enquanto o atual Governo Federal não apresenta sua proposta de reforma trabalhista, o atual cenário econômico nos convida a analisar em que medida existem no Brasil, atualmente, ferramentas jurídicas capazes de serem usadas de forma eficiente durante o período de crise, conferido aos atores da relação de trabalho recursos reais para preservar o emprego.

Como, enfim, preservar o trabalho nos atuais tempos de crise?

1. Redução de salários por força maior ou prejuízos comprovados

A primeira ferramenta prevista no nosso ordenamento destinada a conferir flexibilidade às relações de trabalho antecede à CLT. Ela data de 1935, quando foi editada a Lei no 62, cujo art. 11 previu pela primeira vez no Brasil a possibilidade de o empregador reduzir salários em situações de força maior ou em que o empregador comprovadamente sofresse prejuízos em seu negócio.

Trata-se, à toda evidência, de exceção ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva. Exceção essa, todavia, que se justificaria a partir da cláusula *rebus sic stantibus*⁵, presente nos contratos de trato sucessivo, como o de trabalho.

A própria lei, à época, cuidou de definir as hipóteses de força maior (art. 5º, §1º) nas quais se incluíam, por exemplo, “*condições econômicas e financeiras do empregador*” que resultassem na diminuição de seus negócios. Como se vê, a definição diferia em boa medida daquela trazida após 1943 no art. 501 da CLT.

A Lei no 62/35, diferentemente do que acontece no art. 503 da CLT que o sucedeu, não estabelecia limites para a redução salarial. Assim, estava o empregador livre para, unilateralmente, efetuar o corte nos salários na proporção que entendesse apropriada, sempre que pudesse realmente comprovar efetivos prejuízos na produção ou a existência de força maior. Tratava-se de medida que poderia perdurar pelo tempo necessário à recuperação dos prejuízos empresariais. Não havia vencimento mínimo assegurado ao empregado durante a adoção da medida e a única exigência feita ao empregador – além da comprovação dos prejuízos ou da situação de força maior – era notificar os trabalhadores afetados com antecedência mínima de 30 dias (conforme parágrafo único do art. 11).

5 “Aliás, parece-nos justo este dispositivo, por isso que a redução unilateral do salário seria alteração contratual incompreensível num contrato sinalagmático, salvo quando oriunda de força maior, hipótese que teria a justificá-la a cláusula *rebus sic stantibus*, dado que o contrato individual de trabalho também é sucessivo”; in CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito Social Brasileiro*. 2º volume. 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 272.

Com a edição da CLT oito anos depois, o espírito da Lei no 62 foi preservado, tendo sido mantida na Consolidação a possibilidade de redução salarial nas hipóteses de prejuízos comprovados ou de força maior. Muito embora se tratasse de uma alteração unilateral do contrato de trabalho por iniciativa exclusiva da empresa – no que representava uma exceção legal à regra do art. 468 –, a CLT passou a impor três restrições ao exercício do direito previsto no art. 503. A primeira delas é relativa ao limite de redução: ficou restrita a 25% do salário. A segunda, referia-se à necessidade de diminuição geral dos salários, isto é, todos os trabalhadores deveriam sofrê-la e não apenas alguns deles. Por fim, a CLT estabeleceu que a redução salarial não poderia ultrapassar a barreira do salário mínimo, que ficou assegurado aos trabalhadores submetidos ao regime em questão.

Note-se que o art. 503 da CLT não exigia que os prejuízos da empresa decorressem de um contexto macroeconômico adverso ou de uma crise conjuntural em nosso país. Bastava que o negócio do empregador, individualmente considerado, fosse afetado negativamente por dada circunstância para que estivesse ele autorizado a se valer da medida, desde que fosse capaz de comprovar a percepção de prejuízos. De acordo com Eduardo Gabriel Saad, tal regra buscou inspiração na economia de mercado, “em que a empresa, não raro, se defronta com dificuldades de tal monta que se vê constrangida a reduzir salários ou a despedir empregados”⁶.

Vale pontuar que nem a Lei no 62/35 nem o art. 503 da CLT exigiam que as jornadas de trabalho fossem diminuídas para que a redução salarial fosse levada a efeito, o que significa que o princípio da irredutibilidade salarial era, efetivamente, excepcionado, na medida em que o salário-hora do trabalhador sofria real diminuição durante o período de força maior ou de prejuízos do empregador.

6 SAAD, Eduardo Gabriel. CLT Comentada. 48ª edição. São Paulo: LTr, 2015, p. 741.

2. Redução de salário e jornada em face de conjuntura econômica adversa

A segunda medida de que se tem notícia voltada a fornecer ao empregador mecanismos para preservar seu negócio e, a reboque, os empregos por ele proporcionados, foi trazida ao mundo jurídico pela Lei no 4.932/65.

Seu art. 2º prevê a possibilidade de o empregador reduzir a jornada ou os dias de trabalho de seus empregados, com proporcional diminuição dos salários, respeitado o limite de 25% e o salário mínimo, desde que estivesse atravessando dificuldades financeiras decorrentes de uma situação de crise na conjuntura econômica.

Embora, em uma primeira análise, o dispositivo em questão pudesse parecer com aquele previsto no art. 503 da CLT, na verdade eles diferem significativamente.

O que a Lei no 4.932/65 estabelece é a possibilidade de diminuição na duração do trabalho e não uma simples redução salarial. Referida Lei trouxe uma mudança no foco: nos períodos de crise, em que o empregador atravessasse dificuldade de escoar sua produção, estava ele autorizado a reduzi-la, por meio da diminuição da carga horária dos seus empregados. Com menos trabalho e menos produção, diminuía-se custos com insumos e matéria prima, além de se evitar o desperdício.

Diante dessa lógica de redução de custos, era natural que a lei vedasse – como efetivamente vedou – a prática de horas extras durante a adoção do regime de trabalho em jornada reduzida (salvo nas hipóteses previstas no art. 61 da CLT).

Como consequência da menor duração do trabalho, estaria também o empregador autorizado a reduzir os salários mensais, na mesma proporção em que a jornada de trabalho tivesse sido diminuída. Mas, diferentemente do que ocorria nos casos do art. 503 da CLT, o valor do salário-hora não era afetado em seu valor absoluto⁷.

7 Eduardo Garbiel Saad, ao comparar os dois institutos, critica a exigência de redução da jornada de trabalho para se efetivar a diminuição dos salários: “É inquestionável que o art. 503 era mais objetivo, mais realístico. Nem sempre a situação de dificuldades de uma empresa se contorna com a queda de sua produção”; *in op. cit.*, p. 741.

Outra notável diferença entre os institutos dizia respeito à forma de sua implementação. Enquanto o art. 503 da CLT possibilitava que a redução salarial fosse feita de forma unilateral pelo empregador, a Lei no 4.932/65 passou a exigir a interveniência sindical como requisito para a alteração. Além de ser precedida de negociação coletiva, o acordo coletivo de trabalho que formalizava a redução de jornada precisaria ser homologado junto ao Ministério do Trabalho. Caso não fosse obtido o acordo entre os interlocutores, o empregador poderia, ainda, submeter seu pleito à Justiça do Trabalho, que supriria a exigência de negociação coletiva e decidiria sobre a existência, ou não, de crise econômica conjuntural capaz de afetar negativa e significativamente os negócios da empresa.

Embora ambos os institutos estabelecessem medidas de caráter essencialmente transitórias, foi só a Lei no 4.932/65 que trouxe expressamente um prazo máximo de vigência da redução temporária da jornada e dos salários. Esse prazo era de 3 meses, prorrogável caso as circunstâncias que motivaram a adoção da medida perdurassem após tal lapso temporal.

Vale destacar, ainda, a salutar exigência mantida pela Lei no 4.932/65, no sentido de que a redução implementada fosse de caráter geral, ou seja, que afetasse a todos os empregados da empresa e não a só alguns trabalhadores ou setores específicos. Mas a Lei no 4.932/65 foi além: exigiu que os redutores também incidissem sobre os vencimentos (“*a remuneração e as gratificações*”) dos gerentes e diretores.

Tendo em vista que a medida excepcional implementada pela Lei no 4.932/65 voltava-se, simultaneamente, à preservação da empresa e dos empregos, aquele diploma estabelecia a obrigação de readmissão dos trabalhadores que eventualmente tivessem sido dispensados durante o período de crise, caso o empregador decidisse efetuar contratações nos seis meses que sucedessem o fim da vigência do acordo coletivo de trabalho que formalizava o regime de redução.

Como se vê, a partir de 1965 nosso ordenamento passou a conjugar duas ferramentas jurídicas para o enfrentamento dos

períodos de crise. Alguns autores, no entanto, já defendiam que a Lei no 4.932/65 teria revogado tacitamente o art. 503 da CLT⁸, ou, quando menos, que os novos parâmetros por ela criados (redução de jornada proporcional à redução salarial, vigência limitada a 3 meses, necessidade de redução de salários de gerentes e diretores, necessidade de negociação coletiva prévia) já seriam exigíveis nos casos previstos no art. 503 da CLT, ante a regra da norma mais favorável, presente no princípio da proteção.

3. Recepção dos dispositivos pela Constituição Federal de 1988

Em outubro de 1988, foi editada a nossa atual Constituição Federal, a qual trouxe ao nosso ordenamento um extenso rol de direitos fundamentais sociais.

Embora o tema que nos propomos a abordar no presente artigo não nos permita digressões mais profundas, vale registrar a observação de vários autores ilustres, no sentido de ter a Carta Magna evidenciado um intervencionismo heterônomo nas relações de emprego. Ao positivar, já no texto constitucional, um rol com 34 direitos assegurados aos trabalhadores – direitos esses de caráter estritamente cogente – deixou o legislador constituinte pouca margem para autocomposição dos atores da relação de trabalho.

A interferência estatal na construção das regras e condições da relação entre empregado e empregador é notável. Segundo alguns, um “mal necessário”, pois, caso se fosse deixar em nosso país a sorte dos empregados relegada à capacidade dos seus respectivos sindicatos de moldar o sistema de proteção em suas relações de emprego, isto acabaria por desemparrar em boa medida os trabalhadores, já que o sistema sindical brasileiro não tinha em 1988 – como ainda não

8 “Carrion e Sússekind defendem que o art. 503 já estava totalmente revogado tacitamente pela Lei no 4.923/65”; in CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho. 10ª edição*. São Paulo: Método, out/2014, p. 864.

aparenta ter – maturidade e representatividade suficiente para exigir dos empregadores, com a seriedade que se espera, que sejam forjadas relações de emprego equilibradas⁹.

9 Não estou aqui concordando com os adeptos da opinião de que a existência de normas heterônomas inderrogáveis é, nos dias de hoje, fundamental. A meu ver, é necessário que a comunidade jurídica abandone o “complexo de menor incapaz” existente no Direito do Trabalho. Ora, os sindicatos são constituídos a partir da consciência coletiva e representam a união de forças da classe operária. Essa força unida é capaz de reequilibrar a desigualdade existente entre capital e trabalho e de negociar, em virtual patamar de igualdade, as condições de trabalho de cada categoria profissional. Nessa lógica, é preciso que nosso sistema jurídico tenha a coragem de dar o “passo à frente”, de deixar que os sindicatos profissionais atuem com autonomia e independência, para amoldar a relação de emprego de seus representados à realidade de cada um dos “Brasis” que existem no Brasil. Restringir a autonomia coletiva sob pretexto de inderrogabilidade das fontes heterônomas apenas eternizará o “complexo de menor incapaz”. Se não “dermos a chave de casa” para os sindicatos, se não os deixarmos “sair de casa”, eles jamais “crescerão”. Não “amadurecerão” e serão para sempre dependentes de seus “responsáveis”. Se não prestigiarmos realmente a liberdade e a autonomia coletiva, estaremos chancelando a criação de adultos sem discernimento, que não saem da casa dos pais. Estaremos, enfim, eternizando o paternalismo – na concepção fisiológica mesmo – e prestigiando a perpetuação de uma questionável casta de “protetores” (do empregado e dos sindicatos). Aqui concordo com Arion Sayão Romita (*O Princípio da Proteção em Xequê*. São Paulo: LTr, 2003 *passim*): a proteção privilegia muito mais uma classe política populista, que se promove sob o argumento de “proteger” o povo, do que os próprios empregado e sindicatos. Estes, ao invés de receberem a vara para aprenderem a pescar, ganham do nosso ordenamento direto o peixe, numa evidente subversão ao ideal emancipacionista da própria classe operária. Na mesma linha, cite-se a lição de Eduardo Gabriel Saad: “Muitos estudiosos da problemática trabalhista têm observado que, precisamente, os países de economia pouco desenvolvida costumam elaborar legislação protetora do trabalho pejada de casuísmos e dotada de elevado grau de intervencionismo nas relações entre empregado e empregador. O legislador, nesses países, à míngua de outros recursos para eliminar ou minimizar as questões de natureza trabalhista, tentam fazê-lo por meio de leis. Tal atitude tem um duplo efeito: dá ao legislador a falsa impressão de que está contribuindo para a maior felicidade dos assalariados e, de outro, colhe os resultados imediatos de sua atuação em prol de suas pretensões eleitorais. Já atingimos um grau de desenvolvimento econômico que nos deixa entrever recursos à disposição dos interessados no assunto (patrões e assalariados) que os credenciam a solucionar o maior dos problemas sem a ingerência do Poder Público. Infelizmente, o legislador constituinte, quando encerrou seus trabalhos a 5 de outubro de 1988, revelou que não se apercebia da profunda modificação de operação no cenário econômico e social do país. Manteve as linhas mestras da estrutura montada desde os idos do Estado Novo (1937-1945). Esta a razão por que as empresas, os empregados e os sindicatos têm à sua frente limitado espaço para discutir e resolver, com autonomia, as divergências que eventualmente os separam”; in op. cit., p. 742.

Ocorre que, entre os direitos listados no art. 7º da Constituição, foram incluídos os incisos IV, XIII e XIV. Tais dispositivos autorizam, respectivamente, a redução do salário, a compensação da jornada de trabalho e o elastecimento desta, quando prestada em turnos ininterruptos de revezamento. Tratam-se, à toda evidência de hipóteses que excepcionam o princípio de irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e de irredutibilidade salarial; representam a positivação constitucional da possibilidade de flexibilização das leis trabalhistas.

Ao lado dos dispositivos em questão, destaca-se também o inciso XXVI, que, repetindo a redação das constituições anteriores¹⁰, consagra o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

A partir de então, acentuou-se a discussão sobre as hipóteses em que a autonomia coletiva estaria autorizada a flexibilizar as regras previstas na lei trabalhista.

A flexibilização via negociação coletiva passou, assim, a partir de 1988, a ser a principal – para não se dizer a única – ferramenta à disposição do empregador para enfrentar períodos de crise. Se a própria Lei Maior autoriza a redução salarial e a alteração na jornada, certamente outras regras de menor importância na dinâmica laboral também poderiam ser atenuadas, mediante o recurso à negociação coletiva.

Especificamente com relação à redução salarial contemplada no art. 503 da CLT e à diminuição de jornada prevista na Lei no 4.932/65, passou-se a questionar sua recepção pelo novo texto constitucional.

Diante da clareza do art. 7º, VI, da Constituição de 1988, parece não haver dúvidas de que não mais é possível aplicar o art. 503 de forma indistinta. Isto porque, como visto, aquele dispositivo previa

10 Os arts. 158, XIV da Constituição de 1967 e 157, XIII da Constituição de 1946 continham idêntica disposição.

a possibilidade de redução salarial sem prévia negociação coletiva, o que colide com o dispositivo constitucional em questão¹¹.

Não obstante, persistiu a dúvida sobre se o limitador de 25%, a necessidade de respeito ao salário mínimo e a extensão da redução salarial a todos os trabalhadores estariam de acordo com o espírito da nova ordem constitucional então instaurada.

Na mesma linha, questiona-se também se as regras da Lei no 4.932/65 seriam compatíveis com a Constituição de 1988, sobretudo porque aquele diploma já exigia o recurso à negociação coletiva de trabalho para que a redução de jornada fosse levada a efeito.

Quanto ao tema, não há convergência na doutrina.

Como já exposto, uma parte dos autores – como Valentim Carrion¹² e Arnaldo Süssekind - defende que o próprio art. 503 da CLT já teria sido revogado pela Lei no 4.932/65. Assim, a redução salarial somente seria autorizada quando o empregador fosse afetado por uma crise conjuntural, e desde que fosse acompanhada da respectiva redução de jornada, sempre observado o limite de 25% e o prazo de vigência de 3 meses para a redução. Mesmo assim, seria imprescindível a negociação coletiva, motivo pelo qual a possibilidade de o Poder Judiciário impor essa redução quando provocado pelo empregador em caso de frustração da negociação com o sindicato não teria sido recepcionada pela Constituição¹³.

11 “Com a inserção na Lei Maior da possibilidade de serem os salários reduzidos somente por instrumento de negociação coletiva, parece certo que, mesmo em circunstâncias excepcionais, só será lícita a redução quando estipulada em convenção ou acordo coletivo. A Constituição adotou nesta hipótese, bem como em relação à duração semanal de trabalho e aos turnos de revezamento (art. 7º, XIII e XIV), a tese da *flexibilização sob tutela sindical*”; in SÜSSEKIND, Arnaldo *et al. Instituições de Direito do Trabalho - v. 1. 22ª edição*. São Paulo: LTr, 2005, p. 444.

12 *Comentários à CLT*. 39ª edição. São Paulo: Saraiva, p. 504.

13 “Para outros, houve a recepção total da lei, salvo no que diz respeito à sentença normativa poder autorizar a redução salarial. Assim entende Arnaldo Süssekind”; in CASSAR, Vólia Bomfim, *op. cit.*, p. 865.

Outros autores defendem que o art. 503, assim como a Lei no 4.932/65, teria sido recepcionado parcialmente pela Constituição. É o caso, por exemplo, de Godinho Delgado e Gustavo Filipe Barbosa Garcia, os quais ressaltam que a exceção ao princípio da irredutibilidade salarial - presente na parte final do art. 7º, VI, da Constituição Federal -, por se tratar de regra excepcional, deve ser interpretada restritivamente. Nessa linha, apenas em situações extraordinárias seria possível recorrer à redução salarial. E tais situações extraordinárias seriam justamente aquelas tipificadas nos dois dispositivos em questão¹⁴. Nesse sentido:

“A Constituição de 88 recepcionou, entretanto, apenas em parte, esses dispositivos. De um lado, revogou tanto a redução unilateral (art. 503), como a obtida através de sentença (Lei n. 4.923), já que viabiliza semelhante prática redutora somente através de negociação sindical coletiva (artigos 7º, VI e 8º, VI, CF/88).

Contudo, produziu inquestionável recepção quanto à motivação tipificada proposta pelos dois antigos diplomas legais. Nesse contexto, descabe acolher-se como viável, juridicamente, a redução salarial negociada, mas destituída de qualquer fundamento tipificado. Esta parece-nos a interpretação jurídica (fins acentuados no

14 “Portanto, diante do texto constitucional, a redução salarial é autorizada apenas em caráter excepcional (“salvo o disposto...”) (...). Tendo em vista o caráter excepcional da redução de salários, a restrição a um direito tão fundamental do trabalhador não encontra supedâneo na ordem jurídico-constitucional sem uma motivação adequada. Essa flexibilização, *in pejus* ao trabalhador, deve ser efetivamente imprescindível, sob pena de ser a norma coletiva subjadore ilegítima e contrária à estrutura de todo o sistema normativo-trabalhista, seus princípios fundamentais e pilares sociojurídicos. (...) Por exemplo, a força maior (mencionada no art. 501 da CLT), ou a conjuntura econômica desfavorável da empresa (prevista na Lei 4.923/1965), caso correspondam a fatos indicadores da efetiva necessidade da redução salarial, principalmente se com intuito de evitar o desemprego em massa, podem justificar, em tese, a realização desta, por meio da negociação coletiva”; *in* GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 444-447.

Direito do Trabalho, lembre-se); que melhor atende também ao princípio da norma mais favorável, imperante no ramo justralhista; a interpretação, por fim, que melhor se harmoniza ao critério hermenêutico que sempre busca encontrar no Direito a noção de sistema, isto é, um conjunto de partes coordenadas entre si”¹⁵.

Como se vê, esses primeiros expoentes defendem a recepção pela Constituição Federal da Lei no 4.932/65 não só quanto à motivação para autorizar a flexibilização, mas também quanto aos próprios limites do que pode ser flexibilizado. Além dela, o art. 503 da CLT também teria sido recepcionado, apenas quanto ao critério da motivação autorizadora da flexibilização salarial. Desse modo, para tais defensores, só poderia haver negociação nas hipóteses expressamente previstas nos dispositivos legais em questão (força maior, prejuízos comprovados e afetação negativa da empresa em virtude da conjuntura econômica) e, ainda assim, a autonomia coletiva estaria limitada pelo conteúdo material da Lei no 4.932/65. As partes não poderiam ajustar redução superior a 25% do salário, com respectiva diminuição da jornada de trabalho, por exemplo.

De outro lado, posiciona-se corrente doutrinária que entende que apenas o critério de motivação teria sido recepcionado pela Constituição de 1988. Assim, presente uma das circunstâncias excepcionais autorizadoras da redução de salário (art. 503 da CLT ou art. 2º da Lei no 4.932/65), estariam as partes livres para, mediante negociação coletiva, definir o conteúdo material do acordo coletivo, estabelecendo livremente os parâmetros nos quais a redução salarial se materializaria.

15 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12ª edição. São Paulo: LTr, 2013, pp. 791/792.

Filiados a esta linha de pensamento estão nomes como Amauri Mascaro Nascimento¹⁶, Alice Monteiro de Barros¹⁷, Sérgio Pinto Martins¹⁸ e Vólia Bomfim Cassar¹⁹.

16 “Com a Constituição de 1988 (art. 7º, VI), a irredutibilidade é a regra. A redução não é vedada. E condicionada. Depende de negociação coletiva com o sindicato, caso em que terá as dimensões resultantes dessa negociação”; *in Curso de Direito do Trabalho*. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 834.

17 “Essa redução salarial e aquela prevista no art. 503 da CLT não estão em perfeita sintonia com o texto da Constituição vigente. É sabido que o art. 7º, inciso IV, da Constituição da República de 1988, apesar de consagrar a irredutibilidade salarial, permite sua redução por convenção ou acordo coletivo. Afirma a doutrina que o art. 503 da CLT está revogado pelo referido preceito constitucional, ficando a redução salarial a cargo das citadas normas coletivas. Já no que se refere ao art. 2º da Lei n. 4.923, de 23 de dezembro de 1965, entendemos que ele não contraria o art. 7º, VI, da Constituição, pois a redução salarial se processa mediante acordo com o sindicato, quando motivos ligados à conjuntura econômica o autorizem, ficando também reduzida a jornada; todavia, no que se refere ao percentual de redução e ao período em que persistirá, entendemos que a matéria deverá ficar a cargo da negociação em convenção ou acordo coletivo”; *in Curso de Direito do Trabalho*. 9ª edição. São Paulo: LTr, 2013, pp. 678/679.

18 “A Constituição não fixa também proporcionalidade aos salários para efeito de redução. A proporcionalidade da redução será determinada na convenção ou acordo coletivo, podendo até mesmo ser superior a 25%, dependendo da negociação coletiva, pois a Lei Maior não especifica os limites, que serão estabelecidos na norma coletiva. Pela redação do artigo da 503 da CLT não é preciso diminuir a jornada de trabalho, o que era estabelecido na Lei nº 4.923, de 28-12-65. A convenção e o acordo coletivo poderão dispor não só sobre a redução dos salários, mas também da jornada, como na prática muitas vezes ocorre”; *in Comentários à CLT*. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 586.

19 “A redução salarial não mais pode ficar sob o crivo e os critérios impostos pela Lei no 4.923/65, pois a forma de flexibilização escolhida pelo legislador constitucional foi aquela efetuada através da tutela sindical e não estatal, com o intuito de defender os empregos, garantida a saúde da empresa. Só as entidades sindicais, diante das necessidades de cada caso, do clamor da categoria, poderão estipular livremente a forma, os quantitativos, a amplitude e a duração da medida que visa reduzir os salários e/ou vantagens trabalhistas. Não pode o empregador ser punido por ter atendido as regras impostas pelas normas coletivas que autorizaram a redução em benefício dos próprios trabalhadores, quando estas não corresponderem aos exatos termos da Lei no 4.923/65. Poderia o empregador ter optado pela dispensa coletiva, em massa, diminuindo sua folha de pagamento. Se não o fez, foi em proveito dos próprios empregados que preferiram não perder seus valiosos empregos. Da mesma forma, Valentim Carrion e Amauri Mascaro Nascimento. (...) De qualquer forma, não entendemos pela revogação total da Lei no 4.923/65, mas sim pela sua derrogação, devendo ser aproveitado o *caput* do seu art. 2º, ou seja, só poderá ser admitida a redução salarial, quando para manutenção da saúde e

Para estes autores, embora seja fundamental que, de fato, a redução salarial negociada se ancore em uma razão sólida de ordem econômica ou de força maior devidamente comprovada, o alcance do reconhecimento às convenções e acordos coletivos consagrado no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal autorizaria os interlocutores envolvidos a estabelecer os critérios que entendessem mais adequados a solucionar a crise na situação apresentada no caso concreto.

Eles teriam liberdade para estabelecer, por exemplo, só a redução salarial sem o correspondente abatimento da jornada. Poderiam, igualmente, prever redução superior aos 25% previstos na legislação ordinária, já que a Lei Maior prestigia a autocomposição no precitado art. 7º, XXVI.

No entanto, os defensores dessa linha de entendimento são unânimes ao ressaltar que “mesmo no caso do inciso VI do artigo 7º da Constituição, a redução de salários não pode ser inferior ao salário-mínimo, que é o valor mínimo que o empregado pode receber, sendo teoricamente o mínimo indispensável para o obreiro sobreviver juntamente com a sua família, mesmo ocorrendo força maior”²⁰.

Finalmente, há ainda autores que elevam o direito à autocomposição sindical ao patamar máximo, entendendo que sequer o critério da motivação teria sido recepcionado pela Constituição de 1988. É o caso de Eduardo Gabriel Saad, que, ao comentar o art. 2º da Lei no 4.923/65, defende que “o artigo em estudo perdeu validade perante o novo texto constitucional. Este não faz a redução salarial depender deste ou daquele fato ou circunstância. As partes têm ampla liberdade para decidir a respeito da redução de salários de empregados”²¹.

existência da empresa e desde que feita por norma coletiva. (...) Da forma por nós defendida, poderá haver redução do salário sem haver redução da jornada, salvo quando feita na forma do art. 58-A, §2º, da CLT, pelo tempo que se fizer necessário para a empresa sobreviver. Isto porque a Carta deu ampla legitimação aos sindicatos para, através dos convênios coletivos, estipularem a redução salarial. Cada categoria escolherá os parâmetros a serem respeitados, desde que o motivo seja para defender a existência da empresa”; *in op. cit.*; pp. 865/866.

20 MARTINS, Sérgio Pinto, *op. cit.*, p. 587.

21 *Op. cit.*, p. 741.

De acordo com essa linha de pensamento, o atual ordenamento constitucional conferiria ao sindicato ampla liberdade para negociar, inclusive sem a presença de conjuntura econômica adversa à empresa: se o sindicato profissional concorda com a flexibilização de salário e/ou jornada de trabalho, é porque o trabalhador está recebendo a contrapartida adequada, ainda que essa contrapartida não se reflita necessariamente no compromisso de preservação do emprego. O que seria vedado, isto sim, seria a precarização da relação de emprego, i.e., a redução de direitos (como o salário) sem a correspondente contrapartida em favor do trabalhador.

Estabelecidas as correntes sobre a medida da recepção das regras do art. 503 da CLT e da Lei no 4.923/65, permito-me convidar o leitor a uma breve reflexão sobre elas.

Como visto, o fundamento usado pelos adeptos da corrente doutrinária favorável à ampliação das condições materiais nas quais se dará a flexibilização de salário e jornada ancoram sua *ratio* no prestígio conferido pela Constituição de 1988 à autonomia coletiva materializada em acordos e convenções coletivas de trabalho (art. 7º, XXVI).

De fato, trata-se de valioso fundamento. O reconhecimento às avenças coletivas é algo imprescindível para a evolução do Direito do Trabalho, para a oxigenação e modernização das relações de trabalho, para a manutenção dos empregos e para a promoção da paz e justiça social.

Ocorre que mesmo antes da Constituição de 1988 nosso ordenamento já consagrava a autonomia coletiva negocial. Desde a Constituição de 1946 ela já estava inserida na Lei Maior, muito embora só em 1988 tenha sido incluído expressamente a expressão “acordo coletivo” ao lado da “convenção coletiva” no texto constitucional.

É verdade que esse tema só ganha relevância a partir de 1965, pois até então nenhuma norma – constitucional ou ordinária – exigia a presença do sindicato para autorizar a redução salarial. Mas, como se viu, desde a edição da Lei no 4.923/65 esteve presente em nosso ordenamento a exigência de negociação coletiva para se flexibilizar jornada e salário.

Ora, se já em 1965 a Constituição então em vigor já prestigiava a negociação coletiva, qual a razão de, já naquela época, não se questionar as restrições impostas pela Lei no 4.923/65 à autonomia negocial? Afinal de contas, os mesmos fundamentos usados atualmente para defender que as partes não estão adstritas aos limites estabelecidos naquele diploma durante a negociação (25% de redução, prazo de 3 meses etc.) já estavam disponíveis à doutrina e à jurisprudência daquela época.

Além disso, desde a década de 1950 já existia um segundo fundamento, tão importante quanto o prestígio constitucional aos instrumentos coletivos negociados, para sustentar a crítica aos limites impostos à flexibilização autorizada pela Lei no 4.923/65: a Convenção no 98 da OIT fora ratificada pelo Brasil e incorporada ao nosso ordenamento em 1953, por meio do Decreto nº 33.196.

O art. 4º dessa Convenção já consagrava a autonomia negocial coletiva como manifestação pujante do princípio da liberdade sindical. Confira-se:

“Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego.”

Como se vê, pouco – ou nada - mudou na conjuntura jurídico-constitucional entre a edição da Lei no 4.923/65 e os dias atuais. O prestígio à negociação coletiva sempre esteve presente. Mas jamais antes de 1988 se questionou – ao menos da forma contundente como hoje – a constitucionalidade dos parâmetros delineados naquela Lei.

Por que, então, passar a se defender que ela não foi recepcionada pela Carta de 1988 quanto ao conteúdo material ou quanto à motivação, se, juridicamente, a nova ordem constitucional não inovou substancialmente quando comparada à anterior?

A meu ver, o erro não está em passar a se defender a ausência de recepção daquela Lei pelo atual cenário constitucional. O erro está em não se ter questionado antes a sua constitucionalidade, pois desde a sua edição, ela já aparentava colidir materialmente com as Constituições de 1946 e de 1967 e também com a Convenção no 98 da OIT, instrumentos que conferiam primado à autonomia coletiva negociada.

Como se pode ver, entendo – assim como José Augusto Rodrigues Pinto²² - ser necessário prestigiar a vontade coletiva fruto de livre negociação. Se, de um lado, sensibilizo-me com os argumentos de ser fundamental a presença de normas de caráter cogente voltadas a frear o avanço do capital sobre o trabalho no âmbito das relações jurídicas individuais, de outro lado não vejo outra forma de trazer o Direito do Trabalho para o século XXI senão pela via coletiva, mediante o fortalecimento das estruturas sindicais associativas e do absoluto prestígio ao resultado da negociação coletiva.

Não ignoro que em nosso ordenamento há uma gama de direitos sagrados, que não são passíveis de renúncia sequer pela via coletiva. Mas posiciono-me ao lado de Romita²³ quando afirmo que esses direitos são mais restritos do que o que se prega atualmente. A meu ver, o tal “patamar mínimo civilizatório” tão decantado e repetido pelos estudiosos encontra limites mais estreitos que são estabelecidos apenas pelos direitos fundamentais de nossa Constituição, que são aqueles que identificam o ser humano enquanto pessoa, tais como a vida, a honra, a intimidade, a imagem e a liberdade. Direitos de conteúdo essencialmente extrapatrimonial que, uma vez inseridos em norma coletiva com viés flexibilizante, contaminariam a avença.

Assim, por exemplo, uma norma coletiva não poderia determinar que os empregados ficassem presos dentro das premissas da empresa, uma vez que isso violaria o direito à liberdade. Igualmente, não

22 “o Direito material do Trabalho deverá perder muito de seu perfil característico de conquista para redesenhá-lo com os traços da negociação”; *op. cit.*, p. 772.

23 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2007, p. 421.

poderiam aceitar castigos corporais, por violar a integridade física. Na mesma linha, seria inválida a avença voltada a forçar os empregados a se ajoelharem ou prestarem culto a essa ou aquela religião ou a abrirem mão do uso de equipamentos de proteção individual.

Mas os direitos trabalhistas de cunho patrimonial, em princípio, não teriam óbice de ser flexibilizados, desde que o processo negocial seja efetivamente livre e os empregados obtenham as contrapartidas correspondentes.

Neles, naturalmente, incluo o salário, que poderia ser livremente objeto de negociação coletiva, inclusive para sua redução, mesmo em patamares superiores aos 25%. Mesmo sem redução proporcional de jornada. Mesmo sem a presença de crise econômica (neste caso, somente se os empregados recebessem a contrapartida equivalente).

4. Suspensão do contrato para participação em curso de qualificação

Como se viu, tanto o art. 503 quanto a Lei no 4.923/65 perdem importância em nosso ordenamento após a Constituição de 1988, eis que passam a ser estudados dentro do que se pode entender como limites ao direito de flexibilização negociada pela via coletiva.

Mas, ainda sob essa ótica de flexibilização, é relevante mencionar que, em 1998, foi inserido em nosso ordenamento outro mecanismo voltado a fornecer meios ao empregador para combater dificuldades decorrentes de uma conjuntura econômica desfavorável.

Trata-se da suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional, incorporado de forma definitiva ao nosso ordenamento pela Medida Provisória no 2.164/01, que inseriu na CLT o art. 476-A e seus parágrafos.

A partir de sua edição, o empregador que necessite reduzir custos de produção pode negociar com o sindicato profissional a suspensão dos contratos de trabalho de seus empregados por um período de 2

a 5 meses. Nesse ínterim, não é necessário manter o pagamento dos salários, mas o empregador fica obrigado a oferecer aos trabalhadores afetados com a medida, gratuitamente, a participação em cursos de qualificação e capacitação.

Em linha com o espírito constitucional – que condiciona à vontade coletiva a flexibilização de jornada – a suspensão condicional dos contratos de trabalho precisa ser precedida de negociação com o sindicato da categoria profissional e formalizada em instrumento coletivo.

Além disso, a lei determina que os trabalhadores afetados precisam aquiescer expressamente quanto à participação nos cursos de qualificação, requisito este que, a meu ver, seria dispensável, ante ao fato de essa autorização já estar presumida a partir da celebração do instrumento coletivo de trabalho. Afinal, esses empregados foram representados pelo respectivo sindicato profissional, a quem delegaram poderes para em seus nomes negociar e aceitar a medida em questão.

Diferentemente do que ocorre com o art. 503 da CLT e com a Lei no 4.923/65, a suspensão dos contratos de trabalho não precisa afetar todos os empregados. Ela pode ocorrer apenas com alguns deles, ou com alguns setores da empresa. Empregador e sindicato têm liberdade para avançar quanto ao tema. Tudo o que se exige é a efetiva participação do trabalhador no curso de qualificação profissional durante a vigência da suspensão. Caso ela não ocorra, ou se o empregado continuar a trabalhar no período, fica descaracterizado o acordo coletivo, sujeitando o empregador ao pagamento imediato dos salários vencidos e dos encargos sociais que seriam devidos até então, às penalidades previstas na legislação, bem como às sanções determinadas pela convenção ou acordo coletivo que dispôs sobre a suspensão dos contratos.

Apesar de ser medida voltada à redução de gastos da empresa, o §3º do art. 476-A da CLT faculta às partes (empregador e sindicato) negociar o pagamento de uma compensação pecuniária sem natureza salarial durante o período de suspensão. A vantagem desse dispositivo é evidente: de um lado, proporciona algum vencimento

ao trabalhador durante o período sem serviços; de outro desonera o empregador, que pode efetuar pagamentos sem a incidência dos pesados encargos trabalhistas e previdenciários previstos em nosso ordenamento.

Importante destacar aqui que a lei não exige que a empresa esteja atravessando crise econômica para negociar a suspensão dos contratos de trabalho. Isso reforça o argumento desenvolvido linhas atrás, no sentido de que a autonomia coletiva deve ser privilegiada. Da mesma forma como aqui não se exige um critério de “motivação” para suspender os contratos de trabalho e também o pagamento de salários, da mesma forma não me parece razoável entender ter sido recepcionada a necessidade de existência de força maior, prejuízos comprovados ou conjuntura econômica desfavorável para que se faça a redução de salários e jornada (vide capítulo anterior, *in fine*).

Muito embora o salário não seja devido ao empregado durante o período de suspensão contratual, os benefícios concedidos espontaneamente pela empresa (como, por exemplo, plano de saúde) precisam ser mantidos.

Além desses benefícios e, eventualmente, da compensação pecuniária – ambos devidos pelo empregador – os trabalhadores afetados com a suspensão contratual fazem jus também a um auxílio financeiro por parte pelo Governo Federal. Trata-se da bolsa de qualificação, paga com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) durante a vigência da suspensão. Para fazer jus à bolsa o empregado não pode ter recebido seguro-desemprego nos 16 meses anteriores ao início da suspensão contratual.

Como o recurso à suspensão dos contratos de trabalho é uma medida alternativa à despedida dos trabalhadores, a empresa que negociá-la com o sindicato profissional fica proibida, durante o prazo de suspensão e nos 3 meses seguintes ao seu término, de rescindir os contratos de trabalho dos empregados afetados. Caso o faça, fica obrigada a pagar uma multa ao trabalhador demitido, no valor que for estipulado na norma coletiva, o qual não será inferior a uma remuneração mensal que tenha sido paga ao respectivo trabalhador antes do início do período de suspensão.

Caso, após o prazo negociado com o sindicato, ainda persista a situação que motivou as partes a acordar a suspensão dos contratos de trabalho, ela pode ser renovada por idêntico período. No entanto, nesse caso fica a cargo do empregador o ônus de arcar com a bolsa de qualificação de cada trabalhador afetado, o que, na prática, acaba representando um sério desestímulo à renovação da suspensão.

Se não houver renovação da suspensão, os contratos de trabalho voltam a vigorar plenamente ao fim do prazo estabelecido em norma coletiva, sendo asseguradas aos trabalhadores afetados todas as vantagens que porventura tenham sido atribuídas à sua categoria dentro da empresa durante o afastamento (art. 471, CLT).

No entanto, uma vez restabelecido o curso dos contratos de trabalho, o empregador não pode se valer de nova suspensão antes de transcorridos 16 meses, conforme prevê o art. 476-A, §2º, da CLT. A meu ver, essa vedação se refere apenas àqueles empregados cujos contratos de trabalho tenham sido afetados pelo primeiro acordo coletivo – a se admitir que a suspensão não tenha abrangido todo o universo de trabalhadores da empresa. Nada impede, portanto, que o empregador negocie, antes de passados 16 meses, a suspensão quanto a outros empregados não abrangidos pela primeira avença.

Por fim, questiona-se se as regras previstas no art. 476-A da CLT têm caráter cogente, ou se são disponíveis pela vontade coletiva.

A meu ver, elas são parcialmente disponíveis.

Caso as partes queiram se valer do benefício prestado pelo Governo (bolsa de qualificação) em favor dos trabalhadores e queiram negociar o pagamento da ajuda pecuniária não-salarial prevista na lei, será necessário que todas as regras do art. 476-A da CLT sejam observadas. Isso porque, fora das hipóteses desse artigo, os atores da relação de emprego não têm autoridade para impor ao Poder Público o pagamento da bolsa, e tampouco têm legitimidade para retirar da ajuda pecuniária o caráter salarial e dela excluir a incidência dos encargos legais.

Mas nada impede que, no exercício da autonomia coletiva, empregador e sindicato profissional negociem regras semelhantes ou prazos distintos, embora sem o pagamento da bolsa de qualificação (pelo Governo) e do auxílio pecuniário (pela empresa), contanto que o empregador ofereça contraprestações compatíveis (por exemplo, garantia de emprego) para obter a suspensão dos contratos de trabalho sem pagamento de salário.

5. Programa de Proteção ao Emprego

Um último instituto para evitar o desemprego em período de crise foi criado em 2015, por iniciativa do Governo Federal. Trata-se do Programa de Proteção ao Emprego (“PPE”), instituído pela Medida Provisória no 680/15, posteriormente convertida na Lei no 13.189/15. O Programa veio ao mundo com a finalidade de apresentar uma resposta à situação de crescente desemprego, desencadeada mais fortemente no ano de 2015 em virtude da crise política e econômica instaurada no Brasil.

De acordo com a Exposição de Motivos da MP-680, o PPE traz benefícios em três níveis distintos. Em primeiro lugar, ele beneficia o empresário, ao lhe permitir que ajuste “seu fluxo de produção à demanda”, mantenha em seus quadros os seus empregados “já qualificados” e reduza “custos com demissão e admissão”. Em segundo plano, beneficiam-se os trabalhadores, que preservariam “os empregos e a maior parte de seus rendimentos” em um período de incertezas no mercado de trabalho. Por fim, o PPE seria atrativo para o Governo, pois permitiria “a economia com os gastos do seguro-desemprego e com outras políticas de mercado de trabalho”.

O PPE permite que as empresas participantes reduzam as jornadas de trabalho de seus empregados em até 30%, com a diminuição proporcional dos salários. Cabe à empresa, mediante negociação com o sindicato profissional, determinar o percentual da redução, de acordo com sua realidade econômico-financeira.

A exigência de negociação sindical, aliás, nem precisaria constar expressamente da Lei no 13.189/15, na medida em que, como já visto, o art. 7º, VI, da Constituição Federal já impõe essa necessidade para que qualquer redução em salários possa validamente ser levada a efeito em nosso ordenamento.

De acordo com a Lei no 13.189/15, a redução da jornada de trabalho, com conseqüente diminuição de salário, deve alcançar a todos os empregados da empresa, ou, pelo menos, todos de um estabelecimento ou setor específico (art. 5º, §6º da Lei). Novamente aqui, cabe à empresa – em acordo com o sindicato – determinar quais setores devem experimentar os efeitos do PPE.

Embora a Lei preveja que a diminuição de jornada pode ser acompanhada da redução proporcional ou menor de “salário”, ela silencia se essa redução também incide sobre outros benefícios, como anuênios, gratificações, prêmios, cestas básicas etc.

Sou da opinião de que todo e qualquer benefício que tenha como base de cálculo o salário do trabalhador acaba sofrendo automaticamente a redução proporcional, como efeito direto da diminuição da base sobre a qual ele é calculado. Todavia, outras parcelas que sejam estabelecidas em valor fixo, dissociado do salário-base, não seriam proporcionalmente afetadas de forma automática com a redução do salário, sendo necessária expressa pactuação com o sindicato profissional para que tal efeito seja obtido.

Em qualquer caso, o valor do salário pago para cada trabalhador que for incluído no PPE, após a redução, não poderá ser inferior a um salário mínimo (tal qual já ocorria com o art. 503 da CLT e a Lei no 4.923/65). Portanto, empregados que já recebem o salário mínimo mensal, na prática, acabam excluídos da redução salarial decorrente da diminuição da jornada de trabalho.

Isso não significa, todavia, que eles fiquem de fora do PPE. Seus efeitos a eles também se estendem, já que, como visto, o art. 5º, §6º, da Lei no 13.189/15 determina que todos os empregados da empresa, do estabelecimento, ou do setor da empresa afetado pelo PPE estão incluídos no Programa.

Assim, na prática, os empregados que recebem remuneração equivalente ao salário mínimo acabam se beneficiando da redução de jornada sem que, em contrapartida, o empregador possa abater-lhes proporcionalmente os salários. Eles também são agraciados com a garantia de emprego tratada no art. 5º, §1º, V, da Lei, mas não recebem a compensação pecuniária nela prevista.

A esse respeito, o Governo Federal ficará responsável por pagar aos empregados abrangidos pelo PPE uma compensação, equivalente a 50% do valor dos salários que restarem reduzidos. Desse modo, embora o empregador possa ter uma economia de até 30% sobre a folha salarial, o impacto sofrido pelos trabalhadores, em regra, não será superior a 15% dos seus vencimentos (metade daquilo foi reduzido). Assim como ocorre nos casos de suspensão do contrato de trabalho, essa compensação pecuniária será quitada com recursos do FAT.

Um aspecto relevante – e no mínimo questionável – diz respeito ao tratamento previdenciário conferido a essa compensação pecuniária. É que a Lei no 13.189/15 alterou a Lei no 8.212/91 para incluir essa compensação pecuniária no conceito de salário-de-contribuição, para efeito de cálculo da contribuição previdenciária patronal incidente sobre a folha de salários.

Trata-se de uma norma que certamente gera questionamentos, na medida em que se está atribuindo ao empregador a obrigação de recolher contribuição previdenciária sobre algo que ele não está pagando ao trabalhador. Mais que isso, sobre algo que tem caráter precário (não habitual) e que não se confunde com o conceito de salário conforme a definição que lhe emprega o Direito do Trabalho.

Idêntico fenômeno ocorre com relação ao recolhimento de FGTS, já que a Lei no 13.189/15 também alterou a Lei no 8.036/90 para incluir a compensação pecuniária na base de cálculo desse benefício.

As críticas justificam-se por um duplo viés. Sob a perspectiva axiológica, o alargamento da base de cálculo do INSS e do FGTS

colide com o espírito de desoneração que justificou a criação do PPE. De outro lado, o viés legalista revela que a verba a ser paga a título de compensação pecuniária encontra justificção no inciso II do *caput* do art. 2º da Lei nº 7.998/90 (conforme prevê o art. 1º, parágrafo único, da Lei no 13.189/15). Isso significa que ela está inserida dentro da lógica do Seguro-Desemprego e do Abono Salarial, ambos institutos que estão isentos da incidência de recolhimentos de FGTS e INSS.

É possível, assim, que a Lei no 13.189/15 venha a ser questionada perante os tribunais, diante do que, para nós, representa uma injustificável oneração aos cofres patronais estabelecida pelo Poder Legislativo.

O prazo para a adesão da empresa ao PPE findou no dia 31 de dezembro de 2016. Uma vez manifestada dentro do prazo legal, essa adesão tem duração de até 6 meses, prorrogáveis por sucessivos períodos de 6 meses até (i) o limite de 24 meses (art. 5º, §1º, IV, Lei no 13.189/15) ou (ii) 31 de dezembro de 2017 (art. 11 da Lei); o que ocorrer primeiro.

Embora a Lei não fale expressamente que a prorrogação poderia ocorrer por “até” 6 meses, entendo que ela não precisa ser exatamente de 6 meses. Ele tampouco precisaria ser idêntico ao inicial. Nada mais natural, na medida em que exigir que salários e jornada permanecessem reduzidos necessariamente por mais 6 meses ao final do prazo inicial do PPE poderia importar em perdas para empresa e trabalhadores, caso a saúde do empreendimento fosse restabelecida, digamos, já 2 meses após a prorrogação. Nesse caso, não faria sentido exigir que a empresa continuasse no PPE por outros 4 meses, não podendo se valer da integralidade do tempo de trabalho da mão de obra; que os empregados tivessem que ficar privados da totalidade dos seus vencimentos por todo o período e que o Poder Público precisasse continuar a pagar a compensação pecuniária sem crise econômica a justificá-lo.

Assim, nada obstaría, por exemplo, que um acordo coletivo inicialmente firmado por 6 meses fosse prorrogado por apenas 1 mês. Tudo depende da persistência na situação de dificuldade financeira do empregador após a expiração da primeira avença.

Ainda de acordo com a Lei, se a empresa descumprir qualquer regra referente ao PPE, for condenada por prática de trabalho análogo a escravo, infantil ou degradante, ou cometer fraude no âmbito do Programa, ela será automaticamente excluída dele e não mais poderá se beneficiar de seus termos, ficando, ainda, obrigada a restituir ao FAT os recursos recebidos pelos empregados, devidamente corrigidos, e a pagar multa administrativa correspondente a 100% desse valor.

No que se refere à elegibilidade para participação no PPE, qualquer empresa poderá dele se valer, desde que comprove estar atravessando dificuldade econômico-financeira.

De acordo com o art. 3º, VI, da Lei no 13.189/15, e com a Resolução no 2/15 do Comitê do Programa de Proteção ao Emprego (CPPE), essa condição deve ser demonstrada a partir dos dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), que precisa apontar um Indicador Líquido de Emprego (ILE)²⁴ não superior a 1%.

Tal critério não passa isento de críticas, na medida em que o ILE nada mais representa do que um comparativo do efetivo de empregados da empresa existente 12 meses antes do pedido de adesão ao PPE e aquele verificado no mês imediatamente anterior. Contudo, sabe-se que as dificuldades econômicas das empresas precedem a efetiva redução do quadro de empregados. Da forma como foi posto, o critério do ILE acaba funcionando como um estímulo a que as empresas levem a cabo demissões para, então, estarem aptas a participar do PPE. Além disso, ele acaba alijando empresas de menor porte (que têm, por conseguinte, menor *turnover* de empregados) da adesão ao PPE.

A meu ver, o mais correto seria a apresentação de balanços econômico-financeiros demonstrando níveis de lucratividade

²⁴ Resultado do total de admissões em 12 meses indicadas no CAGED, menos o total de demissões no mesmo período, divididos pela quantidade de empregos registrado no 13º mês anterior à solicitação de adesão ao programa, multiplicados por 100 (cf. Resolução no 2/15, CPPE).

negativos, bem como a contração nas receitas próprias, na capacidade de gerar dividendos por parte das empresas e no PIB do respectivo setor da economia.

Por fim, o empregador necessita certificar-se de que não há saldo de banco de horas acumulado com relação aos empregados afetados, uma vez que esta circunstância também deve ser comprovada ao sindicato no início das tratativas do acordo coletivo de trabalho que alude ao PPE.

Prevê o art. 5º, §1º, da Lei no 13.189/15, que o acordo coletivo de adesão ao PPE deverá conter, pelo menos, os seguintes dados (além daqueles previstos no art. 613 da CLT): (i) o número de empregados abrangidos e suas respectivas identificações; (ii) os estabelecimentos ou os setores da empresa a serem abrangidos pelo PPE; (iii) os percentuais de redução da jornada de trabalho e da remuneração; (iv) o período pretendido de adesão ao PPE; (v) o prazo de garantia de emprego, o qual dura pelo menos durante toda a extensão do PPE até, pelo menos, mais um terço desse período e (vi) salvo nas micro e pequenas empresas, a previsão de constituição de comissão paritária composta por representantes do empregador e dos empregados abrangidos pelo PPE para acompanhamento e fiscalização do Programa e do acordo.

No âmbito da negociação desse acordo - que, na prática formalizará os termos do PPE - fica a empresa obrigada a fornecer ao sindicato suas informações econômico-financeiras, sendo vedado às partes incluir na avença coletiva outros temas que não o próprio PPE.

Uma vez em vigor o acordo coletivo de trabalho que formaliza o PPE, a empresa fica proibida de dispensar arbitrariamente ou sem justa causa os empregados que tiverem sua jornada de trabalho temporariamente reduzida. Esse período de garantia de emprego vigora durante toda a vigência do acordo por meio do qual a empresa adere ao PPE, estendendo-se, ainda, pelo prazo equivalente a um terço do tempo total em que vigeu o acordo.

Ou seja, se a empresa celebrar um acordo coletivo prevendo redução salarial por 6 meses, ela ficará impossibilitada de dispensar os trabalhadores por ele afetados por 8 meses (os 6 da vigência do acordo mais 2). Se, por hipótese, esse prazo de seis meses for prorrogado para 12, a garantia do emprego perdurará por 4 meses após o término de vigência do acordo de redução de jornada.

Desse modo, caso o empregador rescinda sem justa causa o contrato de trabalho de empregado abrangido pelo PPE, ele não só será excluído do Programa (ou seja, a demissão de um afetará toda a coletividade), como também ficará sujeito a ter de reintegrar o empregado demitido dentro da quarentena.

Por fim, a Lei no 13.189/15 estabelece a vedação a que o empregador faça novas admissões nos setores abrangidos pelo PPE enquanto estiver participando do Programa, com exceção das situações de (i) reposição (o que poderia ocorrer em caso de pedido de demissão, afastamento previdenciário ou despedida por justa causa) ou (ii) aproveitamento de aprendiz que concluiu o programa de aprendizagem durante a vigência do PPE. Em ambos os casos, os empregados contratados já ingressariam na empresa na condição de beneficiados do PPE, detentores de estabilidade provisória e submetidos às regras de jornada e salário previstas no acordo coletivo respectivo²⁵.

Transcorrido mais de um ano da criação do PPE pelo Governo Federal, pode-se afirmar que ele redundou, até agora, em um retumbante fracasso. Em um ano, o Programa foi capaz de preservar pouco mais de 60 mil postos de trabalho, ao passo que o número de desempregados no mesmo período foi de mais de 3 milhões de pessoas. Ou seja, o PPE só foi capaz de salvar 2% da mão de obra ameaçada. Sem ele – e presumindo que os 60 mil empregados beneficiados com PPEs seriam todos demitidos -, a taxa de desemprego atual seria aumentada em inexpressivos 0,05 pontos percentuais.

25 Para um estudo mais detalhado sobre o PPE, vide GÓIS, Luiz Marcelo, *Considerações sobre o Programa de Proteção ao Emprego*. Suplemento Trabalhista LTr no 129/15.

Esses números são fruto da impressionante burocracia e dos pesados pressupostos a serem preenchidos para que uma empresa pudesse aderir ao Programa. Muito mais fácil seria simplificá-lo, desde os requisitos a serem inseridos nos acordos coletivos até a forma de comprovação da situação de crise financeira. Outro entrave à adesão das empresas ao PPE foi a incerteza sobre a factibilidade de honrar a estabilidade provisória criada para os trabalhadores afetados pelo PPE.

Mais uma vez, a intervenção heterônoma foi imposta um tom acima, prejudicando a liberdade dos interlocutores da relação de emprego de modelar instrumentos coletivos customizados a cada situação específica.

Em todo caso, cabe repetir aqui o comentário feito no capítulo anterior no sentido de que os requisitos impostos pela Lei no 13.189/15 só precisariam ser observados se a empresa tivesse realmente a intenção de ser inserida no PPE. Nada obsta, que sindicato e empresa negociem um acordo coletivo de trabalho prevendo uma redução de jornada e de salário superior a 30%, com bases mais simples, sem fazer incidir as regras relativas ao PPE.

Conclusão

Percebe-se que no atual ordenamento brasileiro a negociação coletiva de trabalho é o único mecanismo dotado de eficácia para conferir maleabilidade ao tecido jurídico trabalhista.

Já não mais prevalece a faculdade prevista no art. 503 da CLT de a empresa reduzir salários de forma unilateral, ainda que tenha prejuízos comprovados ou que haja a configuração de uma situação de força maior.

Apesar das vozes em sentido contrário, penso que os parâmetros desenhados por tal dispositivo, assim como pela Lei no 4.923/65, não mais precisam ser observados para que o acordo coletivo que

flexibiliza salários e/ou jornada de trabalho seja válido. É preciso reconhecer validade à autonomia coletiva negocial consagrada não só pelo art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, mas também pela Convenção no 98 da OIT.

O argumento usado por alguns autores de que conferir o sindicato maior espaço para negociar pode gerar retrocesso e esbarra no *caput* do art. 7º da Constituição Federal não me convence. Isso pelo simples fato de que tal dispositivo prevê a possibilidade de serem incluídos no patrimônio jurídico do trabalhador outros direitos “que visem à melhoria de sua condição social”.

Não imagino algo que seja melhor para a condição social de um empregado do que emancipá-lo, conferindo-lhe ferramentas jurídicas para buscar melhores condições de trabalho. Essas ferramentas jurídicas estão no fortalecimento da consciência coletiva e das estruturas sindicais e se materializam na expressão da vontade da categoria cristalizada nas convenções e acordos coletivos de trabalho.

Pensar em sentido oposto, com todo o respeito às valorosas opiniões contrárias, é perpetuar uma situação de simbiótica dependência por parte dos trabalhadores à classe política populista. É conformar-se com o *status quo* atual, em que os empregados não se mobilizam para lutar por seus direitos. É, enfim, jogar uma âncora no mar jurídico, estacionando o Direito do Trabalho no tempo, impedindo que ele se desenvolva e que evolua.

COMPLEMENTO

No final de dezembro de 2016, o Governo Federal tornou pública a sua proposta de reforma trabalhista. Ela foi encaminhada ao Congresso Nacional mediante um Projeto de Lei de iniciativa do Presidente da República, salvo quanto ao ponto que alterava o Programa de Proteção ao Emprego criado pela Lei no 13.189/15.

Tal alteração foi feita de plano, por meio da Medida Provisória no 761, de 22 de dezembro de 2016 (MP-761), que o rebatizou, passando a chamá-lo “Programa Seguro-Emprego” (PSE).

Embora os limites de flexibilização então vigentes no PPE tenham sido preservados no PSE (redução de até 30% na jornada de trabalho, com possibilidade de redução equivalente no salário), importantes modificações foram implementadas a partir de então.

Em primeiro lugar, o prazo para adesão ao Programa foi novamente ampliado, podendo agora as empresas a ele aderirem até o final de 2017, sendo certo que o Programa passa a vigorar até 31 de dezembro de 2018.

Passaram a ter prioridade na adesão ao PSE as microempresas e empresas de pequeno porte, de onde se percebe a preocupação do Governo Federal com a saúde daqueles empregadores que, atualmente, são responsáveis pela geração da maior quantidade dos postos de trabalho no Brasil.

Infelizmente a nova regulamentação manteve o ILE (Indicador Líquido de Empregos) como fator usado para medir a situação de dificuldade econômico-financeira da empresa, para autorizar ou não a adesão ao PSE. A grande mudança quanto ao tema foi que o novo regramento extinguiu a necessidade de que o ILE seja igual ou inferior a 1% para que a empresa possa aderir ao Programa. Esse percentual de ILE passará a ser definido de tempos em tempos pelo Governo Federal, a partir de estudos feitos com base nas informações que lhe são transmitidas pelo Cadastro Geral de Empregados e Desempregados – CAGED.

A Medida Provisória trouxe, ainda, boa dose de maleabilidade ao acordo que formaliza a adesão ao PSE: a partir do momento em que o Poder Executivo editar o regulamento da MP-761, as partes estarão livres para alterar os percentuais de redução de jornada/salário, bem como o universo de setores da empresa e de trabalhadores abrangidos pelo PSE, sem que para isso seja necessária a formalização de um termo aditivo ao acordo coletivo de trabalho que trata do Programa.

Outra alteração implementada refere-se ao aumento de hipóteses em que o empregador está autorizado a contratar empregados durante o período de adesão ao PSE. A partir de agora, poderão ser feitas admissões também para (i) efetivação de estagiários, (ii) contratações de pessoas com deficiência e (iii) contratação de pessoas egressas do sistema prisional. Estes, assim como os trabalhadores contratados para reposição e aproveitados após conclusão de programa de aprendizagem, já ingressam na empresa na condição de beneficiados do PPE, detentores de estabilidade provisória e submetidos às regras de jornada e salário previstas no acordo coletivo respectivo

Por fim, em linha com os esforços que vêm sendo feitos pelo Governo Federal para conter os gastos públicos (e, assim, tentar reduzir os impactos macroeconômicos da crise que assola nosso país), foi introduzido no Programa um limite de gastos que o Governo pode ter a cada ano com o pagamento das compensações pecuniárias previstas no art. 4º da Lei no 13.189/15. Esse teto deve ser estabelecido anualmente, nos meses de fevereiro, pelo próprio Poder Executivo, enquanto vigorar o PSE, sendo certo que poderá ser criado um orçamento próprio para gastos com o Programa em favor de empregados de micro e pequenas empresas.

BIBLIOGRAFIA

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª edição. São Paulo: LTr, 2013.
- CARRION, Valentim. *Comentários à CLT*. 39ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 10ª edição. São Paulo: Método, out/2014.
- CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito Social Brasileiro*. 2º volume. 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12ª edição. São Paulo: LTr, 2013.
- FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*. 13ª edição. Coimbra: Almedina, 2008.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GÓIS, Luiz Marcelo. *A Caminho de um Direito Trabalhista Constitucional*. São Paulo: LTr, 2010.
- _____ *Considerações sobre o Programa de Proteção ao Emprego*. Suplemento Trabalhista LTr no 129/15.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; ÁLVARES DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. 22ª edição. Madrid: Ramón Areces, 2014.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de Direito Material do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*. Coimbra: Almedina, 2006.

ROMITA, Arion Sayão. *O Princípio da Proteção em Xequê*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2007.

SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT Comentada*. 48ª edição. São Paulo: LTr, 2015.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. *et al. Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. 9ª edição. Navarra: Aranzadi/Thompson Reuters, 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al. Instituições de Direito do Trabalho - v. 1*. 22ª edição. São Paulo: LTr, 2005.

DANO MORAL COLETIVO: CONCEITO E CONSEQUÊNCIAS

Maria Hemília Fonseca ()*

1. Introdução

O dano moral coletivo é um tema relevante pois demonstra ser uma ferramenta efetiva na tutela dos interesses e direitos coletivos dos trabalhadores. Dessa maneira, a sua análise deve ser feita com o objetivo de melhor compreender os seus aspectos fundamentais, dentre os quais se destacam o seu conceito e as suas consequências, na medida em que as mudanças sociais que acarretaram o próprio surgimento da tutela coletiva possuem ainda maior amplitude no Direito do Trabalho, ramo jurídico que tem como missão tutelar a parte mais fraca na relação de trabalho.

2. Desenvolvimento do tema

O presente artigo será realizado em três tópicos distintos: em primeiro lugar será estudada a responsabilidade civil como instituto geral do Direito, estabelecendo-se as bases do tema; após, será visto o dano moral coletivo em sede trabalhista, destacando-se o seu conceito e as suas principais características e, por fim, as consequências que o dano moral coletivo enseja no Direito do Trabalho.

2.1. Responsabilidade civil

Responsabilidade civil é uma instituição assecuratória de direitos, além de também ser um mecanismo de defesa para onde correm os insatisfeitos, os injustiçados e os que se prejudicam em razão do comportamento de outros. Ela é o resultado da ação daquele

(*) Professora e investigadora da Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Membro do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior*.

que não se comportou ou daquilo que não ocorreu de acordo com o Direito. Ela é, portanto, uma consequência, e não uma obrigação, pois é um dever jurídico sucessivo ou consequente. Ela é, em última análise, a retratação de um conflito (STOCO, 2011). Gonçalves aborda quatro elementos referentes à responsabilidade civil: ação ou omissão do agente, culpa, relação de causalidade e dano. Explicando esses elementos, afirma que a ação ou a omissão correspondem à infração de um dever. Em matéria de culpa contratual o dever jurídico violado consiste na obediência ao acordado. Já na culpa extracontratual esse dever é referente à previsão legal ou regulamentar. A culpa, de acordo com o art. 186, do Código Civil, é a exigência de que a ação ou omissão do agente seja voluntária, ou que ocorra, pelo menos, negligência ou imprudência. Ou seja, para que exista a obrigação de indenizar, não basta que o autor tenha procedido ilicitamente, de tal maneira que essa obrigação não existe, em regra, só porque o agente atuou objetivamente mal. Nesse contexto, agir com culpa significa atuar em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou a reprovação do Direito (2008).

Nesse ponto, já é importante destacar as ponderação de Albuquerque, no sentido de que em relação aos danos morais em sede trabalhista, a Constituição Federal, ao reconhecer em seu texto um rol de interesses metaindividuais, também conferiu especial proteção a esses interesses. A previsão de garantias como a “proteção ampla dos direitos” e a “reparação integral dos danos” (art. 5º, II, V, X e XXXV) são resultados dessa importância destacada e não podem ser esquecidas na aplicação dos direitos coletivos, principalmente quanto aos instrumentos de prevenção e reparação do dano metaindividual e de acesso à justiça. A responsabilidade civil por danos a interesses metaindividuais, em razão de ter como nota distintiva o poder de estimular providências preventivas e de ampliar o acesso à justiça, possui como um de seus instrumentos a responsabilidade objetiva, já que, por meio dela, é possível conseguir do empreendedor resultados melhores do que os produzidos pela sua diligência ordinária, estimulando-o a gerir os riscos de sua atividade e prevenir a ocorrência de danos metaindividuais (2014).

Utilizando as ponderações de Xisto Tiago de Medeiros Neto e de Rodolfo Camargo Mancuso, o autor afirma que a teoria clássica da culpa não se adapta à responsabilidade por danos causados a bens e interesses difusos e coletivos, pois, neste caso, o foco deve ser deslocado mais para a efetiva reparação do dano do que para a mera análise da culpa do agressor. Por essa razão, afirma que a responsabilidade em matéria de interesses metaindividuais deve ser a objetiva, a única capaz de assegurar uma proteção eficaz a esses interesses. De acordo com ele não se conceberia, que, para a responsabilização civil por danos ao equilíbrio do meio ambiente do trabalho, pela exploração do trabalho infantil, pelo trabalho escravo e forçado, entre outras situações, seja necessário demonstrar a culpa do causador da lesão, pois os próprios efeitos prejudiciais demonstram a antijuridicidade da ação ou omissão do agente e seu dever de indenizar. Já a partir dos ensinamentos de Hironaka, o autor esclarece que o fundamento da responsabilidade nesses casos está atrelada à noção de risco, tratando-se, portanto, de responsabilidade objetiva, de tal maneira que a responsabilidade civil do empregador por ato de empregado, do comitente por seus prepostos (inc. III do art. 932 do CC), especialmente nos contratos de terceirização, será objetiva, inclusive em relação aos danos de natureza metaindividual (2014).

Depois desse breve adendo, voltamos ao rol dos elementos da responsabilidade civil destacados por Gonçalves, explicando que a relação de causalidade é o liame entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. Ou seja, o dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexó causal entre ele e o seu autor. O nexó causal pode ser entendido juridicamente como a relação necessária entre o fato e o prejuízo, ou seja, é necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar. Por fim, para explicar o que é o dano, o autor cita Agostinho Alvim, definindo dano, em sentido amplo, como a lesão a qualquer bem jurídico, mas, em sentido estrito, como a lesão ao patrimônio, esse entendido como o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro (2008). Dano moral, de acordo

com Rizzardo, revela um caráter negativo - não ser patrimonial, atingindo o ofendido como ser humano, sem alcançar os seus bens materiais. Ele reclama dois elementos para configurar-se: o dano e a não diminuição do patrimônio. Ele atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a reputação etc (2007).

Ainda em relação ao dano, em sede coletiva trabalhista, Andrade e Pavelski ressaltam que até bem recentemente as ações atinentes à responsabilidade civil detinham caráter preponderantemente patrimonialista, de tal maneira que apenas eram consideradas as lesões de ordem material, deixando-se à margem da análise a tutela dos aspectos imateriais dos direitos individuais. Ocorreu que, de acordo com os autores, a honra e a imagem passaram a ser melhor tuteladas pelo legislador constituinte, pois, utilizando-se dos ensinamentos de Clayton Reis, eles informam que, na atualidade, todo e qualquer dano que desassossegue e transforme a ordem social ou individual, desestabilizando o equilíbrio e a tranquilidade que deve reinar entre os homens, acarreta o dever de indenizar. Sendo assim, o pressuposto para a caracterização de dano moral consiste na lesão à imagem, à intimidade ou à honra da pessoa, nos termos do artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal. O dever de indenizar moralmente nasce com a verificação e a avaliação do desrespeito a tais atributos, inerentes à dignidade da pessoa humana. E, ainda, para explicar do que se trata essa violação os autores utilizam o conceito de dignidade humana de Ingo Sarlet, ou seja, a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais (2015).

Cabe ainda a distinção realizada por Albuquerque, de acordo com a qual, o dano moral coletivo não se confunde com o dano moral individual sofrido pelo trabalhador por força dos mesmos fatos. Se um

empreendedor, por exemplo, degrada a qualidade do meio ambiente do trabalho, descumprindo as normas ambientais trabalhistas, prejudicando a saúde, a segurança e o bem-estar dos trabalhadores, o fato enseja duas atuações diversas: poderá o Ministério Público do Trabalho ou qualquer outro ente legitimado, por meio de ação civil pública, formular pedido pleiteando o restabelecimento do equilíbrio ambiental e o pagamento de indenização pelos danos morais coletivos causados em decorrência dessa degradação; e, ao mesmo tempo, poderá o trabalhador que sofreu algum dano em sua integridade ingressar em juízo pretendendo indenização pelos prejuízos sofridos. Ou seja, enquanto o dano moral individual configura-se quando a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem e a reputação de trabalhadores individualmente considerados são atingidas por ato abusivo e ilícito praticado pelo empregador, e tem como pressuposto a dor moral, a humilhação e o constrangimento sofrido por cada um dessas pessoas, o dano moral coletivo possui natureza metaindividual, relacionando-se com os interesses coletivos de uma comunidade, materializando-se com a violação no autorrespeito e na autoestima da coletividade. Além disso, o autor também esclarece que o dano moral individual exige, para sua reparação, o ajuizamento de ações individuais de indenização pelos próprios trabalhadores, ou então de ação coletiva pelo sindicato profissional, como substituto processual dos lesados, enquanto que o dano moral coletivo, por sua vez, somente pode ser reparado por meio de ações propostas por legitimados específicos, como as associações, os sindicatos, o Ministério Público do Trabalho e as demais entidades mencionadas no art. 5º da Lei nº 7.347/85 e no art. 82 da Lei nº 8.078/90 (2014).

Analisados os principais aspectos da responsabilidade civil com o tangenciamento dos pontos mais pertinentes à seara trabalhista, passa-se ao estudo do conceito de dano moral coletivo e as suas consequências no Direito do Trabalho.

2.2. Conceito do dano moral coletivo

O primeiro ponto a ser destacado é o de que a Lei da Ação Civil Pública já permitia pensar em exigir-se pagamento de indenização por dano coletivo. Ela foi concebida, a princípio, para reger as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais. Como visa a recomposição, dentre outros danos, de qualquer outro interesse difuso ou coletivo, segundo seu artigo primeiro e inciso IV, esse ato normativo já seria suficiente para a indenização por danos morais correspondentes a lesão de direito coletivo, em sentido amplo. Ocorre que, em 1988, com o advento da nova ordem Constitucional, a ideia tornou-se mais palpável, pois o dano moral, mencionado de forma expressa como direito fundamental nos incisos V e X do artigo 5º, passou ao foco da doutrina e jurisprudência, embora encarado sob a forma individual, por mais que tal garantia não excluísse a configuração coletiva (LACERDA, 2015).

O problema ocorrido foi o de que pouco ou nada se falava em relação ao dano moral coletivo até que o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, veio a modificar, subsidiar e interpenetrar-se com a Lei da Ação Civil Pública, formando um sistema mais completo para a tutela de interesses transindividuais. Com esse sistema, definiram-se direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, permitindo que uma coletividade difusa possa ser sujeito de direito mesmo sem ter personalidade jurídica (LACERDA, 2015).

Mesmo assim, como a fixação legal do sistema de tutela dos interesses difusos e coletivos, paira na doutrina e na jurisprudência, com relativa frequência, controvérsias sobre a caracterização, conceito, regime de responsabilidade, prova e reparação do dano moral coletivo nas relações de trabalho, bem como suas diferenças em relação ao dano moral individual. A partir dessa constatação, novamente Albuquerque destaca que todo direito tem como objeto um bem juridicamente protegido, sendo bem tudo aquilo que pode

oferecer aos homens alguma utilidade. O autor faz a ressalva expressa de que bem não deve ser confundido com coisa. Sob uma perspectiva jurídica, bem é aquilo que tem valor, não necessariamente pecuniário: é uma utilidade econômica ou não econômica (2015).

Ainda, de acordo com Albuquerque, até a metade do século XX prevalecia no direito a dicotomia entre bens públicos e bens privados. Presa à noção de individualismo e de propriedade, essa dicotomia estabelecia que bens particulares são os que têm como titular uma pessoa natural ou jurídica de direito privado, e bens públicos os que pertencem a uma pessoa jurídica de direito público interno. Posteriormente, com a formação da denominada “sociedade de massa”, percebeu-se que essa classificação já não era suficiente para atender as novas necessidades e situações que transcendem o âmbito do indivíduo, passando os bens e interesses metaindividuais a despertar maior preocupação jurídica, pois esse modelo de sociedade faz com que novos valores ganhem espaço, e o valor coletivo surge como resultado da união dos direitos individuais. Nessa nova situação, os sujeitos passam a ser vistos como integrantes de grupos sociais, impondo-se o reconhecimento de novos direitos que não se restringem ao indivíduo e cuja titularidade repousa em um grupo, uma classe, uma categoria ou mesmo em toda a coletividade (2015).

Dessa maneira, coerente com essa nova realidade, a Constituição de 1988 determinou, no art. 129, II, a proteção dos interesses coletivos *lato sensu*, que, posteriormente, foram conceituados no art. 81 e incisos da Lei 8078/90. Esse diploma tripartiu os interesses metaindividuais em difusos, coletivos e individuais homogêneos, seguindo uma ordem decrescente no nível de coletivização: os difusos, que dizem respeito a titulares indeterminados e ligados por circunstâncias de fato; os coletivos, assim denominados em sentido estrito, que pertencem a um grupo, categoria ou classe, ligados por uma relação jurídica base; e os individuais homogêneos, que são direitos individuais passíveis de exercício coletivo por possuírem origem comum (ALBUQUERQUE, 2015).

Ocorre que, de acordo com esse mesmo autor, os bens coletivos, sendo bens juridicamente protegidos, também podem sofrer lesão e, em razão disso, produzir uma reação do sistema jurídico no sentido de coibir e sancionar tais atos. E, quanto às relações de trabalho, os danos a bens e interesses metaindividuais podem ser materializados em situações como discriminação ilegal na contratação de trabalhadores; violação à intimidade e à vida privada dos empregados; inadequação do meio ambiente do trabalho; improbidade na admissão de servidores; desrespeito à proteção conferida às pessoas portadoras de deficiência, inobservância do patamar jurídico mínimo de proteção ao trabalhador, entre outras. Em todas essas hipóteses de danos coletivos não se pode deixar de reconhecer a presença de efeitos negativos que o ato lesivo produz em relação a determinadas coletividades, como a repulsa, a perplexidade e a consternação (2015).

Esse tipo de agressão não atinge a esfera moral de apenas um ou alguns dos seus integrantes; ela atinge aquilo que a comunidade tem de mais importante: os seus valores fundamentais, valores que foram escolhidos pela sociedade para nortear o modo de agir de todos os seus integrantes. Assim, para o autor dano moral coletivo consiste na “lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade, considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões (grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais se distinguem pela natureza extrapatrimonial e por refletir valores e bens fundamentais tutelados pelo sistema jurídico” (2015).

Essa conceituação possui relevância especial ao Direito do Trabalho, mais do que qualquer outro ramo do Direito, pois destaca o papel fundamental da solidariedade, ocupando-se do estudo das associações sindicais, instituto central de um dos ramos em que se subdivide a disciplina: o Direito Coletivo do Trabalho. Dessa maneira, o associacionismo profissional, que está na base do fenômeno sindical, forma-se em torno do núcleo da solidariedade para fundar a união dos indivíduos entre eles. E, como o dano moral coletivo

tanto pode afetar o interesse dos indivíduos considerados como membros do grupo quanto o direito cujo titular seja o próprio grupo, a Lei da Ação Civil Pública, prevê expressamente a possibilidade do reconhecimento de dano moral coletivo, ao incluir, no art. 1º, IV, a referência à responsabilidade por danos morais e coletivos causados “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (ROMITA, 2007).

Por meio dessa linha de raciocínio Romita entende dano moral coletivo como “aquele que decorre da violação de direitos de certa coletividade ou a ofensa a valores próprios dessa mesma coletividade”, como, por exemplo, a crença religiosa, o sentimento de solidariedade que vincula os respectivos membros, a repulsa a atos de discriminação contra membros da coletividade (2007).

Um aspecto importante em relação ao dano moral coletivo é o de que ele é observado *in re ipsa*, ou seja, faz-se perceptível e se verifica em decorrência da conduta ilícita que viola de maneira grave interesses de natureza transindividual. Nesse sentido, não se cogita de prova de prejuízo para a configuração do dano moral coletivo, considerando que esse dano se evidencia do próprio fato da violação — este sim passível de comprovação. Em razão disso, a certeza do dano emerge de forma objetiva e direta do evento causador. Isso ocorre pois representaria um verdadeiro contrassenso a tentativa de se exigir a comprovação direta do dano moral coletivo, a partir da revelação de sensações ou reações negativas observáveis no universo de uma determinada coletividade (MEDEIROS NETO, 2015).

Assim, o dano moral coletivo, em razão de sua natureza, é observado objetiva e imediatamente em face da verificação da própria conduta ilícita, ofensiva a valores e interesses jurídicos da coletividade. É por essa razão que o dano moral coletivo não enseja prova direta, já que ela é inviável, sendo suficiente para a verificação desse dano, a só observação da existência do fato violador do direito da coletividade, ou seja, a demonstração da conduta antijurídica praticada (MEDEIROS NETO, 2015).

De acordo com Medeiros Neto, o Superior Tribunal de Justiça tem reiterado o entendimento de que a presunção de existência do dano moral decorre *in re ipsa*, bastando a constatação do ato ilícito para ensejar o direito à reparação, e que, assim, na concepção moderna da reparação do dano moral, a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto. O autor também esclarece que em igual direção decide o Tribunal Superior do Trabalho, pois ele considera que a ofensa a direitos transindividuais, que demanda recomposição, se traduz, objetivamente, na lesão intolerável à ordem jurídica, que é patrimônio jurídico de toda a coletividade, de modo que sua configuração independe de lesão subjetiva a cada um dos componentes da coletividade ou mesmo da verificação de um sentimento coletivo de desapeço ou repulsa, ou seja, de uma repercussão subjetiva específica (MEDEIROS NETO, 2015).

De acordo com Pinto Júnior, o dano moral coletivo é o resultado de uma conduta antijurídica que, por ser absolutamente injusta e intolerável, agride os valores éticos mais caros à comunidade, provocando repulsa e indignação na consciência coletiva. Em consequência da repercussão daquela conduta antijurídica, que violou valores sociais fundamentais, torna-se exigível a responsabilização civil do agente violador, mediante a fixação de uma indenização por danos morais coletivos (2012).

Assim, é importante descortinar as funções da responsabilidade civil quando se fala em dano moral coletivo, fator que não apenas justificará e fundamentará o próprio provimento condenatório, mas também orientará o julgador na quantificação monetária da indenização a ser deferida. A primeira função é penalizadora, ou seja, a de punir a autor, em verdadeiro reflexo de índole vingativa. Quanto a essa função, uma resposta necessária ao ofensor, pois a ausência ou mesmo a não admissão de uma forma própria de reparação representaria fator de incentivo à prática de condutas

gravosas e inconcebíveis juridicamente, na qual o ofensor auferia absurda e injusta vantagem pessoal ou econômica diante da ilicitude perpetrada (PINTO JÚNIOR, 2012).

Ainda sobre o assunto, o autor ressalta que mesmo os doutrinadores que negam qualquer função punitiva à indenização por danos morais concordam com a sua existência no campo da indenização por danos morais coletivos, principalmente quando a lesão é praticada dolosamente ou com culpa grave. Já no direito estrangeiro há vários exemplos de indenizações punitivas, a começar dos países da *Common Law*, preponderantemente os Estados Unidos, de onde vêm as mais rigorosas condenações em *punitive damages*. A doutrina italiana também reconhece a função punitiva da indenização por danos morais, ainda que não como função exclusiva ou principal da responsabilidade civil. Já na jurisprudência brasileira, o autor informa que o Superior Tribunal de Justiça, há muitos anos, admite a função punitiva na indenização dos danos extrapatrimoniais (2012).

A outra função da responsabilização por danos morais coletivos é a exemplar-inibitória, sendo essa a concepção que deverá ser considerada no momento da quantificação da pena. Ela deve ser imponente o bastante para desestimular economicamente a repetição ou imitação do ato iníquo, mas sem a pretensão de aniquilar o ofensor. Ou seja, admite-se a função punitiva, mas não apenas como retribuição ao ofensor, mas sim como medida salutar de reprimenda social que objetive o desestímulo a práticas socialmente condenadas. Para além da punição mostra-se de todo apropriado conceber a indenização por dano moral coletivo como instrumento inibidor de condutas impróprias, aquelas que desrespeitam os valores éticos norteadores do sentimento coletivo de dignidade e solidariedade humana, pois a ameaça de penalizações, desde que relevantes e economicamente desestimulantes, cumprem a mais importante função da responsabilidade civil quanto ao dano moral coletivo, que é a de dissuadir o desrespeito ao ordenamento jurídico vigente (2012).

Quanto à terceira função da responsabilidade civil, Pinto Júnior aponta que é a compensatória. Tal fato ocorre pois a finalidade ressarcitória ou indenizatória propriamente dita é adequada para a hipótese de dano material, que pode ser reparável ou indenizável, visto que é materialmente possível a sua quantificação. Já o dano moral, ao contrário, por sua própria natureza e definição, é extrapatrimonial ou imaterial, logo não há possibilidade de mensurá-lo, o que não impede, entretanto, que a vítima seja compensada pecuniariamente. Assim, aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatória. Se a lesão provém da ofensa a valores ético-sociais, não haveria lógica em afirmar que a indenização deverá ser fixada para que o anseio coletivo de reparação e justiça seja satisfeito, já que essa situação remeteria ao desejo de vingança social (2012).

Portanto, conclui-se que no campo material, toda lesão praticada contra a coletividade deverá ser objeto de integral reparação, e é no âmbito dos valores sociais que se questiona a possibilidade de compensação, salvo uma compensação indireta. A função primordial da responsabilidade civil na dimensão do dano moral coletivo é dissuasória, permanecendo em segundo plano a função punitiva (PINTO JÚNIOR, 2012).

Esclarecidos os principais pontos referentes ao conceito e elementos constitutivos do dano moral coletivo, passarão a ser analisadas as suas consequências, principalmente no Direito do Trabalho.

2.3. Consequências do dano moral coletivo

Com o reconhecimento jurídico de que o dano moral coletivo é reparável, tornou-se necessária a criação de um meio que, ao mesmo tempo, impedisse os agressores de se livrarem da reparação do dano sob o argumento de que seria impossível individualizar os lesados, e permitisse, ao menos de forma indireta, que todos os atingidos pelo

ato lesivo fossem ressarcidos pelos danos sofridos. Com a finalidade de suprir essas necessidades, o legislador inseriu no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública a possibilidade de ser cobrada indenização reversível a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, com a participação do Ministério Público e representantes da comunidade, com a finalidade de reconstituir os bens lesados. Nessa sistemática, há áreas específicas para as quais foram criados fundos próprios, os quais se encontram aptos a receberem valores decorrentes de condenações judiciais por danos coletivos. No caso em específico de interesses metaindividuais de natureza trabalhista, o Fundo de Amparo ao Trabalhador, criado pela Lei nº 7.998/90, que custeia o seguro desemprego e o financiamento de políticas públicas que visem à redução do desemprego, pode ser destinatário de parcelas pecuniárias provenientes de indenizações por danos morais coletivos (ALBUQUERQUE, 2014).

Também é juridicamente possível destinar-se a quantia arbitrada judicialmente a título de indenização por dano moral coletivo a outras entidades beneficiárias além do fundo previsto na Lei nº 7347/85, sendo que esse redirecionamento apenas é possível desde que o autor da ação civil pública postule, de maneira alternativa, a destinação do valor da condenação para a própria coletividade ou comunidade à qual se integre, para atender finalidade que guarde relação com os interesses lesados, ou então quando as partes assim convencionarem, em conciliação firmada no âmbito da demanda coletiva. Nada impede, portanto, que o Poder Judiciário, acolhendo pedido do autor da ação civil pública, ou as partes, através de composição judicial, destinem o dinheiro da indenização por danos morais coletivos, por exemplo, à campanhas educativas, tais como cartilhas, matérias publicitárias em rádio e TV, à aquisição ou construção de equipamentos de uso coletivo, ao custeio de cursos de capacitação, à prestação de serviços sociais, à aquisição de bens e serviços para entidades com finalidades sociais e de interesse público, entre tantas outras possibilidades (ALBUQUERQUE, 2014).

Dessa maneira, à luz da Constituição de 1988, afirmou-se a possibilidade jurídica do direcionamento do valor da parcela da condenação por dano moral coletivo para atender a finalidade específica estabelecida pelo juiz, em benefício da própria coletividade atingida pela lesão ou em prol da comunidade na qual se encontra inserida, na área territorial onde ocorreu a violação (MEDEIROS NETO, 2015).

Para Lacerda, outra consequência do moral coletivo é a regulamentação do mercado e o restabelecimento da livre concorrência. Isso ocorre pois a Justiça do Trabalho, antes da possibilidade de condenação por dano moral coletivo, nunca dispôs de um recurso eficiente para tornar efetivos os comandos legais que protegem o trabalhador. Por mais que as condenações individuais possam ser pesadas ou mesmo exageradas, têm pouco ou nenhum efeito pedagógico e admoestatório. Isso ocorre pois nem todos os empregados vêm à Justiça pedir seus direitos e, dos que reclamam, muitos acabam por fazer acordos para recebimento de quantia bem menor que a devida. Assim, o dano social gerado por práticas ilegais, quando compensado pela indenização por dano moral coletivo, tem como função precípua mostrar que a ilicitude não compensa. (LACERDA, 2015).

O valor da indenização por dano moral coletivo deve ser fixado por arbitramento do juiz, conforme as circunstâncias do caso, já que não existe dispositivo legal estabelecendo critérios objetivos a respeito. Tendo em vista as características específicas do dano moral coletivo, a condenação pecuniária. Dessa maneira, a doutrina e a jurisprudência adotam os seguintes parâmetros para a fixação do valor da indenização pelo dano moral coletivo: a) a natureza, a gravidade e a repercussão da lesão na sociedade; b) a situação econômica do ofensor, para que se possa aplicar a finalidade punitiva e pedagógica da sanção; c) o eventual proveito obtido com a conduta ilícita do agressor, para que não estimule o agente a permanecer realizando atos ilícitos; d) o grau da culpa ou dolo; e) o nível de

reprovabilidade dos indivíduos pela conduta do agente, para que seja levada em conta a repercussão que o ato gravoso causou na vida da coletividade atingida (ALBUQUERQUE, 2015).

De acordo com o levantamento feito por Andrade e Pavelski, o Superior Tribunal de Justiça possui exemplos de julgados datados do ano de 2010, oriundos da 1ª Turma, em que não se admitia a indenização por danos morais coletivos. Entendia a referida Turma não parecer ser compatível com o dano moral a ideia da transindividualidade, ou seja, da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação da lesão. Já na 3ª Turma, o entendimento é pacífico no sentido de seu cabimento. Os julgados analisados pelos autores fundam-se na ideia de que a indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletiva e difusa, tem seu fundamento no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor. A 3ª Turma tem ressalvado, entretanto, que não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade (2015).

Já no âmbito jurisprudencial trabalhista, Andrade e Pavelski relatam o protagonismo da Justiça do Trabalho em relação à possibilidade de configuração de dano moral coletivo e a sua efetiva reparação, destacando-se os casos de exploração do trabalho de crianças e adolescentes; de submissão de trabalhadores a condições degradantes, dentre outros. O Tribunal Superior do Trabalho tem firmado entendimento no sentido de que a reparação por dano moral coletivo visa a inibição de conduta ilícita e atua como caráter pedagógico. Ou seja o dano moral coletivo deve servir como meio apto a coibir a reiterada lesão a direitos constitucionais fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, que atinge a coletividade como um todo, possibilitando a aplicação de multa a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (2015).

Recentemente, destacam os autores, o Tribunal Superior do Trabalho teve a oportunidade de reafirmar o cabimento de condenação por dano moral coletivo, em julgado de sua 7ª Turma, no sentido de que consiste na violação de direitos de certa coletividade ou ofensa a valores próprios dela mesma. Também recentemente, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região proferiu condenação de R\$ 2 milhões de reais a título de ressarcimento por danos morais coletivos, indicando a tendência da jurisprudência trabalhista em admitir tal hipótese de indenização (2015).

Para melhor esclarecer as hipóteses de ocorrência de dano moral coletivo na Justiça do Trabalho, cabe utilizar as lições de Medeiros Neto para elencar algumas hipóteses recorrentes, em que se observam condutas que geram dano moral coletivo, cuja certeza nasce concomitantemente com a própria ocorrência do fato lesivo: exploração do trabalho de crianças e adolescentes; submissão de grupo de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condições análogas à de escravo, ou mediante regime de servidão por dívida; manutenção de meio ambiente de trabalho inadequado e descumprimento de normas trabalhistas básicas de segurança e saúde, incluídas as disposições de proteção à jornada do trabalho; discriminação, abuso de poder e assédio moral ou sexual nas relações trabalhistas; submissão de trabalhadores a situações indignas, humilhantes e vexatórias, como, por exemplo, como forma de indução para cumprimento de metas de produção ou de vendas; contratação irregular de trabalhadores pela administração pública direta ou indireta, sem submissão a concurso público, em violação ao estatuto constitucional; uso de fraude, simulação, ameaça, coação ou dolo para burlar ou sonegar direitos trabalhistas ou obter vantagens indevidas; criação de obstáculos e utilização de ameaças para o exercício do direito à liberdade sindical (MEDEIROS NETO, 2015).

3. Consideração Finais

Nesse artigo procurou-se melhor compreender os aspectos fundamentais do dano moral coletivo, dentre os quais o seu conceito e as suas consequências, especialmente no Direito do Trabalho, na medida em que as mudanças sociais que acarretaram o próprio surgimento da tutela coletiva possuem ainda maior amplitude nesse campo jurídico.

O dano moral coletivo em sede trabalhista é um instituto de fundamental importância por permite o combate aos danos típicos de uma sociedade com amplo grau de complexidade em suas relações. Tal fato ocorre pois, com a mudança do tipo de dano experimentado nas relações trabalhistas, se torna também necessário *alterar a natureza da sanção jurídica* oriunda desses danos.

Nesse passo, destaca-se, inicialmente, a desmaterialização dos bens agredidos pela conduta ilícita do autor do dano. Passando da perspectiva meramente individual para a coletiva, o dano moral passa também a recair sobre um grupo de pessoas, identificáveis ou não. Ou seja, da mesma maneira que o bem se torna abstrato, o seu portador também se desmaterializa, tornando-se uma coletividade não mais organicamente individualizável. E é por essa razão que a tutela jurisdicional coletiva, como todos os seus aspectos destacados nesse artigo se torna necessária e mais apta à resolução dos danos causados nesse tipo de ambiente.

Outro aspecto de fundamental importância é a existência de culpa objetiva, ou seja, a responsabilidade em razão da existência de dano moral coletivo não passa pela análise da culpa da conduta do autor do dano. Basta que o próprio dano seja imputável ao agente, em razão da gravidade especial que esse tipo de dano possui em relação ao grupo atingido. A par desse aspecto, também pode-se diferenciar o dano moral coletivo em razão de sua natureza *in re ipsa*, ou seja, ele independe da demonstração do efetivo prejuízo à coletividade de trabalhadores, bastando que a conduta seja suficiente para a lesão de

algum bem jurídico relevante. Ambas as características destacadas apontam o interesse do ordenamento jurídico em facilitar repressão à vioação aos bens coletivos.

Outro aspecto de relevância em relação ao tema são as funções que a responsabilização em razão da ocorrência do dano moral coletivo possui. Elas são basicamente três. A função penalizadora, baseada na nação de que o ato ilícito deve ter uma sanção jurídica. A função exemplar ou inibitória, típica do âmbito coletivo, na qual a sanção ao ato desabonador, além de punir o seu autor, deve também atuar como a reafirmação do valor da licitude, na medida em que informa a todos os membros da coletividade que tais condutas não serão toleradas.

E, por fim, a função compensatória, a qual ressarce os atingidos pelo dano moral coletivo. Especificamente quanto essa última função, é necessário destacar que as parcelas monetárias oriundas da indenização possuem dois destinos possível. Legalmente, apenas o Fundo de Amparo ao Trabalhador, que possui a função de financiar o seguro desemprego e políticas públicas voltadas ao combate ao desemprego. Mas, a partir de uma interpretação sistemática da ordem constitucional, essa quantia pode reverter especificamente à coletividade prejudicada, com a finalidade de a compensar pelos danos ocorridos.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Humberto Luiz Mussi de. *Dano moral coletivo decorrente das relações de trabalho*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 38, p. 58-67, mar. 2015. Acessado em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/92343> em 13/11/2016.
- ANDRADE, Luiz Gustavo de; PAVELSKI, Ana Paula. *O dano moral coletivo na jurisprudência*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 38, p. 77-92, mar. 2015. Acessado em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/92245> em 13/11/2016.
- ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton. *Dano moral decorrente do trabalho em condição análoga à do escravo: âmbito individual e coletivo*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 72, n. 3, p. 87-104, set./dez. 2006. Acessado em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/3686> em 13/11/2016.
- BARBOSA, Maria da Graça Bonança. *Os Princípios do Processo Coletivo e o papel do Juiz em prol da Coletividade na reparação do Dano Moral Coletivo na Justiça do Trabalho*. Tese apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LACERDA, André. *Indenização por dano moral coletivo : revolução na justiça do trabalho*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 38, p. 36-40, mar. 2015. Acessado em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/92394> em 13/11/2016.

- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *O dano moral coletivo e a sua reparação*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 38, p. 11-35, mar. 2015. Acessado em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/92442> em 13/11/2016.
- PAZ, Samuel Mota de Aquino. *Dano moral coletivo na jurisprudência do STJ*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 38, p. 68-76, mar. 2015. Acessado em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/92342> em 12/11/2016.
- PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. *A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 56, n. 86, p. 37-52, jul./dez. 2012. Acessado em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/74982> em 13/11/2016.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ROMITA, Arion Sayão. *Dano moral coletivo*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 73, n. 2, p. 79-87, abr./jun. 2007. Acessado em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/2305> em 13/11/2016.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.
- ZWICKER, Igor de Oliveira. *O dano moral acidentalmente coletivo e a tutela coletiva de direitos individuais : rede protetiva coletiva versus “direitos individuais heterogêneos”*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 38, p. 114-129, mar. 2015. Acessado em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/92395> em 13/11/2016.

SOCIEDADE DE ADVOGADOS. IMPLICAÇÕES TRABALHISTAS

Antonio Bonival Camargo ()*

“(…) A Cultura pertinaz e obstinada é que desentranha da gleba revessa as vegetações luxuriantes, as florescências maravilhosas, as frutificações opulentas, searas, pomares, rebanhos, metrópoles, nações, estados, prole imensa desse casamento perene, abençoado por Deus, entre a terra e a mão trabalhadora do homem. Trabalhai, pois, mais persistentes, incessantes, como o sol de todos os dias, e o orvalho de todas as noites.” Bendita, pois, as mãos que semeiam a semente da cultura. (…)” (Rui – “Discurso no Colégio Anchieta”¹pg. 117/8).

E, Bobbio:

“(…) CULTURA é equilibrio intelletuale, riflessione critica, senso di discernimento, aborrimento di ogni simplificazione, di ogni manicheismo, di ogni parzialità (…)”²

1. Introdução

O presente estudo resolve-se em três planos, ou, ao gosto dos tempos que hoje correm, o estudo vem fatiado em três partes; (o termo “fatiar” que, convenhamos, bastante esclarecedor, reporta-nos à ideia de “partir o pão”; metáfora usada nos nossos tribunais, nos “fatiamentos” em que se repartem os processos dos envolvidos na “Lava Jato”. Assim, o estudo contempla três níveis, do âmbito geral

(*) Membro do *Instituto de Direito Social Cesarino Jr.* Mestre e Doutor, (Direito do Trabalho) pela USP. Sócio titular da “Camargo e Camargo Advogados”.

1 Rui – *Discurso no Colégio Anchieta* – Editora “Martin Claret”, pg. 117/8.

2 Bobbio, Norberto – *Autobiografia*, pg. 162. A cura di Alberto Papuzzi - GLF Editori Laterza.

que é o estudo da “sociedade” em alguns dos aspectos históricos, e componentes do quadro societário; deste plano geral descemos ao particular das sociedades de advogados; a desconstituição da Personalidade Jurídica; e, no item III descemos, ainda, a questões como Sociedade de Advogados, responsabilidades; e na relação societária (advogado sócio ou empregado); e, finalmente, se será possível convolar-se o vínculo societário em relação empregatícia? Sumariando o estudo temos: I. Sociedade e Sócio; II. Deveres e Obrigações e Desconsideração da Personalidade jurídica. III. Sociedade de advogados; IV. relação societária e implicações.

I. Sociedade e sócio. Aspectos históricos. Congregamento. Agregamento. Origem do termo: sociedade e natureza jurídica

A Sociedade civil teve no curso do pensamento político dos últimos séculos, segundo Bobbio,³ significativo desenvolvimento, e sucessivos significados. Na sua concepção original, a *societas* nasce da divisão de conceitos, arquitetada pela doutrina jusnaturalista que concebia a *societas civilis*, como sociedade politicamente organizada, diferente da *societas naturalis*, em cuja dupla concepção da “Sociedade civil”, organizada em contraste com o congreamento de indivíduos do estado primitivo; quando o homem primitivo se agrupava sem outras leis que, senão, ao impulso e ao sabor das leis naturais. A sociedade nasce, portanto, através da instituição civil, poder comum que só é capaz de garantir aos indivíduos associados alguns bens fundamentais que lhes garantam: paz, liberdade, propriedade, segurança. Assim, reunidos sob os laços sociais, fogem do estado de eterna beligerância e da lei do mais forte “*Homo hominis lupus*”. Sob este signo, diz

3 Dicionário de Política – Norberto Bobbio (Ed. UnB).

Locke: “aqueles que se reúnem num só corpo e adotam lei comum estabelecida e garantida pela magistratura à qual apelar, investida de autoridade para decidir as controvérsias que nascem, entre eles, encontram-se uns com os outros em sociedades civis; mas os que não têm semelhante apelo comum (...) estão sempre no Estado de natureza.”⁴

Ademais, Locke agrega a seu pensamento, ponderosos e imbatíveis argumentos em prol da **sociedade civil**, que se sobrepõe em muitos graus acima do “Estado de natureza”, pelos inegáveis benefícios engendrados pela *civilitas*; “o domínio da razão, a paz, a segurança, a riqueza, a decência, a sociabilidade, o requinte, a ciência e a benevolência” frutos que somente germinam nas sociedades, agora, aprimorada a *societas* em um degrau acima da sociedade civil, agora já na *civilitas*; ou civilidade.

O homem, vindo do Estado de Natureza no qual Estado “cada qual segue os caprichos da própria fantasia, para unir-se com todos os outros... e submeter-se a uma pressão extrema publicamente legal... quer isto dizer que cada um deve, antes de qualquer outra coisa, entrar num Estado civil” (segundo o entendimento de Emanuel Kant).⁵ A expressão “sociedade civil” ou “Estado civil” é normalmente empregada por teólogos, ou escritores de direito eclesiástico, que arquitetaram esta distinção para separar a esfera temporal (civil) da esfera ou plano espiritual; distinguindo-se então as esferas em que se resolvem as relações civis, daquelas em que traçam as linhas limítrofes das relações entre Igreja e Estado; sociedade civil e sociedade religiosa.⁶ O termo “socius – socii” (o sócio – do sócio) indivíduo participe da sociedade, amarrando-se

4 Idem, *Ibidem* – John Locke (“*Segundo tratado sobre o Governo*”, § 87).

5 *Ibidem*, in “*Metafísica dos costumes*” - Bobbio “*Dicionário de Política*”.

6 Idem, *ibidem*. (pg. 1206).

por ato de vontade aos anseios comuns e objetivos determinados e determinantes daquele grupo social. O termo, como demonstrado, vem-nos do latim.⁷

Em que se distinguem sociedade e instituição. Qual é o gênero e qual é a espécie. Que é a Instituição: grupo de indivíduos (sócios, juridicamente) organizados. A instituição pode (em tese) ser criminosa, quando dessa organização se exclui o termo entre parêntesis: **juridicamente constituída**. A associação poderá ser lúdica, (ajurídica); ou com objetivos escusos, pelo intento de delinquir. Qualquer seja o objetivo dessa agremiação de indivíduos, mesmo que criminosa seja, não deixa de ser associação. (Súcia, *consilium fraudis*, bando que se organiza para fraudar, cometer crimes; a *troupe* pode organizar-se para lavagem de dinheiro, por exemplo. Exemplos dessas organizações criminosas, muito bem estruturadas, chovem todo o dia e o dia todo, a tropel na imprensa. É instituição organizada, mas não juridicamente, posto que, esse tipo de organização não se coaduna com o jus, pois que ela tem por mira o crime. Direito e crime são termos contraditórios e em eterno choque. O ser e o não ser. Noite e dia, linhas paralelas que jamais se encontram. Em tese, quando existem regras a ser seguidas pelos indivíduos, metas a serem cumpridas, isto significa instituição; ou seja, indivíduos cooptados para cumprir determinados fins. Mesmo

7 “Nominativo e genitivo”, é a dicotomia de que se utiliza a gramática latina, para a classificação das palavras, e a que declinação elas pertencem. No nosso caso, o termo pertence à segunda declinação, que se traduz em português como sócio, parceiro, companheiro, o que participa da mesma fortuna ou infortúnio; juntos nos bons ou maus ventos. Em Ovídio vemos o termo “*socius sanguinis*”, i. é, o parente por força e *linha consanguínea*. Em Ovídio também encontramos o “*carpere socias vias cum aliquo*”: “trilhar juntamente (em sociedade) pelo mesmo caminho”. O termo é fertilíssimo em todos os seus derivados e quadrantes por onde se unem as pessoas que miram o mesmo objetivo; quer em cunho religioso, quer pelo termo civil, lúdico, serviços; donde nos vem: social; sociabilidade; sociabilizar; socialdemocracia; social-democrático; socialismo; direito social; sociedade de advogados etc., etc. por aí a vastidão dos termos derivados. *Socius*, portanto é o termo lexicogênico donde se origina o termo português: sócio, e dele todos os derivados.

para delinquir as regras são claras. Já conglutinar-se, agregar-se; agrupar-se, mundo de gente, bando, agrupamento, armada, quartel, pelotão, vara, quadrilha, tertúlia, ajuntamento, recrutamento, sínodo, conciliábulo, sínédrio, isto constitui-se em ajuntamento de pessoas, sem liames jurídicos entre elas, já, associação e o ajuntamento com propostas criminosas, que se subordinam ao chefe da quadrilha. Wolfe,⁸ em aguda análise, ressalva em substancioso artigo, que o bando de políticos corruptos que assaltaram os Cofres Públicos, durante o Governo do PT, reportando-se aos criminalistas italianos Della Porta e Vannuci, que para um esquema corrupto funcionar, quando envolve muitas partes e grandes quantias, a corrupção tem de ser sistêmica. E, corrupção sistêmica tem duas características: primeiro, tem de haver regra de jogo (organização) claras e respeitadas por todos os envolvidos – por exemplo, uma vez combinado o valor da propina, o prestado de serviço entrega exatamente o prometido, pelo preço acertado.” Do texto aqui lembrado, conclui-se que a organização é elemento imprescindível em qualquer agrupamento que se destina a um objetivo, seja qual seja. Sob a bandeira da mais rígida e severa organização é que vivem, amarram-se e operam as “Máfias”⁹

Como nos aponta Godinho: “Também padecem de nulidade as sociedades ilícitas cujos objetivos entestam contrapor-se às normas jurídicas imperativas”. “São as sociedades criminosas, cujos objetivos estiverem em desconformidade com a lei.”¹⁰ Pode-se imaginar a história como um mar imenso de pessoas, separadas por diques, regras de conduta: religiosas, morais, jurídicas, sociais,

8 “*A Lava Jato e o crime desorganizado no Brasil*”. In “O Estado de S. Paulo” 9.10.2016, A2.

9 Wolfe, Barry – Idem, ibidem, “... o arquétipo do crime organizado, tem nome: *Omertà ... cada participante e todos estão comprometidos.*” Essa participação e envolvimento no crime, do qual todos são partícipes, é o que sela o silêncio; uma das regras pelas quais o “grupo” se organiza.

10 Delgado, Maurício Godinho; “Curso de Direito do Trabalho” 11ª Ed. LTr - pg. 519.

(separadas por essas normas, costumes, tradições que compõem a civilização.) Essa reflexão poder-nos-á ajudar na aferição de determinados costumes, regras, normas, permitidas em determinadas épocas, e posteriormente proibidas; donde se convola do permitido ao vetado, e vice-versa, em consonância, ou não, com a lei de seu tempo. Já que uma das notórias características da *civilitas* está em conduzir-se *ex vi legis*, e as leis têm vigência temporária, e vigoram até que outras as modifique ou revogue.¹¹

I.1. Elementos constantes do contrato societário

Como se disse a sociedade nasce do enlace de vontades que se harmonizam através de contrato; ou de estatuto, que, assim se unem e orientam na busca de fins comuns. Sobre o tema diz Clóvis: “celebram contrato de sociedade pessoas, que, mutuamente, se obrigam a combinar esforços ou recursos, para lograr fins comuns.” (1.363). Posto isto, temos que sociedade é figura de contrato, i.é, enlace de vontades ordenadas. Os Códigos: Mexicano e Francês, (observa Clóvis em seus comentários), consideram duas hipóteses: será associação se a finalidade não for lucrativa; – “a reunião de pessoas para fins não econômicos”. Ao contrário será: “será **sociedade**, ao se voltarem sócios para fins preponderantemente econômicos”. O aceno a tantos tipos, formas, maneiras de as pessoas trilharem na mesma direção, reunindo forças, forças e/ou finanças, pela estreiteza deste trabalho, obriga-nos a desertar de parte do tema para concentrarmo-nos no foco, vindo mais abaixo: sociedade de advogados, as linhas limítrofes entre a relação societária e o vínculo empregatício, posto que, em certos casos as linhas dessas realidades terminam por se confundir, caso não se tenha bem definido a diferença específica entre uma e outra relação. A sociedade é

11 LICC – Art. 2º

global em termos de responsabilização, conquanto seja parcial em termos de percentagens. Das sociedades contratualmente ou convencionalmente constituídas a maior delas, é a Pátria.

O princípio que mantém unida essa megassociedade dita Pátria, ou República, segundo Montesquieu,¹² consubstancia-se no ideal muito simples: o amor pela República, cujo amor, diz ser o elemento chave dessa coesão. Este mesmo sentir, mais tarde vem ressaltado por Robespierre.

Da “revolução” nasce, diz Montesquieu, o princípio fundamental do governo democrático ou popular, ou seja, aquela mola ou apoio essencial que a sustenta e lhe assegura o movimento: o amor pela pátria. “*C’est la vertu ; je parle de la vertu republique*” virtude esta que operou tantos prodígios entre os Gregos e Romanos. Patriotismo, assim entendido, é a virtude do amor pelo povo; pois pátria outra

12 Do nascimento do mundo novo, pós Revolução Francesa (1789) buscou forças na virtude, ou seja, (naquela sintonia fina do “*virtus*”), como o princípio de toda a República que, segundo Montesquieu, consubstancia-se no ideal: virtude, “*La vertu, dans une republique, est une chose très simple; c’est l’amour de la République*”, este dado muito simples, que ele denomina como: amor, (virtude) pela Pátria, ou seja “patriotismo”. Este ideal, mais tarde reforçado por Robespierre: “*Quel est le principe fondamental du gouvernement démocratique ou populaire, c’est-à-dire le ressort essentiel qui le soutient et qui le fait mouvoir ?* Da “revolução” nasce (diz Montesquieu o princípio fundamental do governo democrático ou popular, ou seja, aquela mola ou apoio essencial que a sustenta e lhe assegura o movimento. “*C’est la vertu; je parle de la vertu republique*” virtude esta que operou tantos prodígios entre os Gregos e Romanos, e que maiores e mais prodigiosos os haverá de operar em França, *qui doit en produire de bien plus étonnants que la France républicaine*; e esta “virtude” outra não é que: “*que l’amour de la patrie et de ses lois*”. Pode-se dizer, portanto, ser Montesquieu o “*ancêtre*”, i. é, o antecessor do termo “*patriotismo*” (a virtude do amor pela pátria), patriotismo este que impulsiona os países, e bem maiores e retumbantes na República Francesa. Segundo estes filósofos, Montesquieu e Robespierre, a virtude que opera prodígios em prol de uma Nação é o patriotismo; e, por analogia, esta mesma “virtude” tem igual força e ação, em qualquer seja a sociedade, ao momento em que o indivíduo se deixa aprisionar pelos objetivos da causa em que se engaja. Patriotismo, assim entendido, é a virtude do amor pelo povo; pois pátria outra coisa não é que os indivíduos que se congregam em um mesmo território legalmente constituído. Assim, patriotismo, é o amor pelas leis, pelos indivíduos, e pelas coisas da pátria. Esta é virtude do amor pela pátria, defendida e revelada por Montesquieu, logo no pós Revolução Francesa.

coisa não é que os indivíduos que se congregam em um mesmo território legalmente constituído. Assim, patriotismo, é o amor pelas leis, pelos indivíduos, e pelas coisas da pátria. Esta é virtude do amor pela pátria, defendida e revelada por Montesquieu, logo no pós Revolução Francesa.

I.2. Natureza jurídica da sociedade

A sociedade tem natureza de negócio jurídico, conagração de vontades. No contrato, ou estatuto; ou na convenção; ou nos regulamentos congregam-se os elementos: vontade (ato consensual entre duas ou mais pessoas; nessa união de duas ou mais vontades, nasce o negócio jurídico) cuja validade compreende os elementos inerentes a todo o ato jurídico: (agente capaz; objeto lícito; forma prescrita ou não defesa em lei.) (Art. 204 do CC). Segundo observação dos franceses: “*Quand tu comprends la difference entre le continnent et le contenu tu aura la connaisanse.*” Isto é, só conheces bem uma coisa quando definidas as diferenças entre continente e conteúdo. Desta análise, e assim concluído o contrato, ele é recepcionado e resguardado em sua inteireza, no Ordenamento Jurídico com assento reservado no Art. 5º Inic. XXXVI da CF. Donde resulta que, para a anulação do negócio societário, tal decretação só poderá ser proferida se e quando for robustamente demonstrado o vício que inquinou de nulidade o negócio. Ou seja, ter sido afetado (originariamente) por um dos cinco vícios emanados de erro substancial, “que poderia ser percebido por **pessoa de diligência normal**” como prescreve o art. 138 do CC. De maneira que esse acordo de vontades entre duas ou mais pessoas; comunhão de interesses; cooperação voltada para lograr determinado fim, tem sua inviolabilidade constitucional, cimentada na intangibilidade do imperativo constitucional: “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”. Sua natureza, pois, consiste no enlace de vontades, objetivando determinada finalidade, legitimamente permitida, negócio jurídico perfeito, sinônimo de ato jurídico, posto que, negócio

é o enlace de vontades; já no ato, a constituição dele se resume a uma só vontade, por exemplo, ingressar com determinada ação; direito encampado pela vontade exclusiva da parte. Se o autor, por ato de sua vontade, concretizou isso, dentro do prazo permitido, mesmo que a lei altere aquele prazo, aquele ato jurídico diz-se perfeito por ter sido praticado no prazo daquela antiga permissão legal.¹³ De conseguinte, no elemento “*ato jurídico perfeito*”, (locução esta cravada em artigo fundante da Constituição, em que se cimenta o negócio jurídico societário, ato realizado com estrita observância dos requisitos legais, contemporâneo às leis que integram o Ordenamento jurídico regentes ao tempo, daquela matéria; --- ou seja --- obedecidas as exigências da lei, assim o ato assume as feições da lei, o que lhe dá o aspecto de legitimidade. Enlace de vontades protegido por lei, ato jurídico perfeito. Disto nasce a inarredável consequência jurídica, para a desconstituição desse negócio jurídico perfeito será necessário levantar-se a bandeira da *nulidade* daquele negócio jurídico, porque fora recepcionado no mundo jurídico, cumpridas todas as exigências e formalidades da lei. Ainda cabe uma última distinção, cuja é:

I.3. Sociedade e instituição

A teoria da INSTITUIÇÃO, antes de ser norma o direito é Instituição; (significando, organização). Uma sociedade legalmente organizada, constituída de grupo de indivíduos que têm suas atividades disciplinadas, com a proposta de perseguir um fim comum. Seria, então, a “instituição” a semente de que nasce o direito grupal; (teoria da Instituição), ao se organizar a instituição nasce o direito. Romano

13 ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. A lei de introdução ao código civil brasileiro: dec.-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da lei n. 3.238, de 1 de agosto de 1957, e leis posteriores comentada na ordem dos seus artigos; atual. por Silvia Pacheco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. v. 1.
FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 6ª ed., rev. e atual. do “Direito intertemporal brasileiro”. São Paulo: Saraiva, 2000.
GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18ª. ed., atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

escreveu que o direito “antes de ser norma” foi “instituição”. (Bobbio põe em dúvida tal assertiva, com o seguinte argumento: a instituição é organização em que se distribuem tarefas aos membros do grupo, segundo suas condições e qualidades, ora para que isso seja possível há necessidade de haver regras de conduta, portanto “regras de conduta” são normas que existem antes da instituição; posto que sem normas, não existe organização; logo, não existiria a instituição. Repete-se aqui o eterno e indecifrável dilema: de quem veio antes, o ovo ou a galinha? Posto sabido seja que a Instituição é a Sociedade organizada, constituída por um grupo de indivíduos que disciplinam suas respectivas atividades com a finalidade de perseguir determinado objetivo; objetivos que singularmente não alcançariam; e isto é uma Instituição. Quando encontramos um grupo organizado, podemos ter certeza de encontrar um conjunto de regras de conduta, e um ordenamento jurídico equivale a um conjunto de regras de conduta.¹⁴ Valor científico do direito como instituição é, em suma, a teoria do direito como norma; as duas faces do direito: instituição e norma = normativistas (a norma regra da conduta). Além de regra de conduta é um conjunto coeso de normas, que formam o Ordenamento, assim, a Instituição. A norma que regulamenta formaliza a instituição, não fora a norma teríamos um agregado, uma reunião, um encontro de pessoas “desorganizadas”.

I.4. Sociedades empresárias. Grupos humanos (tipos societários). Amplitude das sociedades

Temos que os grupos humanos (sociedades, parlamento, senado, câmara, sínodo, agremiações, clubes etc.) ao se reunirem, fazem-no sob duas bandeiras: tarefas e relações. Tarefas aquilo a que se comprometem pelo objeto social: (compra, venda, prestação de serviços etc.); e, na segunda bandeira, a da relação entre os membros, ou seja, aquele tecido imperceptível que liga e amarra os membros dentro de um objetivo comum que professam conseguir:

14 - Giannini MS. “*Sulla pluralità degli ordenamenti giuridici*” – (27).

religioso, lúdico, etc. Já se está pois a ver que a sociedade, assim, é a forma que o engenho humano dispõe para que o indivíduo consiga, de maneira mais pronta e eficazmente, alcançar seus objetivos. Neste universo de tarefas e relações cabem todos os tipos de contrato, os de cunho social, tanto como o das sociedades civis, quanto nas corporações religiosas; nas irmandades; sociedades literárias; científicas; recreativas; beneficentes etc., etc. Na sociedade o trabalho de um, ou de vários, reverte em proveito de todos, fruto de combinação de esforços para a consecução de determinado fim, que impulsiona a *affectio societatis*. A diferença entre sociedade simples e sociedade empresária não está, como se poderia pensar, no lucro; mesmo porque há sociedades não empresárias com finalidade lucrativa, como, por exemplo, a sociedade de advogados; ou de médicos etc. Define Fábio Ulhoa Coelho, “a sociedade empresária pode ser conceituada como a pessoa jurídica de direito privado não-estatal, que explora empresarialmente seu objeto social ou a forma de sociedades por ação.” (pg. 111) Objeto – pode ser comercial ou civil --- fins econômicos ou não econômicos.

Descendo do pedestal da generalidade das agremiações humanas, para que determinada e específica reunião de pessoas receba o caráter de sociedade, batizada como legal, há necessidade de que se enquadre aos dispositivos da lei, ou seja, “*celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens e serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados*”. (Art. 981 do CC). Requisitos característicos quais sejam: atender às determinações cujas consistem na obrigação de reciprocamente contribuir, com bens e serviços, para o exercício da atividade e a partilha entre si, dos resultados. Para Cesarino Júnior, para as relações do “grupo social” vinculado pelo Capital e Trabalho, e a Norma que os regulamenta, dá-se o nome, segundo o mestre, de “Direito Social “*stricto sensu*” distinção esta entre “Direito Social” em sentido genérico, e em sentido estrito, cujas leis desse corpo legífero “Social” delimita com exatidão as linhas divisórias entre

empregador e empregado.¹⁵ Cabe aqui mencionar que a lei nem veda a distribuição desproporcional entre sócios, à participação de cada um no capital social; nem, tampouco, a distribuição diferenciada dos lucros societários.

I.5. Responsabilidade do sócio e risco do negócio

A regra do risco limitado da responsabilidade do sócio da sociedade limitada, conquanto limite essa responsabilidade comporta várias exceções. A limitação na quantidade não exige o sócio do critério de assumir o risco do negócio. A primeira regra a ser observada é a do Art. 50 do CC, que, em resumo, diz que o juiz pode decidir que os efeitos de certas relações e obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos sócios, *verbis*: “*Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.*” (Art.50 do CC) - O que soava na lei como mera ideologia e aconselhamento referido no “*o juiz pode decidir*”, hoje, aquele ideal ganhou foros e caráter processual no art. 133 do CPC. O ordenamento jurídico pátrio, em vários comandos, sem exceções, atrela o sócio ao risco do negócio societário. Mesmo quanto aos débitos em face da Seguridade Social fixa tal responsabilidade no Art. 13 da Lei 8.620/93. Já de sua vez, no Art. 790 do CPC, “*São sujeitos à execução os bens...; - II, do sócio...*”, e, mais adiante já no Art. 795 “*os bens particulares não respondem pela dívida da sociedade, senão nos casos previstos em lei*”, e, *tout court*, atrela-se a este dispositivo o seguinte: “*o sócio*

15 - CESARINO JÚNIOR. “*Direito Social*” LTr Editora pg. 41/42.

réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade tem o direito de exigir que primeiro sejam excutidos os bens da sociedade.” Temos, assim, concluído de forma clara e objetiva pelo Legislador estar o sócio umbilicalmente vinculado, *ut dominus*, à sociedade. Tanto isto é verdade objetiva que a lei, nos artigos 1001 a 1009 do Código Civil vincula o sócio como sujeito de direito e obrigações, atribuindo ao sócio, em primeiro plano do Art. 1001, *“as obrigações que começam imediatamente com o contrato...”* no Art. 1.008 do *“É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.”* Fechando o cerco sobre a extensão dessa responsabilidade diz a lei: *“O sócio, cuja contribuição consiste em serviços, não pode, salvo convenção em contrário, empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de ser privado de seus lucros e dela excluído.”* Trilhando por esta linha de raciocínio, temos o entendimento de Godinho Delgado quando afirma: *“o sócio dotado de responsabilidade ilimitada e solidária pelas obrigações sociais obviamente sempre responderá por qualquer dívida da pessoa jurídica respectiva. É o que se passa com as sociedades em nome coletivo e sociedades de fato, por exemplo.”*¹⁶ E, de notar, que a ligação de responsabilidade perdura mesmo após seu desligamento da sociedade, com a cessação total ou parcial da quota, e correspondente alteração do contrato social, segundo a previsão do art. 1003, e Parágrafo único. *“Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.”* (Responsabilidade do Sócio Retirante). De jeito que, a bem da verdade a participação social, como membro partícipe direto no sucesso ou insucesso da empresa, devido a este grau de conagração gera, *ipso facto*, responsabilidade implícita, e patrimonial, é o que se consubstancia no art. 790 do CPC *“São sujeitos à execução os bens. II – do sócio, nos termos da lei.”*

16 - Delgado, Maurício Godinho, *“Curso de Direito do Trabalho”* 11ª Ed. LTr – pg. 486

É bem verdade que não se pode saltar de uma coisa a outra, de lebre para coelho, de bate-pronto, como se fossem a mesma coisa. Evidente que não.

Art. 795 – Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei; § O sócio RÉU (para ser constituído réu, há necessidade de ser citado – é princípio e exigência sine qua non do devido processo legal) § 4º Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código. (Vide Art. 2º da IN 39 do TST – “2º, XIII - Aplicam-se no Processo do Trabalho os artigos do CPC 789 a 796).

O sócio cuja responsabilidade for *ilimitada, solidária*, atrai para si o ônus e resposta por qualquer seja a dívida da sociedade.

Lei 8.078, de 1.990 (Código do Consumidor), cujo comando foi incorporado no CC/2002 Art. 50, a Justiça do Trabalho é partidária (em sua quase totalidade), com fundamento de que os salários têm natureza alimentar, responsabilizam os sócios, independentemente de terem ou não participado da gestão da empresa. Assim, tem-se facilmente que por este fio condutor do argumento que se emparelha ao “furto famélico” quanto à sua permissibilidade, (em razão que a dignidade do ser humano que não lhe permite “passe fome”).

Com o argumento facial de aparência robusta, mas alma anã, do “*risco de sacrifício do empregado*”, cujo sucesso na reclamatória tem de ser garantido pelo próprio Poder Judiciário, a todo preço e custo; tal argumento ainda que ponderoso e respeitável, não se sustenta à contemplação que, de sua vez, o ex-sócio, (não de raro já provento e que não tem outros haveres que senão os da parca aposentadoria) é-lhe tirado o alimento, e tem seu imóvel leiloadado. Ora, a Justiça não suporta o *risco de sacrifício do trabalhador --- mas, em contrapartida esse ou outro ainda mais grave, violenta o*

ex-sócio, pondo-o no olho da rua, sem a menor cerimônia. Isto é Justiça? Na antiga Roma tinha um dístico popular aplicado no direito cujo era: prius in posse potior in iure.

Scire leges non (hoc) est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem. Conhecer as leis não significa interpretar-lhe as palavras, mas entender-lhe a substância, o espírito delas; ou seja, a causa que as inspirou a serem editadas.

I.6. Sociedade de advogados, segundo os estatutos da ordem dos advogados do brasil

Fechado este parêntesis voltemos para a nota característica deste texto, ou seja, a “sociedade de advogados”, e suas implicações. Trocando em miúdos: o advogado sócio, que se contrapõe (ou não) ao “advogado empregado”; ou seja, a distinção jurídica entre essas duas relações: a de sócio ou a de empregado! Questão esta que de cotio nos surpreende com pedidos na Justiça do Trabalho --- para que o sócio --- seja “declarado” empregado. Análise, propósito ou despropósito da pretensão. Dizem os filósofos que: “*bene scire est per causas scire*”, bem conhece quem conhece a causa. A doença está esclarecida quando o médico descobre-lhe a causa. Descendo ao nosso texto, só nos iremos convencer das reais diferenças se conhecermos o que está por detrás da relação societária, ou por suporte de todo o ato ou negócio jurídico: a vontade.

Toda a sociedade tem dois suportes, dois atributos da alma humana: a inteligência que cria e constitui, projeta algo; e a vontade que une forças para a execução. O criar é da inteligência; o fazer é da vontade. Conhecer e querer são modos fundamentais do espírito. A vontade como potência brota do conhecimento; é, pois, o conhecimento em que se estrutura a vontade para aderir, repelir, aceitar, reprovar enfim, mover-se pro ou contra o que se lhe estabelece em face. A vontade são os braços da inteligência. Assim, a vontade é o elemento que dá vida ao ato jurídico. O fato jurídico independe da

vontade, o crescimento até atingir a maior idade, é fato jurídico, posto que, a maioridade independe da vontade humana. Somente que, eleita uma via *non datur regressus ad alteram*. Isto é, eleito um caminho a ele estamos limitados. O homem é livre de navegar ou não. Mas ao momento que entra no barco e ganha o mar alto, a sua liberdade de ir e vir ao momento está delimitada aos poucos metros da embarcação. O contrato é o emparedamento da vontade nele externada.

Segundo Maria Helena Diniz (*In* “Dicionário Jurídico”) a I. civilista nos presenteia com a seguinte definição de “Sociedade de Advogados”: “*Sociedade civil de prestação de serviços de advocacia, regularmente registrada no Conselho Seccional da OAB, (...) e estabelecida por advogados que se reúnem para elaboração profissional recíproca, sendo que nenhum advogado pode integrar mais de uma sociedade de advogados (...) A sociedade de advogados pode associar-se, sem vínculo de emprego, para participação nos resultados. (...) Os advogados sócios e os associados respondem subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados diretamente ao cliente*”. A doutrinadora aqui lembrada, diz tudo, em pouco. (O destaque é nosso).

Para a constituição e formalização da sociedade de advogados é necessário o registro dos “estatutos” na Ordem dos Advogados da Região ou (território da sociedade), quando a sociedade, então, adquire personalidade jurídica, segundo as normas estatuídas. (Assim, adquire a personalidade legal pelo Registro Público de Empresas Mercantis Art. 968 do CC), e as sociedades de advogados segundo as normas traçadas pela Ordem dos Advogado do Brasil.

I.7. Riscos inerentes ao estatus societário

O sócio propõe, organiza, dispõe através de seu voto, *ut dominus*. De sua vez, e em sentido reverso o empregado cumpre as ordens emanadas dos sócios. O risco do sucesso ou não da empresa

é inerente ao status do sócio. Art. 1.007 “*Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas...*” Art. 1.023 – “*Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participam das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.*” Ainda, o art. 1.025 do CC diz: – “*O sócio, admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão.*” A pessoa física se identifica, com a própria figura da pessoa jurídica, são como se fossem uma só pessoa. Com efeito, no que se refere ao redirecionamento da execução fiscal para alcançar o patrimônio dos sócios co-responsáveis tributários, convém lembrar que o Superior Tribunal de Justiça entende, pela possibilidade de se responsabilizar os sócios em virtude do simples inadimplemento da obrigação tributária em seu vencimento, fato que caracterizaria o ilícito tributário autorizador da responsabilização dos sócios. Nesse sentido o sentir jurisprudencial assim editado: “**TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA DE BENS– RESPONSABILIDADE DO SÓCIO – ARTS. 135 E 136, CTN. 1.** *O sócio responsável pela administração e gerência de sociedade limitada, por substituição, é objetivamente responsável pela dívida fiscal, contemporânea ao seu gerenciamento ou administração, constituindo violação à lei o não recolhimento de dívida fiscal regularmente constituída e inscrita – não exclui a sua responsabilidade o fato de o seu nome não constar da certidão de dívida ativa.* Com base nesse panorama legislativo e com respaldo na jurisprudência, o fisco, verificada a impossibilidade de recebimento do crédito tributário da pessoa jurídica, quer por sua não localização, seja pela não localização de bens penhoráveis [02], redireciona a cobrança para a pessoa dos sócios, gerentes ou administradores da pessoa jurídica. O risco, pois, não só é evidente, que evidentiíssimo; e a evidência dispensa provas.

II. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica¹⁷

II.1 - Constituição da Personalidade Jurídica. Dúvidas não pairam de que a **pessoa jurídica** é figura analógica e fictícia da pessoa física. De fato, a pessoa jurídica cuida-se de mera ficção legal, na concepção de Savigny, pois segundo este doutrinador, só a pessoa física é sujeito de direitos e obrigações; porém, ficticiamente, tais direitos são estendidos para a pessoa jurídica, ao tempo de sua inscrição e respectivo registro do ato constitutivo; ou ao Espólio; ou à Massa falida; ou às Sociedades etc. No art. 45 do CC “*Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro...*”¹⁸ Diz-se desconstituir, desencapar, deixar de considerar a personalidade jurídica, desmistificar a ficção legal para buscar o seu núcleo societário, ou seja, arreda-se a ficção da pessoa jurídica, para buscar as pessoas naturais, físicas, que lhe dão vida e substrato. O Código de Processo Civil de 2015, para que dúvida nenhuma paire sobre o momentoso assunto da “desconsideração da personalidade”, ao regular a função jurisdicional no Título III, “da intervenção de terceiros”, abriu o Capítulo IV, e dele constantes os artigos 133 a 137, que regulamentam de maneira abrangente e funda, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que poderá ser requerida ou a teor do Ministério Público, ou a pedido da parte. Assim, o risco do negócio quer quanto a lucros como com respeito a perdas, é inerente à natureza jurídica do sócio, de maneira que nos faculta a afirmação **o risco é conditio sine qua non** da constituição societária. Em sendo assim, a responsabilidade do sócio estende-se para todos os ramos

17 - Paganelli, Cleber Regian - “*Noções históricas do incidente da desconsideração da personalidade jurídica*. In LTr – 79-02/174. – Muito se tem escrito sobre a matéria, em toda a literatura jurídica, notadamente na LTr.

18 - Savigny, “*Traité du droit romain*” A referida Teoria da Ficção criada pelo jurista e filósofo alemão Friedrich Carl von Savigny, como afirmam importantes estudiosos, constituiu, a mais importante contribuição para a interpretação do conceito da pessoa jurídica.

do direito: penal, tributário, civil, trabalhista, independentemente de ter ou não ter o sócio participação na gestão efetiva do negócio. Tanto isto é verdade que o elemento **risco** está incorporado Art. 1.008 “*É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.*” Queremos ressaltar este pormenor, por força de sua real importância nas considerações ulteriores, vindas em sequência desta formulação. Um dos primeiros autores a doutrinar sobre o assunto foi a professora Marly, no seu livro “Advocacia Trabalhista”, já nos primeiros passos da aplicação da nova lei quando, sábia observa: “*Os bens dos sucessores a qualquer título, nos termos do art. 4º, VI, da Lei 6.830, segundo o conceito da sucessão trabalhista, são responsáveis pela execução. Os bens dos sócios o serão nos termos da lei, **há responsabilidade dos sócios na medida em que participaram das perdas sociais (CC arts. 1023 e 1025) e depois de executados os bens da sociedade.***”¹⁹ Claro, que tal inteira responsabilidade é subsidiária, posto que, já no art. 795 do CPC, a resposta dos bens dos sócios como garantia da execução trabalhista, está delimitada ao benefício de antes dos seus, o sócio nomeie os bens da sociedade, desde que situados na mesma Comarca, e que bastem para satisfazer a obrigação de pagar. E o sócio quando for executado, assiste-lhe o direito de executar, nos mesmos autos, a sociedade. Benefício de regresso instituindo-se a comunidade de coobrigados, empresa e sócios, sequencialmente emparelhados. A bem de ver, o § 4º deste artigo constrói a figura do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, como *conditio sine qua non*, e *a priori*, como mudança da rota executória voltando-se a execução, nos termos da lei processual civil, para os bens do sócio, que escolhido for como garante da execução. (Art. 795 ...§ 4º - “*Para a desconconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código*”. Isto com a ressalva de que “a responsabilidade do sócio é, assim, subsidiária”. Pode o sócio, através do remédio processual dito *exceptio executionis* eximir-se da execução, desde que, indique

19 - CARDONE, A. MARLY – “Advocacia Trabalhista” LTr 21ª Edição. Pg. 140.

bens livres e desembaraçados que suportem o débito da devedora da qual é sócio. Agora, “nas sociedades de fato, ou irregulares os bens dos sócios não têm esta subsidiariedade, podendo ser executados primeiramente, segundo orientação doutrinária.”²⁰

II.2. Contornos desse incidente

Que o processo seja um jogo, já disse Calamandrei,²¹ realmente o é, mas, segundo o apontado processualista tem de ser um jogo absolutamente honesto e transparente, assim, o Legislador, para não surpreender o sócio da noite para o dia, e trazê-lo acorrentados, pés e mãos, a um débito, que sequer sabia existisse, sem poder mover-se economicamente, o Legislador, no Código de Processo Civil/2015, já não era sem tempo, corrige tais surpresas (armadilhas estas estranhas ao *devido processo legal*), posto que, obrigatoriamente tem de convocar o sócio à responder em caráter subsidiário os débitos da sociedade de que faz parte. O novo CPC busca deletar esta nódoa, que se resume em “colher a parte nas malhas da obrigação coercitiva, na calada da noite”, de surpresa, o que foge dos princípios, e destempera o senso de transparência e boa-fé que norteiam toda a sistemática processual jurídica que, por princípio, repele cerce escaramuças e armadilhas; surpresas e repentes, por onde se aprisiona a parte sem permitir-lhe defesa, tornando-o réu na execução de débitos que sequer sabia existissem; e, (inocente ou culpado), garanta a execução condenatória para, somente após ser duramente penalizado, poder defender-se. O novo CPC (artigos 9º e 10º) inova neste comenos: “*não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida*”. (Art. 9º do CPC); e, “*O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição,*

20 - Idem, ibidem – pg. 140.

21 - CALAMANDREI, Piero – “*Eles, os Juizes, vistos por nós os advogados*”.

com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar...” (Art. 10º CPC); e, em confirmação deste propósito, no art. 133 do CPC instaura a figura do novel incidente: *“O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.”* E, mais adianta, autoriza o Autor a já, *initio litis*, citar o sócio, conforme aceno no art. 134 - §2º. *“Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica”.* (OU --- um, ou o outro). *Se acolhida a desconsideração a oneração ou alienação de bens do sócio será ineficaz.* A mecânica processual, caso o sócio venha a ser chamado para responder pelo débito a que se vê condenada a empresa de que faz parte, autoriza e determina sejam abertas as portas do incidente processual a que se denomina “desconstituição da personalidade” da devedora, para que, arredada aquela capa protetora, dita personalidade jurídica da empresa, descubram-se os que, na realidade e por obrigação inerente ao seu *status societário*, respondam pelas obrigações assumidas. Visto serem os sócios *“...pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”* Art. 135.

Enquadra-se destarte o “incidente de desconsideração” aos contornos do devido processo legal.

II.3. Compatibilidade entre as normas consolidadas (CLT) e as atualizadas no NCPC

O Colendo TST editou a Resolução 203, em 15 de março de 2016, e a Instrução Normativa nº 39/2016 que dispõe sobre as Normas do CPC/2015., aplicáveis ou não ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva, objetiva a adequação rápida e eficaz das leis trabalhistas

(CLT) emoldurando-as na nova sistemática processual. No art. 3º, já à testa deste comando - diz: “*Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil.*” Em substancioso artigo Salvador Laurino ressalta que: Processo civil e Processo do Trabalho emparelham as bitolas, buscando identificar as reais e necessárias diferenças entre um e outro processo ao afirmar que: “*a identidade do processo do trabalho não está em “objetivos” ou em princípios específicos. A diferença em relação ao processo civil está no plano do “procedimento”, num conjunto especial de normas que assegura o equilíbrio entre os litigantes na solução dos conflitos decorrentes da relação de trabalho. É a partir desse conjunto de regras de procedimento que se deve identificar a “compatibilidade” que, na forma do art. 769 da Consolidação, permitirá ou não a aplicação “supletiva” de que trata o art. 15 do novo Código de Processo Civil.*”²² A bem de ver, não de hoje, mas de algum tempo a esta parte, doutrinadores de vários países tentam, sem sucesso, crivar diferenças entre os processos civil e trabalhista. Ambos os processos tem a mesma feição. Há uma unidade, por mais que se queira fixar diferenças entre ambos os processos, contudo ambos pertencem ao mesmo tronco que os vivifica, ou seja, a estrutura jurídica, cujo tecido em que se costura a unidade processual são os princípios constitucionais do devido processo legal, da livre iniciativa da parte, do contraditório, assim as diferenças são meramente acidentais. Importante frisar-se a diferença entre processo e procedimento. Processo é o continente de que o procedimento é o conteúdo. Alguém já disse, não sem razão, que o conhecimento só advém quando se compreende a diferença entre continente e conteúdo: “*quand tu comprends la difference entre le continent et le contenu, tu aura la connaissance.*” Com maior clareza sobre isso preleciona o mestre, Salvador: “*No Estado Democrático de Direito não se busca a efetividade a qualquer preço*”, ... “*O discurso autoritário em que a crença na generosidade dos fins,*

22 LAURINO, Salvador Franco de Lima, (In OAB ESA) “O art. 15 do novo CPC e os limites da autonomia do processo do trabalho.”

*justifica qualquer meio para atingi-los, o que significa a negação da própria ideia de justiça, cuja concretização não prescinde dos critérios impessoais objetivos”.*²³ (Idem, ibidem).

O artigo 15 do CPC “*Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas, ou administrativos, as disposições deste código serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*” entesta duas exigências condicionantes para o acoplamento da lei Processual Civil no Processo do Trabalho: que a CLT seja omissa quanto à questão, e, ao mesmo tempo, o comando seja compatível com os princípios do direito laborativo; ou que tenham afinidade com os princípios fundantes do direito processual como de exemplo a própria Resolução nº 203 cita os artigos 9º do NCPC – “*Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.*” Um dos princípios fundantes de todo o processo jurídico, seja ele qual seja, está vincado na parêmia latina: “*audiatur altera pars*”; princípio estes de clara evidência e repercussão no art. 133 do NCPC. Ou seja, é contrário ao espírito da justiça, surpreender a parte e não lhe permitir “*ampla defesa*”; o valor prático desse elemento imponderável, mas decisivo, para a lhanza e finalidade da justiça, qual venha a ser: *dar o seu a seu dono na medida exata do que for devido*. Dar mais do que foi pedido é “*doação*” que se faz valendo-se da bolsa alheia, o que se constitui em vitupério. Dar menos do que for devido, é prejudicar a parte, o que foge dos princípios do justo.

II.4. Unicidade das leis

Diz alguém que a Resolução 203 vem de ser editada com muita cautela para que, o Processo do Trabalho sofra o mínimo possível de influência das inovações trazidas no novo CPC., o que,

²³ LAURINO, Salvador Franco de Lima, (In OAB ESA) “*O art. 15 do novo CPC e os limites da autonomia do processo do trabalho.*”

convenhamos é fruto do comodismo. O processo é andar para frente. O ordenamento jurídico é uno; todas as normas, regulamentos, resoluções fazem parte do corpo legífero de um povo, e elas têm de conviver em total harmonia.²⁴ O que distingue o direito e no que ele se distingue, segundo Bobbio (nisto ele embarca no pensamento de Kelsen), não é o caráter da NORMA, senão o caráter do ORDENAMENTO. Não é a norma em si mesma (CLT ou outro código qualquer) que faz o direito, mas o direito vive dentro do conglobamento de todas as normas; por este prumo alinham-se as normas, e imbricam-se entre si, em perfeita harmonia. Como nos lembra Salvador Laurino, citando Eros Grau, a lei “*não se interpreta em tiras, em pedaços*”, apartando-a em blocos que sirvam ao instante, a alguns pretendidos interesses. A lei não pode ser pinçada à medida de interesses, só pelo tanto que serve, mas sim, tem de ser interpretada dentro de todo o contexto harmônico do Ordenamento. A norma é uma das partículas do ordenamento cujo todo forma o núcleo: direito. Para HART, o direito é composto de normas primitivas e normas secundárias; de cuja divisão (nasce o direito). “...Todos os ramos de processo (penal, civil, tributário, trabalhista) todos miram a objetividade, a efetividade, a celeridade, tempestiva tutela jurisdicional --- todos guardando entre si o mesmo ânimo, que

24 Os Critérios da lei: a) Hierarquia; b) cronologia; c) especial. No embate das leis o Juiz vale-se desses três critérios: A hierarquia; a Cronologia; e o critério da Lei Especial. A lei especial, promulgada para reger determinada questão, é a que prevalece sobre todas as outras. A lei, para ser o que diz ser, tem de ser justa, segundo doutrina Gustav Radbruch: Porque lei injusta ou imoral não é lei, senão tirania. “*Quando uma lei nega conscientemente a vontade de justiça, por exemplo, concede arbitrariamente ou recusa direitos do homem, falta-lhe validade ...*” ... existem princípios jurídicos fundamentais que são mais fortes que toda a normatização jurídica, de modo que uma lei que é contrária a eles, princípios, carece de validade.” Na Declaração Universal dos direitos do Homem, está escrito que cada indivíduo tem direito à vida; à liberdade; à segurança. Vida, liberdade, segurança são institutos que demandam vários volumes de comentários sobre o alcance do que se entende por “direito à vida”; “à liberdade”; “à segurança”. (Por exemplo: vida uterina - (início), ou eutanásia (fim); limites da liberdade; quais seriam esses limites; “segurança” (o que se entende e por onde se estende a “segurança” jurídica). Três palavras, três universos, por onde continua o desafio da inteligência humana, em descobri-los o alcance e definir-lhes os entornos e contornos. (In Norberto Bobbio – “Teoria Generale del Diritto”).

leva a dar o “seu a seu dono”, (*uniquique tribhuere*), “*inválida a linha de pensamento que sobrevaloriza o “princípio de proteção” para o fim de afastar a legalidade do procedimento no processo do trabalho.*” (Salvador Laurino). “O conteúdo material referente às normas”, (sejam elas de que âmbito for), “mostra idêntico é o seu conteúdo, idêntica a gênese, idêntico o fim. “Se igual é a essência, devemos logicamente concluir que todas as normas fazem parte do mesmo corpo”,²⁵ o Ordenamento Jurídico.

III. A desconstituição da relação societária. Sócio retirante. Reflexos do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica sobre possível relação empregatícia. Aspectos analógicos

III.1. Sociedade e sócios

A sociedade é personalidade jurídica distinta da pessoa dos sócios, que adquire direitos e deveres no mundo jurídico através dos sócios ou de quem detém sua representação, e se destina a desenvolver exclusivamente atividades de cunho econômico-produtiva, utilizando neste sentido os bens conferidos pelos sócios que respondem pela sociedade de maneira solidária, entre eles, e ilimitada referente às obrigações de que é responsável. O sócio, como membro da sociedade, está nela incorporado *ut dominus*, consoante as quotas adquiridas, na forma quantidade e qualidade conferidas pelos estatutos, ou convenções constitutivas da sociedade. A nota característica do sócio é de que ele é partícipe, *ex vi legis*, na medida das disposições constitutivas ou convencionais, dos lucros e dos prejuízos da sociedade. Sua responsabilidade é subsidiária com respeito à sociedade, (tanto que pode exigir primeiramente sejam excutidos os bens da sociedade); e, solidária, com respeito a seus pares sócios.

25 CESARINO JÚNIOR – “*Direito Social*” LTr – pg.41

III.2. O status ou qualidade de sócio, as responsabilidades “*ut dominus*”, e assunção do risco do negócio, repelem per se o vínculo trabalhista

Trazemos aqui *in concreto* o suposto fato quando o sócio entende que sua relação societária, embora exercida por vários anos, de maneira pacífica e regular, todavia rompidos os vínculos societários, retira-se ou é retirado da sociedade. Em colisão de interesses, o sócio diz-se prejudicado e, pelos serviços prestados, entende existir outra relação intestina, que não a de sócio, mas, por baixo desse verniz, ou casca, existe verdadeira relação empregatícia. Sendo sociedade de prestação de serviços “*socio d’opera*”, requer seja-lhe declarada outra relação mais vantajosa, (porque agrega os benefícios de “empregado”, aos recebidos a título de participação como sócio, como por exemplo, em vez de sócio, como lhe atesta o documento. Se declarado EMPREGADO da sociedade, somados os benefícios, ganham proporções realmente convidativas à prática desse avesso comportamento, questões estas que de cotio vem de ser analisada por nossos tribunais. Este é o ponto. Ser sócio, e de sócio ser declarado empregado, é isto possível, quando e como tal relação poderia ser substituída à relação societária? Deixe-se por pacífico e bem alinhavado que a sociedade de que aqui se cuida é absolutamente legítima, posto isto, o contrato social, devidamente formalizado, é recepcionado no âmbito do ato jurídico, ou negócio jurídico perfeito. O sócio, para incluído no seio da sociedade, (também queremos tranquilizar este aspecto), traz e apresenta todos os elementos e prerrogativas necessárias para o ingresso na sociedade. Negócio jurídico lhano e com conhecimento de causa. Inadmitte-se que um médico desconheça a finalidade de um bisturi; ou um advogado não saiba o que seja um contrato, ou os estatutos de uma empresa.²⁶ Assim, a sociedade (suposto seja de advogados) exerce através de seus sócios todos os objetivos e finalidades propostas na sua constituição como pessoa jurídica --- regularmente inscrita na

26 Diz o ditado que os maus advogados enforçam seus erros; os maus médicos os enterram; os maus jornalistas os divulgam.

Ordem dos Advogados do Brasil, e sob os regramentos exigidos para sua regular constituição e efetivo exercício da advocacia associada. Assim, a desconstituição dos vínculos societários tem de estar calcado em inequívoco e evidente vício que, tão grave, anula o ato constitutivo da sociedade.²⁷

Daqui se vê claramente o manifesto engano em que mergulham fundo, os que ignoram, ou fingem fazê-lo, ou, dos que saltam de inopino do vínculo societário para o vínculo trabalhista, como se um estivesse imbricado no outro, como as telhas do telhado, um à maneira de verniz para disfarçar a verdadeira relação. Na realidade, como se verá mais abaixo, são situações diametralmente opostas. Na desconsideração da personalidade jurídica, cravou-se a convocação do sócio para, em nome da sociedade, responder pela satisfação do débito. Este fenômeno que se nomina e constitui em assumir o “*risco do negócio*” inerente à condição de sócio, por sua vez, é excludente de qualquer relação empregatícia --- entre o sócio e a sociedade. Assim existem peso e contrapeso em oposição natural, entre relação social e relação empregatícia, clara conotação que, o sujeito em sendo um, não poderá ser o outro; em sendo patrão, não poderá ao mesmo tempo ser empregado, por existir entre ambos os termos ou relações jurídicas e a natural exclusão, resumida na impossibilidade natural de o conteúdo ser maior que o continente, a assim dita: *contraditio in terminis*. A razão repele, por impossível, a união de contraditórios; o ser e não ser, ao mesmo tempo; círculo quadrado; dia e noite em um mesmo tempo, são antagonismos que o entendimento se recusa a considerar, pela impossibilidade intrínseca de coexistência. - *Mutatis mutandis*, se para a desconstituição da personalidade jurídica há necessidade de clareza dessa pretensão, (art. 133 e seguintes do CPC), por força de argumento solidário e não menos evidente, há necessidade de se apontar, com clareza, qual foi o vício que inquinou de nulidade o negócio, ou o ato guerreado. Qual o erro em que o “sócio” deixou-se enganar! (Art. 138 do CC). Qual a nódoa na operação societária que

27 Erro, Dolo, Simulação, Coação (estado de perigo), Lesão ou Fraude. (Art. 171 do CC).

lhe decretou a nulidade. O argumento, (ainda que respeitabilíssimo) que tal necessária declinação já esteja implícita na *causa petendi*, ou no pedido, o fato de o sócio dizer-se subordinado, para saltar de sócio a empregado, desconstituindo a relação societária, para constituir-se em relação empregatícia --- sem apontar, com clareza, qual o vício que feriu de nulidade aquele negócio societário, sem tais explícitos esclarecimentos fixados na causa de pedir, fere o devido processo legal, e o direito constitucional da “ampla defesa” --- posto ser o processo um jogo transparente, limpo e honesto, como frisou-se acima. O réu (empresa) tem de saber, com clareza e precisão, qual foi o vício que inquinou de nulidade o “ato constitutivo” da relação societária. De que fato está sendo acusada, não podendo ser surpreendida em mesa de audiência, (com assacadas de nulidade, adrede maliciosamente preparadas), quando, diante da angústia do tempo, são-lhe tolhidos todos os meios de defesa. Assim posto o problema, o direito tem por princípio que tanto a causa de pedir, quanto o pedido tem de ser certo e determinado; certeza do fato, e causas determinantes daquele fato anulatório do vínculo societário. Nisto compreendem-se as causas determinantes do mencionado fato que deverá vir determinado. (Art. 324 do CPC/2015).

III.3. Desconstituição da relação societária

No ramo da filosofia do direito destaca-se, diz Bobbio, algo absolutamente novo, ou seja, a lógica das proposições ou propostas normativas, o que se batizou com o nome de Lógica deontica que se diferencia da lógica assertiva: Se digo: a) todos os homens são mortais, (premissa maior); b) Sócrates é homem; (premissa menor); c) Logo, Sócrates é mortal, (conclusão) este raciocínio resultado da interligação das premissas, diz-se ser lógico porque é um método de encadear raciocínios da qual cadeia extrai-se, logicamente, uma verdade. Este método, ou caminho da busca da verdade, foi criado por Aristóteles. É a lógica formal, hoje dita **lógica assertiva**. Já se meu raciocínio envereda pelas categorias modais do “dever ser”;

“pode-se ou não se pode fazer”; chama-se **lógica deontica**, assim exemplificada: Caio cometeu homicídio; todo o homicídio tem de ser punido; Logo, Caio “deve ser” punido.²⁸ Lógica deontica ou lógica inserida como fundamento de todo o ordenamento jurídico. A desconstituição da relação societária tem seu panorama instalado dentro desta concepção da lógica deontica, ou seja, do *dever ser*. A pessoa jurídica distingue-se de seus sócios como sujeito autônomo de direito e obrigações. Não existindo fraude a ser declarada a regra da limitação da responsabilidade dos sócios tem inequívoca vigência. (Nascida na lei de Defesa do Consumidor (art. 28), exatamente para que a fraude não prevaleça sobre a justiça. Por força do artigo 373 do CPC , o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de direito; e ao réu a prova do impeditivo, modificativo ou extintivo de direito do autor. O fato impeditivo de direito, *in casu*, é o impedimento pela impossibilidade de coexistirem duas relações opostas, uma excludente da outra, por força do princípio de lógica, que os opostos não convivem ao mesmo tempo e no mesmo lugar. Entre duas relações, excludentes uma da outra, resta diametralmente impossível a convivência de termos excludentes entre si. Ou será empregado ou será sócio. O sócio retirante que busca, após seu egresso da sociedade, o vínculo trabalhista, conspira contra o direito, a boa fé e a justiça. O sócio, para incluído no seio da sociedade, (também queremos tranquilizar este aspecto), traz e apresenta todos os elementos e prerrogativas necessárias para o ingresso na sociedade. Se a pessoa de “*diligência normal*” não pode aduzir “erro” para anular o ato, (Art. 138 do CC), quanto mais o não será um advogado experto no assunto, de cuja assinatura lavrada nos estatutos demonstra claramente ser negócio jurídico lhan e firmado com conhecimento de causa.²⁹ É o tipo de erro inadmissível.

28 “*Autobiografía*” a cura di Alberto Papuzzi – Editori Laterza – Seconda edizione 2004; pg. 135. A **lógica deontica** foi desenvolvida por Bobbio desde 1954, cujos estudos tiveram origem no livro do Mexicano Eduardo Garcia Máynez, intitulado “*Introuducción a la lógica jurídica*”.

29 Diz o ditado que os maus advogados enforcam seus erros; os maus médicos os enterram; os maus jornalistas os divulgam.

III.4. Distinção entre o vínculo societário e o vínculo trabalhista

Posto isto em primeiro plano, - voltamos nossa análise para a ruptura dos laços associativos, e, a constituição, em sequência, de uma verdadeira e eficaz realidade (provável e provada pelo fato da vida), de outra realidade, ou seja, o empregado (relação empregatícia), o, de fato, EMPREGADO travestido de sócio; provoca o Poder Judiciário, para o desfazimento daquela fraude, para trazê-lo à realidade do fato da vida: constituir o “relação empregatícia” ou seja, a sentença desconstitui os liames societários, e declara a verdadeira relação existente. Para trazermos isso para o lado técnico: a relação empregatícia travestida de relação societária. Traduzindo por miúdos: o advogado-empregado com verniz de sócio. Como isso pode ocorrer? Ou por pura má-fé de ambas as partes; ou por pura má-fé de uma só das partes; em ambos os casos objetiva-se, de uma ou outra parte, o enriquecimento ilícito. Em todas as relações humanas pode haver desvirtuamento de finalidades, e, assim, a declaração de vontade pode trazer plantada na sua raiz o germe da nulidade. Toda a sociedade é ato de vontade, (Cód. Civ. Italiano Artigos 2247 a 2548). Eis o elemento chave em que se distinguem o **fato** jurídico do **ato** jurídico: A VONTADE. É sobre ela que o juiz, por primeiro, tem de deitar a argúcia de seu juízo. A vontade, pois, e elemento constitutivo da essência (jurídico-forma) do contrato. A manifestação da vontade dá-se mais como “adesão” ao que já está posto e constituído, (se a sociedade já se encontra constituída ao tempo do ingresso do novo sócio) como muito bem observa Riva Sanseverino, quando afirma ser “a vontade --- elemento essencial” de adesão ao corpo societário já constituído e em plena vigência. Vejamos, “*Para o conceito de contrato, o elemento essencial reside na liberação do consenso para a constituição da relação, e não na liberdade do consenso para a determinação do conteúdo da relação.*”³⁰ Troquemos por miúdos o que assevera a doutrinadora italiana, para a relação sadia do contrato, (sem vícios), é querer que se concretize, com pleno consenso, no

30 SANSEVERINO, Luiza Riva “*Curso de Direito do Trabalho*”. (LTr 1976).

sentido de ingressar na sociedade, e não quanto ao conteúdo da relação. Assim, querer fazer parte, nessa *voluntas* é onde se instala o elemento caracterizador do negócio jurídico perfeito e acabado. Assim, o vínculo societário distingue-se substancialmente da relação empregatícia, posto que no vínculo trabalhista, ou relação empregatícia as relações jurídicas advêm da **prestação de serviço subordinado**; ou como nos ensina Guillermo Cabanellas “aquelas relações jurídicas entre empresários (sócios) e trabalhadores, estes vinculados em uma relação de subordinação àqueles”; sendo que na relação empregatícia, o gênero próximo é a prestação de serviços em caráter subordinado, e a diferença específica está no fato de que, na relação empregatícia, o empregado é **imunizado de qualquer risco do negócio**, já na relação jurídica societária, o sócio **assume o risco** do negócio, organiza e ordena *ut dominus*. Descarnada a sociedade, pelo termo jurídico dito “despersonalização da personalidade jurídica” (Art. 133 do CPC), quem aparece como real empregador são os sócios, regidos entre eles, quem mais, quem menos, pelos estatutos e acordos e vontades, isto na forma dos regramentos estabelecidos na sociedade. São, pois, e, isto, fique absolutamente claro, coisas distintas: sócio e empregado. Ambas as espécies guardam entre si a mesma relação jurídica na busca de igual finalidade, mas diametralmente díspares, pela diferença específica vigorante entre eles: subordinação, e risco do negócio. Ao empregado, a subordinação; ao sócio, o risco do negócio, e o implícito poder de mando. São as águas limítrofes que correm parselhas, mas não se misturam, pelo fenômeno do que se diz a linha em que se traça o “*divorsium aquarum*”. A definição perfeita para a ciência da Lógica é a que estabelece o gênero próximo e a diferença específica. Partindo deste pressuposto, apontamos as notas características, linhas divisórias entre o *dominus* e o *colaborador*. O empregado, por força de lei, não corre riscos do empreendimento, a que se subordina. Ao reverso, já o sócio por força de lei assume o risco: “*É nulo o trato, o contrato ou a convenção que exclua o sócio dos riscos da sociedade, bem como da participação*”. (Este elemento substancial de distinção entre ambas as relações, está cravado na lei.)

Na lei Francesa, Art. L8222-5 do “*Code du Travail*” - “*as disposições do trabalho não se aplicam, às partes ligadas por pacto civil (sócios) de solidariedade, nem à concubina, nem aos descendentes e ascendentes*”. Os trabalhos de sócios, concubina, descendentes e ascendentes não comportam relação empregatícia no Ordenamento Jurídico Francês. Sabido que, o esteio das relações jurídicas é a boa-fé, cabe aqui invocarmos as luzes do Miguel Reale, ao discorrer sob o Art. 113 do CC “*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*” ao brindarmos sobre isso com o seguinte comentário: “*Andou bem o legislador ao se referir à boa-fé, que é o cerne ou a matriz da eticidade, a qual não existe sem a intentio, sem o elemento psicológico da intencionalidade ou do propósito de guardar fidelidade ou lealdade ao passado. Dessa intencionalidade, no amplo sentido que Husserl dá a essa palavra, resulta a boa-fé objetiva, como norma de conduta que deve salvaguardar a veracidade do que foi estipulado. Boa-fé é, assim, uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que será cumprido e pactuado sem distorções ou tergiversações, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes*”. O direito tem de ser exercido dentro dos estreitos limites da boa-fé, que é o princípio norteador de todo o ato jurídico e, nos negócios jurídicos inspira às partes o dever de coerência e lealdade com os compromissos assumidos. A coerência, a retidão no caminhar que os romanos definiam como o direito de “*non venire contra proprium factum*”, não voltar atrás contra aquilo que, anteriormente, aceitou por bom e válido. Não se voltar contra si mesmo. E, segundo Bobbio, para se ter sucesso em qualquer empreendimento, além da boa-fé, que nunca pode faltar, há necessidade de muito estudo, grande experiência e muita boa vontade, trazemos aqui suas textuais palavras: “*fidúcia*”..., *si poi mi si chiede che cosa occorra per aver fidúcia, riprenderei le parole di Kant: giusti concetti, una grande esperienza, e soprattutto molta buona volontà.*”³¹

31 BOBBIO, Norberto – *L’età dei Diritti*. Einaudi. Pg. 266.