

Impactos do golpe trabalhista (a Lei n. 13.467/17)

Jorge Luiz Souto Maior

Toda vez que tratamos como reforma esse autêntico golpe contra os trabalhadores e trabalhadoras brasileiros que foi a edição da Lei n. 13.467/17, incorreremos no grave defeito de esquecer e até legitimar o momento de Estado de exceção em que vivemos e que, gostem ou não algumas pessoas, foi iniciado na ocasião de preparação para o estapafúrdio evento da Copa do mundo no Brasil.

Os eventos jurídicos, "data venia", não deveriam debater a reforma. Deveriam, isto sim, denunciar o golpe trabalhista ou, no mínimo, deviam grafar a "reforma" entre aspas.

Esse reconhecimento é essencial, independentemente do lado em que o profissional do Direito do Trabalho, por dever funcional ou posição ideológica, queira se situar, ou mesmo a despeito de se poder considerar benéfico ou pertinente um ou ponto da "reforma", afinal, como há muito se sabe, os fins não justificam os meios e não se pode aceitar passivamente uma lei que é fruto de ruptura democrática, pois com isso se abre a porta para o autoritarismo.

A Lei n. 13.467/17, ademais, não propõe uma reforma e tratá-la como tal acaba obscurecendo o seu percurso histórico, que não pode ser esquecido e muito menos legitimado.

Ora, a Lei em questão é fruto da atuação de um governo que chegou ao poder apenas porque firmou o compromisso de satisfazer os interesses do grande capital e que a cada instante de instabilidade provocada pela Lava Jato buscou justificativa para se manter no poder reafirmando seu compromisso em realizar as ditas "reformas impopulares", reformas trabalhista e previdenciária e o congelamento de gastos sociais ("PEC do fim do mundo").

E o governo foi até o ponto de, mesmo já completamente afundado em denúncias gravíssimas (com 5% de aprovação), “subornar” a céu aberto o Congresso Nacional para que a “reforma” trabalhista fosse aprovada. Em paralelo, o poder econômico, a grande mídia e aquela parte da população que foi para as ruas falando em moralização do país se calaram convenientemente diante da maior desmoralização dos poderes Executivo e Legislativo – com certa participação do Judiciário – já vivenciada na história do país.

Vistos os termos da lei sem qualquer exercício hermenêutico e sem a contraposição das demais normas e princípios jurídicos, é fácil verificar que a “reforma” trabalhista não foi nada além do que o aproveitamento de uma oportunidade, dada pelas crises política e econômica, para possibilitar ao poder econômico aumentar sua taxa de lucro por meio de uma maior exploração do trabalho sem contrapartida social.

1. O que a “reforma” tenta fazer:

a) no Direito Material

- Ampliar o banco de horas (válido também mediante acordo individual – para o lapso de 6 meses);
- Ampliar o trabalho temporário (aumento do prazo para 180 dias, consecutivos ou não, podendo-se ampliar por mais 90 dias – nos termos da Lei n. 13.429/17);
- Ampliar o trabalho a tempo parcial (aumento para 36 horas semanais – com possibilidade de trabalho em horas extras);
- Mantém a recuperação judicial (Lei n. 11.101/05);
- Autorizar a terceirização da atividade-fim, com responsabilidade apenas subsidiária do tomador, prevendo “quarteirização”;
- Criar o trabalho intermitente, para qualquer atividade e sem garantia sequer do recebimento do salário mínimo;
- Negociado sobre o legislado, sem garantia efetiva para um questionamento na Justiça;
- Dificultar a configuração do grupo econômico (exige prova do controle efetivo);
- Prescrição com compreensão restritiva (intercorrente – e pronunciamento de ofício);

- Autorizar a jornada 12x36 por acordo individual – com possibilidade, ainda, de realização de horas extras, suprimindo DSR e feriados;
- Teletrabalho (sem limitação da jornada, dificulta responsabilização do empregador por acidentes e permite a transferência dos custos ao empregado);
- Limitar as condenações por dano moral (com exclusão de responsabilidade da empresa tomadora dos serviços);
- Condenação do empregado por dano extrapatrimonial;
- Parametrizar a indenização por dano moral (ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido);
- Criar a figura do “autônomo”, que trabalha com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não;
- Prevalência do disposto em contrato individual sobre o legislado para os empregados com nível superior e que receba salário de R\$11.062,62 ou mais;
- Criação do termo de quitação anual ampla por ajuste extrajudicial, firmando também durante a vigência do contrato;
- Permitir e incentivar as dispensas coletivas e o PDV;
- Estabelecer mecanismos processuais que, em concreto, impossibilitam a anulação das cláusulas de negociação coletiva por ação individual, dificultando a ação coletiva;
- Eliminar a ultratividade nas normas coletivas;
- Acordo coletivo prevalecer sempre sobre a convenção;
- Enfraquecer os sindicatos, tornando facultativa a contribuição obrigatória e não criando outra fonte de sustentação;
- Atrair a lógica do Direito Civil como fonte subsidiária, sem restrições do Direito do Trabalho, valendo-se das normas cíveis, inclusive, apenas parcialmente;

b) no Direito Processual

- Impedir o acesso à Justiça do Trabalho;
- Impor aos juízes uma forma de julgar: conforme Código Civil;
- Dificultar a criação de súmulas pelo TST;
- Estimular a arbitragem para quem ganha R\$11.062,62 ou mais;
- Instituir a homologação de acordo extrajudicial – estimulando a mediação;
- Assistência judiciária gratuita apenas para quem ganha até R\$1.659,39;
- Exigência de pedidos certos e com valores especificados;
- Impor o pagamento de honorários periciais, mesmo na assistência judiciária gratuita;
- Impedir que o juiz de exija honorários prévios, dificultando a realização da perícia;
- Estabelecimento de honorários advocatícios em sucumbência recíproca;
- Procedimento prévio para a exceção de incompetência;
- Ônus da prova no padrão do CPC;
- Legitimação da figura do “preposto profissional”;
- Acolhimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- Procedimento de liquidação da forma mais onerosa para o trabalhador;
- Impedir a aplicação do IPCA para atualização do crédito do trabalhador, acarretando perda real de valores;
- Eliminar a execução “ex officio”.

2. O que uma autêntica reforma deveria fazer:

a) no Direito Material

- Garantir o exercício do direito constitucional de greve;
- Regular a proteção contra dispensa arbitrária prevista no inciso I, do art.7º da CF (na “reforma” a proteção só é conferida para quem aceitar diminuir o salário);
- Estimular a fiscalização pelo Ministério do Trabalho;
- Proibir o exercício de horas extras de forma ordinária (são incentivadas na “reforma” pela facilitação da compensação);
- Punir as agressões reincidentes aos direitos trabalhistas (na “reforma” o instituto da

reincidência é ainda, propositalmente, limitado, configurando-se apenas quando a repetição da conduta se dá na mesma relação jurídica);

- Proibir revistas íntimas;
- Punir o não pagamento de verbas rescisórias;

b) no Direito Processual:

- Facilitar a concessão da tutela antecipada;
- Prever tutelas específicas para os direitos de personalidade;
- Regular, de forma ampliativa, as ações coletivas;
- Fortalecer as decisões de primeiro grau;
- Impedir renúncias em acordos judiciais e cláusulas de quitação ampla;
- Regular o índice de correção monetária que retrate a desvalorização da moeda;
- Regular a majoração de juros nas condenações às empresas reincidentes.

A Lei n. 13.467, assim, visa colocar os trabalhadores de joelhos. Trata-se de uma lei ilegítima porque fere os princípios trabalhistas, o requisito específico do diálogo social, e o pressuposto democrático do processo legislativo.

E os profissionais do direito não podem se colocar diante de uma lei ilegítima com resignação e acatamento. Aplicando o direito, devem rejeitar a lei por uma questão de princípio e de respeito à Constituição e aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Esse é o impacto que a Lei n. 13.467 deve gerar.

Não sendo assim, ou seja, não se estabelecendo um enfrentamento com esse alcance, restará aos autores do atual Estado de exceção a sensação de que podem avançar ainda mais, valendo lembrar que o Estado de exceção é apenas a ponte para o autoritarismo. Assim, outros impactos poderão advir e muito mais graves do que a própria lei, tais como:

1) a abertura de uma porta para a completa entrega do país ao capital internacional:

lembre-se que já estamos sob a égide da “PEC do fim do mundo” e que, não vendo limites, o governo, seus aliados e a grande mídia falam tranquilamente em privatizações múltiplas, em fim das estruturas de Estado, aproveitando para colocar a culpa de todos os males do país nos servidores públicos; em eliminação da educação pública e da saúde pública; e, em pouco tempo, vão falar em vender a Petrobrás e o pré-sal;

2) **o aumento do sofrimento nas relações de trabalho:** diante da majoração do poder econômico sobre o trabalho e do elevado estágio de submissão dos trabalhadores, desprovidos de direitos e de instituições que visualizem os seus interesses, projeta-se um considerável aumento do sofrimento nas relações de trabalho, notadamente no que se refere ao assédio moral, aos adoecimentos e aos acidentes do trabalho. A prática aumento o mal-estar na sociedade como um todo;

3) **a supressão das instituições do Estado democrático de direito:** para irem além, os autores do atual Estado de exceção não hesitaram em aprofundar a própria desordem por meio de maiores e mais profundos ataques às instituições. Já se fala abertamente em “reformular” a Constituição, em reduzir (mais uma vez) o orçamento da Justiça do Trabalho, em culpa da advocacia trabalhista, do Ministério Público do Trabalho e dos auditores fiscais do trabalho;

4) **a eliminação dos direitos liberais da livre manifestação, da liberdade e dos direitos políticos:** como consequência mesmo do item anterior, já se fala também que a democracia provoca males à economia, que os governantes não devem escutar o povo e que a eleição de 2018 põe em risco a estabilização das reformas.

Essa projeção é importante para que se produzam os necessários os sentimentos de indignação e de revolta diante da “reforma”, que, sem uma oposição firme, constituirá apenas um primeiro passo para vários outros desmontes e retrocessos civilizatórios.

Fundamental reagir e para tanto é preciso afastar o comodismo que se alimenta da consideração superficial, que serve como mero acalanto, de que os contrários à reforma estão apenas querendo criar alarde para benefícios próprios. É necessário, igualmente, recusar o argumento de que é a resistência que provoca novos ataques institucionais, vez que é exatamente o contrário. E é essencial superar o medo para enfrentar todas as possíveis ameaças, valendo lembrar que a liberdade da advocacia, da cátedra e da judicatura foram conquistas históricas da cidadania exatamente para que o poder político e econômico não mantivesse controle absoluto sobre a vida das pessoas e dos recursos ambientais, passando por cima de direitos fundamentais.

Essa urgência de enfrentamento, permitida e até determinada pelo regular funcionamento que ainda se verifica nas instituições, pode, inclusive, gerar o impacto inevitável da revelação da intencionalidade que se integra às condutas. Fato é que não será mais possível tentar se esconder atrás do formalismo jurídico e do artificialismo das retóricas.

Ainda que não se queira admitir a ilegitimidade da lei, o momento seguinte que se porá, então, como obrigatório, de interpretação e aplicação da lei, exigirá, na explicitação dos diversos caminhos possíveis, um posicionamento explícito do jurista. É que a Lei n. 13.467/17, embora a pretensão dos seus elaboradores fosse verdadeiramente outra, foi “vendida” com os argumentos de que teria vindo para “modernizar as relações de trabalho”, “sem retirar direitos” e “para aumentar empregos”.

Esses fundamentos que foram expressos possibilitam que se aproveite a abertura trazida pela própria lei para que autênticas novas regulações do trabalho sejam alcançadas, até porque a lei não eliminou, nem poderia, os princípios e normas gerais de direito, dos Direitos Humanos e do Direito do Trabalho.

A Lei n. 13.467/17, aproveitando-se do momento político, teve que ser aprovada de forma açodada e, claro, por mais que pudessem ser “espertos” ou “geniais” os seus

elaboradores, não conseguiriam criar uma fórmula jurídica que se introduzisse no ordenamento jurídico e o destruísse completamente.

Fundamentalmente, o Direito do Trabalho continua em vigor, não tendo sofrido abalo em seus princípios, até porque a “reforma”, para ser aprovada, não se apresentou como uma contraposição ao Direito do Trabalho. Aliás, dos fundamentos retóricos da defesa da “reforma” podem se extrair os fundamentos que obstruem a destruição dos direitos dos trabalhadores.

Afinal, como se sustentou, a “reforma” veio para:

- a) eliminar a insegurança jurídica;
- b) gerar empregos (ou reduzir o desemprego);
- c) não eliminar ou reduzir de direitos;
- d) respeitar a Constituição;
- e) autorizar a flexibilização, como forma de melhorar a vida dos trabalhadores;
- f) modernizar a legislação, acompanhando a evolução tecnológica;
- g) fortalecer a atuação sindical.

Então, em se aplicando a lei, é possível e necessário extrair do novo conjunto normativo, pinçando, inclusive, dispositivos da referida lei, conforme sentido que se lhes dê pelo contato com as demais normas, os seguintes impactos:

1) **garantia de emprego contra dispensa arbitrária**: o inciso I do art. 7º da CF há muito trouxe essa garantia e sempre se recusava a sua aplicação com o falso fundamento de que na ordem jurídica pátria não se tinha uma definição legal do que seria dispensa arbitrária. Tratando da garantia de emprego na criada Representação de Empregados, o § 3º do artigo 510-D, deixou claro que despedida arbitrária é aquela “que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”. Disposição neste sentido, é verdade,

já havia no art. 165 da CLT, mas se dizia que não era suficiente por conta da “antiguidade” da norma e, agora, teria sido, então, revigorada. Verdade, também que a regulação do inciso I requer lei complementar e a Lei n. 13467/17 é uma lei ordinária, mas é mais do que evidente a inconstitucionalidade por omissão do legislador na matéria, autorizando o preenchimento da lacuna por atuação jurisprudencial, ainda mais quando a própria reforma, que pretende impor retrocessos trabalhistas, acabou trazendo o fundamento para tanto, que pode, igualmente, ser detectado no § 3º do art. 611-A: “§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.” Além disso, se a “reforma” adveio para aumentar empregos, respeitando a Constituição, como se disse, ela traz consigo, ínsita, a cláusula de garantia de emprego, para que não se efetue a transposição dos empregos efetivos para os empregos precários, criados pela “reforma” e também para que se possibilite a cultura do negociado sobre o legislado sem que os empregados se vejam sob a ameaça do desemprego. Aliás, foi também a reforma que determinou a aplicação dos preceitos do Direito Civil, pertinentes ao negócio jurídico, e estes recusam validade ao negócio jurídico formalizado fora dos parâmetros da boa-fé e sob o império da ameaça. Os artigos 421 e 422 do Código Civil fixam que os contratos devem atender a uma função social e que devem estar baseados em boa-fé. E o artigo 166, inciso VI, do mesmo Diploma estabelece que é nulo o negócio jurídico quando “tiver por objetivo fraudar lei imperativa”;

2) **intolerância ao ilícito**: durante o percurso de ataques à legislação trabalhista, do qual resultou a “reforma”, os defensores e autores da “reforma” difundiram a ideia de que os empregadores no Brasil eram fiéis cumpridores da lei, mas que não o faziam tantas vezes por conta da complexidade das normas. Pois bem, com o advento da lei que foi escolhida pelo próprio setor empresarial, fica completamente afastada a possibilidade de não se aplicar a lei, ou, ao menos, essa postura não será tolerada. O setor empresarial como um todo não poderá se unir em torno de empregadores que deliberadamente descumprem a

lei, não valendo para isso nem mesmo o argumento de dificuldade econômica;

3) **reconhecimento do ilícito trabalhista**: durante décadas se recusou apontar a prática de desrespeito a direitos trabalhistas como ato ilícito, tratando-a pelo eufemismo de inadimplemento contratual. A correção da situação tida por “mera irregularidade” não era carregada de efeito punitivo, não se pondo, pois, como um resgate da autoridade da ordem jurídica e sim como uma falaciosa e enganosa “pacificação do conflito”. As farras de alguns empregadores que até o momento habitavam o cotidiano das relações de trabalho e das Varas do Trabalho e às quais se atribuía o status de um “nada jurídico”, tais como: contratação sem registro; pagamento de salário “por fora”; ausência de cartões de ponto que reflitam a efetiva jornada trabalhada; falta de pagamento de verbas rescisórias; não recolhimento de FGTS etc., adentram no campo do ilícito. Esse pressuposto teórico reforça o caráter punitivo que se deve atribuir a tais práticas, não sendo, pois, suficientes as condenações para o pagamento apenas do valor correspondente ao que seria devido se o ilícito não tivesse sido cometido;

4) **reforço da figura do dano social**: diante do pacto de moralidade do setor empresarial feito consigo mesmo, que se insere na lógica da Lei n. 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, fica reforçada a noção de que o desrespeito aos direitos trabalhistas representa uma infração à ordem econômica. Nos termos da Lei n. 12.529/11, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (...) III - aumentar arbitrariamente os lucros. Assim, por admissão do próprio setor empresarial que encabeçou a “reforma”, sai reforçada a pertinência das condenações por dano social, decorrente de práticas ilícitas reiteradas, nos termos da Ementa a seguir transcrita: **“DANO SOCIAL. AGRESSÕES REITERADAS E SISTEMÁTICAS AOS DIREITOS DOS TRABALHADORES.**

REPERCUSSÃO NA SOCIEDADE. CORREÇÃO DA POSTURA PELO JUDICIÁRIO. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR INDEPENDENTE DE PEDIDO. CONDENAÇÃO EX OFFICIO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA.

A constatação, em reclamação individual, de agressões reiteradas às normas trabalhistas atinge, não apenas o reclamante, mas outros trabalhadores e mesmo empresas concorrentes, o que deixa firme que a questão abarca realidade bem maior, em claro e notório dano social, com repercussão em toda a sociedade, obrigando a que o Judiciário atue no intuito de correção de prática tão danosa, por meio de condenação do respectivo empregador ao pagamento de indenização suplementar, de ofício, tendo como destinatária entidade reconhecidamente idônea e de atuação reconhecida e irrepreensível em prol da coletividade, o que não configura decisão *extra petita*, e encontra guarida de ordem positiva no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, bem como em caros princípios do ordenamento jurídico pátrio, em especial o da dignidade da pessoa humana, a par de conferir concretude aos valores sociais do trabalho e a justiça social. (TRT 15ª Região, 3ª Turma, 6ª Câmara, Processo n. 0001032-98.2012.5.15.0156 RO, Origem: Vara Itinerante do Trabalho de Morro Agudo, Desembargador Relator, FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI);

5) impossibilidade de acordos como renúncia a direitos e com cláusula de extinto contrato de trabalho: também como decorrência do pressuposto da **intolerância frente ao ilícito trabalhista** resta obstada a atuação processual, infelizmente muito comum na Justiça do Trabalho, de **homologação de acordos que representam renúncias a direitos**, eis que esse procedimento torna válidas as práticas ilegais, favorecendo o empregador que descumpra a lei e, com isso, obtém vantagem econômica sobre a concorrência. Se o negócio jurídico não pode representar renúncia a direitos indisponíveis, o acordo judicial, como espécie de negócio jurídico sob tutela judicial, por mais razão, não poderá produzir tal efeito “liberatório”, ainda mais de forma plena, ilimitada, isto é, sem objeto específico, como se estabelece com a esdrúxula e antijurídica cláusula de “quitação do extinto contrato de trabalho”;

6) **eliminação da terceirização como prestação de serviços**: a autorização para a terceirização da atividade-fim, se assim puder ser extraído das leis em questão, representa em si uma superação da terceirização como um todo, inclusive da denominada terceirização da atividade-meio (tratada como um modelo mitigado de intermediação de mão de obra, com o eufemismo de especialização de serviços). Do ponto de vista estritamente positivista, uma regulação jurídica não pode **ser** e, ao mesmo tempo, **não ser**. Não pode ser o imperativo de um **dever-ser** e também do seu inverso. Não é possível que um ato se insira na órbita da licitude e ao mesmo tempo seja considerado um ilícito. Dito de outro modo, mirando a situação posta pelo advento dessas leis, o ordenamento não pode estabelecer um padrão jurídico e, em paralelo, criar outro padrão contraposto ao primeiro. A ordem jurídica, por razões de ordem lógica, na qual precisa estar baseada para existir enquanto tal, se estabelece a partir do parâmetro de regras e exceções, sendo que as exceções, direcionadas a fatos específicos, não regulados pela regra, precisam, além disso, ser claramente justificadas e delimitadas. Falando de modo ainda mais direto, não é possível que a ordem jurídica estabeleça a relação de emprego como regra geral da vinculação entre o capital e o trabalho e se permita, ao mesmo tempo, que a relação de emprego não seja esse mecanismo de vinculação do capital ao trabalho, vendo-a tão somente como o efeito de um ajuste de vontades, que possibilita ao capital se distanciar, quando queira, do trabalho pela contratação de entes interpostos. Quando uma lei diz que todo serviço de uma empresa pode ser terceirizado, o que se cria é uma regra generalizante, que, inclusive, preconiza que o capital não se vincula diretamente ao trabalho, institucionalizando, pois, a mera intermediação de mão-de-obra. Aliás, se uma empresa transfere para outra empresa aquilo que justifica a sua existência como unidade empreendedora é lógico que perece. E ainda que se queira entender juridicamente válida a terceirização esta não pode ser confundida com intermediação de mão de obra, até a impossibilidade do comércio de gente está na base da existência de toda a ordem projetada para o capitalismo nos Pactos firmados nos períodos imediatamente posteriores às duas guerras mundiais. Consequentemente, a terceirização autorizada pelas Leis nº

13.429/17 e nº 13.467/17, até para não se contraporem à regra da relação de emprego, que continua em vigor, com sede, inclusive, constitucional, conforme explicitado no inciso I, do art. 7º, só pode ser tomada no sentido de subcontratação para a realização de uma atividade específica e não, como dito, para a locação de força de trabalho. São esses, ademais, precisamente, os termos do art. 4º-A da Lei nº 13.429/77, conforme a redação que lhe fora dada pela Lei n. 13.467/17: “Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas **atividades**, inclusive sua **atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua **capacidade econômica compatível** com a sua execução.” Desse modo, ainda que, certamente, não tenha sido o propósito do legislador, estaria interdita pelas referidas leis a situação em que uma empresa contrata outra para lhe oferecer força de trabalho. Ora, o que se autorizou foi, unicamente, a “transferência” de atividades e não, meramente, uma locação de força de trabalho, o que é bastante distinto. Não se concebe, pois, dentro do modelo jurídico atual, como, ademais, nunca se concebeu, que uma empresa se constitua apenas para a finalidade de locar força de trabalho. O que se permitiria seria apenas a transferência de **atividade**, que deve ser empreendida e gerida integralmente pela prestadora, que, por consequência, teria que possuir a **expertise** e os **meios de produção necessários** à sua execução, o que pressupõe, igualmente, “**capacidade econômica compatível com a sua execução**”, como dito na própria lei. Não é juridicamente válida, portanto, por exemplo, a terceirização em que uma escola contrate uma empresa para que esta contrate professores sem que seja a empresa contratada também uma entidade de ensino. Também não se pode conceber como regular, da mesma forma, a terceirização em que uma empresa contrate outra para simplesmente lhe oferecer operadores de máquina, mantendo-se a propriedade da máquina com a empresa dita “tomadora” dos serviços, ou quando houver a contratação de mais de uma empresa para a execução da mesma atividade, ou, ainda, a hipótese em que os empregados da prestadora sejam deslocados de uma tomadora para outra apenas como forma de dificultar a socialização do trabalhador e a efetividade de seus direitos. Na construção civil está interrompida a aberração de uma empresa construtora realizar suas

obras por meio de empresas cuja “expertise” se resume a encontrar pedreiros no mercado e colocá-los nas obras. As atividades de fundação, de esquadria, de concretização etc. poderiam ser terceirizadas, mas para empresas especializadas e devidamente habilitadas para esses serviços;

7) subsunção do negociado (individual ou coletivo) ao princípio da primazia da realidade: as cláusulas do negociado só poderão prevalecer sobre a lei se conferirem efetiva melhoria da condição de trabalho aos empregados, conforme avaliação feita na realidade concreta. A redução do intervalo para 30’, por exemplo, só produzirá efeito jurídico se o tempo do intervalo for efetivamente suficiente para atender a finalidade da norma. Se o trabalhador tiver que andar 15’ do posto de serviço até o local da refeição e vice-versa, fazendo sua refeição em apenas alguns segundos, não se terá uma concreta correspondência entre a norma e a realidade. Não será sequer o caso de declarar a nulidade da norma e sim de meramente reconhecer que ao fato identificado a norma não se aplica. Se, por exemplo, uma mulher gestante aceitar trabalhar em condições insalubres por meio de atestado médico, só se considerará regular a situação se o atestado provar, cientificamente, que o trabalho em questão não traz nenhum efeito danoso ou risco de dano ao filho da trabalhadora. Não basta, pois, uma autorização formal;

8) prevalência da garantia de direitos fundamentais e do princípio da proteção da dignidade humana: nenhuma norma deve ser interpretada de modo a rebaixar o patamar já garantido a todos os cidadãos no que tange aos direitos fundamentais e proteção da dignidade humana. Nesta proposição, que reproduz a lógica do princípio da norma mais favorável, prevalece a proteção jurídica mais ampla, independentemente de ser externa ou inespecífica;

9) repriminção da previsão legal ou cláusula geral da prevalência da lei sobre o negociado descumprido: o desrespeito a uma norma fixada em convenção coletiva, que

se pretenda seja prevalente sobre a lei, traz como efeito a aplicação não da norma desrespeitada, mas da lei que pretendeu substituir, pois a norma foi justificada pelo efeito de conferir ao trabalhador uma melhor condição de trabalho e de sociabilidade e não para **diminuir o custo da ilegalidade trabalhista;**

10) **horas extras apenas não habituais:** as horas extraordinárias, prestadas de forma ordinária, é uma esdrúxula prática que interfere, obviamente, na saúde dos trabalhadores^[1] e mesmo na ampliação do mercado de trabalho. Aliás, trata-se de uma grande contradição: no país do desemprego as empresas utilizarem-se, de forma habitual, da prática do trabalho em horas extras e pior, na maioria das vezes, sem o pagamento do adicional respectivo^[2]. O pagamento apenas do adicional de 50%, para as horas extras somente tem sentido quando estas são realizadas de forma extraordinária. Quando as horas extras se tornam ordinárias deixa-se o campo da normalidade normativa para se adentrar o campo da ilegalidade e, neste sentido, apenas o pagamento do adicional não é suficiente para corrigir o desrespeito à ordem jurídica. A Lei n. 13.467/17, pautada pela ampliação do emprego, não corroborou, em nenhum de seus dispositivos, a prática de horas extras ordinariamente prestadas, até porque seria uma afronta à norma constitucional que, em verdade, refere-se à situação do trabalho prestado além da jornada máxima (e não, meramente, “jornada normal”, como se costumou dizer) como serviço extraordinário (“XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”). Assim, as horas extras habitualmente prestadas configuram ato ilícito, gerando o direito ao empregado a uma reparação por danos pessoais, também como forma de punir o empregador pela prática ilícita que lhe traz vantagem econômica e danos sociais graves em razão das doenças do trabalho provocadas;

11) **serviço extraordinário até o limite de duas horas a mais:** Nos termos da lei somente o serviço extraordinário, prestado além da jornada máxima, é limitado a duas horas por dia: "A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas

suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho" (art. 59, da CLT). O adicional de 50%, ou convencional, sobre a hora normal, previsto para o serviço extraordinário, vale apenas para essas horas não habitualmente prestadas até o limite de duas diárias. As horas trabalhadas além desse limite, não são, portanto, tecnicamente, horas extras. Representam uma ilicitude. Um ferimento de uma norma de ordem pública, pois ligada à preservação da saúde do trabalhador e à estruturação geral do mercado produtivo, interferindo na lógica da livre concorrência capitalista, nos direitos do consumidor e na política nacional pela busca do pleno emprego. Lembre-se que o Código Penal, por intermédio de seu art. 149, conforme redação que lhe fora dada pela Lei n. 10.803/03, define como "crime contra a liberdade pessoal", reduzir alguém a condição análoga à de escravo, entendendo-se como tal o exercício do trabalho em "jornada exaustiva". Neste sentido, condenar a reclamada a pagar ao reclamante "diferenças" de horas extras, com adicional de 50%, ou convencional, considerando as horas pagas e as jornadas efetivamente trabalhadas, mesmo partindo do pressuposto fático da versão narrada pelo reclamante na inicial, constitui um prêmio para a reclamada e até mesmo uma declaração de que sua conduta não representou ilícito algum; que a situação reflete apenas uma "irregularidade", ou, como se costuma dizer, um inadimplemento contratual. Além da reparação por danos pessoais, as horas trabalhadas acima do limite legal devem sofrer adicional punitivo e crescente, pois o adicional mínimo de 50%, previsto na CF, serve apenas para a sobrejornada dentro dos limites da CLT;

12) **banco de horas como compensação de horas não trabalhadas:** o banco de horas não passa pelo crivo constitucional, já que a compensação prevista na Constituição Federal é restrita ao lapso semanal. De todo modo, pensando-se a situação no contexto da lógica de preservação de empregos, o banco de horas só tem algum sentido se for direcionado a situações sazonais de ausência de serviço para uma compensação das horas não laboradas em momento posterior, com a preservação da diferença remuneratória de hora normal e hora extra. Não é possível que o banco de horas se

estabeleça como mera estratégia de gestão para prorrogar o pagamento de horas extras, pois o trabalho prestado deve ser pago em no máximo trinta dias após a sua execução;

13) **direito amplo de greve**: a Lei n. 13.467/17 não trata do direito de greve, mas ao se pronunciar, na defesa da aprovação da lei, ao propósito de majorar o poder negocial dos sindicatos, fica evidente não apenas que o direito de greve está preservado mas também que deve ser garantido na forma fixada no art. 9º da Constituição Federal, restando superadas, pois, toda limitação de cunho interpretativo no sentido mesmo de uma indevida intervenção do Estado na atuação sindical e na organização coletiva dos trabalhadores;

14) **vínculo de emprego ou, ao menos, solidariedade no trabalho em rede**: na versão do PL 6.767/16 que foi trazida com o relatório do deputado Rogério Marinho na Câmara dos Deputados, havia previsão de inclusão de um § 2º no art. 3º da CLT com o seguinte teor: “§ 2º O negócio jurídico entre empregadores da mesma cadeia produtiva, ainda que em regime de exclusividade, não caracteriza o vínculo empregatício dos empregados da pessoa física ou jurídica contratada com a pessoa física ou jurídica contratante nem a responsabilidade solidária ou subsidiária de débitos e multas trabalhistas entre eles.” Após advertido ao referido deputado que essa previsão favorecia a impunidade na exploração de trabalho em condições análogas de escravos, que se dá, em geral, na produção em rede, o dispositivo foi retirado do Projeto de Lei. A retirada do texto da lei representa uma posição clara no sentido contrário, ou seja, de que é possível a configuração da relação de emprego no trabalho em rede ou, no mínimo, a fixação da responsabilidade solidária dos que dela participam, mesmo sem exclusividade ou controle;

15) **grupo econômico trabalhista por demonstração de interesse integrado**: nos termos dos atuais parágrafos 2º e 3º do art. 2º da CLT, o fato de uma ou mais empresas estarem sob a direção, controle ou administração de outra não identifica o grupo econômico. Diz, expressamente, o § 2º que “sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle

ou administração de outra” já se terá o fundamento para que todas sejam tidas como responsáveis solidárias pelas obrigações decorrentes da relação de emprego, sendo que esse efeito também será produzido na segunda hipótese tratada no mesmo dispositivo, qual seja, a integração a um grupo econômico. Repare-se, a propósito, o que diz o mesmo dispositivo a partir da disjuntiva: “ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico”. Resta claro que a integração a grupo econômico não depende de haver direção, controle ou administração de uma empresa sobre outra, bastando, meramente, que atuem mediante “interesse integrado”, como previsto no § 3º do mesmo artigo: “Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes”;

16) reforço da noção de indisponibilidade de direitos: tentando proteger o empregador revel em uma reclamação trabalhista, o inciso II do § 4º do art. 844 da Lei n. 13.467/17 diz que não se produz o efeito da revelia quando “o litígio versar sobre direitos indisponíveis”. E se há, segundo o legislador, direitos indisponíveis do empregador, que é praticamente sempre o reclamado nas ações trabalhistas, imagine-se, então, com relação aos direitos dos empregados;

17) impropriedade da arbitragem: o art. 507-A prevê que “Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.” Ocorre que a Lei n. 9.307/96 diz, *a contrario sensu*, que a arbitragem só pode ser fixada para dirimir conflitos que não envolvam direitos indisponíveis e o inciso II do § 4º do art. 844 da CLT, com redação dada pela Lei n. 14. 4676/17, não deixa dúvida quanto a serem indisponíveis os direitos trabalhistas, possibilitando, no máximo, relativização pela via da negociação coletiva. Além disso, os próprios termos do artigo 507-A deixam claro que a

natureza dos direitos trabalhistas é a da indisponibilidade, recusando a via da arbitragem, mas tenta, de forma plenamente contraditória e ineficaz, dizer que a natureza dos direitos se altera quando o valor da remuneração do empregado é mais alta, até porque dentro de uma remuneração superior ao valor fixado a uma parcela que está dentro do limite indisponível e, assim, a lei teria tentado criar uma figura jurídica anfíbia, meio indisponível, meio disponível, o que não pode ter, por óbvio, qualquer acolhida no direito;

18) impossibilidade de rebaixamento do patamar de direitos fundamentais: em diversos dispositivos a Lei n. 13.467/17 tenta conferir aos trabalhadores e trabalhadoras um status de subcidadania, como na delimitação dos direitos de personalidade, na parametrização dos danos morais, no acesso à justiça e na redução do alcance dos benefícios da assistência judiciária gratuita. Mas se já há na ordem jurídica dispositivos que estabelecem um patamar mínimo de proteção dos direitos de personalidade, não há como um ramo específico do direito, tratando dos mesmos temas, rebaixar esse nível, sob pena dos atingidos serem tratados como cidadãos de “segunda categoria”. Assim, o **geral pretere o específico quando este último rebaixar o nível de proteção social já alcançado pelo padrão regulatório generalizante;**

19) normas coletivas aplicáveis apenas aos associados: ao se eliminar o imposto sindical obrigatório, resta afastada a representação automática dos sindicatos de uma categoria de trabalhadores legalmente definida. Não havendo vínculo jurídico entre o sindicato e os trabalhadores, primeiro, perde sentido a noção de categoria, ainda mais se considerada a previsão legal que autoriza, ainda que ineficazmente, a terceirização de atividade-fim, e, segundo, não se pode conceber que um ato jurídico entre terceiros atinja direitos alheios, ainda mais no sentido de reduzi-los;

20) redução por tempo determinado (não ultratividade): nos termos do § 3º do art. 614 § 3º “Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”. Assim, qualquer eventual

redução de direitos fixada em norma coletiva, com o requisito da garantia específica do emprego, prevista § 3º do artigo 611-A, que não se confunde com a garantia geral contra a dispensa arbitrária, fixada no inciso I, do art. 7º da CF, além de atingir apenas os associados da entidade sindical, também só valerá durante o tempo de duração do instrumento coletivo, retomando-se o patamar jurídico anterior automaticamente, vez que vedada a ultratividade;

21) honorários advocatícios proporcionais à capacidade econômica: prevê o artigo 791-A que serão devidos honorários de sucumbência entre 5% a 15%: “Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”. No § 2º do mesmo artigo, esclarece-se que para fixar os honorários o juízo observará, “I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”, possibilitando-se que os honorários fixados para o advogado do reclamante sejam diversos daqueles destinados ao do advogado da reclamada, ainda mais porque a previsão em questão só tem sentido mesmo para remunerar o serviço do advogado do trabalhador, que antes recebia seu ganho de parte do valor devido a este, já que o advogado da reclamada sempre teve seu serviço remunerado independente do resultado da causa. De todo modo, nem é essa a questão, pois a hipótese de sucumbência recíproca somente é tratada no § 3º, que autoriza ao juiz, sem parâmetro específico, arbitrar o valor dos honorários e, em sendo assim, as diferenças de base de cálculo e de percentuais, reconhecendo-se a diversidade da capacidade econômica entre reclamante e reclamado, deverão ser consideradas;

22) vedação do trabalho intermitente em atividades de risco: o ordenamento jurídico não comporta regras que se contrapõem. Ou a regra é a relação de emprego pleno, com a

integralidade de direitos, como mecanismo, inclusive, de organizar e promover o modelo de produção capitalista, que exige previsibilidade de condutas, planificação e planejamento, ou a regra é da intermitência, que preconiza exatamente o contrário, pondo em risco a integridade das promessas constitucionais. Como a Constituição, como não poderia ser diferente, foi preservada e como o padrão da relação de emprego, inclusive com proteção contra a dispensa arbitrária, foi mantido, não há como se possa considerar aplicável um dispositivo legal que dispõe que o contrato intermitente pode existir “independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador” (§ 3º do art. 443). Aliás, é o próprio dispositivo em questão que demonstra a inaplicabilidade da vinculação por intermitência em qualquer atividade, vez que excepciona, expressamente “os aeronautas, regidos por legislação própria”. Impõe recordar que nos termos iniciais dessa previsão legal, conforme constava no PL 6.767/16, não havia tal exceção, que só foi introduzida quando os aeronautas ameaçaram aderir à greve geral do dia 28 de abril de 2017, mas também pelo reconhecimento do quanto essa precariedade das condições de trabalho dos aeronautas colocaria em risco a vida dos trabalhadores e também dos consumidores. Ou seja, quando se visualizou o efeito do trabalho intermitente na aviação civil, no sentido do quanto essa modalidade de contratação colocaria em risco não só a vida dos trabalhadores, mas também dos passageiros e dos próprios congressistas, o relatório final do PL, aprovado no dia 26/04, no que tange ao dispositivo que cuida do trabalho intermitente, foi alterado para explicitar que os aeronautas estariam excluídos do alcance dessa previsão. Assim, é legítimo dizer, por uma noção de isonomia, que está vedada a intermitência em todas as atividades em que a precariedade da condição de trabalho resultante coloque em risco a segurança dos trabalhadores ou dos consumidores;

23) garantia do salário mínimo no trabalho intermitente: Todos os defensores da aprovação do trabalho intermitente, sobretudo senadores e deputados, foram unânimes em dizer que aqueles que alardeavam que o trabalhador poderia receber menos do que um salário mínimo no trabalho intermitente estavam fazendo terrorismo porque isso não iria ocorrer. Cumpre, então, já que a lei foi aprovada e alguns pretendem aplicá-la, que se

leve a efeito essa garantia dada pelo próprio legislador e compreender que no contrato intermitente está garantido ao trabalhador o recebimento do salário mínimo mensal, independente do número de horas trabalhadas no mês. Cumpre, a propósito, reconhecer que o artigo 452-A não nega esse direito aos trabalhadores, apenas estabelecendo que o valor da hora de trabalho não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo (“Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.”);

24) **controle de convencionalidade, de ofício, pelo juiz:** Na ADI 3934, na ânsia de declarar a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 60^[3] e do inciso I, do artigo 83^[4], ambos da Lei de Recuperação Judicial (Lei n. 11.101/05), o voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, fez menção ao art. 7.1, da Convenção 173, da Organização Internacional do Trabalho – OIT (Convenção sobre a Proteção dos Créditos Trabalhistas em Caso de Insolvência do Empregador), segundo o qual a *“legislação nacional poderá limitar o alcance do privilégio dos créditos trabalhistas a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável”*. Ocorre que tal Convenção não foi ratificada pelo Brasil, o que, inclusive, foi reconhecido expressamente, no acórdão: “Embora essa Convenção não tenha sido ainda ratificada pelo Brasil, é possível afirmar que os limites adotados para a garantia dos créditos trabalhistas, no caso de falência ou recuperação judicial de empresas, encontram respaldo nas normas adotadas no âmbito da OIT, entidade integrante da Organização das Nações Unidas, que tem por escopo fazer com que os países que a integram adotem padrões mínimos de proteção aos trabalhadores.” Resta patente, portanto, que para o Supremo Tribunal Federal a não ratificação de uma convenção da OIT não se constitui obstáculo intransponível para que o seu conteúdo sirva de parâmetro regulatório no cenário nacional. Ora, se é assim no que tange à aludida Convenção 173, que permite a restrição de direitos dos trabalhadores, não terá como ser diferente com relação à Convenção 158, que, em consonância com a

Constituição Federal, estabelece os parâmetros para a proteção contra a dispensa arbitrária, ainda mais sabendo-se que tal Convenção, bem ao contrário do que se passou com a Convenção 173, chegou a ser ratificada pelo Brasil, assim como com relação a tantas outras, como a 111, 155, 187, para citar apenas algumas. O princípio que se extrai dessa posição do Supremo é o de que está autorizada a realização do controle de convencionalidade, por ato de ofício, dos juízes, podendo-se, inclusive, negar vigência a uma lei trabalhista que contrarie os compromissos internacionais fixados nas Convenções da OIT e demais tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos.

Posta a questão desse modo, é bastante interessante, inclusive, vislumbrar a situação de ver aqueles que defenderam a reforma, por meio do argumento de que ela não reduziria direitos, tendo que rejeitar as interpretações acima para assumirem sentidos restritivos de direitos.

No entanto, pode ser que a resistência a esses sentidos, cedendo à inexorabilidade da “reforma” e ainda acatando as interpretações restritivas de direitos, venha do próprio Judiciário, partindo do pressuposto equivocado de que é isso que se deva fazer para dar sobrevida à instituição. Mas essa postura representaria a extinção da Justiça do Trabalho promovida por ela própria. Isto porque, adotando as condutas que o “mercado” deseja, sem respeitar os limites sociais e humanos, juridicamente assegurados, a Justiça do Trabalho perderia o motivo de sua existência.

O que compete aos juristas trabalhistas é declarar a ilegitimidade da lei, apontando todas as mazelas desse momento político vivido no país, e reafirmar o compromisso de levar adiante o projeto constitucional cuja efetividade, de fato, nunca experimentamos.

E não se trata de se manter atrelado ao passado, pois, como acima demonstrado, as possibilidades estão dadas para ir adiante, em direção do efetivamente novo em termos de relações de trabalho, com ampliação das garantias aos direitos fundamentais.

Mas, e se ainda assim a economia não melhorar?

Sinceramente, acredito que melhoraria e muito. Mas, claro, dentro dos limites dados pelo próprio capitalismo, que, como se sabe, está sempre em crise.

De todo modo, não é eliminando os compromissos de solidariedade, de responsabilização social, e aniquilando a condição humana que se pode pensar em uma sociedade melhor. O interesse econômico, há muito se sabe, não basta.

Então, se o modelo de sociedade baseado na produção e consumo capitalistas não for capaz de garantir a eficácia dos direitos sociais, ou seja, se o modelo de sociedade só puder oferecer aos trabalhadores, como alternativa à miséria e à fome, trabalhos precarizados, em regime de semi-escravidão, então o que se terá como efeito é um questionamento a respeito da viabilidade do próprio modelo. Por que, afinal, a população terá que continuar apostando nesse modelo de sociedade, que se volta à produção frenética de mercadorias, destruindo o meio ambiente e a condição humana, e incentiva relações sociais pautadas pela exploração e pelo consumo de mercadorias das quais, na maioria das vezes, não se tem verdadeira necessidade (e que só servem à ostentação ou autoafirmação), se nem ao menos direitos mínimos, para uma sobrevivência digna de todos os membros da sociedade, se conseguem garantir?

É esse o questionamento que devemos nos propor, como impacto bastante sério do momento vivido.

Por isso que, na linha da observação de Drummond, para quem “Os impactos de amor não são poesia”, é possível dizer que os impactos de uma lei ilegítima não são normalidade; não podem ser pessoas felizes e acomodadas.

É preciso reagir e a hora é agora!

São Paulo 29 de agosto de 2017.

[1]. Estudos revelam que o maior número de acidentes do trabalho se dá no momento em que o trabalhador está cumprindo horas extras.

[2]. Repare-se, a propósito, que a maioria das reclamações trabalhistas versa sobre trabalho em hora extra não remunerado.

[3]. “Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.”

[4]. “Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;”