

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
MESTRADO EM DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA

GIOVANA CARLA ATARASI JURCA

REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO
COMPROMETIMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA

RIBEIRÃO PRETO/SP

2022

GIOVANA CARLA ATARASI JURCA

REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO
COMPROMETIMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação da Professora Doutora Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini.

RIBEIRÃO PRETO/SP

2022

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

J95r JURCA, Giovana Carla Atarasi, 1988-
Reforma trabalhista: uma análise sob a ótica do
comprometimento do acesso à Justiça / Giovana Carla Atarasi
Jurca. – Ribeirão Preto, 2022.
148 f. : il.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini.

Dissertação (Mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Mestrado em Direito, 2022.

1. Acesso à Justiça. 2. Direito do Trabalho – Reforma -Brasil.
II. Título.

CDD 340

GIOVANA CARLA ATARASI JURCA

**REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO
COMPROMETIMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA**

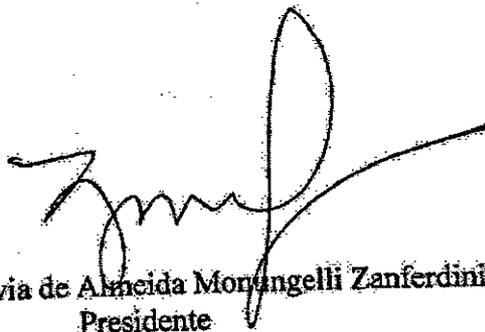
Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

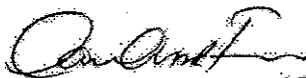
Data da defesa: 30 de novembro de 2022

Resultado: Aprovada

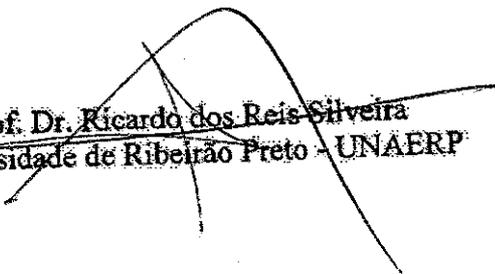
BANCA EXAMINADORA



Profa. Dra. Flávia de Almeida Montangelli Zanferdini
Presidente
Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP



Profa. Dra. Carolina Assed Ferreira
Centro Universitário Moura Lacerda - CUML



Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira
Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP

RIBEIRÃO PRETO
2022

Aos meus filhos, Bernardo, Arthur e Lavínia, minha razão de viver.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, quero agradecer a Deus por ter abençoado minha vida e por me dar forças para seguir sempre em frente.

Ao Luís Fernando Atarasi (*in memoriam*), meu pai, exemplo de simplicidade.

À minha família, Odila, Silvia, José, André e Juan, por apoiarem os meus projetos.

À Profa. Dra. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini, pela orientação e confiança concedida durante o período do mestrado.

A todos que direta e indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho, meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

Neste trabalho analisa-se a Lei nº 13.467, de 2017, que ficou conhecida como reforma trabalhista, sob a perspectiva do comprometimento do acesso à justiça. Pretende-se responder às seguintes indagações: quais foram as alterações da legislação que podem causar repercussão no acesso à justiça? A reforma trabalhista comprometeu o acesso à justiça? Houve alguma alteração na porta de entrada e na porta de saída dos litígios trabalhistas? Parte-se do estudo de conceitos básicos da seara jurídica e trabalhista como o de dignidade da pessoa humana, o de direito social do trabalho, dos princípios trabalhistas e de como a justiça do trabalho atua na proteção dos trabalhadores. Analisam-se o acesso à justiça, os obstáculos econômicos, sociais e culturais que estão presentes tanto para o ingresso quanto para a obtenção de tutela jurisdicional. Analisam-se os meios alternativos ou adequados de solução de litígios (ADR) e sua aptidão para enfrentar a crise da justiça como instância diversificada de aplicação de soluções jurídicas. O trabalhador, parte hipossuficiente na relação trabalhista, geralmente o autor, foi mais prejudicado com as alterações. Conclui-se que a proteção social ao trabalho se deslocou para o plano da autonomia da vontade. As prerrogativas processuais do trabalhador foram enfraquecidas diante da prevalência do negociado sobre o legislado e diante da ideia do capital que ele é um empreendedor de si e não um trabalhador. Há um sistema de exclusões que se alimenta tanto pelas limitações ao não estabelecer a proteção social e ao não proporcionar serviços públicos adequados como o acesso à justiça. Para a realização da pesquisa serviu-se do método de pesquisa dedutivo, foram testadas as variáveis levantadas para demonstrar o comprometimento do acesso à justiça na seara trabalhista.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Reforma trabalhista. Métodos alternativos de solução de controvérsia.

ABSTRACT

In this work, Law nº 13.467, of 2017, which became known as labor reform, is analyzed from the perspective of compromising access to justice. It is intended to answer the following questions: what were the changes in legislation that may have repercussions on access to justice? Has the labor reform compromised access to justice? Have there been any changes in the entry point and exit point for labor disputes? It starts with the study of basic concepts of the legal and labor area, such as the dignity of the human person, the social right of work, labor principles and how labor justice acts in the protection of workers. Access to justice, economic, social and cultural obstacles that are present both for entry and for obtaining judicial protection are analyzed. It is also analyzed alternative dispute resolutions (ADR) methods or appropriate methods of dispute resolution and their ability to face the crisis of justice as a diversified instance of the application of legal solutions. The worker, a hyposufficient part of the labor relationship, usually the plaintiff, was most affected by the changes. It is concluded that social protection at work has shifted to the plane of autonomy of will. The worker's procedural prerogatives were weakened in the face of the prevalence of the negotiated over the legislated and in the face of the idea of capital that he is an entrepreneur of himself and not a worker. There is a system of exclusions that feeds so much on the limitations of not establishing social protection and not providing adequate public services such as access to justice. To perform the research, the deductive research method was used, and the variables raised were tested to demonstrate the impairment of access to justice in the labor field.

Keywords: Access to justice. Labor reform. Alternative Dispute Resolution Methods.

Índice de tabelas

Tabela 1 - Série histórica de conciliados (2017-2021)	108
Tabela 2 - Distribuição das entidades sindicais laborais segundo regiões geográficas e unidades da Federação	121
Tabela 3 - População ocupada, população associada a sindicatos e taxa de sindicalização de 2012-2019	122
Tabela 4 - Série histórica de casos novos (2017-2021)	124
Tabela 5 - Série histórica de conciliados (2017-2021)	126
Tabela 6 - População ocupada, população associada a sindicatos e taxa de sindicalização de 2012-2019	129
Tabela 7 - Ocupação do primeiro autor (2012-2018)	131

Índice de Gráficos

Gráfico 1 - Número de processos, com gratuidade de justiça (2017-2018)	125
Gráfico 2 - Polos na relação processual trabalhista (2018).....	128
Gráfico 3 - Autores em processos trabalhistas em 2018.....	129
Gráfico 4 - Réus em processos trabalhistas (2018)	130
Gráfico 5 - Autores em processos trabalhistas (2012-2018)	130
Gráfico 6 - Último salário do autor (2018)	132
Gráfico 7 - Percentual das pretensões mais comumente apresentadas em relação à quantidade total de pretensões (2012-2018).....	134

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITO SOCIAL DO TRABALHO E PRINCÍPIOS TRABALHISTAS	14
2.1	Dignidade da pessoa humana.....	14
2.1.1	Natureza Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana.....	17
2.1.2	Características e Elementos Essenciais à Dignidade Humana	20
2.2	BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO.....	25
2.3	CONCEITO DE DIREITO DO TRABALHO	27
2.4	O DIREITO DO TRABALHO COMO UM DIREITO SOCIAL	28
2.5	CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT)	31
2.6	NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DO TRABALHO	32
2.7	METODOLOGIA DO DIREITO DO TRABALHO: OBJETO, FUNÇÃO E CARACTERÍSTICAS	33
2.8	PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	35
2.8.1	Dos Princípios em Espécie do Direito do Trabalho	37
2.8.1.1	Princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador.....	37
2.8.1.2	Princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador.....	41
2.8.1.3	Princípio <i>in dubio pro misero</i> ou <i>in dubio pro operario</i>	43
2.8.1.4	Princípio da primazia da realidade.....	44
2.8.1.5	Princípio da integralidade, da intangibilidade e da irredutibilidade salarial.....	46
2.8.1.6	Princípio da continuidade da relação de emprego.....	48
2.8.1.7	Princípio da continuidade da empresa, ou da preservação da empresa, ou função social da empresa.....	48
2.8.1.8	Princípio da inalterabilidade contratual <i>in pejus</i>	50
2.8.1.9	Princípio da irrenunciabilidade e da intransacionalidade.....	52
3	A RELAÇÃO DE EMPREGO: ATUAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NA PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES	54
3.1	OS ELEMENTOS JURÍDICO-FORMAIS DO CONTRATO DE EMPREGO ..	56

3.2	VÍNCULO EMPREGATÍCIO: A RELAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA	65
3.3	A PRIMAZIA DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS ..	67
3.4	ATUAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS E NA EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	72
4	O ACESSO À JUSTIÇA	80
4.1	MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS COMO MECANISMOS APTOS PARA PROPORCIONAR O ACESSO À JUSTIÇA.....	89
5	REFORMA TRABALHISTA	102
5.1	REDUÇÃO DA ATUAÇÃO DO JUIZ DO TRABALHO.....	104
5.2	HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL	105
5.3	ARBITRAGEM: DIREITOS DISPONÍVEIS	109
5.4	CUSTAS PROCESSUAIS, HONORÁRIOS PERICIAIS E BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA.....	115
5.4.1	Ação Direta de Inconstitucionalidade 5766	117
5.5	DESOBRIGAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL.....	120
6	A REFORMA TRABALHISTA E O COMPROMETIMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA	124
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	136
	REFERÊNCIAS	138

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil estrutura-se no Estado Democrático de Direito, em princípios e nos direitos fundamentais da pessoa humana. Seu ponto central é a pessoa humana e sua dignidade. Nesse contexto, princípios como da dignidade da pessoa humana, da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, da inviolabilidade do direito à vida, do bem-estar individual e social, da justiça social, da submissão da propriedade à sua função socioambiental, da não discriminação, da igualdade, da segurança, da proporcionalidade e da razoabilidade, da vedação do retrocesso social e da progressividade social, são a base constitucional e também podem ser aplicados à área trabalhista. Os direitos trabalhistas estão previstos nos artigos 7º, 8º, 9º, 10 e 11, dentre outros, da Constituição.

Destacam-se como princípios constitucionais do trabalho: o princípio da dignidade da pessoa humana; o da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica; o da valorização do trabalho e do emprego; o da inviolabilidade do direito à vida; o do bem-estar individual e social; o da justiça social; o da submissão da propriedade à sua função socioambiental; o da não discriminação; o da igualdade em sentido material; o da segurança; o da proporcionalidade e razoabilidade; o da vedação do retrocesso social.

No âmbito das relações individuais do trabalho encontram-se os princípios *jus* trabalhistas constitucionalizados em 1988, tais como: o princípio da norma mais favorável; o da continuidade da relação de emprego; o da irredutibilidade salarial. Nas relações coletivas de trabalho há os seguintes princípios *jus* trabalhistas constitucionalizados em 1988: o princípio da liberdade associativa e sindical; o da autonomia sindical; o da interveniência sindical na negociação coletiva trabalhista; o da equivalência entre os contratantes coletivos trabalhistas.

Pode-se apontar que, em 1943, na Era Vargas, houve a Consolidação das Leis Trabalhistas, o primeiro diploma legal que se preocupou com os direitos do trabalhador no Brasil. Esse sofreu alterações e, em 2017, suportou a maior mudança, quando houve a reforma trabalhista, em que uma série de direitos foram modificados. Nesse trabalho buscou-se analisar se a reforma trabalhista de 2017 comprometeu ou

dificultou o acesso à justiça pelo trabalhador e quais foram as alterações da legislação que poderiam causar repercussão no acesso à justiça?

No primeiro capítulo da dissertação, parte-se da ideia de dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos para, depois, expor o conceito de direito do trabalho como direito social e os princípios em espécie do direito do trabalho. O primeiro capítulo é fundamental para que a base teórica de análise seja criada. Dessa forma, trata-se de um capítulo teórico-expositivo.

No segundo capítulo, analisa-se como a justiça do trabalho opera na proteção do trabalhador. Como os princípios são seguidos, ou não; a situação do trabalhador, sua hipossuficiência na relação empregador-empregado, principalmente após as mudanças da reforma trabalhista de 2017.

O conceito de acesso à justiça é discutido no terceiro capítulo, partindo das ponderações de Boaventura Souza Santos sobre os obstáculos econômicos, sociais e culturais. Em seguida, analisa-se o que pontuam Cappelletti e Garth:

o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12)

Ademais, analisa-se a doutrina sobre o tema e alguns aspectos da realidade nacional.

A reforma trabalhista de 2017 fez alterações em pontos sensíveis quando se reflete sobre o acesso à justiça. Dessa forma, no quarto capítulo, analisam-se, especificamente: a redução da atuação do juiz do trabalho; a possibilidade de homologação de acordo extrajudicial; a possibilidade de realização de arbitragem em litígios trabalhistas; as alterações sobre custas processuais, honorários periciais e benefícios da justiça gratuita e a posterior ADI 5766; e a desobrigação de contribuição sindical.

Sabe-se que a reforma trabalhista tinha como um de seus intuitos reduzir o número de ações trabalhistas. Uma das formas para que isso acontecesse seria a possibilidade de aplicação de métodos de solução de controvérsias, tais como: conciliação, mediação e arbitragem e sua posterior homologação, que trariam celeridade. Porém, a possibilidade de realização de arbitragem em litígios trabalhistas merece ser analisada com cautela.

Nos artigos 507-A e 611 da reforma trabalhista observa-se que se deslocou para o plano da autonomia da vontade coletiva a proteção social ao trabalho e a concretização da norma jurídica. Em certa medida houve uma mudança de paradigma em processos trabalhistas, pois muitas das prerrogativas processuais do trabalhador foram enfraquecidas diante da prevalência do negociado sobre o legislado. O princípio da intervenção mínima do Estado e a sobreposição de interesses econômicos contribuíram para o desequilíbrio negocial entre empregado e empregador, do ponto de vista processual. Ademais, o artigo 652, “f”, e o artigo 855-B ao versarem sobre a homologação do processo viabilizaram as negociações, o que pode trazer celeridade à solução dos conflitos, porém, é preciso observar se o trabalhador está de fato aparado juridicamente, isto é, protegido. Assim, no quinto capítulo, observar-se-á como o trabalhador, a parte hipossuficiente na relação trabalhista sofreu com o enfraquecimento da legislação como um todo, pois precarizaram-se as relações trabalhistas.

A pesquisa possui pertinência e atualidade na medida em que no ano de 2022 o TST publicou o Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2021, que traz dados que possibilitam analisar o que aconteceu no processo trabalhista após 2017. Ademais, o IPEA publicou Texto para discussão, obra que possui uma detalhada pesquisa no âmbito trabalhista com dados oriundos de grandes pesquisas. Os gráficos demonstram levantamentos comparativos de 2012 e 2018, isto é, antes da reforma trabalhista e um ano após essa. Por fim, igualmente atual é a análise da decisão do STF, de junho de 2022, da ADI 5766. No âmbito do direito do trabalho, organizações sindicais e métodos de solução de controvérsias podem ser ferramentas para que o trabalhador tenha acesso à justiça, até mesmo de modo mais célere.

Dessa forma, estamos diante de uma pesquisa descritiva, em que descrever-se-á as características tanto do direito do trabalho e do que significa ter acesso à justiça. Serve-se para tanto do método de pesquisa dedutivo, ou seja, a forma de raciocínio lógico para análise dos resultados seguirá o método dedutivo, pelo qual testar-se-ão as variáveis levantadas, para assim, demonstrar o comprometimento do acesso à justiça na seara trabalhista. Para se servir desse método, parte-se de regras gerais estabelecidas, premissas, para alcançar-se as conclusões.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITO SOCIAL DO TRABALHO E PRINCÍPIOS TRABALHISTAS

2.1 Dignidade da pessoa humana

Kant (1724 – 1804) foi o filósofo responsável por tornar central a ideia da dignidade da pessoa humana. A filosofia kantiana foi construída sobre a razão e o dever, e sobre a capacidade do indivíduo de dominar suas paixões e instintos, reconhecendo, dentro de si, a conduta correta a ser seguida. Entretanto, não existe uma razão objetiva, livre das vontades e ambições do indivíduo.

Mas não existe uma razão plenamente objetiva, livre da subjetividade e dos diferentes pontos de observação. Ademais, a vontade e a conduta das pessoas são indissociáveis de múltiplos aspectos da condição humana, tanto os da afetividade e da solidariedade quanto os que estão ligados às ambições de poder e riqueza. (BARROSO, 2010, p. 16)

A física kantiana expressa as leis da natureza e descreve os fenômenos. A ética tem por objeto analisar a vontade do homem e prescreve leis destinadas a reger condutas. Essas leis exprimem um dever-se, ou seja, um imperativo que pode ser hipotético ou categórico. O imperativo hipotético consiste na ação necessária para alcançar um determinado fim. O imperativo categórico consiste em condutas necessárias e boas em si mesmas, independentemente do resultado que venham a produzir. A autonomia refere-se à capacidade do indivíduo de se autodeterminar, em conformidade com a representação de certas leis. No direito não há a efetivação da autonomia da vontade. Disso não deriva que

O direito seja alheio à autonomia da vontade. Ao contrário, desde que toda heteronomia do arbítrio não fundamente por si mesma nenhuma obrigação, a obrigação jurídica, bem como a exigência de coexistência das liberdades segundo uma lei universal, deve basear-se na razão prática. Apesar dos móveis do direito o impedirem de realizar a autonomia completamente como a virtude, a coerção jurídica não impede a liberdade; ao contrário, ela erve de impedimento ao obstáculo da liberdade. Deve haver, portanto, algo em comum entre a liberdade como autonomia da ética e a liberdade jurídica. (TERRA, 1987, p. 57)

Entende-se que a conduta moral e ética não pode se afastar do imperativo categórico (praticar ações com base nas leis universais). Assim, a dignidade ocorre

quando uma coisa não possui preço e não pode ser substituída por outra, conclui-se que ela tem dignidade. Entretanto, todas as coisas têm preço e, assim, quem tem dignidade são as pessoas.

Desse pensamento, podemos formular outra enunciação do imperativo categórico “toda pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia”. (KANT *apud* BARROSO, 2010, p. 18)

A conduta ética consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, não devendo ser funcionalizado a projetos alheios; as pessoas humanas não têm preço nem podem ser substituídas, possuindo um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade. (BARROSO, 2010, p. 18)

A autonomia confirma a coesão entre ética e direito, apesar das diferenças. Terra observa que: “tanto a ética quanto o direito afirmam o vínculo da liberdade com a lei na forma de obediência à lei que foi prescrita pelo homem para si mesmo, provindo a coesão da unidade da razão prática”. (1987, p. 58-59) Disso pode aparecer leis jurídicas igualmente às éticas como imperativos, e ações em conformidade tanto às leis quanto aos deveres.

No início do século XX, a dignidade da pessoa humana passou a integrar documentos jurídicos de ampla relevância, como na Constituição do México (1917) e na Constituição Alemã de Weimar (1919). Após a Segunda Guerra, a dignidade foi incorporada aos principais textos internacionais, como a Carta da ONU (1945) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948), passando a exercer um importante papel na consolidação dos direitos humanos. A dignidade da pessoa humana se torna um objetivo político, buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a Segunda Guerra, a dignidade migra para o âmbito jurídico, por razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o direito da filosofia moral e da filosofia prática, anteriormente separadas pelo positivismo normativo. O segundo foi a inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições.

A dificuldade de conceituar a dignidade, em um contexto jurídico, é atribuir-lhe um conteúdo mínimo, para que ela se torne operacional e útil na sociedade de cada país e no âmbito internacional.

A noção de dignidade da pessoa humana mudou ao longo do tempo e da cultura de cada povo. Por conta da flexibilidade e ambiguidade do princípio, muitos autores sustentam a inutilidade desse conceito, acreditando ser ilusório e retórico. Outros apontam os riscos de utilização da dignidade humana em nome de uma moral religiosa ou paternalista.

Nos Estados Unidos, já foi criticada como sendo manifestação de um constitucionalismo de valores, comunitarista e com aspectos socialistas, sobretudo por admitir direitos sociais, que geram prestações positivas, como trabalho, planos de saúde ou meio-ambiente saudável. Tal tradição europeia, alega-se, seria incompatível com o constitucionalismo americano, fundado na liberdade individual e proteção dos direitos. (BARROSO, 2010, p. 9)

Melo afirma, ao analisar os direitos proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que: “o artigo introdutório decorre do processo histórico de afirmação dos direitos humanos na modernidade”. (MELO, 2016, p. 93) Nesse artigo estabelece-se que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. (ONU, 1948) Dessa forma, há a universalidade com o reconhecimento de direitos inerentes ao ser humano. Conjuga-se a liberdade, igualdade e fraternidade e, ao mesmo tempo, reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento. “No âmbito do direito constitucional, a partir do segundo pós-guerra, inúmeras Constituições incluíram a proteção da dignidade humana em seus textos”. (BARROSO, 2010, p. 5) Diversas Constituições contêm referência expressa do princípio da dignidade da pessoa humana, seja nos artigos ou no preâmbulo. Mesmo as Cartas que não fazem referência explícita, como ocorre na França e nos EUA, a jurisprudência tem invocado a força jurídica e argumentativa da dignidade da pessoa humana. As cortes constitucionais de diferentes países iniciam um diálogo transnacional para conferir um sentido comum para esse princípio.

Nas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, a dignidade humana sempre esteve no centro das discussões de inúmeros casos, como: declaração de inconstitucionalidade da discriminação do aborto¹ e a posterior

¹ Em 1975, a Corte entendeu que o direito à vida e os deveres de proteção que o Estado tem em relação a tal direito impõem a criminalização do aborto.

flexibilização dessa mesma decisão;² a proibição de derrubada de aviões sequestrados por terroristas³ e a vedação do uso de diário pessoal como meio de prova.⁴

Nos Estados Unidos, de modo menos intenso, a dignidade vem sendo invocada nos tribunais, apesar de inúmeras polêmicas.⁵ A Justiça considerou violadora a execução de deficientes mentais e de menores de dezessete anos. Garantiu o direito da mulher ao aborto e a inconstitucionalidade da discriminação de relações homoafetivas.

2.1.1 Natureza Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana constitui, em primeiro lugar, um valor (conceito axiológico)⁶ ligado à ideia de justo, bom e virtuoso. Nessa posição ela se coloca ao lado de outros valores centrais do Direito, como a justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano que a dignidade se torna a base moral dos direitos fundamentais⁷ e dos direitos humanos.

No âmbito político, ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, tornando-se um princípio fundamental para o estabelecimento do estado democrático. Em um primeiro momento, a concretização do princípio da

² Em 1992, uma lei torna o aborto não punível até o terceiro mês, desde que a mulher se submeta, previamente, a aconselhamento obrigatório, no qual ela será informada de que o feto em desenvolvimento constitui uma vida independente. Ela deverá aguardar 72 horas após o aconselhamento e a realização do procedimento.

³ Em 2006, uma decisão considerou inconstitucional a previsão legal que dava ao Ministro da Defesa poder para ordenar o abate de aviões em circunstâncias nas quais fosse possível assumir que ele seria utilizado contra vidas humanas.

⁴ Decisão do STF de Justiça no sentido de que a leitura de registros em diário pessoal viola a dignidade e a privacidade.

⁵ A referência a decisões estrangeiras que faziam menção à dignidade humana, por parte de Justices da Suprema Corte, provocou forte reação em setores jurídicos e políticos. Em 2009, o Juiz da Suprema Corte Americana, Justice Antonin Scalia, afirmou que a cláusula da dignidade da pessoa humana não consta da Constituição dos Estados Unidos e que, por essa razão, não pode ser invocada por juízes e tribunais.

⁶ Os conceitos axiológicos têm por base a ideia de bom. Os conceitos deontológicos, a ideia de *dever ser*. Já os conceitos antropológicos estão associados a noções como vontade, interesse e necessidade. (ALEXY, 2008, p. 145-146)

⁷ Convencionou-se a utilização da locução "direitos fundamentais" para os direitos humanos positivados em determinado sistema constitucional, ao passo que a expressão "direitos humanos" tem sido empregada para identificar posições jurídicas decorrentes de documentos internacionais, sem vínculo com qualquer ordenamento interno específico e com pretensão de validade universal. (SARLET, 2009, p. 29)

dignidade era tarefa exclusiva do Executivo e do Legislativo. No final século XX, a dignidade humana se aproxima do Direito e torna-se um conceito jurídico (ontológico),⁸ assim passa a gravitar na órbita do Judiciário. Portanto, a dignidade, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha definição de princípio jurídico.⁹

Ao longo do tempo, convencionou-se de que nos casos difíceis, para os quais o Direito não oferece soluções prontas, os juízes deveriam reconhecer elementos extrajudiciais, como a filosofia política e a filosofia moral, onde gravita o princípio da dignidade humana. Portanto, mesmo antes de ingressar no universo jurídico (ser positivada em texto jurídicos ou consagrada pela jurisprudência), a dignidade já desempenhava papel relevante nos processos interpretativos.

Sua materialização [dignidade] em documentos constitucionais e internacionais sacramentou o processo de juridicização da dignidade, afastando o argumento de que o Judiciário estaria criando normas sem legitimidade democrática para tanto. (BARROSO, 2010, p. 11)

Assim, a dignidade é um valor fundamental, convertido em princípio jurídico de estatura constitucional. Ela é utilizada tanto como justificativa moral, quanto como fundamento normativo dos direitos fundamentais.

Dantas, em uma de suas definições de princípios afirma:

São aqueles que revelam a essência do Estado brasileiro e dos valores mais caros ao seu povo, fornecendo aos destinatários de suas normas as diretrizes para a produção e a interpretação de todas as demais normas (constitucionais e infraconstitucionais) que compõem o ordenamento jurídico, garantindo sua unidade e manutenção do Estado Democrático de Direito. (DANTAS, 2015, p. 133)

Por sua vez, Barroso define princípios como:

normas jurídicas (com certa carga axiológica) que consagram valores ou indicam fins a serem realizados, sem explicitar comportamentos específicos, possuindo dimensão de peso ou importância. São mandados de otimização e sua realização deve ser dada na maior medida possível, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática subjacente (realidade do cotidiano). Sua aplicação poderá se dar por subsunção, mediante extração

⁸ Expressão de um dever-ser normativo, e não apenas conceito moral ou político.

⁹ Embora valor e princípio sejam categorias distintas no plano teórico, como apontado, eles estão intimamente relacionados e não se diferenciam de maneira relevante do ponto de vista prático, bastando que se reconheça a comunicação entre os planos axiológico e deontológico, isto é, entre a moral e o Direito.

de uma regra concreta de seu enunciado abstrato, mas também mediante ponderação, em caso de colisão com outras normas de igual hierarquia (sujeito à ponderação e à proporcionalidade), e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos. Seu papel no sistema jurídico difere nas regras, na medida em que eles irradiam por outras normas (são mais genéricos), condicionando seu sentido e alcance. Os princípios são sistematizados em três grandes categorias de eficiência, sendo elas a eficácia direta, eficiência interpretativa e eficiência negativa. (BARROSO, 2010, p. 12)

Na eficácia direta o princípio incide sobre uma realidade à semelhança de uma regra. Todo princípio terá um núcleo do qual se poderá extrair um comando direto. Do princípio da dignidade humana, retiram-se regras específicas e objetivas, como as que vedam a tortura, o trabalho escravo e as penas cruéis.

Em muitos sistemas, inclusive o brasileiro, há normas expressas interditando tais condutas, o que significa que o princípio da dignidade humana foi densificado pelo constituinte ou pelo legislador. Nesses casos, como intuitivo, o intérprete aplicará a regra específica, sem necessidade de recondução ao valor ou princípio mais elevado. Mas, por exemplo, à falta de uma norma específica que discipline a revista íntima em presídio, será possível extrair da dignidade humana a exigência de que mulheres não sejam revistas por agentes penitenciários masculinos. (BARROSO, 2010, p. 12)

Na categoria da eficiência interpretativa os fins e valores neles abrigados condicionam o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral. A dignidade, assim, será um critério para valoração de situações e atribuições de peso em casos que envolvam ponderação. O papel integrativo permite à dignidade ser fonte de direitos não enumerados e critério de preenchimento de lacunas normativas. Como o direito à privacidade e à liberdade sexual, que não têm previsão expressa.

No Brasil, direta ou indiretamente, a dignidade esteve subjacente a inúmeras decisões "criativas", em temas como fornecimento gratuito de medicamentos fora das hipóteses previstas na normatização própria, não-compulsoriedade do exame de DNA em investigação de paternidade, bem como em hipóteses de redesignação sexual. (BARROSO, 2010, p. 13)

Já a eficiência negativa tem como consequência a paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que seja incompatível com o princípio constitucional em questão. Dessa eficiência pode resultar a inconstitucionalidade do ato. Um princípio constitucional pode apenas paralisar a ação de uma norma em uma situação

específica, pois naquela hipótese houve uma consequência inaceitável pela Constituição.¹⁰

Não apenas atos estatais, mas também condutas privadas podem ser consideradas violadoras da dignidade humana e, conseqüentemente, ilícitas. Em uma das raras ocasiões em que se dispôs a limitar a liberdade de expressão, o STF considerou ilegítima a manifestação de ódio racial e religioso. (BARROSO, 2010, p. 14)

Soares assevera que o princípio da dignidade da pessoa humana está no ápice do sistema jurídico. Ele exprime

as estimativas e finalidades a ser alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensada apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrada numa perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes privados. (SOARES, 2010, p. 149)

A dignidade é o parâmetro da ponderação, em caso de concorrência ou conflito entre os direitos fundamentais. Embora a dignidade humana seja considerada como um valor ou princípio fundamental, de acordo com os autores,¹¹ ela não tem caráter absoluto. É certo que ela deve ter eficiência na maior parte das situações em que há colisão de outros princípios. Entretanto, em alguns casos especialmente relevantes, a dignidade poderá ser sacrificada em prol de outros valores individuais ou sociais. São exemplos do caso: a pena de prisão; a expulsão do estrangeiro; e a proibição de certas formas de expressão.

2.1.2 Características e Elementos Essenciais à Dignidade Humana

A dignidade deve ser entendida como um conceito aberto, plástico e plural. Consolidou-se o consenso de que a dignidade é o grande fundamento dos direitos

¹⁰ Como ocorre quando se pede o reconhecimento do direito de as mulheres interromperem a gestação no caso de fetos anencefálicos, este é um dos fundamentos. Pede-se ao STF, não que declare a inconstitucionalidade dos artigos do Código Penal que criminalizam o aborto, mas que reconheça que eles não devem incidir nessa hipótese, pois obrigar uma mulher a levar a termo uma gestação inviável viola a dignidade da pessoa humana.

¹¹ BARROSO, 2010; SOARES, 2010.

humanos, ideia-símbolo do valor inato de cada indivíduo e da igualdade. Devemos respeitar as conjunturas históricas, religiosas e políticas de cada país, o que dificulta a criação de um conceito universal e unificado de dignidade humana.

Entendendo a dignidade como uma categoria jurídica é preciso estabelecer uma unidade e objetividade à sua interpretação e aplicação para evitar que ela se torne um artifício retórico, sujeito às manipulações de doutrinas abrangentes e totalizadoras (como as religiões e ideologias), que enxergam as civilizações de modo unitário. Portanto, o primeiro passo é conceder laicidade à dignidade.

A perdição da ideia de dignidade seria sua utilização para legitimar posições moralistas ou perfeccionistas, com sua intolerância e seu autoritarismo. (...) O foco, portanto, não pode ser uma visão judaica, cristã, muçulmana, hindu ou confucionista. Salvo, naturalmente, quanto aos pontos em que todas as grandes religiões compartilhem valores comuns. (BARROSO, 2010, p. 19)

O segundo passo é delinear a dignidade humana com máximo de neutralidade política possível, com elementos comuns a todos os espectros políticos (existência de um regime democrático). É necessário que a dignidade comporte conteúdos que sejam universalizantes (multiculturas), que podem ser compartilhados e aprovados por toda sociedade humana. Melo observa que a “dignidade da pessoa humana é uma construção histórica, que se transformou na contemporaneidade em fundamento ético-jurídico universal, norteadora dos modelos de Estado e sociedade”. (MELO, 2016, p. 6) Assim, a dignidade da pessoa humana é, por assim dizer, fundamento dos direitos humanos. Ela surge como fruto das atrocidades pós-Segunda Guerra Mundial, quando a descartabilidade da pessoa humana assombrou o mundo. O conceito foi mencionado na Carta das Nações Unidas (1945) e por cinco vezes na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Dessa forma, é preciso

definir conteúdos laicos, politicamente neutros e universalizáveis –, há um manancial de documentos internacionais que podem servir de base, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) (...). Nela se condensa o que passou a ser considerado como o mínimo ético a ser assegurado para a preservação da dignidade humana. (BARROSO, 2010, p. 20)

Até o momento, foi entendido que dignidade é um conceito cujo sentido e alcance sofre influências históricas, religiosas e políticas, tendo, portanto, variação nas diferentes jurisdições. Seu conteúdo mínimo deve ser universalizante e aplicável

a qualquer ser humano, e em qualquer lugar do mundo. Portanto, é um esforço em construir um conteúdo transnacional, transcultural e humanista.

Soares (2010, p. 155) explica que a dignidade da pessoa humana expressa não apenas a autonomia da pessoa (caracterizada pelos direitos individuais) como também busca as prestações positivas do Estado, especialmente quando há a fragilidade ou a ausência da capacidade de determinação dos indivíduos no cenário coletivo.

O valor intrínseco da pessoa humana é um elemento ontológico da dignidade humana. Está relacionado à natureza do ser humano, ou seja, aquilo que é comum e inerente a todos os indivíduos de todas as sociedades. Trata-se de características (como a inteligência, sensibilidade e a comunicação) que distingue os seres humanos das outras coisas e que, portanto, não têm preço.

É por ter o valor intrínseco da pessoa humana como conteúdo essencial que a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada e não é perdida mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular. (BARROSO, 2010, p. 22)

No plano jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e é responsável pela origem de vários direitos fundamentais, como: o direito à vida, que envolve o debate sobre aborto, pena de morte e morte digna; o direito à igualdade, igualdade jurídica, respeito às diversidades e dignidade individual; o direito à integridade física, que proíbe a tortura, o trabalho escravo, a eugenia; o direito à integridade moral ou psíquica, isto é, o direito ao nome, à privacidade, à honra e à imagem.

A autonomia da vontade é o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas. A dignidade como autonomia envolve a capacidade de autodeterminação que é direito de decidir os rumos da própria vida e desenvolver livremente sua personalidade (como decisões sobre religião, trabalho, opção sexual etc.), levando em conta suas condições sociais e pessoais para o exercício desses direitos. “Por trás da ideia de autonomia está a de pessoa, de um ser moral consciente, dotado de vontade, livre e responsável”. (BARROSO, 2010, p. 24)

No campo jurídico, a autonomia é a principal ideia subjacente nos tratados de direito em geral. A autonomia tem duas dimensões: a dimensão privada, ou seja,

no plano dos direitos individuais, a dignidade se manifesta, principalmente, como autonomia privada, presente no conteúdo da liberdade (direito de autodeterminação sem influências externas ilegítimas) e igualdade. E a dimensão pública, isto é, no plano dos direitos públicos, a dignidade se manifesta como autonomia pública, ou seja, direito de cada indivíduo em participar do processo democrático¹² e nas decisões políticas.

A dignidade também está subjacente aos direitos sociais. Para ser livre, igual e capaz de exercer a cidadania, todo indivíduo tem direito ao mínimo existencial. Não é possível enumerar todo o conteúdo mínimo, até porque ele varia com o tempo e espaço. A Constituição brasileira cita alguns exemplos, como o direito à educação básica, à saúde essencial, à assistência aos desamparados e ao acesso à justiça.

Por integrar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o mínimo existencial tem eficácia direta e imediata, operando tal qual uma regra, não dependendo de prévio desenvolvimento pelo legislador. (BARROSO, 2010, p. 26)

A dignidade como valor comunitário abriga o seu elemento social, ou seja, a relação entre o indivíduo e o grupo. Ela traz valores que são compartilhados pela comunidade, segundo os critérios civilizatórios. Podemos dizer que a dignidade, por essa vertente, não tem a liberdade como seu componente central, mas sim é a dignidade que molda e delimita a liberdade individual.

Ao analisar a dignidade como valor comunitário, observa-se que ela tem o objetivo de promover: a proteção do indivíduo contra atos autorreferentes; a proteção de direitos de terceiros; a proteção de valores sociais, como a solidariedade. Entretanto, é preciso tomar cuidado para alguns riscos envolvidos: o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas; o enfraquecimento de direitos fundamentais em seu embate com as “razões de Estado”; os problemas práticos e institucionais na definição dos valores compartilhados pela comunidade, com os perigos do moralismo e da tirania da maioria.

Pode-se legitimar restrições à liberdade com fundamento na proteção à dignidade do próprio sujeito, definida com base nos valores compartilhados pela

¹² Entende-se democracia como uma parceria de todos para o estabelecimento de um autogoverno. Cada indivíduo tem o direito de participar da vida política e de influenciar no processo de decisão tanto pela via eleitoral, quanto por meio do debate político e da organização social.

sociedade. Também será legitimada restrições à autonomia privada para a proteção de direitos de terceiros, ou para a imposição de determinados valores sociais. Isso vale para situações como a defesa da vida; repressão à pedofilia ou cerceamento da liberdade de expressão nos casos de calúnia ou discurso do ódio. “A imposição coercitiva de valores sociais, em nome dessa dimensão comunitária da dignidade, nunca será uma providência banal, exigindo fundamentação racional consistente”. (BARROSO, 2010, p. 30) Em todos os casos, devem ser levados em conta: a existência ou não de um direito fundamental em questão; a existência de consenso social forte em relação ao tema; a existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas.

A dignidade de um indivíduo jamais poderá ser suprimida, seja por ação própria ou de terceiros. Mas aspectos relevantes da dignidade poderão ser paralisados em determinadas situações. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de prisão legítima de um condenado criminalmente. (BARROSO, 2010, p. 30)

A dignidade deve ser um princípio de fato, garantido a todos, e não um mero esforço retórico de doutrinas e tribunais. Além disso, ela opera no sistema jurídico pátrio como uma forma de vedar o retrocesso. Dessa forma, há, no sistema jurídico, uma ideia de vedação ao retrocesso quando se fala de direitos fundamentais. Essa é decorrente de uma interpretação teleológica dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito (art. 1º), do desenvolvimento nacional (art. 3º, II), da máxima eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI), e, principalmente, da dignidade da pessoa humana. (art. 1º, III)

Ademais, Soares assevera que a ideia de vedação ao retrocesso não está amplamente alardeada na comunidade jurídica brasileira,

seus efeitos começam a ser acolhidos gradativamente no âmbito da doutrina e da jurisprudência pátria, associados à primazia axiológica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como marco para fundamentação e legitimação dos direitos fundamentais. (SOARES, 2010, p. 159)

Assim, mesmo que a vedação ao retrocesso não esteja claramente explicitada na Constituição de 1988, ela deve ser aplicada por meio da leitura axiológica do sistema jurídico-constitucional.

2.2 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

O trabalho, na antiguidade, era visto como um castigo, era concebido como uma tarefa penosa e pesada. A partir dessa concepção atrelou-se à palavra trabalho toda e qualquer atividade humana, intelectual, técnica ou manual. (MORAES FILHO, 2014)

Historicamente, é possível entender o desdobrar do trabalho por meio da evolução dos modos de produção de bens e serviços; nesse contexto, é razoável identificar cinco formas de regimes de trabalho, quais são: primitivo, escravo, feudal, capitalista e comunista. (LEITE, 2019)

A história do trabalho é dividida em dois períodos: período pré-histórico (ou pré-industrial); e o período histórico. O primeiro é dividido em três fases: a vinculação do homem ao homem (escavidão); a vinculação do homem à terra (servidão); e a vinculação do homem à profissão (corporações de ofício).

O direito do trabalho surge tendo como principais causas: econômica, em decorrência da Revolução Industrial; política, por conta da transformação do Estado Liberal em Estado Social, este caracterizado pela intervenção estatal na autonomia dos sujeitos da relação de trabalho; e jurídica, derivada da reivindicação dos trabalhadores para a implementação de um sistema de direitos à proteção do trabalho e ao direito de união, o que resultou no sindicalismo.

A Constituição Mexicana, de 1917, foi a primeira a conter direitos trabalhistas, com fixação da jornada diária de 8 horas, jornada noturna de 7 horas, proibição do trabalho pelo menor de 12 anos, a limitação da jornada do menor de 16 anos em 6 horas, descanso semanal, igualdade salarial, salário-mínimo, direito de sindicalização e de greve, entre outros.

Posteriormente, a Constituição de Weimar, de 1919, trouxe características principiológicas, com grande repercussão no continente europeu, diferentemente da marca analítica da mexicana.

Em 1919 foi editado o Tratado de Versalhes que previu a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), conferindo a esse órgão universalizar as normas de proteção ao trabalho. O Brasil foi um membro signatário. Em 1927, na

Itália, foi editada a Carta del Lavoro, de índole corporativista, que influenciou Portugal e Espanha, com repercussão no Brasil na seara do direito sindical do trabalho.

O trabalho é reconhecido internacionalmente como um direito humano fundamental (art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos). No Brasil, é tido como um baluarte do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, da Constituição Federal), e, é um direito fundamental social (art. 6º da Constituição Federal).

Pode-se inferir que a origem dos direitos sociais está atrelada com a própria história do Direito do Trabalho. De acordo com Mario de la Cueva, o direito do trabalho nasce quando os homens percebem o abismo existente entre a realidade social e a regulamentação jurídica das relações sociais, do paradoxo entre o princípio da livre determinação das ações e a efetividade social, dentro do contexto em que o regime de contrato permitia o empregador impor voluntariamente sua vontade ao trabalhador. (LA CUEVA, 1960)

Na sociedade contemporânea, o trabalho passou a ser visto simultaneamente como um direito humano e fundamental. É direito humano pois está reconhecido em documentos internacionais, como no art. 23, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; e no art. 6º do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. É também direito fundamental, pois a Constituição Federal de 1988 trata o direito ao trabalho como um princípio do Estados Democrático de Direito (art. 1º, II, III e IV, da Constituição Federal); como um direito social (artigos 6º e 7º da Constituição Federal); como um baluarte da ordem econômica, cuja finalidade é assegurar a todos os cidadãos a existência digna, dentro dos ditames da justiça social, e observando-se o princípio da busca pelo pleno emprego (artigo 170, VIII, da Constituição Federal).

Não é qualquer trabalho que deve ser considerado como um direito humano e fundamental, mas apenas aqueles trabalhos decentes que dignifiquem a pessoa humana dentro do ordenamento jurídico, político, econômico e social. (LEITE, 2019)

No Brasil, a história do trabalho é dividida em três fases: a primeira fase compreende o descobrimento do Brasil à abolição da escravidão; a segunda fase vai da Proclamação da República à campanha política da Aliança Liberal; e a terceira fase compreende a Revolução de Trinta até os dias atuais. Insta dizer que nas duas primeiras fases não havia propriamente o Direito do Trabalho; foi apenas na terceira fase que se consolidou o Direito do Trabalho como hoje é conhecido.

O surgimento do Direito do Trabalho no Brasil sofreu influências externas e internas. Em relação aos fatos externos, cita-se as transformações ocorridas na Europa, com a proliferação de textos legais de proteção ao trabalhador e o ingresso do país na OIT pelo Tratado de Versalhes. Sobre os fatos internos, lista-se: o movimento operário influenciado por imigrantes europeus; o surto industrial pós-Primeira Guerra Mundial e a política trabalhista de Getúlio Vargas. O Governo Getúlio Vargas empreendeu esforços para desenvolver o Direito do Trabalho no Brasil, haja vista que, em 1939, criou a Justiça do Trabalho; e, em 1943, outorgou a Consolidação das Leis do Trabalho, tendo como Ministro do Trabalho Alexandre Marcondes Filho.

2.3 CONCEITO DE DIREITO DO TRABALHO

Etimologicamente, a palavra trabalho surgiu do termo em latim *tripalium* que era um instrumento de tortura romano, formado por três estacas fincadas no chão na forma de uma pirâmide, onde a vítima era amarrada e torturada. Deste termo surgiu o verbo *tripaliare* com o significado de torturar alguém, dando a ideia de que o carrasco era o trabalhador (aquele que torturava), associando a concepção de trabalho como uma atividade penosa, nociva e maléfica. Posteriormente, a doutrina calvinista, assentada na concepção do salvamento espiritual pelas obras, passou a entender o trabalho não como um sofrimento da carne, mas sim como uma atividade humana necessária para se obter as glórias de Deus e sua salvação.

Atualmente, o termo trabalho é empregado para designar todas as atividades humanas, seja físico ou mental, em proveito próprio ou de outrem, com finalidade econômica ou não. (LANGER, 2004)

O Direito do Trabalho pode ser conceituado sob a perspectiva de três correntes distintas: a corrente subjetivista, leva em conta os tipos de trabalhadores que seriam abarcados por esse ramo jurídico. Nessa perspectiva, o Direito do Trabalho é

o conjunto de princípios e regras jurídicas aplicáveis às relações individuais e coletivas que nascem entre empregadores privados – ou equiparados – e os que trabalham sob a sua direção e de ambos com o Estado, por ocasião do trabalho ou eventualmente fora dele. (GOMES; GOTTSCHALK, 2007, p. 10)

A corrente objetiva, não se parte das pessoas que seriam as destinatárias do Direito do Trabalho, mas da matéria que esse ramo jurídico versa (objeto). A corrente mista leva em consideração os aspectos subjetivos (para quem é direcionada) e os aspectos objetivos (o objeto de estudo). Sob essa ótica, o Direito do Trabalho é definido como

o ramo da ciência do direito que tem por objeto as normas jurídicas e os princípios que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho em sua estrutura e atividade. (NASCIMENTO, 1989, p. 35)

Em síntese, pode-se definir o Direito do Trabalho como um ramo da ciência jurídica formado por um conjunto de princípios, institutos, valores e regras destinados à regulamentação das relações individuais e coletivas entre empregadores e empregados, bem como gerir outras formas de relação de trabalho, tendo como objetivo a progressividade de proteção da dignidade da pessoa humana e das condições econômicas, sociais, ambientais e culturais dos trabalhadores. (LEITE, 2019)

2.4 O DIREITO DO TRABALHO COMO UM DIREITO SOCIAL

Os direitos sociais surgem, no século XIX, com os reclamos pela atuação estatal na esfera econômica e social. Bonavides argumenta que houve um processo histórico que fomentou as declarações:

a sociedade e o Estado Liberal de Direito consagraram os princípios filosóficos da democracia burguesa, generalizando-os doutrinariamente como ideias comuns a todos os componentes do corpo social. Entretanto, quando se apoderou do controle político, a burguesia desinteressou-se em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Apenas formalmente os sustenta, vez que no plano da aplicação política os indigitados princípios permanecem faticamente como princípios de uma ideologia de classe. Foi essa a contradição mais profunda na dialética do Estado moderno. (BONAVIDES, 2007, p. 30)

Parcela da sociedade estava insatisfeita com as promessas da sociedade burguesa, que emergiu das revoluções do XVIII. Foi no início do século XX surgiram as constituições com forte índole social, enunciando direitos civis e políticos a todos e incorporando direitos econômicos e sociais, como a Constituição do México, de 1917,

e a de Weimar, de 1919. Dessa forma, mudam-se as épocas, passa-se do constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX para um constitucionalismo social no século XX.

Bobbio observa que ao reconhecer direitos sociais suscita-se, mais do que o problema da proliferação dos direitos homem, a indispensabilidade da ação e intervenção estatal. (1992, p. 72) Para que os direitos sociais sejam protegidos é fundamental o papel do Estado, enquanto os direitos de liberdade não demandavam ações desse. Disso, por meio da organização de serviços públicos, nasceu o Estado de bem-estar social. Já os direitos individuais de liberdade surgem como uma contraposição ao poder do Estado. Isto é, os direitos sociais clamam, para a sua realização, de uma atuação do Estado.

Piovesan (2010) observa que se há a destruição de direitos sociais, então, há um flagrante violação da ordem constitucional. Os direitos sociais, como direitos constitucionais fundamentais, são intangíveis e irredutíveis.

Soares observa que

a partir da leitura principiológica da dignidade da pessoa humana, pode-se asseverar que o sistema constitucional brasileiro não previu nenhum regime jurídico diferenciado para os direitos fundamentais, seja para os direitos individuais, seja para os direitos sociais. (SOARES, 2010, p. 154)

Dessa forma, há no Brasil um modelo de constitucionalismo dirigente, em tese, um Estado intervencionista no campo econômico e social (arts. 1º e 3º). Ademais, a Constituição estabelece no art. 5º, § 1º as normas que definem direitos e garantias fundamentais. Dessas normas há as que tem aplicação imediata, isto é, as normas de direitos fundamentais, as que regulam os direitos sociais, e também as que tratam dos direitos individuais.

Há o entendimento, do ponto de vista hermenêutico, da fundamentalidade dos direitos sociais. Corroboram com esta tese o fato do Brasil ser signatário de tratados que reconhecem os direitos sociais como direitos humanos fundamentais, a saber: a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica. Além disso, no art. 5º, § 2º, da Constituição (1988) estabelece: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Porém, no Brasil, Soares afirma que apesar da

topologia constitucional não privilegiar o entendimento que acolhe os direitos sociais como fundamentais, sua essencialidade reside em sua ligação ao plexo axiológico dos direitos humanos que consubstancia o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (SOARES, 2010, p. 152)

Novais, observa que

mesmo quando se reconhecem os direitos sociais nos textos Constitucionais, esse reconhecimento não é unívoco: podemos encontrar múltiplas formas de acolhimento que vão desde a consagração dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais até à sua consideração na qualidade de meros objetivos, programas ou directivas de política social e económica. Desde logo, nessa disparidade de acolhimento ou de recusa, bem como nos actores estatais de uma e outra atitude, fica patente a raiz das contradições e debilidades dogmáticas que vão acompanhar, até hoje, a história constitucional dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Temos sustentado, e é cada vez mais reconhecido, que os dois grandes filões que têm orientado e marcado o desenvolvimento teórico e dogmático dos direitos fundamentais enquanto garantias jurídico-constitucionais se encontram nos Estados Unidos da América e na Alemanha. Porém, no que se refere aos direitos sociais, eles estão praticamente ausentes quer de uma quer de outra Constituição, o que não deixaria de ter consequências. (NOVAIS, 2010, p. 72)

Além da dificuldade de reconhecimento dos direitos sociais, Novais (2010, p. 87) também argumenta sobre as objeções dogmáticas ao reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais. O autor baseia-se em três argumentos: o fato dos direitos sociais valerem sob reserva do (financeiramente) possível; o fato dos direitos sociais apresentarem uma estrutura de direitos positivos; a indeterminabilidade do conteúdo constitucional dos direitos sociais.

Os direitos sociais se desenvolvem no âmbito dos deveres estatais de promoção. Assim, o Estado tem uma

obrigação jurídica de desenvolver uma atuação positiva de promoção do acesso individual ao bem jusfundamental, de prestação de algo aos titulares do direito em ordem a criar, manter ou incrementar o respectivo acesso aos bens económicos, sociais ou culturais protegidos pelos direitos sociais. (NOVAIS, 2010, p. 189)

Por sua vez, Moraes define direitos sociais da seguinte forma:

São direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de

Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático pelo art. 1º, IV da Constituição Federal. (MORAES, 2002, p. 202)

Em âmbito trabalhista, a Constituição de 1988 garantiu direitos sociais fundamentais aos trabalhadores, no art. 7º. Esses são o mínimo existencial, isto é, um núcleo de direitos que não podem ser revogados por lei infraconstitucional. O *caput* do artigo 7º igualou trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visam a questão social. Ademais, o mesmo artigo tratou do princípio da prevalência da condição mais favorável ao trabalhador. O rol de benesses citadas nos incisos é meramente exemplificativo, pois o legislador afirmou: “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, isto é, qualquer outro direito que favorecer o trabalhador.

Outro aspecto dos direitos sociais que está presente no artigo 7º é a vedação ao retrocesso de direitos sociais. Dessa forma, retroceder gera a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional que reduz ou suprime os direitos.

Assim, o direito do trabalho como direito social, no Brasil, é regido pelo princípio da igualdade e da dignidade humana.

2.5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT)

A Consolidação das Leis do Trabalho foi instituída pelo Decreto-Lei de 1º de maio de 1943, mas entrou em vigor apenas em 10 de novembro de 1943. Esse decreto sistematizou as leis esparsas até então existentes, acrescentando institutos jurídicos novos desenvolvidos por uma comissão de juristas. Insta dizer que a CLT não é um código, mas sim um Decreto-Lei Federal de caráter geral, aplicado a todos os trabalhadores, sem distinção da natureza do trabalho.

A denominada Reforma Trabalhista foi iniciada em 22 de dezembro de 2016, por meio do Projeto de Lei nº 6.787/2016, o qual alterava a redação de alguns artigos ou inseria alguns dispositivos na CLT. Pode-se dizer que a principal modificação foi a instituição da supremacia das normas oriundas de negociação coletiva sobre as leis editadas pelo Estado, prevalecendo, assim, o negociado sobre

o legislado. Sobre o caráter antidemocrático da Reforma Trabalhista, o jurista Carlos Henrique Leite observa:

Essa proposta legislativa de reforma trabalhista não se limitou apenas a alterar o texto da CLT. Na verdade, sob o argumento da necessidade da “modernização” das relações trabalhistas, ela instituiu três princípios de proteção ao Capital (liberdade, segurança jurídica e simplificação), invertendo os valores, os princípios e as regras de proteção ao trabalhador consagrados em diversas normas constitucionais e internacionais. (LEITE, 2019, p. 44)

Ou seja, nota-se que a principal proposta do Reforma Trabalhista não foi modernizar as relações de trabalho para se obter maior proteção aos trabalhadores, mas flexibilizar os princípios e os valores para oferecer maior proteção aos empregadores.

2.6 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DO TRABALHO

Alguns autores interpretam que o Direito do Trabalho está situado no ramo do Direito Público, por ter afeição estatutária, em que não há margem para discussão de cláusulas que regulamentam as relações jurídicas de trabalho entre empregado e empregador, pois todas as condições básicas já estariam fixadas por lei. Acrescenta-se que esses autores sustentam que normas trabalhistas são irrenunciáveis e, dessa forma, possuem um caráter publicista.

Outra corrente sustenta que o Direito do Trabalho pertence ao ramo do Direito Privado, porque as relações trabalhistas surgem por meio de um contrato de trabalho cujas partes são dois particulares, agindo em interesse próprio. Argumentam, também, que o Direito do Trabalho nasceu do Direito Civil e que a intervenção estatal não desfigura seu caráter privado.

Além disso, há juristas que defendem ser o Direito do Trabalho um misto entre o Direito Público e o Direito Privado, pois é tanto constituído por normas de direito público (como a tutela administrativa exercida pelo Ministério do Trabalho) quanto por normas de direito privado (como os contratos de trabalho, acordos e convenções coletivas, entre outras).

A teoria que mais prevalece na atualidade é a do Direito do Trabalho pertencer ao ramo do Direito Privado porque o objeto do qual se ocupa (contrato de trabalho) tem natureza privada. Ademais, ainda que exista uma gama de normas

protetivas ao trabalhador, indisponível e de ordem pública, isso não implica automaticamente na publicização do direito do trabalho, uma vez que outros ramos do Direito também gozam dessa tutela estatal, como no Direito de Família, Direito de Sucessão e Direitos dos Consumidores.

2.7 METODOLOGIA DO DIREITO DO TRABALHO: OBJETO, FUNÇÃO E CARACTERÍSTICAS

O objeto primeiro de estudo do direito do trabalho é a relação jurídica decorrente do trabalho subordinado típico (relação de emprego) e de outras relações de trabalho atípicos (como o avulso, doméstico, rural etc.).

Pode-se dizer, ainda, que o Direito do Trabalho busca firmar certa igualdade jurídica, entre o capital e o trabalho, ao conferir certa superioridade jurídica ao empregado diante do empregador, por causa de sua inferioridade econômica, equilibrando as forças na relação jurídica. Em suma, seu objetivo primordial é construir um conjunto normativo que proporcione o equilíbrio entre os polos da relação trabalhista, promovendo a paz social e o progresso econômico. (LEITE, 2019)

Deve-se considerar que o sistema constitucional brasileiro promoveu os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa como princípios da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da Constituição Federal), ocasionando a constitucionalização desse ramo jurídico.

Segundo Nascimento (2007), o Direito do Trabalho possui função econômica, pois o direito visa a realização de valores econômicos, e as vantagens atribuídas aos trabalhadores carecem de precedido suporte econômico.

A função social é defendida por aqueles que sustentam que o Direito do Trabalho busca enaltecer o valor social do trabalho relativizando, de alguma forma, a ideia de propriedade absoluta e poder hegemônico do empregador. Logo, esse ramo almeja estabelecer normas e condutas que busquem dignificar os trabalhadores, garantindo-lhes qualidade de vida. (LEITE, 2019)

Há aqueles que¹³ defendem a existência da função conservadora porque enxergam o Direito do Trabalho como instrumento de opressão do Estado em favor

¹³ NASCIMENTO, 2007.

da classe patronal, na intenção de dificultar os movimentos operários, ou seja, as leis trabalhistas pretendem disciplinar a liberdade, restringindo a autonomia privada coletiva e contendo as insurgências. (NASCIMENTO, 2007)

A área trabalhista pode ser vista sob a função coordenadora, pois compreende um ramo jurídico que busca a coordenação de interesses do capital e do proletariado. Dessa forma, as leis trabalhistas devem coordenar os interesses contrapostos dos empregadores e dos trabalhadores, levando em conta a hipossuficiência e a vulnerabilidade desses últimos. (LEITE, 2019)

Por fim, a maioria dos autores juslaboralistas nacionais¹⁴ defendem que o Direito do Trabalho possui função tutelar, isto é, esse ramo jurídico visa proteger o trabalhador, uma vez que é a parte mais fraca da relação jurídica. Com isso, o Direito do Trabalho deve estabelecer um arcabouço de princípios, valores e normas jurídicas peculiares destinados a proteger e promover a melhora das condições econômicas, sociais e ambientais do trabalho atinentes ao trabalhador e sua família. Sobre esse tema o jurista Carlos Henrique Bezerra Leite, adepto dessa corrente, observa:

A função tutelar do direito do trabalho visa, enfim, sobretudo sob a perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional, corrigir as desigualdades sociais, econômicas, ambientais e políticas entre os atores representantes do capital e do trabalho, por meio de um sistema normativo de proteção jurídica ao cidadão trabalhador. (LEITE, 2019, p. 62)

Observa-se que a perspectiva cautelar do Direito do Trabalho está em concordância com o diploma constitucional vigente, porquanto os direitos trabalhistas (e suas leis) precisam estabelecer melhores condições aos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º da Constituição Federal).

Segundo a autora Alice Monteiro de Barros, o Direito do Trabalho é caracterizado pelos aspectos: (1) tendência de ampliação crescente, haja vista sua importância econômica e social; (2) trata-se de um direito de reivindicação de classe; (3) possui caráter intervencionista do Estado; (4) possui caráter cosmopolita, pois é influenciado pelas normas internacionais; (5) seus institutos mais típicos são de ordem coletiva ou socializante; (6) é um direito de transição. (BARROS, 2010)

¹⁴ Jorge Luiz Souto Maior, Amauri Mascaro Nascimento e Carlos Henrique Bezerra Leite.

2.8 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Princípio é espécie de norma, assim com as regras; a diferença entra elas residem na estrutura dos direitos que ambas garantem. Regras garantem direitos definitivos e princípios direitos *prima facie*. Assim, os direitos ou deveres, positivados pelos princípios são realizados parcialmente; enquanto os positivados pelas regras devem ser realizados totalmente. Se houver alguma exceção, essa deve ser entendida como parte da própria regra. (SILVA, 2006, p. 25)

Ambas, regras e princípios, possuem a mesma dificuldade de aplicação, logo, a utilização de um ou de outros concede garantias de se obter uma decisão de determinada forma.

Se isso é verdade, quem quer que delibere segundo normas delibera da mesma forma e chamar os princípios para defender certas conclusões práticas não altera em nada o caráter normativo-prescritivo do próprio procedimento. (LOPES, 2003, p. 49)

Por ser mandados de otimização, princípios tendem a ser realizados na maior medida possível, em graus diversos e diante das possibilidades jurídicas e fáticas. Assim, diz que a aplicabilidade dos princípios é feita por sopesamento (“na medida do possível”) e das regras por subsunção.

Sobre o juízo de subsunção, José Reinaldo Lopes observa que se refere a uma técnica empregada no Direito que consiste na forma de subpor um caso individual a um comando geral. A aplicação do juízo de subsunção de um caso é semelhante tanto para os princípios quanto para as regras, sendo um juízo normativo ou prescritivo. Ainda nessa direção, o autor explica:

(...) as regras são identificadas como a lei *stricto sensu*, sendo aplicadas com base no parâmetro do “tudo ou nada”; por sua vez os princípios são mandados de otimização, aplicados na sua máxima forma, conforme o caso concreto, por meio da técnica da ponderação. Antes de serem aplicadas, as regras passam por um juízo de validade ou invalidades, que determinará se elas serão aplicadas ou não; já os princípios são confrontados com outros princípios para que seja feito um juízo de ponderação. (LOPES, 2003, p. 50)

Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, quando se refere ao juízo de subsunção, estabeleque é uma técnica muito empregada no Direito, na qual subpõe-se um caso individual a um comando geral; e, nesse aspecto, tanto para os princípios

quanto para as regras, a aplicação do juízo de subsunção é semelhante a ambos, sendo normativo ou prescritivo.

A diretriz basilar do Direito do Trabalho é promover a tutela do trabalhador, pois, diferentemente do Direito Civil, o trabalhador não goza da mesma igualdade jurídica e econômica que o empregador. A finalidade do direito trabalhista é promover uma igualdade substancial entre as partes.

Essa desigualdade material ocorre no sistema capitalista, pois o capital possui o poder econômico. Sob essa visão, observa-se que o trabalhador adentra na relação trabalhista em desvantagem por inúmeros fatores, como: por ser economicamente vulnerável; por depender do trabalho para sua subsistência e da família submete-se às condições menos dignas do trabalho; por receber sua contraprestação (salário) só após ter efetuado seu trabalho, entre outras. (CASSAR, 2018, p. 172)

Por causa do desequilíbrio existente em relação trabalhista, o princípio da proteção ao trabalhador se consagrou, pois o trabalhador é parte hipossuficiente nesta relação. Por essa razão, o Direito do Trabalho visa compensar essa desproporcionalidade de forças, destinando maior proteção ao trabalhador. O princípio da proteção ao trabalhador clama pela intervenção estatal como ferramenta de limitar a autonomia da vontade das partes, justamente para evitar sonegação e violação dos direitos trabalhistas, considerados fundamentais pela Constituição Federal de 1988. Assim, o Estado legisla e impõe regras mínimas que devem ser seguidas por todos os indivíduos.

Sobre a questão do equilíbrio de interesses, Américo Rodriguez explica:

(...) historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, às mais abusivas e iníquas. (RODRIGUEZ, 1978, p. 40)

Vólia Cassar aponta que os princípios do Direito do Trabalho são perfeitamente aplicáveis à totalidade dos empregados, inclusive aqueles excluídos da tutela da Legislação da Consolidação Trabalhista. (CASSAR, 2018, p. 172) Nesta dissertação usar-se-á a classificação dos princípios em espécie do direito do trabalho assinalados por Cassar, porém, recorrer-se-á a outros doutrinadores que tratam dos princípios de modo semelhante.

Ainda no que tange o princípio da proteção ao trabalhador, há forte debate para saber se esse princípio é gênero, e dele derivam os demais princípios; ou se é uma espécie de princípio. Américo Rodriguez defende que o Princípio da Proteção ao Trabalhador é gênero, que se divide em três partes: “princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador; princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador; e princípio da interpretação *in dubio, pro misero*”. (RODRIGUEZ, 1978, p. 41)

Por causa da crise econômica, social e política pela qual o Brasil está passando (IPEA, 2021), nota-se a presença de movimentos destinados a diminuir a proteção ao trabalhador. Há quem defenda, inclusive, a extinção dos princípios tutelares e a omissão do Estado no tocante à matéria trabalhista. Essa nova realidade pode ser observada pelas jurisprudências e súmulas mais recentes nos tribunais trabalhistas, que não mais pregam pela proteção do trabalhador como outrora. Ademais, a Reforma Trabalhista, implantada pela Lei nº 13.467/2017, promoveu modificações profundas acarretando a redução desses direitos. A tendência é prestigiar a autonomia da vontade, desconsiderando, assim, a condição de vulnerabilidade do trabalhador. (CASSAR, 2018, p. 173)

Ao privilegiar a autonomia da vontade e retirar a importância do Estado na proteção ao trabalhador, demove do Estado a proteção social. Como tratado anteriormente, o Estado tem a obrigação jurídica de atuar de modo positivo no quesito referente aos direitos sociais.

2.8.1 Dos Princípios em Espécie do Direito do Trabalho

2.8.1.1 Princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador

O princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador estabelece que a circunstância habitual mais vantajosa ao trabalhador prevaleça sobre situação geral, independentemente se decorrente de contrato de trabalho, norma coletiva, lei, ou regimento interno do empregador. Ou seja,

(...) todo tratamento favorável ao trabalhador, concedido tacitamente e de modo habitual, prevalece, não podendo ser suprimido, porque incorpora ao patrimônio do trabalhador, com cláusula contratual tacitamente ajustada. (CASSAR, 2018, p. 173)

Caso a benesse seja concedida expressamente (como cláusula contratual), dispensa-se o requisito da habitualidade.

O princípio também está positivado no artigo 468, *caput*, da CLT e em Súmula 51, I, do TST, que assevera: “As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”. Resende observa que não é possível afastar a ideia de que esse princípio seja aplicado às vantagens estabelecidas em cláusulas contratuais ou regulamentares, não podendo ser aplicado a:

a vantagens asseguradas por preceito de lei, cuja obrigatoriedade coincide com a vigência do dispositivo legal (podendo ser revogada a qualquer momento por outra lei, conforme Súmula 51 do TST); a sentenças normativas e instrumentos coletivos de trabalho, sendo que estes últimos vigem pelo prazo estabelecido (conforme art. 614, § 3º, da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017). (RESENDE, 2020, p. 34)

Tem-se como sustentáculo a regra constitucional do direito adquirido, previsto no inciso XXXVI, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, e da inalterabilidade contratual *in pejus*, contida no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943.

Caso tenha o contrato de trabalho estabelecido uma jornada das 08h00min às 17h00min, de segunda-feira a sexta-feira, com uma 01h00min de intervalo intrajornada, totalizando 8 horas por dia. Porém, nos últimos anos, o empregador permitiu que o empregado cumprisse jornada de 6 horas diárias. Assim, ao permitir que o empregado usufrua dessa condição mais benéfica (menor jornada de trabalho), o empregador se vinculou ao cumprimento dessa nova condição mais favorável, tacitamente ajustada por partes e habitualmente exercida. Logo, se porventura o empregado labore além da sexta hora, considerar-se-á como hora extraordinária.

Pode-se observar, portanto, que para aplicar o princípio da condição mais benéfica ao trabalhador é necessário a conformação de quatro elementos fundamentais, a saber: condição mais favorável ao trabalhador; habitualidade na concessão da benesse, salvo se o benefício for concedido expressamente; concessão voluntária e incondicional; e a ausência de impedimento legal para sua incorporação.

Quanto à condição mais favorável, é possível asseverar que a concessão de uma utilidade ou benefício dado pelo empregador ao trabalhador apenas será

considerado benéfico se não violar as regras gerais do Direito do Trabalho, seus princípios e os bons costumes, nem provoque prejuízos diretos ou indiretos ao trabalhador. (CASSAR, 2018, p. 174)

A averiguação da condição mais favorável é feita no caso concreto. O intérprete deve verificar o bem-estar do empregado (saúde mental, física e social) e não suas preferências pessoais. Logo, caso o empregador forneça, ainda que habitualmente, cigarros e bebidas ao empregado, esta condição não incorporará ao patrimônio do empregado, pois refere-se a produtos maléficis ao bem-estar do trabalhador, ainda que para ele seja vantajoso.

O Tribunal Superior do Trabalho sumulou: não considerar o cigarro como salário de utilidade em face de sua nocividade à saúde (Súmula 367, II, do TST). A legislação trabalhista também veda a remuneração por meio de bebidas alcoólicas ou drogas nocivas (art. 458, *caput*, da CLT).

Outras alterações consideradas mais benéficas são: alteração da jornada de trabalho de 12 horas de trabalho por 36 de descanso (limitadas a 192 horas mensais) para jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais; ou a alteração da jornada em turnos ininterruptos de revezamento de 6 horas diárias e 36 horas semanais, para turnos fixos de 8 horas diárias e 44 horas semanais.

Vale apontar que a opção espontânea do trabalhador por um plano de cargos e salários não gera incorporação das benesses previstas no plano anterior, pois, se houver “a coexistência de dois regulamentos, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do outro sistema” (Súmula 51, II, do TST).

O trabalho noturno, insalubre, perigoso ou extraordinário é considerado nocivo ao trabalhador. Assim, a supressão dessas condições nocivas é considerada situação mais benéfica, ainda que importe em redução da remuneração por causa da perda de adicional noturno, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade ou horas extras. (CASSAR, 2018; RESENDE, 2020)

Tratando da habitualidade na concessão do benefício, uma vez que o empregador expressamente se compromete a fornecer um benefício ao trabalhador, automaticamente o avençado incorpora no patrimônio do operário. Porém, quando a concessão se dá por meio de cláusula tácita é necessário a habitualidade na concessão para que haja a incorporação do benefício.

Entende-se por habitual uma prática que se repete no tempo. Assim, caso o empregador conceda o benefício por um curto período, não se considera que a concessão foi tacitamente ajustada. Todavia, se o tratamento mais vantajoso se prolongar no tempo, a benesse será incorporada ao patrimônio do empregado porque houve ajuste contratual tácito e, logo, não pode ser suprimida

Sobre a concessão voluntária e incondicionada, os benefícios concedidos por força de convenção coletiva ou sentença normativa, por exemplo, vigoram apenas até seu respectivo período de vigência, portanto, não são incorporadas de forma definitiva ao contrato de trabalho. Então, finitos os efeitos da norma coletiva ou sentença, o empregador poderá cessar também as benesses contidas nela.

Américo Plá Rodriguez observa que o empregador poderá revogar a benesse que foi concedida por causa de uma situação temporária e extraordinária quando esta situação terminar. Assim, somente as benesses criadas de forma voluntária e de forma definitiva podem ser consideradas para análise das condições mais favoráveis. É possível exemplificar com o seguinte caso: o empregado que ocupa cargo de confiança com pagamento da respectiva gratificação, quando for destituído da função de confiança, perderá a gratificação, pois ela não incorpora ao seu patrimônio, haja vista o caráter de transitoriedade dessa benesse.

(...) Muitas vezes, as condições mais favoráveis são meramente provisórias e fugazes, em consequência ou do desempenho interino de um cargo, ou de algum acontecimento extraordinário que origina uma sobrecarga circunstancial de trabalho. (...) Se, na prática, os fatos demonstram que se tratava de um benefício meramente transitório, uma vez finda a situação que o originou, pode ser tornado sem efeito. (RODRIGUEZ, 1978, p. 63)

De um lado, há a nulidade das cláusulas que subordinam a condição puramente potestativa. De outro, há validade das cláusulas que subordinam a concessão de benefícios à condição puramente potestativa, desde que, implantada, restabelece a situação anterior, não importando em alteração prejudicial ao empregado. (CASSAR, 2018, p. 178)

As cláusulas potestativas subordinam a eficácia de negócio jurídico a um acontecimento da vontade humana. As cláusulas potestativas podem ser: puras, quando dependem do puro arbítrio do declarante; ou simples, quando subordinada a fato externo.

Por fim, na inexistência de impedimento legal, mesmo que haja preenchimento dos requisitos acima, a lei pode proibir a incorporação de um benefício, se o procedimento utilizado macular norma infraconstitucional ou constitucional. Ou seja, há possibilidades em que a lei veda a incorporação da benesse ao contrato. Exemplifica-se com o seguinte caso: é vedado aos empregados públicos da administração pública direta ou indireta pretender a equiparação salarial de qualquer natureza para efeitos de remuneração pessoal (OJ 297 da SDI-I do TST).

Quanto às exceções ao princípio da prevalência da condição mais favorável ao trabalhador, a jurisprudência trabalhista tem mitigado esse princípio por causa do movimento de flexibilização das regras trabalhistas. Citam-se os entendimentos: OJ 159 da SDI-I do TST, quando altera-se a data de pagamento pelo empregador; OJ 297 da SDI-I do TST, quando veda-se a equiparação salarial de servidor público; OJ 308 da SDI-I do TST, sobre a volta da jornada de trabalho do servidor público; OJ 325 da SDI-I do TST, quando o aumento real pode ser reduzido mediante participação do sindicato em negociação; Súmula 51, I, do TST e Súmula 51, I, do TST.

Dessa forma, conforme os entendimentos acima, fica claro o enfraquecimento do princípio em favor de regras trabalhistas.

2.8.1.2 Princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador

Quando se analisa o princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, deve-se pressupor que há um conflito entre normas que podem ser aplicadas. Dessa forma, opta-se pela norma mais favorável, sem considerar a hierarquia de normas. Isto é, fuge-se da regra geral do direito que ensina a aplicação da norma de grau superior; e, entre as de mesma hierarquia, a que foi promulgada e publicada por último; ou, a especial e não a geral.

Em direito do trabalho usa-se a norma mais favorável ao trabalhador, quando estiver acima do mínimo legal. Resende (2020) explica que não o princípio não é aplicado diante de normas proibitivas estatais, ou seja, quando há fixação de prazos prescricionais (ar. 7º, XXIX, Constituição Federal), em hipóteses de prevalência do negociado sobre o legislado (artigos 611-A e 611-B da CLT), e quando há a hipótese de sobreposição de normas coletivas (conflito entre ACT e CCT, conforme o artigo 620 da CLT).

Se as normas forem autônomas, isto é, elaboradas sem a participação do Estado, usa-se o crivo de comparação segundo as teorias: atomistas, conglobamento e intermediária. Vólia Cassar explica:

Atomista é o critério de interpretação e integração de normas que leva em conta os benefícios isolados contidos em cada uma, aglutinando-os, acumulando-os numa só. A segunda teoria (conglobamento) se preocupa com a norma como um todo, respeitando seu conjunto. Aplica exclusivamente, após o confronto, aquela norma mais favorável ao trabalhador, em seu bloco, ignorando a outra. A teoria intermediária, por sua vez, não faz a interpretação somando os benefícios isolados de ambas as normas, nem ignorando uma norma em prol da outra, em seu conjunto. Seleciona os institutos existentes entre as duas normas para cotejá-los e, a partir daí, escolher exclusivamente o capítulo mais benéfico de cada norma para aplicá-lo ao trabalhador e soma as normas por grupos e categorias. (CASSAR, 2018, p. 43)

Considera-se que quando houver o conflito entre a norma autônoma e a heterônoma, ou entre duas heterônomas, utiliza-se a teoria atomista.

Resende, porém, usa outros critérios para a comparação entre as teorias, mais precisamente, cinco: teoria da acumulação, teoria do conglobamento, teoria do conglobamento orgânico ou por instituto, teoria da adequação e teoria da escolha da norma mais recente. O autor as explica da seguinte forma:

- a) Teoria da acumulação: seleciona-se, em cada uma das normas comparadas, os dispositivos mais favoráveis ao trabalhador;
- b) Teoria do conglobamento: toma-se a norma mais favorável a partir do confronto em bloco das normas objeto de comparação, isto é, busca-se o conjunto normativo mais favorável;
- c) Teoria do conglobamento orgânico ou por instituto: extrai-se a norma aplicável a partir de comparação parcial entre grupos homogêneos de matérias, de uma e de outra norma. Esta teoria é mencionada por Alice Monteiro de Barros como a utilizada pelo ordenamento brasileiro, a partir da menção ao disposto no art. 3º, II, da Lei nº 7.064/19829;
- d) Teoria da adequação: considera-se o diploma normativo mais adequado à realidade concreta. Ex.: uma convenção coletiva prevê grandes vantagens a determinada categoria, dada a existência, na base territorial, de grandes empresas atuando no ramo. Diante da insuficiência econômica de uma pequena empresa do mesmo ramo, esta pactua com o sindicato da categoria profissional um acordo coletivo de trabalho com vantagens adequadas à sua realidade. Neste caso, dever-se-ia escolher o acordo coletivo, pois é adequado ao fato social. Parece-me que o legislador caminhou neste sentido ao dar nova redação ao art. 620 da CLT (Lei nº 13.467/2017);
- e) Teoria da escolha da norma mais recente: advoga que a negociação coletiva se dá a partir do fato social, que muda constantemente. Dessa maneira, a norma aplicável seria sempre a mais recente, pois consentânea com o fato social atual. (RESENDE, 2020, p. 28)

Sobre os critérios de conglobamento e de acumulação, Delgado (2015) observa que o uso do critério da acumulação não é sustentável do ponto de vista científico, pois desconsidera a noção de direito como sistema e deixa a solução do conflito totalmente dependente do juiz. O conglobamento seria o critério mais adequado para a identificação da norma mais favorável, pois compara sistematicamente as normas aplicáveis ao caso.

Sobre a subdivisão da teoria do conglobamento, a jurisprudência acolhe o critério, mas sem subdivisão, da mesma forma que Delgado (2015) e Cassar (2018).

Com a vigência da Lei nº 13.467/2017, os critérios de identificação da norma mais favorável se tornaram fundamentais, principalmente nos casos de conflitos entre norma de direito interno e norma internacional ratificada, como o confronto no caso de férias entre a CLT e a Convenção nº 132 da OIT. Resende também explica que:

Não obstante, é importante frisar que, se existem duas normas aplicáveis, sendo uma autônoma (norma coletiva) e outra heterônoma (lei), e desde que esta última verse sobre uma das matérias arroladas no art. 611-B da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017, haverá que se utilizar o critério da acumulação, pois, em relação a tais matérias, as leis trabalhistas são imperativas, não admitindo observância parcial ou derrogações. Desse modo, aplicar-se-á a lei, como patamar civilizatório mínimo, e as cláusulas mais benéficas da norma coletiva. (RESENDE, 2020, p. 28)

Cassar, como dito anteriormente, usa a nomenclatura do critério atomista e não a nomenclatura de critério de acumulação. Porém, voltando à doutrina de Resende, em caso da fonte heterônoma trata de alguma matéria mencionada no artigo 611-A da CLT, tendo como hipótese que a norma coletiva tem prevalência sobre a lei; então, o autor argumenta que utiliza-se a teoria da adequação.

2.8.1.3 Princípio *in dubio pro misero* ou *in dubio pro operario*

Neste princípio também deve prevalecer a ideia central de princípio da proteção ao trabalhador. O intérprete da lei, se estiver perante uma norma que possa possuir mais de uma interpretação, deve escolher a que for mais favorável ao trabalhador, considerando que ele é o ente mais fraco da relação. Isto é, se o exegeta tiver dúvida sobre a interpretação da norma, deverá optar pela que for benéfica ao hipossuficiente, ou seja, ao trabalhador. Vólia Cassar observa:

O princípio em estudo não se aplica para valoração da prova, para julgamento, pois é princípio de direito material. A nova regra contida no art. 8º, § 2º, da CLT, impedindo o Judiciário Trabalhista, através das Súmulas e enunciados de jurisprudência, de criarem ou restringirem direitos, não abalou o princípio *in dubio pro misero*, pois este constitui método de interpretação e integração da lei. (CASSAR, 2018, p. 46)

Assim, embora a reforma trabalhista (promovida pela Lei nº 13.467, de 13 de junho de 2017) tenha suprimido direitos trabalhistas basilares (como horas *in itinere*, possibilidade de contrato de trabalho intermitente, entre outros), o princípio *in dubio pro misero* permaneceu inabalável, pois orbita a seara do direito material no tocante à hermenêutica jurídica no caso de ambiguidade, obscuridade ou omissão legislativa.

Porém, a lei conhecida como Lei de Liberdade Econômica, nº 13.874/2019, deve ser analisada em âmbito trabalhista quando estabelece no artigo 1º, § 1º, sua aplicação e quando assevera: “interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas”. (art. 1º, § 2º) Com isso, ela pretendeu substituir a proteção do hipossuficiente pela proteção do investimento financeiro, subvertendo todo o sistema protetivo. (RESENDE, 2020)

2.8.1.4 Princípio da primazia da realidade

No direito do trabalho considera-se a prevalência dos fatos sobre as formas. Isto é, o que sucedeu e não o que foi escrito. Isso ocorre para proteger o trabalhador, pois o empregador pode, em tese, fazer que o empregado subscreva documentos não condizentes aos fatos e contrários ao interesse. O princípio pondera que o trabalhador pode se sujeitar ao empregador, submeter-se às ordens, e até abdicar de seus direitos. “Preocupado com esse fato, o princípio, inspirado no direito civil (art. 112 do CC), preconiza que a intenção, a verdade é mais importante do que a formalidade”. (CASSAR, 2018, p. 47) A CLT no artigo 9º estabelece: “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Cassar argumenta que a reforma de 2017 alterou o cenário mais favorável ao trabalhador. Pois o ajustado individualmente ou coletivamente passou a prevalecer,

mesmo se o contrato ou a norma coletiva for menos favorável ou distinta da realidade.

A autora aponta casos da reforma trabalhista como exceção a esse princípio:

a) Para que um empregado seja enquadrado como trabalhador intermitente basta que celebre por escrito contrato de trabalho intermitente com o patrão, mesmo que inicialmente trabalhe de forma continuada (art. 452-A da CLT). O trabalho intermitente é desfavorável ao empregado, pois ficará aguardando a convocação para o trabalho e enfrentará períodos de inatividade e estes não serão considerados como tempo à disposição, o que contraria o art. 4º da CLT;

b) O contrato de trabalho que indique que o empregado é um teletrabalhador (art. 75-C da CLT) o afasta do Capítulo “Da Duração do Trabalho” (art. 62, III, da CLT). Mesmo que controlado e fiscalizado não terá direito às horas extras, noturnas e intervalo intrajornada. Neste caso, não prevalece a realidade (controle, fiscalização e labor extra comprovado). Mesmo sendo uma espécie de trabalhador externo, o art. 75-B da CLT informa que o teletrabalhador que executa seus serviços fora do estabelecimento do patrão não é considerado empregado externo. Uma inversão da realidade e da lógica;

c) Empregado cuja função é apontada na norma coletiva como de confiança nos moldes do art. 62, II, da CLT. Mesmo que não exerça de fato função de confiança intensa estará excluído do Capítulo “Da Duração do Trabalho”, pois a norma coletiva se sobrepõe à lei e não poderá o juiz questionar seu conteúdo, salvo de violar a Constituição ou o art. 104 do CC (art. 8º, § 3º, da CLT);

d) Prestação de horas extras habituais não descaracteriza o ajuste de compensação de jornada, na forma do parágrafo único do art. 59-B da CLT. Ora, se existe um contrato para compensar a jornada e se este não é cumprido porque o empregado habitualmente faz horas extras no dia da compensação, deveria prevalecer a realidade (o não cumprimento do acordo), mas a lei, alterando o entendimento da jurisprudência (Súmula 85 do TST) pugna pela validade do acordado (compensação) sobre a realidade;

e) Considerar os feriados trabalhados como compensados nas jornadas de 12x36 horas é prevalecer a lei sobre a realidade, pois de fato não são compensados, pois trabalham o mesmo número de dias que nos meses que não têm feriado – art. 59-A da CLT;

f) Prevalência das cláusulas contratuais sobre a realidade, desde que versem sobre os direitos previstos no art. 611-A da CLT e desde que seja portador de diploma de curso superior e que perceba igual ou mais que duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência – art. 444, parágrafo único, da CLT. (...);

g) Prevalência do termo de quitação da parcela feito com a chancela no sindicato mesmo que não tenha havido pagamento da parcela – art. 507-B da CLT. Não concordamos com a tese, apesar de defendida por alguns, pois não se quita o que não foi pago. O simples carimbo do sindicato noticiando a quitação de verbas trabalhistas não tem o condão de liberar da guarda dos recibos de pagamento. A mesma tese pode ser aplicada ao termo de conciliação efetuado na CCP (Comissão de Conciliação Prévia – parágrafo único do art. 625-D da CLT). (CASSAR, 2018, p. 48-49)

Assim, é possível observar como o princípio da primazia da realidade sofreu um desmonte em 2017.

O princípio possui grande utilidade, principalmente, diante de tentativas de mascarar a realidade quando perante casos de vínculo empregatício. Apesar do

desmonte ocorrido com a reforma de 2017, ele precisa ser cada vez mais lembrado pelos operadores do direito, pois, como a lei passou a legitimar situações adversas, pode-se configurar fraude na relação de emprego. Resende exemplifica a questão:

a terceirização de atividade-fim, expressamente autorizada pela Lei nº 13.467/2017, continua tendo sua regularidade condicionada à inexistência de personalidade e subordinação com o tomador dos serviços (salvo, como sempre foi, na hipótese de trabalho temporário). Existindo personalidade e subordinação com o tomador, a terceirização será declarada ilegal, com fundamento no princípio da primazia da realidade, pois estarão presentes, de fato, entre trabalhador e tomador dos serviços, os requisitos caracterizadores da relação de emprego estabelecidos pelos artigos 3º e 2º da CLT. (RESENDE, 2020, p. 31)

Dessa forma, cabe ao operador do direito observar o princípio da primazia da realidade com base no mencionado artigo 9º da CLT.

2.8.1.5 Princípio da integralidade, da intangibilidade e da irredutibilidade salarial

A irredutibilidade salarial está estabelecida no art. 7º, VI, da Constituição Federal de 1988 e no art. 468 da CLT. Outras normas e dispositivos corroboram com esse princípio, a saber: prazo para pagamento dos salários (art. 459 e 466 da CLT); modo e local para pagamento dos salários (art. 465 da CLT); vedação a descontos indevidos (art. 462 da CLT); impenhorabilidade dos salários como regra (art. 833, IV, do CPC/2015); preferência dos créditos trabalhistas no caso de falência do empregador (Lei nº 11.101/2005). O princípio da integralidade observa que o empregador não pode diminuir o montante do salário do empregado. A exceção ocorre se houver autorização em convenção ou acordo coletivo. A integralidade corresponde à proteção dos salários contra descontos que não são estabelecidos em lei. Dessa forma, as exceções estão estabelecidas em leis como: “o pagamento de prestação alimentícia, a dedução de imposto de renda, a contribuição previdenciária, a contribuição sindical, os empréstimos bancários, as utilidades e outros”. (CASSAR, 2018, p. 50) A intangibilidade visa proteger o trabalho contra a penhora, com exceção se houver lei em contrário.

O trabalhador não pode ter seu salário reduzido a não ser se houver acordo coletivo ou convenção coletiva. Isso porque o princípio em análise busca garantir a estabilidade econômica do trabalhador.

Porém, é possível, do ponto de vista legal, haver a redução salarial conforme o art. 503 da CLT, a Lei 4.923/65 (art. 2º) e pelo Programa de Proteção ao Emprego – Lei 13.189/2015, hoje denominado de Programa Seguro-Emprego, prorrogado pela MP 761/2016. Ademais, o art. 611-A da CLT autorizou a ampla flexibilização, enumerou as matérias que podem ser negociadas e inseriu no *caput* a expressão “entre outros”. Isso ampliou o rol de direitos submetidos à negociação coletiva.

Na Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, há uma exceção ao princípio da irredutibilidade salarial, quando se afirma que (“salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”), assim, é uma hipótese de ponderação dos interesses diante da colisão de princípios. Resende explica o caso com o seguinte exemplo:

uma determinada empresa, por algum motivo relevante e justificável, atravessa sérias dificuldades financeiras, sendo que não tem como manter sua plena produção e, conseqüentemente, como pagar os salários dos seus empregados nos próximos três meses. Diante de tal hipótese, restam à empresa duas alternativas: demitir todos os seus empregados ou tentar reduzir a folha de pagamento, a fim de contornar a crise e evitar as demissões. No caso, há colisão do princípio da irredutibilidade salarial com o princípio da continuidade da relação de emprego, bem como com o princípio da continuidade da empresa. Sopesando os princípios em colisão, e naturalmente com a devida participação da entidade sindical representativa dos empregados, que velará pelos interesses dos obreiros, talvez a redução temporária dos salários possa garantir a continuidade da relação de emprego de todos os empregados, constituindo solução menos desfavorável que a demissão em massa. (RESENDE, 2020, p. 35)

Em períodos críticos da pandemia de Covid-19, em que foram feitos lockdowns, muitas empresas se socorreram a essa prática para não fechar. Inclusive, o Estado ofereceu o Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, isto é:

O Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda – BEm 2021 é destinado a trabalhadores que formalizaram acordo com os seus empregadores, durante o período da pandemia da COVID-19, para suspensão do contrato de trabalho ou redução proporcional de jornada de trabalho e de salário nos termos da Medida Provisória – MP nº 1.045, de 27 de abril de 2021. (CAIXA, 2021)

O benefício foi dado aos trabalhadores que acordaram com a redução da jornada de trabalho e do salário; com a suspensão temporária do contrato de trabalho. Então, foi destinado a quem tinha vínculo empregatício. Foi útil ao empregador que

conseguiu manter a saúde financeira da empresa e ao empregado que teve o apoio do Estado para que a não houvesse tanta perda salarial, a jornada e os salários puderam ser reduzidos em 25%, 50% ou 70%.

2.8.1.6 Princípio da continuidade da relação de emprego

Espera que a relação de emprego deva ser duradoura, pela própria natureza humana que visa o equilíbrio e a estabilidade das relações em sociedade. Parte-se do pressuposto que o empregado, quando começa a trabalhar, quer permanecer por tempo indefinido no emprego. Por isso, como regra geral, o prazo do contrato deve ser indeterminado.

Ao presumir que o trabalhador não quer sair do emprego e também conjugando isso ao fato do contrato de trabalho ser de trato sucessivo, estabelece-se que o ônus de comprovar o motivo e a data da saída do trabalhador do trabalho, deve ser do empregador. Esse princípio pode estar baseado no art. 7º, I, da Constituição Federal, revelando seu caráter constitucional.

Quando fixado um contrato intermitente, observa-se a exceção ao princípio da continuidade. Pois o empregado alterna períodos em que está dentro e períodos em que está fora do mercado de trabalho. O que pode lhe trazer instabilidade. Resende observa o seguinte sobre a Súmula 212 do TST:

Despedimento – Ônus da prova (mantida). Res. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21.11.2003. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. Em outras palavras, sempre que o contrato tiver sido pactuado por prazo determinado, esta circunstância deve ser provada, a fim de afastar a presunção de indeterminação de prazo decorrente do princípio da continuidade. (RESENDE, 2020, p. 33)

O princípio ressalta a importância da relação de trabalho duradoura, pois o ser humano precisa do trabalho para sobreviver, mas contratos por prazo determinado possuem previsibilidade legal.

2.8.1.7 Princípio da continuidade da empresa, ou da preservação da empresa, ou função social da empresa

Este princípio ganhou importância no Brasil com o artigo 170 da Constituição Federal de 1988. Percebeu-se que a empresa é uma das formas de propriedade, então, possui sua função social.

É preciso considerar o papel da empresa na sociedade, pois ela gera emprego, desenvolvimento econômico e é responsável pelo setor produtivo. Grande parte da população depende, de alguma forma, das empresas,

seja por meio dos empregos que cria, das receitas fiscais e parafiscais que o Estado por intermédio dela arrecada, seja por meio dos serviços ou bens que produz e faz circular, e do desenvolvimento que proporciona. (CASSAR, 2018, p. 53)

Visa-se, com esse princípio, a sobrevivência da empresa em caso de risco de extinção. A manutenção da empresa deve atender ao interesse coletivo na medida em que é geradora de empregos, tributos, produtos e funciona como propulsora de desenvolvimento. É possível estudar o princípio pelo viés dos interesses que devem ser protegidos. Assim, há duas finalidades da função social, a saber: como incentivadora do exercício da empresa e como condicionadora de tal exercício.

À empresa não cabe funções típicas do Poder Público, como cuidar de políticas públicas, da diminuição do desemprego, da preservação do meio ambiente e da erradicação da pobreza. Dessa forma, a função social da empresa:

dirige-se aos casos em que esta, ao contratar, dê preferência, de acordo com os percentuais estabelecidos em lei, aos deficientes físicos ou às minorias; que trate com urbanidade e condições salubres seus empregados, que diminua os riscos inerentes ao trabalho, que respeite os direitos trabalhistas; que não discrimine seus empregados na admissão, no curso do contrato ou na demissão, nem discrimine o trabalhador em virtude de sexo, cor, idade, raça, etc. (CASSAR, 2018, p. 54)

A empresa possui interesses internos, que correspondem à observância por parte do empresário dos direitos dos trabalhadores, conforme art. 170, VIII, da Constituição Federal.

Aqui também é possível resgatar o exemplo do Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, de 2021, pois auxiliou na saúde financeira da empresa, uma vez que o Estado ficou responsável pelo pagamento do salário.

2.8.1.8 Princípio da inalterabilidade contratual *in pejus*

Partindo do princípio de que o contrato faz lei entre as partes, pois ambas devem cumprir o estabelecido e não podem alterar livremente as cláusulas durante a sua duração. Na área trabalhista:

a livre manifestação de vontade é mitigada, pois a autonomia das partes, ao ajustarem as cláusulas contratuais, está vinculada aos limites da lei. Conclui-se, pois, que as partes podem pactuar cláusulas iguais ou melhores (para o empregado) que a lei, mas nunca contra ou em condições menos favoráveis que as previstas na lei ou nas normas coletivas vigentes (art. 444 da CLT). (CASSAR, 2018, p. 56)

Assim, como decorrência do princípio da proteção, a CLT proibiu a alteração contratual, mesmo que de ambas as partes, quando for prejudicial ao trabalhador. As alterações unilaterais e bilaterais que não tragam prejuízo ao trabalhador serão válidas. É sabido que não cabe ao direito do trabalho, em regra, cláusula civilista da revisão dos contratos, inclusive considerando que “os riscos do empreendimento cabem exclusivamente ao empregador, nos termos do art. 2º, *caput*, da CLT”. (RESENDE, 2020, p. 33)

Porém, há exceções ao princípio da inalterabilidade contratual, tais como: art. 468, § 1º, da CLT possibilita a reversão do empregado no cargo de confiança ao cargo efetivo; art. 469 da CLT faculta a transferência unilateral do trabalhador de alguns cargos em caso de fechamento do estabelecimento; art. 475 c/c o art. 461, § 4º, da CLT permite o rebaixamento do empregado nos casos em que a Previdência Social recomende a sua readaptação; fim do efeito ultrativo – art. 614 da CLT; *ius variandi*, o empregador tem o poder diretivo do contrato de trabalho em casos de mudança do horário de trabalho, mudança do local da prestação de serviços, possibilidade de exigir do empregado atribuições compatíveis com a função exercida – art. 456, parágrafo único, da CLT, mudança de uniforme, e, alteração da nomenclatura do cargo (sem causar prejuízos); flexibilização dos direitos trabalhistas por normas coletivas ou quando prevista em lei – art. 611-A da CLT.

Sobre o *ius variandi*, é possível também observar que

o princípio da inalterabilidade contratual é mitigado pelo chamado *jus variandi* conferido ao empregador em decorrência do poder diretivo. O *jus variandi* torna lícito ao empregador efetuar pequenas alterações não

substanciais no contrato de trabalho, de forma a melhor organizar, sob critérios objetivos, o seu empreendimento. São permitidas, em geral, alterações do horário de trabalho, definição da cor e do modelo do uniforme dos empregados, entre outras. O importante é que essas alterações não atinjam o núcleo das cláusulas contratuais, causando prejuízo ao empregado. (RESENDE, 2020, p. 34)

Ademais, a reforma trabalhista de 2017 permitiu alterações contratuais, ainda que prejudiciais ao empregado, como as apontadas:

- a) Possibilidade de alteração do contrato, que antes era executado de forma presencial, para telepresencial – teletrabalho, mediante ajuste escrito – art. 75-C da CLT e alteração unilateral do trabalho telepresencial para presencial, mediante aviso prévio de 15 dias;
- b) Autorização indireta para alteração do trabalho contínuo para trabalho intermitente, desde que por ajuste escrito – art. 452-A da CLT;
- c) Redução ou supressão ampla de direitos pela flexibilização dos direitos trabalhistas através das normas coletivas (art. 611-A da CLT);
- d) Supressão da gratificação de função de confiança mesmo após dez anos, caso o empregado seja revertido ao cargo efetivo – art. 468, § 2º, da CLT;
- e) Autorização de renúncia ou transação feita por empregado que ganhe salário igual ou maior que duas vezes o valor máximo do benefício previdenciário e possua diploma de curso superior em relação aos direitos previstos nas normas coletivas ou acerca dos direitos previstos no art. 611-A da CLT (parágrafo único do art. 444 da CLT);
- f) Supressão do auxílio alimentação, diárias de viagem, ajudas de custo ou do prêmio por determinação do empregador que os concedia por liberalidade – art. 457, § 2º, da CLT. O artigo é expresso ao afirmar que tais benesses, mesmo que habitualmente concedidas, não incorporam ao contrato. (CASSAR, 2018, p. 59-60)

Dessa forma, após 11 de novembro de 2017, deve-se aplicar a lei 13.467, tanto naquilo que favorece quanto no que for prejudicial ao empregado, ressalvando o direito adquirido. Há o seguinte exemplo:

se o empregado vinha recebendo horas *in itinere*, deixará de recebê-las após a reforma para o trajeto percorrido em transporte fornecido pelo patrão após a vigência da lei. Se adquiriu férias de 18 dias pelo contrato por tempo parcial que mantinha com o patrão antes da Reforma, usufruirá, depois da reforma, de férias de 18 dias após a reforma, mesmo tendo sido revogado o art. 130-A da CLT. Da mesma forma, se completou dez anos na função de confiança antes da reforma e só foi revertido à função depois de 11.11.2017, não perderá a respectiva gratificação de função de confiança, mas se só completou dez anos na função de confiança depois da reforma, perderá a gratificação. (CASSAR, 2018, p. 61)

Delgado faz um particularização e assevera sobre o princípio da intangibilidade contratual objetiva:

Tal diretriz acentuaria que o conteúdo do contrato empregatício não poderia ser modificado (como já ressaltado pelo princípio da inalterabilidade contratual lesiva) mesmo que ocorresse efetiva mudança no plano do sujeito empresarial. Ou seja, a mudança subjetiva perpetrada (no sujeito-empregador) não seria apta a produzir mudança no corpo do contrato (em seus direitos e obrigações, inclusive passados). Trata-se da sucessão trabalhista, como se percebe (também conhecida como alteração subjetiva do contrato de trabalho). O contrato de trabalho seria intangível, do ponto de vista objetivo, embora mutável do ponto de vista subjetivo, desde que a mudança envolvesse apenas o sujeito-empregador. (DELGADO, 2015, p. 190)

Observa-se que são vedadas as alterações no contrato de trabalho que possam trazer prejuízo ao empregado. Porém, depois de 2017, houve uma maior permissividade sobre o princípio.

2.8.1.9 Princípio da irrenunciabilidade e da intransacionalidade

O empregado não pode, de modo geral, antes de ser admitido, no decorrer do contrato ou após o seu término renunciar ou transacionar direitos trabalhistas, seja de modo expresso, seja de modo tácito. Esses direitos devem ser, em regra, irrenunciáveis, indisponíveis e inderrogáveis. Isso porque os direitos trabalhistas são de ordem pública, são cogentes, imperativos, isto é, irrenunciáveis e intransacionáveis. Na CLT, em seu artigo 9º, está estabelecido que todo ato que busca “desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação de direitos de natureza trabalhista, previstos em lei”, é estabelecido como nulo. Ademais, o art. 468 da CLT estabelece como nula toda alteração contratual que cause prejuízo ao trabalhador.

Há distinções entre a renúncia e a transação. A primeira caracteriza-se por: declaração unilateral de vontade, atinge direito certo e atual, e tem como efeito a extinção do direito atingido. A segunda é: bilateral, incide sobre direito duvidoso (ainda não adquirido), e pressupõe concessões recíprocas e extingue a obrigação.

Sobre a possibilidade de o trabalhador renunciar ou transacionar validamente, algumas exceções são encontradas e cada doutrinador aponta uma vertente ou possibilidade. De modo amplo, há cinco interpretações:

I- quando se defende não haver renúncia e transação de direitos previstos em lei, com exceção de quando a própria lei autorizar; II- quando não se admite ‘haver renúncia e transação aos direitos previstos em lei, salvo quando a própria lei autorizar; quanto àqueles previstos em norma de ordem privada, a alteração só poderá ocorrer se não causar prejuízo ao trabalhador, exceto

quando a própria lei autorizar'; III- quando os direitos trabalhistas são classificados em direitos de indisponibilidade absoluta ou de indisponibilidade relativa. Os defensores desta corrente julgam que só os direitos de disponibilidade relativa podem ser transacionados e/ou renunciados; IV- Esta posição é adotada por alguns tribunais, que estabelecem que tudo pode ser possível por meio de acordo coletivo ou convenção coletiva, em face da flexibilização autorizada pela Constituição Federal de 1988. Consideram que depois que a Constituição autorizou a redução salarial por via negocial, logo, a mesma coisa pode ser autorizada por norma coletiva. Isso foi fortalecido pela reforma trabalhista que ampliou a flexibilização no art. 611-A da CLT; V- há a tese minoritária que argumenta que o empregado pode renunciar aos seus direitos em juízo, isto é, qualquer renúncia seria válida diante de um juiz do trabalho, mesmo fora dos tribunais. (CASSAR, 2018, p. 64)

Contrariando o princípio da irrenunciabilidade e da intransacionalidade, a reforma trabalhista estabeleceu em seu artigo 507-A, da CLT, que sejam disponíveis todos os direitos trabalhistas dos empregados que recebem mais que o teto, autorizando que qualquer lide decorrente do contrato de emprego possa ser resolvida por meio da arbitragem. Este assunto será debatido de modo mais detalhado no terceiro capítulo da dissertação, mas não era possível passar despercebida a sua contrariedade ao princípio. É preciso destacar as incertezas e a confusão principiológica causada pela reforma trabalhista:

passamos a ter muitas incertezas acerca da aplicação do princípio da irrenunciabilidade, ao passo que o legislador alargou sobremaneira as exceções legais, praticamente as tornando regra. A utilização da arbitragem individual e a livre estipulação de cláusulas contratuais por empregados agora considerados hiperssuficientes (respectivamente, art. 507-A e 444, parágrafo único, da CLT) são exemplos da desordem principiológica advinda da *Reforma Trabalhista de 2017*. Somente com o tempo (alguns anos, provavelmente) teremos a acomodação necessária sobre a matéria, notadamente a partir da evolução da jurisprudência. (RESENDE, 2020, p. 36)

Dessa forma, é fundamental considerar os princípios e como as cortes, os legisladores, os doutrinadores e os operadores jurídicos lidam com eles. Ao mesmo tempo, é preciso considerar como fica a parte hipossuficiente da relação, o trabalhador, pois ele deve ser amparado em primeiro lugar.

3 A RELAÇÃO DE EMPREGO: ATUAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NA PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES

A relação jurídica é o vértice do Direito, por meio dela se firmam os princípios, as regras e os institutos jurídicos, cuja finalidade é disciplinar o negócio jurídico e o objeto que vincula as partes. (FERRAZ JÚNIOR, 2008) Sobre a importância da relação jurídica para o Direito, Mauricio Godinho Delgado observa que:

Ao lado desse caráter geral magnetizador, a relação jurídica ocupa posição de destaque em cada um dos ramos jurídicos especializados. Na verdade, a especialização desse ramo surge exatamente à medida que lhes desponta uma relação jurídica específica, hábil a deflagar a necessidade de formulação e desenvolvimento de princípios, regras e institutos jurídicos que sejam compatíveis e referenciados a essas relações sugeridas. A particularidade das reações jurídicas próprias ao Direito Tributário, Direito Comercial, Direito Penal, Direito Civil (...) é que irá justificar a construção de características teóricas e normativas tão distintivas para cada um dos clássicos ramos que compõem os universos jurídicos hoje. No segmento justalabalhista, esse núcleo básico centra-se na relação de trabalho, mais propriamente na relação de emprego. (DELGADO, 2015, p. 295)

Para a ciência jurídica, há diferença entre relação de trabalho e relação de emprego. Alice Monteiro de Barros (2010) diferencia: a relação de trabalho é gênero, no qual estão enquadradas todas as relações jurídicas envolvendo o trabalho humano; a relação de emprego é uma espécie de relação trabalhista, com regulamento específico e próprio, inconfundível com as demais modalidades de trabalho (como o trabalho eventual, temporário, autônomo, estágio, entre outros).

No mesmo sentido, Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento (2015) afirmam que a relação de trabalho tem caráter genérico, pois consubstancia o labor humano, visto que trabalho é atividade inerente à pessoa humana. A relação de emprego é uma espécie que compõe, junto com outras espécies, a relação de trabalho.

Por causa da particularidade da relação de emprego, que tem desproporcionalidade de força entre o empregado e o empregador, Vólia Cassar (2018) afirma que o legislador traçou regras mínimas para a formação dos contratos de emprego, o que limitou o princípio da autonomia da vontade:¹⁵

¹⁵ De modo geral, o princípio da autonomia da vontade consiste na liberdade que as pessoas têm para contratar, com quem quiserem, e sobre o que quiserem. Porém, apesar dessa liberdade, é

Preocupado com a possibilidade dos abusos do poder econômico do empregador no momento de contratar, o legislador trabalhista foi rigoroso na regulamentação dos direitos dos empregados. Por isso, o contrato de trabalho tem suas regras mínimas impostas por lei, uma vez que os contratantes não possuem igualdade econômica como acontece, via de regra, nos contratos de natureza civil, em que qualquer direito pode ser ajustado ante a livre autonomia da vontade (partes patrimonialmente iguais). Como é sabido, estas regras impostas pela lei são de ordem pública, cogentes e imperativas. Logo, as partes não podem dispor. Tal fato limita sobremaneira a autônoma de vontade dos contratantes, reduzindo a capacidade de ajustar. (CASSAR, 2018, p. 241)

O trabalho empregatício é, atualmente, a relação jurídica mais utilizada dentro da dinâmica capitalista. Nos períodos anteriores ao século XIX, predominava o trabalho não livre, de modo servil ou escravo. Na sociedade industrial urbana surgiu o trabalho livre, mas subordinado. (LEITE, 2019) Sobre essa questão, Amauri Mascaro Nascimento (2011) observa:

O direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias, que, com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes. A necessidade de dotar a ordem jurídica de uma disciplina para reger as relações individuais e coletivas de trabalho cresceu no envolvimento das “coisas novas” e das “ideias novas”, como passamos a mostrar. (NASCIMENTO, 2011, p. 33)

As relações trabalhistas possuem alta relevância política e social. Justamente para tutelar essas relações jurídicas, foi criada, em 1919, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), uma pessoa jurídica regida pelo direito internacional, cujo objetivo é estabelecer diretrizes e acordos internacionais sobre direitos trabalhistas, integrando-os aos sistemas jurídicos nacionais e orientando o trabalho justo nos Estados Contratantes. (ALMEIDA; GOMES, 2022)

Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possuía, até 2021, cerca de 30,6 milhões de relações de empregos formalizadas, regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas. (ALVARENGA, 2021) Assim, por causa da importância da relação de emprego para a economia e para a sociedade

preciso observar as denominadas cláusulas gerais que preveem a observância da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da supremacia da ordem pública. (TARTUCE, 2018)

brasileira, importante aprofundar o estudo sobre os elementos característicos da relação jurídica de emprego.

3.1 OS ELEMENTOS JURÍDICO-FORMAIS DO CONTRATO DE EMPREGO

Antes do século XX, a relação de emprego seguia as tendências civis, conforme as teorias contratualistas tradicionais. Por volta do século XX, a ciência jurídica buscou romper com essa concepção civil, dando origem à teoria contratualista moderna, de modo mais equilibrada e complexa. Porém, ainda que houvesse a independência entre as áreas, o contrato de trabalho obedece às regras civilistas para sua criação. (MORAIS FILHO, 1944)

No estudo sobre o contrato de trabalho, é possível verificar a existência de teorias contratualistas tradicionais e teorias denominadas de contratualistas modernas.

As teorias modernas do contrato de trabalho são: teoria do arrendamento; teoria da compra e venda; teoria do mandato; e teoria da sociedade ou da empresa.

A teoria do arrendamento é uma construção do Direito Romano, na qual o contrato empregatício corresponderia a uma espécie de arrendamento ou locação de serviços, pelo qual uma das partes colocaria seu trabalho à disposição da outra (*locatio operarum*). Tal teoria foi adotada pelo Código Napoleônico (1804) e pelo Código Civil Brasileiro, de 1916. Atualmente, essa teoria encontra-se superada, pois inexistem no contrato empregatício a separação do trabalhador e o objeto do contrato (prestação de trabalho), ao contrário do que ocorre na locação (separação entre locador e coisa). (CASSAR, 2018)

A teoria da compra e venda surgiu por volta do século XIX, por construção do jurista Pothier. Entendia-se a relação empregatícia como uma relação de compra e venda porque o empregado venderia sua força de trabalho em troca de uma contraprestação do empregador (salário), reduzindo a força de trabalho como mera mercadoria. Segundo Maurício Godinho Delgado (2015), essa teoria também caiu em desuso, pois, na relação de emprego, não há ruptura entre o elemento alienado (força de trabalho) e seu prestador (empregado), como ocorre na relação de compra e venda. Ademais, o contrato empregatício é contínuo; já a compra e venda é

nitidamente concentrada no tempo. Por fim, a relação de emprego é uma obrigação de fazer, já a compra e venda é uma obrigação de dar.

A teoria do mandato defende que a relação de trabalho consiste numa relação de mandato, na qual o empregado atuaria como mandatário de seu empregador. Cassar (2018) entende que essa teoria é equivocada porque a relação jurídica empregatícia não transfere necessariamente poderes do empregador ou empregado, inclusive pode até mesmo acentuar a subordinação. Ademais:

como regra geral, não está presente, entre empregado e empregador, a fidúcia (confiança) que caracteriza o contrato de mandato. Ainda que existente tal fidúcia, nem sempre a mesma se traduzirá em transferência de poderes ao empregado. Por fim, o mandato pode ser gratuito, ao passo que a relação de emprego é sempre onerosa. (RESENDE, 2020, p. 89)

A teoria da sociedade ou da empresa determina que a relação de emprego seria uma forma de contrato societário *sui generis*. Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2019), não se afirma a relação empregatícia constituindo uma forma de contrato de sociedade, pois há subordinação do empregado em relação ao empregador, visto que isso não ocorre entre os sócios. Ademais, não há divisão de lucros e prejuízos entre as partes, pois o empregador assume o risco de seu empreendimento.

As teorias acontratualistas se dissociam do entendimento de que o contrato de emprego seja, em sentido estrito, um contrato de fato. Há duas correntes predominantes: a teoria da relação de trabalho e a teoria institucionalista.

A teoria da relação de trabalho entende que a vontade (liberdade) não constitui papel significativo e necessário na criação e desenvolvimento da relação empregatícia. Desse modo, a relação jurídica empregatícia seria uma situação jurídica objetiva, consistindo em mera prestação de serviços subordinados, independentemente do ato ou causa de sua origem; portanto, basta a existência do vínculo para o surgimento de direitos e obrigações. (CASSAR, 2018)

Por sua vez, a teoria institucionalista entende que a relação empregatícia consiste em vínculo jurídico em que a vontade não desempenha papel relevante. A empresa é entendida como uma instituição, com autonomia e dinâmica diversa de seus integrantes. Ela impõe objetivamente aos empregados tarefas e obrigações. (CASSAR, 2018; RESENDE, 2020)

Há uma terceira teoria, considerada contemporânea, que modernizou a teoria contratualista. Para essa corrente, a relação jurídica de emprego é um fenômeno moderno, dado que anteriormente a relação de trabalho consistia em relação servil ou escrava. Atualmente, compreende-se a relação de emprego tem natureza contratual, porém distinta da órbita do civil. Refere-se a uma obrigação de fazer realizada por uma pessoa humana, com não eventualidade, onerosidade, de modo subordinado e com personalidade, características que distinguem o contrato empregatício de outros contratos de fazer. (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2019)

Alice Monteiro Barros (2010) explica que, para que haja validade e extensão dos efeitos jurídicos da relação empregatícia é necessário a presença dos elementos jurídicos-formais, a saber: a capacidade das partes contratantes;¹⁶ a licitude do objeto contratado; a forma contratual prescrita ou não defesa em lei; e a manifestação livre e consciente da vontade das partes. Esses são elementos presentes na tradicional legislação civil brasileira, conforme disciplinado pelo artigo 104 do Código Civil.

Quando se fala em capacidade, trata-se da capacidade dos contratantes de agir, em geral, para os atos da vida civil. Assim, os contratantes devem ter plena capacidade ou estarem devidamente representados ou assistidos. A licitude do objeto contratado consiste naquele objeto que não fere a lei, a moral e os bons costumes, traduzindo-se em uma prestação de dar, fazer ou não fazer. O ordenamento jurídico pátrio prega pela forma livre de elaboração dos contratos, porém, para a relação de emprego, a lei determina a anotação do vínculo na Carteira de Trabalho e na Previdência Social (CTPS) do empregado. Por fim, a manifestação livre e consciente da vontade traduz que o contrato deve ser livre e espontâneo, abrangendo três aspectos essenciais: o acordo sobre a existência e natureza do contrato; o objeto do contrato; e as cláusulas que o compõem. (TARTUCE, 2018)

Para que a relação jurídica seja considerada como uma relação de emprego, o artigo 3º da CLT positiva cinco elementos fáticos-jurídicos, a saber:

¹⁶ Em relação à contratação de crianças e adolescentes, é proibido a contratação de menores de 16 anos, salvo em caso de menor aprendiz (art. 7º, XXXIII, da CF). Também é proibido a contratação de menores de 18 anos nas atividades enumeradas na Lista TIP, regulada pelo Decreto nº 6.481/2008, conforme a Convenção nº 182 da OIT. Havendo irregularidades contratuais, deverá ser paga todas as prestações cabíveis ao empregado e extingue-se imediatamente o vínculo empregatício.

trabalho desenvolvido por uma pessoa física, com personalidade, de modo não eventual, com contraprestação (onerosidade) e com subordinação.

O trabalhador deve ser uma pessoa natural; já o empregador pode ser uma pessoa jurídica ou natural. Na prática, é possível encontrar simulações em que pessoas naturais se utilizam de pessoa jurídica para encobrir a prestação efetiva de serviços por uma pessoa natural, desviando-se, desse modo, dos encargos das relações de emprego. (BARROS, 2010) Portanto, o empregado jamais poderá ser uma pessoa jurídica porque esta não

(...) poderá executar o próprio trabalho, fazendo-o por meio de pessoas físicas, e porque o direito do trabalho protege o trabalhador como ser humano e pela energia de trabalho que desenvolve na prestação de serviços. (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2015, p. 486)

Sobre o requisito da personalidade, o trabalho prestado por uma pessoa física não necessariamente significa que ele é prestado com personalidade.

Há, porém, situações em que a substituição do trabalhador não desqualifica a personalidade da relação, desde que essa substituição seja eventual e consentida, ou em caso de férias, ou afastamento ou licença.¹⁷ Como se trata de um contrato de personalidade, os direitos trabalhistas não se transmitem aos herdeiros; porém, em relação aos empregadores, não há personalidade, pois é plenamente possível que um empregador substitua o outro na relação empregatícia; pode haver a chamada sucessão trabalhistas, como previsto nos artigos 10 e 448 da CLT.

A não eventualidade está baseada no princípio da continuidade da relação de emprego, o trabalho prestado deve ter caráter permanente, ainda que por curto período, e não deve ser esporádico. Alice Monteiro Barros (2010, p. 202) ensina que o trabalho eventual “(...) não se insere no âmbito das atividades normais de uma empresa (...)”. As principais teorias que tratam sobre a eventualidade são: a teoria da descontinuidade; a teoria do evento; a teoria dos fins do empreendimento; a teoria da fixação jurídica do tomador.

A teoria da descontinuidade considera que é eventual o trabalho descontínuo e ininterrupto, que se fraciona no tempo, sem fluidez temporal. Essa

¹⁷ No caso de substituição, Maurício Godinho (2015) ensina que o substituto deverá ser beneficiado, ainda que temporariamente, pelas vantagens inerentes do cargo ocupado, conforme previsto no artigo 450 da CLT e na Súmula 159 do TST.

teoria não foi recepcionada pela CLT. (DELGADO, 2015) A teoria do evento considera como eventual o trabalho recrutado por um determinado e específico fato, com duração esporádica, isto é, que dependa de um acontecimento incerto ou fortuito. (CASSAR, 2018) A teoria dos fins do empreendimento considera como eventual o trabalho realizado sem fins normais da empresa, sendo esporádico e de curta duração, destinado a atender uma necessidade momentânea. (DELGADO, 2015) A teoria da fixação jurídica ao tomador considera como eventual o trabalhador que não tem um único trabalho fixo. Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento (2014, p. 315) afirmam que

(...) é o trabalhador que, embora exercitado continuamente e em caráter profissional, o é para destinatários que variam no tempo, de tal modo que se torna impossível a fixação jurídica do trabalhador em relação a qualquer um deles

Baseando-se nas teorias acima, a eventualidade está marcada pelas seguintes características: descontinuidade da prestação de trabalho, sem permanência; não fixação jurídica, com pluralidade de tomadores; a curta duração; a natureza do trabalho concernente a evento certo, determinado e episódico; e trabalho prestado não corresponde aos padrões dos fins normais da empresa.

Sobre a onerosidade, o contrato de trabalho é bilateral, sinalagmático e oneroso por natureza. Logo, há prestações e contraprestações, na qual o empregado vende sua força de trabalho em troca de um salário pago pelo empregador. No plano objetivo, a onerosidade se personifica pelo pagamento de um salário ao empregado, que pode ser na forma de dinheiro ou utilidades, como previsto no artigo 458, da CLT. Sobre o tempo, pode ser pago em dias, semana, quinzena ou mês, na forma do artigo 459 da CLT, podendo ser calculado de acordo com modalidades fixas ou fórmulas, com base no artigo 483, alínea “g”, da CLT.

No plano subjetivo, a onerosidade se mostra por meio da intenção contra prestativa, pela intenção econômica, com intuito de auferir ganhos econômicos pelo trabalho prestado. É importante a investigação subjetiva para se descobrir as servidões disfarçadas.

Sobre esse requisito, observa-se:

O que impediria a formação do liame empregatício seria o fato de, pelos motivos vistos, a parte prestar seus serviços de forma gratuitas ou correr o risco de sua atividade, injetando capital para investir no seu trabalho ou trabalhando por caridade, sem qualquer contraprestação. (CASSAR, 2018, p. 266)

A subordinação consiste num estado de obediência ou dependência para com uma relação hierárquica de valores, cargos, funções ou posições, na qual o empregado compromete-se a acolher o poder de comando do empregador. Sob o aspecto objetivo, a subordinação recai sobre o modo de relação do trabalho e não sobre o empregado. Para a visão subjetiva, a subordinação recai sobre a figura do empregado, o que cria um estado de sujeição, por esse aspecto passivo, essa teoria não foi acatada pela CLT. (LEITE, 2019)

Em relação à natureza, a subordinação é considerada um fenômeno jurídico, que possui três dimensões, segundo Homero Batista Silva (2019): dimensão clássica, objetiva e estrutural.

A dimensão clássica considera a subordinação como uma situação jurídica na qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial; ela manifesta-se pelas ordens do empregador sobre o trabalhador. A dimensão objetiva entende a subordinação como a integração do empregado nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, seja por um vínculo de participação integrativa, ou por uma relação de coordenação. A dimensão estrutural consiste na inserção do trabalhador na estrutura dinâmica do empreendimento, independentemente de receber ordens diretas, mas ele acolhe toda dinâmica organizacional e o funcionamento. (SILVA, 2019)

O trabalhador subordinado, que tradicionalmente se submete às ordens do empregador ao longo de seu serviço, o trabalhador que realiza os objetivos do empreendimento, mesmo sem receber ordens diretas da chefia, e o trabalhador que mesmo sem realizar os objetivos do empreendimento (atividades-meio ou atividades-fim), acoplam-se estruturalmente à organização e dinâmica operacional da empresa.

Alice Monteiro Barros (2010) afirma que há o instituto da parasubordinação, de criação do direito italiano. É uma nomenclatura dada aos trabalhadores dentro de uma relação de coordenação que possuem, ainda que de modo tênue, uma subordinação. Vólia Bomfim Cassar (2018, p. 258) entende que a parasubordinação

é “(...) sinônimo de subordinação e designa o estado de sujeição do trabalhador que não é empregado, podendo ser autônomo, eventual, ou de qualquer espécie”.

Do outro polo da relação empregatícia há o empregador. Segundo o artigo 2º da CLT, ele é aquele que investe num empreendimento, possuindo os riscos dos negócios, contratando empregados para a realização de serviços para perseguir a finalidade da empresa. (BRASIL, 1943) Sobre o conceito de empregador, Homero Batista Silva (2019, p. 35) comenta que a forma mais segura de se definir a figura do empregador é por meio da figura do empregado:

Como o empregado é uma pessoa física passível de ser definida com alguns atributos, conforme delineamento do art. 3º da CLT, pode-se afirmar que empregador é aquele que admite trabalhadores como empregados. Ou seja, pode haver vários tipos de trabalhadores, mas onde houver um trabalhador-empregado, ali haverá um empregador. Pode-se alegar que a definição ficou a reboque da outra, mas cientificamente não existe nenhuma outra solução precisa. (...) E, como reforço de argumento, o conceito ajuda a entender por que se diz que empresa é o destinatário dos direitos – o objeto do direito –, e não necessariamente o personagem principal – o sujeito do direito. A empresa é o empreendimento, a atividade desempenhada, a empreita, a tarefa, e não propriamente uma pessoa jurídica regularmente constituída. Reitere-se que a forma mais segura de definir empregador é considerá-lo qualquer ente que contrate trabalhadores como empregados. (SILVA, 2019, p. 35)

Conforme é possível observar no art. 2º da CLT – “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” – há três verbos: admitir, assalar e dirigir. Com isso, o empregador possui algumas responsabilidades de modo unilateral. Mas, quando o trabalhador concorre com os riscos de um determinado empreendimento, ele pode não ser um empregado, talvez um autônomo, dependendo das circunstâncias. Silva também explica:

O direito do trabalho convive harmoniosamente com a possibilidade de o empregado auferir parte dos lucros do empregador – com forma de aprimoramento das relações trabalhistas ou de envolvimento maior dos empregados nos objetivos do empregador –, mas jamais poder ser chamado a concorrer com os prejuízos da empreita. Não há paradoxo nessa afirmação, pois as relações trabalhistas são e serão essencialmente assimétricas, com a retenção do poder diretivo nas mãos do empregador. (SILVA, 2019, p. 35)

Por essa razão, o empregador é responsável por disciplinar as condições e as formas de trabalho e fiscalizar o correto cumprimento das tarefas, podendo punir

o empregado, dentro da lei, quando este não cumpre com suas tarefas, por meio de advertência, suspensão e justa causa. Além do mais, o empregador é aquele que assume os riscos do empreendimento, que “(...) não podem ser transferidos para o empregado, como corre na falência, na concordada e quando da edição de planos governamentais”. (MARTINS, 2012, p. 200)

Maurício Godinho Delgado (2015) explica que o poder diretivo do empregador, decorrente do artigo 2º da CLT, é formado, basicamente, pela coalisão de três tipos de poderes: de gestão ou organização, de controle e disciplinar. O poder de organização ou de gestão diz respeito ao direito do empregador de organizar seu empreendimento, que decorre do direito de propriedade. Dentro desse poder, o empregador encontra a possibilidade de regulamentar o funcionamento e a gestão do seu empreendimento e do trabalho realizado. (BARROS, 2010)

O poder de controle é a possibilidade do empregador de controlar e fiscalizar as atividades dos empregados. Sérgio Pinto Martins (2012, p. 217) observa que é necessário “(...) tomar cuidado de não fazer controle vexatório e quanto a dados pessoais do empregado, pois um dos princípios da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana”. Nesse aspecto, a intimidade, a honra, a vida privada e a imagem do trabalhador são direitos invioláveis e constitucionalmente resguardados, sendo assegurado ao obreiro o direito à indenização por danos materiais e morais em caso de violação.¹⁸

Sobre a natureza jurídica do poder disciplinar do empregador, Mauricio Godinho Delgado (2015) destaca que há quatro correntes que buscam definir seus aspectos, a saber: negativista, penalista, civilista e administrativista.

A corrente penalista entende que o poder punitivo não se trata em direito de punir no sentido estrito do termo, pois apenas o Estado tem o poder e o direito de julgar e penalizar os indivíduos por suas condutas e faltas. O que se admite é o direito do empregador de aplicar sanções ao empregado, quando este incorrer em faltas,

¹⁸ Ainda sobre o poder de fiscalizar, Sérgio Pinto Martins (2012, p. 218) considera lícita (... a instalação de câmeras ou microfones no local de trabalho para fiscalizar o empregado, desde que não violem a intimidade do trabalhador, nem sejam vexatórios. Será vedado ao empregador utilizar de tais mecanismos em locais de intimidade do empregado, como em banheiros, vestiários etc. Logo, também será possível o monitoramento do computador do empregado no horário de serviço.” Também considera lícita a verificação das caixas de e-mail corporativo e outros aparelhos pertencentes ao empregador.

como advertências, suspensão e, em último grau, a dispensa por justa causa. (DELGADO, 2015)

A corrente penalista defende que o poder disciplinar do empregador se assemelha ao poder punitivo do Estado porque ambos buscam corrigir condutas reprováveis e assegurar a ordem. Entretanto, o empregador não pode aplicar penas restritivas de liberdades e vexatórias, nem multas. Além do mais, o empregador pode “perdoar” a falta do empregado, o que não ocorre no Direito Penal. (DELGADO, 2015)

A corrente civilista ou contratualista defende que as sanções aplicadas não são de natureza penal, mas sim de natureza civil, decorrentes de um contrato. Sérgio Pinto Martins (2012, p. 219) observa que “(...) as sanções disciplinares estariam equiparadas às sanções civis, como se fossem cláusulas penais.” Contudo, as sanções civis buscam indenizar uma pessoa pelo prejuízo causado por outro, isto é, restabelecer a situação patrimonial do ofendido. “O objetivo da sanção disciplinar é impor ordem e disciplina no ambiente de trabalho”. (MARTINS, 2012, p. 219) Portanto, “as sanções disciplinares dizem respeito a qualquer falta cometida no âmbito da empresa, enquanto a sanção civil decorre quase exclusivamente do inadimplemento do contrato”. (MARTINS, 2012, p. 219) No mesmo sentido, Flávio Tartuce (2018) ensina que a sanção civil, instrumentalizada por meio de cláusulas penais, tem por objetivo recompor um dano causado à esfera patrimonial de um dos contratantes, não possuindo efeito pedagógico ou moral.

A corrente administrativa advoga que o poder disciplinar é derivado do poder de direção do empregador. Essa teoria entende que a empresa é uma instituição, semelhante ao ente público e, dessa forma, o empregador pode instituir em seu regimento interno sanções disciplinares ao empregado. (LEITE, 2019)

Sérgio Pinto Martins (2012) adverte que o poder de punição ou disciplinar deve ser exercido com razoabilidade e boa-fé, pois o intuito da punição é pedagógico e não punitivo no sentido estrito. Caso a pena esteja em desacordo com a finalidade será considerada abuso ou excesso de poder.

Sobre a limitação do poder diretivo do empregador, Daniele Parmegiane e José Eduardo Lourenço dos Santos afirmam que:

O poder de direção da atividade econômica pelo empregador é uma forma de direcionar as atividades do empregado conforme as finalidades da empresa, contudo, não se trata de um direito absoluto, isto é, não é ilimitado, pois o empregado não é obrigado a cumprir ordens ilegais e os limites do poder de

direção estão na própria Constituição Federal, na lei, na norma coletiva, na boa-fé, no exercício regular do direito, e caso o negócio jurídico seja irregular será ilícito conforme artigo 188, inciso I do Código Civil. (PARMEGIANE; SANTOS, 2018, p. 62)

Em virtude dos poderes inerentes ao empregador e da situação de dependência econômica do empregado, esse se coloca em uma situação desfavorável frente ao empregador, o que gera desequilíbrio na relação jurídica, caracterizando, assim, uma relação jurídica de hipossuficiência.

3.2 VÍNCULO EMPREGATÍCIO: A RELAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA

Em essência, a relação de emprego é assimétrica do ponto de vista socioeconômico, pois, de um lado está o empregador, que é o proprietário do capital e dos meios de produção; e no outro polo, estão os trabalhadores que fornecem a força de trabalho em troca de remuneração. Por conta desse desequilíbrio de forças, é necessário a interferência estatal nessa relação hipossuficiente, justamente para tutelar a parte mais vulnerável da relação por meio da criação de um sistema normativo composto de princípios e regras garantistas e da possibilidade de reivindicação desses direitos por meio do acesso à justiça. (SCHIAVI, 2016)

Justamente para tutelar a parte hipossuficiente dessa relação e reestabelecer o equilíbrio de forças, o Direito do Trabalho criou baluartes jurídicos que regem as relações de emprego, conferindo ao empregador um conjunto de direitos que objetivam amenizar as desigualdades.

Para Américo Plá Rodriguez (2000) o princípio protetor dos hipossuficientes está firmado em três princípios básicos, que são: o princípio do *in dubio pro operario*, o princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador e o princípio da condição mais benéfica ao trabalhador.

O princípio do *in dubio pro operariu* ou *pro miseru* dispõe que quando o contexto jurídico laboral acarretar dúvidas quanto o seu sentido e alcance, o intérprete deverá buscar a solução mais favorável ao trabalhador.¹⁹ Arnaldo Sussekind (2008,

¹⁹ Leonardo José Peixoto Leal e Cinthia Meneses Maia (2018) comenta que o princípio do *in dubio pro misero* não se choca com o princípio do juiz natural, pois esse princípio está restrito à atividade hermenêutica da norma jurídica e não à atividade judicante ou à figura do juiz, que deve manter sua imparcialidade.

p. 129) comenta que esse princípio “(...) aconselha o intérprete a escolher, entre duas ou mais interpretações viáveis, a mais favorável ao trabalhador, desde que não afronte a nítida manifestação do legislador, nem se trate de matéria probatória”.

Do mesmo modo, Augusto César Leite de Carvalho afirma que esse princípio é uma técnica de interpretação, que deve ser utilizada quando há dúvida em relação à hermenêutica de uma norma jurídica:

Sobre a regra *in dubio pro operario*, devemos frisar que se trata de técnica de interpretação: quando a norma permite interpretação dúbia ou mais de uma interpretação, deve prevalecer aquela que aproveita ao trabalhador. É importante lembrar que o direito do trabalho surgiu como uma técnica de proteção ao obreiro que, por ser economicamente hipossuficiente, estava por ajustar condições indignas de trabalho, aviltantes para o ser humano. Em princípio, toda norma trabalhista parte desse mesmo pressuposto e, se mais de um sentido lhe couber, é de preferir-se aquele que justifica a sua existência, ou seja, privilegia-se a exegese que se mostra apta a oferecer uma condição mais justa de trabalho. (CARVALHO, 2011, p. 56-57)

O princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador estipula que o julgador deve aplicar a norma mais benéfica ao trabalhador, independentemente de sua posição hierárquica.²⁰ No tocante à hierarquização das normas trabalhistas, Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento (2019, p. 334) sustentam que prevalece o costume sobre a norma quando aquele for mais benéfico ao trabalhador, salvo no caso de disposição de ordem pública:

No direito trabalhista, o princípio de hierarquia é diferente. Por tal razão, também particular será o problema. Entendemos que, se prevalece a norma mais favorável ao trabalhador, salvo disposições de ordem pública, por consequência é possível a aplicação de um costume, ainda que *contra legem*. Basta que se estipulem vantagens maiores para o trabalhador e que a lei em referência não seja imperativa. Por exemplo, se uma empresa costuma conceder aos empregados, anualmente, nas épocas de festas de fim de ano, paralisação remunerada dos serviços entre os dias 23 de dezembro e 2 de janeiro, sem prejuízo das férias, essa norma de conduta será plenamente aplicável em juízo, não obstante a existência de uma lei regulando o repouso anual em termos diferentes. De outro lado, se numa empresa os trabalhadores, por força de costume, não usam os instrumentos de proteção contra acidentes do trabalho, estaremos diante de um costume que fere disposições legais de infortunistica, de ordem pública, portanto inaplicável. (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2019, p. 334)

²⁰ A Reforma Trabalhista, introduzida pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, mitigou esse princípio porque especificou no artigo 620 da CLT que a prevalência das cláusulas previstas em acordo coletivo prevalecerá sobre as disposições previstas em convenção coletiva, independentemente se esta for mais benéfica que aquela. (BRASIL, 1943)

O princípio da prevalência da condição mais benéfica tem, em sua essência, as mesmas propriedades dos outros dois baluartes; a diferença reside no fato de que este princípio diz respeito às cláusulas contratuais. Observa-se que:

(...) toda circunstância mais vantajosa em que o empregado se encontra habitualmente prevalecerá sobre a situação anterior, seja oriunda da lei, do contrato, do regimento interno ou norma coletiva. Todo tratamento favorável ao trabalhador, concedido tacitamente e de modo habitual, prevalece, não podendo ser suprimido, porque incorporado ao patrimônio do trabalhador, como cláusula contratual tacitamente ajustada – art. 468 da CLT. Se concedido expressamente, o requisito da habitualidade é desnecessário, pois a benesse é cláusula contratual ajustada pelas partes, não podendo o empregador descumprir o pacto. (CASSAR, 2018, p. 173)

Assim, o princípio da proteção visa conferir aos trabalhadores

um grau mínimo de direitos que, se não forem observados, colocam em xeque a dignidade humana. Esse princípio é um verdadeiro caráter orientativo que não se fundamenta num propósito de igualdade. (OLIVEIRA, 2017, p. 98)

Pelo contrário, seu objetivo é estabelecer uma tutela preferencial ao trabalhador, que é a parte hipossuficiente da relação²¹. Ademais, esse princípio tem como sustentáculo o princípio constitucional do direito adquirido, previsto no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, que proíbe a revogação de direitos e garantias já conquistadas, como modo de evitar o retrocesso social. (DELGADO, 2015)

3.3 A PRIMAZIA DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

O Direito do Trabalho tem como um de seus princípios estruturantes e norteadores a indisponibilidade de direitos trabalhistas por parte do empregado. Entretanto, o Direito não inibe a

²¹ Ainda sobre o princípio protetor, Flávia Paiva Medeiros de Oliveira (2017, p. 98) comenta que "(...) os direitos trabalhistas preconizados nos ordenamentos jurídicos ocidentais possuem, notadamente, na América Hispânica, Portugal, Espanha, França, Alemanha e Itália, sempre um caráter de normas de direito mínimo necessário, insuscetíveis de serem afastadas pela vontade das partes implicadas no processo produtivo".

supressão de direitos trabalhistas em face do exercício, pelo devedor trabalhista, de prerrogativa legal (como arguição de prescrição) ou em face do não exercício, pelo credor trabalhista, de prerrogativa legal ou convencional (como no caso da decadência). (GODINHO, 2015, p. 232)

Assim, a decadência e a prescrição ensejam na supressão de direitos sem se chocar com o princípio da indisponibilidade de direitos.

Maria Hemília Fonseca considera que o direito ao trabalho e os direitos trabalhistas possuem, além do aspecto fundamental, uma característica complexa, pois apresentam uma dimensão individual e coletiva, simultaneamente.

Segundo as diretrizes traçadas pelo nosso ordenamento, este direito [ao trabalho] apresente uma dimensão individual que se conecta ao contrato de trabalho em suas diversas modalidades, e uma dimensão coletiva que fica integrada ao campo da política de pleno emprego, especialmente ao das políticas públicas de trabalho e emprego, podendo envolver, nestas duas vertentes, interesses transindividuais (ou de grupos). [...] Na vertente individual do direito ao trabalho, há prevalência de mecanismos jurídicos, eis que ele se vincula ao contrato de trabalho. [...]. Já na dimensão coletiva, os mecanismos de efetivação se voltam para o campo das políticas públicas de trabalho e emprego, pois elas podem se mostrar eficientes instrumentos na busca da empregabilidade ou pleno emprego. Mas não se pode afastar a aplicação de mecanismos jurídicos nesta vertente, tendo em vista que a atuação dos poderes públicos não é livre e irrestrita, principalmente quando se trata da concretização de um direito fundamental. (FONSECA, 2006, p. 258-259)

Sobre as formas de modificação dos direitos, Flávio Tartuce (2018) apresenta quatro alternativas: renúncia, ato bilateral, por meio do qual a parte se despoja de direitos; transação, ato bilateral ou plurilateral, por meio do qual se convencionam direitos e obrigações entre as partes acordantes; composição, consiste num ato bilateral ou plurilateral por meio do reconhecimento de titularidades de direitos obrigações entre os acordantes; e, conciliação, se trata de um ato jurídico por meio do qual as partes litigantes, sob intervenção da autoridade jurisdicional, ajustam uma solução para o caso concreto. (TARTUCE, 2018)

Sérgio Pinto Martins (2012) afirma que o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas é uma forma de proteger o trabalhador contra atos coercitivos do empregador para que renuncie aos seus direitos, tornando inválido o ato de renúncia.

Embora os direitos trabalhistas sejam irrenunciáveis, o princípio em questão não é absoluto, haja vista que existem certos direitos trabalhistas

que são disponíveis e podem ser objeto de renúncia desde que não causem prejuízo ao empregado ou haja autorização constitucional ou legal, como a redução de salário por convenção ou acordo coletivo. (PARMEGIANE; SANTOS, 2018, p. 65)

Ou seja, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas pode ser relativizado quando se trata de certos direitos. Sendo assim, Alice Monteiro Barros (2010) separa os direitos em dois grupos principais: os imantados pela indisponibilidade absoluta e os imantados pela indisponibilidade relativa.

Por ser de interesse de ordem pública e coletiva, os direitos imantados por indisponibilidade absoluta não podem ser renunciados, transacionados ou mitigados, pois paira sobre eles a nulidade absoluta quando há qualquer ato de desapossamento de direitos. Como exemplo, cita-se o direito ao salário-mínimo ou interesses protegidos por normas de interesse abstrato de uma categoria. (BARROS, 2010)

Os direitos de indisponibilidade relativa, por serem de interesse particular, podem ser relativizados ou transacionados, desde que não resultem em efetivo prejuízo ao empregado. Eventualmente, pode-se alegar nulidade relativa, desde que comprovado o efetivo prejuízo ao trabalhador. (CASSAR, 2018)

Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento (2019) observam que a renúncia e a transação devem obedecer a certos requisitos mínimos, como a capacidade do agente, a existência de manifestação livre e consciente de vontade, objeto válido e forma prescrita ou não defesa por lei.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2019) comenta que a renúncia, em si, é sumariamente proibida pela legislação trabalhista, salvo em raríssimas exceções. Nesse sentido, o artigo 9º da CLT estabelece a nulidade de pleno direito de todos os atos que visam impedir, fraudar ou desvirtuar os direitos trabalhistas (BRASIL, 1943).²²

²² Sobre essa questão, Homero Batista Silva (2019, p. 25) comenta que a nulidade prevista no artigo 9º da CLT tem por premissa o princípio da primazia da realidade, que é (...) utilizada por diversos autores para realçar que, para os fins trabalhistas, o conteúdo está muito acima da forma, os fatos estão acima das versões e dos papéis, não somente quanto aos preceitos contidos na Consolidação, mas também de todas as normas trabalhistas complementares. Esse dispositivo usualmente é estudado em conjunto com o art. 468 da CLT, cuja principal diferença é propor essa nulidade sobre as alterações empreendidas num contrato de trabalho já em andamento. Assim, são nulos não apenas os atos de desvirtuamento da legislação trabalhista como também os atos que, conquanto permitidos em tese pelas normas, ferem direitos adquiridos dos empregados, como as diversas formas de rebaixamento de posição, de hierarquia, de remunerações e de vantagens pessoais assumidas pelos empregados, de maneira expressa ou tácita. As nulidades, portanto, são tão

Em relação à transação de direitos trabalhistas, Maurício Schiavi (2016) comenta que apenas os direitos considerados relativamente indisponíveis podem ser objetos de transação ou negociação, desde que observado certos requisitos, como a capacidade do trabalhador e a manifestação inequívoca de vontade.

Além disso, Natasha Costa e Ricardo Bispo Razaboni Júnior (2016) entendem que instrumentos de flexibilização nas normas trabalhistas protetivas precisam ser relativizada ou flexibilizada quando os interesses do empregador e do empregado forem simétricos e concretos, como, por exemplo, a diminuição de certos direitos trabalhistas a favor da continuidade do estabelecimento comercial.

Segundo o artigo 402 da CLT, a capacidade plena emerge aos 18 anos. Logo, os trabalhadores de 14 a 18 anos incompletos necessitam de assistência de responsável legal para realizar a transação de direitos. Todavia, cabe acrescentar que, caso a transação se dê sem a assistência do responsável, mas resultar em benefício para o menor, a transação será considerada lícita e eficaz. Sobre a manifestação da vontade, Vólia Bomfim Cassar (2018) observa que não pode estar maculada com vícios (erro, dolo ou coação).

Porém, o artigo 444 da CLT traz em seu núcleo a ampla liberdade contratual e a prevalência da autonomia da vontade ao fixar que:

As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. (BRASIL, 1943)

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) acresceu o parágrafo único ao dispositivo conferindo maior grau de liberdade quando o empregado possuir diploma de ensino superior e receber o dobro do teto previdenciário:

A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (BRASIL, 1943)

A proposta do parágrafo único do artigo 444 da CLT é autorizar que as partes, num contrato individual de trabalho, possam transacionar direitos de igual forma como fazem os sindicatos. Ou seja, o dispositivo permite que o empregado considerado “hiperssuficiente”²³ negocie os direitos trabalhistas previstos no artigo 611-A da CLT.²⁴ (LEITE, 2019)

A desigualdade formal é claramente promovida pelas leis trabalhistas, descritas como protetivas, que visam justamente reduzir a desigualdade material que existe entre a classe dominante e o proletariado, preservar e proteger os direitos que os trabalhadores conquistaram ao longo da história. Por isso é importante reconhecer esses direitos como fundamentais para evitar que sejam perseguidos. Daniele Parmegiane e José Eduardo Lourenço dos Santos afirmam:

O caráter protecionista do direito do trabalho em relação ao empregado se dá porque foram muitos anos de luta para alcançar a proteção do trabalhador hipossuficiente, ressaltando que o direito do trabalho surgiu num momento de extrema desigualdade social, principalmente em decorrência da Revolução Industrial, momento em que o Estado era tido como não intervencionista, mas a ausência de regras regulamentadoras das relações de trabalho fez crescer a desigualdade econômica e social, dando causa a reivindicações sociais, razão pela qual se tornou necessária a intervenção estatal imperativa. (PARMEGIANE; SANTOS, 2018, p. 62)

Desta forma, o direito ao trabalho materializa-se ao proporcionar às pessoas o exercício de outros direitos, pois permite condições de alimentação, saúde, educação, moradia, entretenimento, inteligência, entre outros direitos sociais e individuais, o que o torna um importante instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana. Assim, justifica-se sua fundamentalidade no ordenamento constitucional.²⁵

²³ A Reforma Trabalhista trouxe a figura do trabalhador “hiperssuficiente”, isto é, aquele que possui condições técnicas e econômicas de transacionar, por si só, direitos trabalhistas. De acordo com o texto celetista, o empregado que possuir diploma de ensino superior e receber salário duas vezes o teto do Regime Geral da Previdência Social (cerca de R\$ 14.174,44, até 2022) pode negociar direitos trabalhistas que era, até então, de responsabilidade do sindicato da categoria, por meio de negociação coletiva.

²⁴ Como dito, o parágrafo único do art. 44 da CLT permitiu aos trabalhadores negociar os direitos trabalhistas previstos no artigo 611-A da CLT, o que antes era permitido apenas aos entes sindicais.

²⁵ Na visão calvinista, que foi a ideologia responsável por moldar o caminho do sistema capitalista, o trabalho é entendido como um dom divino, responsável por transformar o mundo dos fenômenos. (ALMEIDA; GOMES, 2022) Em essência, o direito ao trabalho está intimamente relacionado ao direito à vida, pois graças aos direitos trabalhistas, os indivíduos podem obter sua subsistência e de suas famílias. De acordo com Maria Hemília Fonseca (2006), no aspecto social, considera-se que o

Evaristo de Moraes Filho tece o seguinte comentário sobre a constitucionalidade dos direitos trabalhistas:

Sendo o trabalho um prolongamento da própria personalidade, que se projeta no grupo em que vive o indivíduo, vinculando-o, pela própria divisão do trabalho social, aos demais que a compõe, representa esse direito, por si só, a raiz da própria existência do homem, pelo que lhe proporciona ou lhe pode proporcionar de subsistência de liberdade, de autoafirmação e de dignidade. O direito ao trabalho é a possibilidade de vir a participar cada um da produção de todos, recebendo, em troca, a remuneração que lhe é devida. (MORAIS FILHO, 1965, p. 674)

Carlos Henrique Bezerra Leite (2019) destaca que a relação de consumo não se assemelha à relação trabalhista, embora ambas sejam relações “assimétricas”. Na relação de consumo, considera-se consumidora a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Na relação de trabalho, considera-se tomador de serviço a pessoa física ou jurídica que utiliza os serviços prestados por um trabalhador não como destinatário final, mas sim, como intermediário. Logo, não é competência da Justiça do Trabalho tutelar relações de consumo.

3.4 ATUAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS E NA EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Estado constitui a ordem jurídica por meio do processo legislativo, na qual são definidos os direitos e deveres dos cidadãos. É justamente na intenção de manter a paz e a coesão social que a ordem jurídica apresenta medidas coercitivas. Anteriormente, o Estado era incapaz de resolver as situações litigiosas, o que levava as partes a resolverem seus problemas pelos seus próprios meios. Foi o Estado moderno que assumiu para si o monopólio da justiça, permitindo em apenas alguns casos a autotutela, como a legítima defesa. O atual Estado de direito permite a solução de conflitos pela via extrajudicial, como ocorre na arbitragem, na mediação e na conciliação. (CALAMANDREI, 1995)

trabalho está associado à ideia de liberdade para exercer uma profissão juntamente com o conceito de obrigação moral de contribuir economicamente com a sociedade.

A principal característica do Estado de Direito é que todos se submetem aos impérios da lei, sejam eles governantes ou governados, indistintamente. Outro ponto marcante é a ideia de tripartição do Poder, ou melhor, a divisão das funções, haja vista que o Poder é único e indivisível enquanto expressão da soberania estatal. (THEODORO JÚNIOR, 2019)

A especialização do Judiciário deriva dessa tripartição, e encontra sua complementação no princípio da legalidade, que indica a necessidade de submissão de todos à vontade da lei. O Judiciário detém o monopólio da função jurisdicional. Embora exista tribunais administrativos, suas decisões não se revestem de caráter jurisdicional, logo, não transita materialmente em julgado, ficando sujeita ao reexame pelo Poder Judiciário. (DIDIER, 2015)

Dessa forma, o Estado assumiu para si o monopólio da tutela e promoção dos direitos como forma de promoção da pacificação social. Dessa concepção surgem duas consequências importantes: a obrigação do Estado em prestar a tutela jurisdicional quando provocado pelos cidadãos e o surgimento do direito subjetivo de ação ou direito à jurisdição. Cabe ressaltar que o direito de ação é também inerente ao réu porque este tem o direito de falar nos autos e se defender das imputações feitas pelo autor.

Humberto Theodoro Júnior ensina que:

Logo, tanto para o autor como para o réu, a ação é o direito a um pronunciamento estatal que solucione o litígio, fazendo desaparecer a incerteza ou a insegurança gerada pelo conflito de interesses, pouco importando qual seja a solução a ser dada pelo juiz. (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 216)²⁶

A função jurisdicional é derivada da tripartição dos Poderes, pertencendo única e exclusivamente ao Poder Judiciário. Consiste no dever de dizer o direito

²⁶ Humberto Theodoro Júnior (2019) acrescenta que enquanto o direito material tem por objeto uma prestação do devedor e, por consequência tem natureza privada; o direito processual tem por objetivo provocar a máquina jurisdicional e, desse modo, e voltado contra a inércia do Estado, tendo natureza pública. Por fim, diz que o direito de ação é abstrato e atua independentemente da existência ou não do direito material. Portanto, pode-se dizer que a finalidade da ação é a solução da pretensão, que são termos interligados, mas distintos. A pretensão (fenômeno do direito material) é a exigência do preavalecimento do interesse próprio sobre o de outrem, é traduzida dentro do processo pelo pedido formulado pelo autor na petição inicial, que somente será acolhida se houver provas que o autor realmente detém esse direito subjetivo pleiteado. Já a ação é o direito de obter, em juízo, uma solução para a lide, isto é, para a pretensão resistida.

aplicável ao caso concreto, e de realizá-lo coativamente. O principal objetivo da função jurisdicional é preservar a ordem pública e a paz social, resolvendo os conflitos entre particulares e entre particulares e o Estado. (NERY JÚNIOR; NERY, 2018)

Fredie Didier Júnior analisa:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial²⁷ (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g). (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 153)

De acordo com Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2018), a principal característica que distingue a atividade jurisdicional é que as decisões do Judiciário se revestem de autoridade de coisa julgada; ou seja, havendo resolução do mérito e esgotado os recursos cabíveis, a decisão se torna imutável, não podendo ser rediscutido nesse processo e nem em outros.

Em regra, os casos que não são de competência das varas especializadas (trabalhista, eleitoral e militar), serão da atribuição da jurisdição ordinária, compreendendo as matérias civil e penal. Em paralelo à jurisdição contenciosa, há a chamada jurisdição voluntária que, na realidade, não se constitui em atividade jurisdicional propriamente dita, mas compreende uma atividade tipicamente administrativa. (NERY JÚNIOR; NERY, 2018)

Portanto, a jurisdição é função do Estado, atribuída ao Poder Judiciário, pois é vedado aos particulares praticar a autotutela (exercício das próprias razões). A jurisdição se desenvolve quando provocada por indivíduos que tiveram direitos assegurados por normas jurídicas (direito material) violados em decorrência de

²⁷ Sobre esse ponto, Fredie Didier Júnior (2015, p. 154-155) explica que: "A jurisdição é técnica de solução de conflitos por heterocomposição: um terceiro substituiu a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado. (...) É da essência da atividade jurisdicional ser ela exercida por quem seja estranho ao conflito (terceiro, aspecto objetivo) e desinteressado dele (imparcial, aspecto subjetivo). Note que alguém pode ser terceiro em relação ao conflito, mas não ser desinteressado (um filho é terceiro em um conflito do pai com outra pessoa, mas não é desinteressado). O órgão julgador tem de ser terceiro e desinteressado. Não se pode confundir neutralidade e imparcialidade. O mito da neutralidade funda-se na possibilidade de o juiz ser desprovido de vontade inconsciente; predominar no processo o interesse das partes e não o interesse geral de administração da justiça; que o juiz nada tem a ver com o resultado da instrução. Ninguém é neutro, porque todos têm medos, traumas, preferências, experiências etc. Já disse o poeta que nada do que é humano é estranho ao homem (TERÊNCIO, "Homo sum, humani nihil a me alienum puto"). O juiz não deve, porém, ter interesse no litígio, bem como deve tratar as partes com igualdade, zelando pelo contraditório em paridade de armas (art. 7º, CPC): isso é ser imparcial".

conflitos de interesse. Isto é, a jurisdição aplica o direito material no caso concreto como maneira de pacificação das lides. Pode-se dizer que a jurisdição é poder, pois representa autoridade do Estado de decidir e impor decisões; é função porque é obrigação do Estado solucionar os conflitos, aplicando a lei no caso concreto por meio do processo; e, é atividade, pois consiste num complexo de atos realizados no curso do processo.

Humberto Theodor Júnior (2019), Freddie Didier Júnior (2015), Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery (2018) e Cândido Rangel Dinamarco (2018) explicam que a jurisdição, como poder-dever do Estado, está fundamentado em cinco princípios basilares, a saber: investidura, por ser uma função estatal, a jurisdição pode ser exercida apenas por indivíduos legitimamente investidos, isto é, é desempenhada por juízes, que representam o Estado, atuando na solução de conflitos segundo regras de competência estabelecidas na Constituição e na Legislação infraconstitucional. Indelegabilidade da jurisdição: o juiz exerce a jurisdição por delegação outorgada pelo Estado, não podendo delegá-la para outrem. É uma tarefa inerente ao Judiciário, sendo vedado sua abdicação em favor dos demais Poderes. Aderência da jurisdição ao território: a jurisdição pressupõe um âmbito territorial no qual pode e deve ser exercida. A Constituição Federal estabelece órgãos que compõe o Judiciário e estabelece critérios pelos quais a jurisdição será exercida. Não é possível confundir com a competência; esta fixa critérios pelos quais a jurisdição é exercida. Inércia: a função jurisdicional somente atua quando provocada, nenhum juiz poderá prestar tutela jurisdicional sem provocação do interessado. Indeclinabilidade: o órgão jurisdicional não pode recusar a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito, quando suscitada pelo interessado

No âmbito trabalhista, Franciso Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2019) consideram que a jurisdição trabalhista é constituída por três sistemas: individual, normativo e metaindividual. O sistema individual diz respeito às matérias relativas aos dissídios individuais ou individuais plúrimos, regulado pelos artigos 837 a 855 da CLT e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. O sistema normativo trata de matérias que envolvem direitos coletivos, no qual a Justiça do Trabalho desempenha seu poder normativo, com regramento dos artigos 856 a 875 da CLT e, subsidiariamente pelo Código de Processo Civil. O sistema metaindividual trata da aplicação de direito preexistente na tutela preventiva e

reparatória dos direitos ou interesses metaindividuais, ou seja, processar e julgar ações que tenham por fundamento interesses trabalhistas coletivos difusos e individuais homogêneos. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019)

A jurisdição, como forma do poder estatal, é una e indivisível. Cada juízo é investido de jurisdição, todavia, o exercício é distribuído conforme as normas constitucionais e ordinárias, obedecendo critérios. Pode-se conceituar a competência como quantidade de jurisdição, delimitada por lei, cujo exercício é conferido a cada órgão do Judiciário. (NEVES, 2018)

Os critérios de competência são estabelecidos em função dos elementos territorial, valor, material e funcional. Como regra, a competência é perpétua. Todo processo terá início junto a um juízo, tendo seu término nesse mesmo juízo, não havendo influência caso haja alteração dos critérios que inicialmente indicaram esse juízo processante. (NEVES, 2018)

A competência é determinada quando a demanda é proposta. É irrelevante qualquer alteração do estado de fato ou de direito ocorrida posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia, pois nesse caso a competência é absoluta, como previsto no artigo 43 do Código de Processo Civil.²⁸ (THEODORO JÚNIOR, 2019)

A competência material da Justiça do Trabalho é estabelecida segundo a natureza da relação jurídica controvertida. Com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2006, a competência material da Justiça do Trabalho foi ampliada, sendo competente para processar e julgar todas as relações jurídicas envolvendo o trabalho de uma pessoa natural. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019)

Américo Plá Rodriguez (2000) apresenta três critérios para classificar os conflitos laborais em individuais ou coletivos: o critério subjetivo, considerando o número de sujeitos envolvidos; o critério objetivo, considerando a origem da norma em questão; e critério funcional, considerando o interesse da lide.

Arnaldo Süssekind (2008) ensina que o dissídio se caracteriza pelo objeto. Se a controvérsia busca assegurar uma ou várias pessoas, o direito de relação de

²⁸ Como exemplo, cita-se a Súmula 10 do STJ, que dispõe, quando instalada a vara do trabalho, cessa a competência do Juízo de Direito em matéria trabalhistas, inclusive para a execução das sentenças por ele proferidas.

emprego a que se vinculam, seja este o resultado da lei, da sentença ou do contrato coletivo ou individual, há dissídio individual. Caso a controvérsia tenha como objeto assegurar às pessoas que pertenceram a certo grupo ou categoria de trabalhadores novas condições de trabalho, a aplicação e a interpretação das normas às condições de trabalho vigentes, há dissídio coletivo. O autor complementa que os conflitos coletivos subdividem-se, assim há os: de natureza jurídica e de natureza econômica. A primeira busca a declaração sobre o sentido ou interpretação de norma já existente ou a execução de norma que o empregador não cumpre. Por sua vez, a segunda categoria tem como finalidade obter a garantia de uma norma jurídica, convenção coletiva ou sentença.

Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Bittar Hajel Filho (2018) ensinam que há formas de conflitos impróprios, que são decorrentes dos conflitos intersindicais coletivos; conflitos intersindicais não coletivos; conflitos entre o sindicato e seus membros; e conflitos entre os trabalhadores.

Antes da Emenda Constitucional 45/2006, a Justiça do Trabalho era competente apenas para processar e julgar ações que tinham como objetivo a relação de emprego (espécies). Após a entrada em vigor da referida Emenda, ampliou-se a competência material, passando a Justiça do Trabalho a processar e a julgar as ações que tenham como objeto relação de trabalho (gênero).²⁹ Assim, de acordo com o artigo 114 da Constituição Federal, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I) as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de Direito Público externo e da administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II) as ações que envolvam exercício do direito de greve; III) as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV) os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V) os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", da CF/1988; VI) as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho; VII) as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização trabalhista; VIII) a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus

²⁹ Sobre o tema, cita-se o Enunciado 64/2007, da Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho: "havendo prestação de serviços por pessoa física a outrem, seja a que título for, há relação de trabalho incidindo a competência da Justiça do Trabalho para os litígios dela oriundos (CF, art. 114, I), não importando qual o direito material que será utilizado na solução da lide (CLT, CDC, CC etc.)."

acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; IX) outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (BRASIL, art. 114, I a IX, Constituição Federal, 1988)

Ademais, Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Bittar Hajel Filho (2018) comentam que compete, ainda, às Varas do Trabalho conciliar e julgar os dissídios: que se pretenda o reconhecimento da estabilidade do empregado; concernentes à remuneração, férias e indenizações por motivo de rescisão do contrato individual de trabalho; resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice; os demais dissídios concernentes ao contrato individual de trabalho; e os inquéritos para apuração de falta grave (art. 652, a, I, II, IV, e b, CLT, 1943).

Pode-se inferir que a origem dos direitos sociais está atrelada com a própria história do Direito do Trabalho. Para Mario de la Cueva (1960), o direito do trabalho nasce quando os homens percebem o abismo existente entre a realidade social e a regulamentação jurídica das relações sociais, do paradoxo entre o princípio da livre determinação das ações e a efetividade social, dentro do contexto em que o regime de contrato permitia o empregador impor voluntariamente sua vontade ao trabalhador.

Historicamente, a Justiça do Trabalho e o Ministério do Trabalho e Emprego desenvolveram importantes projetos sociais ao empregar políticas e diretrizes para gerar emprego e renda, modernizar as relações de trabalho e promover o recrutamento, além de auxiliar os trabalhadores e promover o registro profissional, seguro-desemprego e abonos salariais. Também são importantes órgãos para a fiscalização e gestão trabalhista, principalmente na questão do trabalho escravo e infantil. Esses promovem a segurança e saúde do trabalhador e estabelecem parâmetros para empresas e empregadores.³⁰

Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira observa que o Direito do Trabalho tem como principal fonte material as normas coletivas elaboradas pelos seus atores sociais:

³⁰ Ademais, além de promover e efetivar os direitos trabalhistas, a Justiça do Trabalho tem um importante papel para a Seguridade Social. Mauro Schiavi (2016) afirma que com a ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, foi conferido aos magistrados a competência para executar de ofício as contribuições previdenciárias, dispostas no artigo 195, inciso I, alínea "a", e inciso II da Constituição Federal, que são: (1) a contribuição social do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; e (2) do trabalhador e dos demais segurados da Previdência Social.

O surgimento do Direito do Trabalho destaca a sua essência e ela remete à ideia de coletivo, já que nasceu de uma necessidade dos trabalhadores se ajuntarem para, unidos, tentar se contrapor ao poder econômico dos patrões. Em um primeiro momento, a luta da classe se cinge à consecução de direitos econômicos e de uma fixação de jornada máxima como forma de garantir padrões mínimos de respeito à pessoa trabalhadora. Todavia, a própria essência coletiva desse ramo do Direito desautoriza a estabelecer padrões de proteção cujo centro seja a norma estatal. Ao contrário, pela sua forma de surgimento o Direito do Trabalho tem que centrar a sua força reguladora na norma coletiva, elaborada pelos seus próprios atores sociais.³¹ (OLIVEIRA, 2017, p. 96)

Segundo Alice Monteiro de Barros, a Justiça do Trabalho é caracterizada pelos seguintes aspectos: tendência de ampliação crescente, haja vista sua importância econômica e social; promove a reivindicação de classe; possui caráter intervencionista do Estado; tem caráter cosmopolita, pois é influenciada pelas normas internacionais; seus institutos mais típicos são de ordem coletiva ou socializante; e promove os direitos trabalhistas, que é um conjunto de direito em transição. (BARROS, 2010)

Porém, será possível observar no quarto capítulo desta dissertação as alterações feitas na CLT que interferiram diretamente no processo trabalhista, na Justiça do Trabalho. Essa passa a perder seu caráter social, coletivo, descumprindo o princípio da vedação ao retrocesso social.

³¹ Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira (2017, p. 97) conclui que “o surgimento e sedimentação do Direito do Trabalho, como ramo da ciência jurídica, foi fortemente marcado pelo anseio de realização coletiva dos interesses dos trabalhadores implicados no contexto econômico liberal de Revolução Industrial e Francesa na Europa. Não se tratava da construção de um ramo do Direito cuja finalidade fosse a concretização de garantias apenas individuais, mas da busca por um favorecimento de todo um coletivo de pessoas que haviam percebido que, se não se unissem em torno de um objetivo comum, a melhoria das condições de trabalho, iriam sucumbir frente ao capital. Sozinho, cada trabalhador individualmente considerado, era fraco. Agrupados, eles podiam fazer frente ao poder econômico”.

4 O ACESSO À JUSTIÇA

No artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, está garantido o acesso à justiça quando se afirma: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Porém, o direito de acesso à justiça não significa apenas garantir recurso ao Poder Judiciário quando um direito de alguém ou da coletividade sofrer ameaça. Há uma série de questões não estatais e estatais para a garantia desse acesso.

Para garantir o direito de acesso à justiça e sua realização é preciso considerar, segundo Sadek

o ingresso visando à obtenção de um direito, os caminhos posteriores à entrada e, finalmente, a saída. Nesse sentido, o direito de acesso à justiça só se efetiva quando a porta de entrada permite que se vislumbre e se alcance a porta de saída em um período de tempo razoável. A morosidade na solução dos conflitos é um importante entrave para alcançar a porta de saída e, em decorrência, para a realização do acesso à justiça. (SADEK, 2014, p. 56)

Ao mesmo tempo que é preciso considerar tanto o ingresso quanto o término de uma ação para a garantia do acesso à justiça é preciso observar também: o percentual da população que não conhece os direitos; a percepção da população sobre a justiça, que é vista como cara, inacessível e lenta; e, a efetividade dos direitos e a realização plena da cidadania. As desigualdades socioeconômicas no Brasil são amplamente conhecidas, e das mais elevadas. Além disso, enfrentamos problemas quanto à inclusão social. O oposto de inclusão, ou seja, a exclusão, no caso, a exclusão social pode ser associada à “privação social”. Ou seja, a exclusão refere-se à marginalização de determinados indivíduos ou segmentos sociais em relação aos benefícios gerados pelo desenvolvimento”. (SADEK, 2009, p. 170) Há o desafio de transformar grande parcela de brasileiros em participantes de uma sociedade, reconhecendo todos como sujeitos de direitos, isto é, permitindo que todos possam reclamar seus direitos, quando esses forem desrespeitados.

Os direitos nada significam se não puderem ser concretizados. Acessar a justiça permite que haja igualdade formal e substantiva, supera-se a intenção e passa-se à prática, à efetivação.

Para Boaventura Sousa Santos o acesso à justiça é um tema que relaciona, equaciona, “as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade

jurídico-formal e desigualdade socioeconômica”. (SANTOS, 1985, p. 18) Após a Segunda Guerra a questão explodiu, pois, houve a consagração constitucional de direitos econômicos e sociais e paralelamente houve também a expansão do Estado de bem-estar. Esse transformou o acesso à justiça num direito essencial, que se fosse denegado, então, todos os outros seriam. Zanferdini afirma sobre os direitos de segunda geração:

A denegação do direito de acesso à justiça acarreta a negação de todos os demais direitos, porque uma vez que inexistam mecanismos aptos para fazê-los cumprir, os novos direitos sociais e econômicos passariam a ser meras declarações políticas de conteúdo e funções mistificadoras. (ZANFERDINI, 2007, p. 22)

Ao incorporar direitos de cidadania busca-se reduzir desigualdades. Para a efetivação de direitos individuais ou supraindividuais, de primeira, segunda ou terceira geração, deve-se observar o acesso à justiça. Reclamar direitos em tribunais imparciais e independentes é uma forma de realização de direitos, de concretização. Dessa forma, o acesso à justiça e a efetivação da cidadania estão intimamente ligados.

É imprescindível a organização da justiça, a melhora em processos que auxiliem na tramitação processual, porém, isso não pode ser feito considerando apenas aspectos técnicos e processualistas. Precisa haver um olhar para a sociedade, uma análise sociológico-jurídica do povo, para então realizar as alterações técnicas. Santos identifica três principais obstáculos ao acesso à justiça, a saber: “o econômico, o social e o cultural”. (1985, p. 19)

Sobre a questão econômica, “nas sociedades capitalistas em geral, os custos da litigação eram muito elevados e que a relação entre o valor da causa e o custo da sua litigação aumentava à medida que baixava o valor da causa”. (SANTOS, 1985, p. 19) Ademais, o autor aponta que de um modo geral a justiça é cara, mas, proporcionalmente mais cara aos cidadãos mais débeis, justamente porque são os protagonistas das ações de menor valor. E soma-se a isso lentidão dos processos, pois esse fato leva ao aumento dos custos, isto é, há um custo adicional.

O obstáculo social e cultural para o acesso à justiça as pesquisas revelam “a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem”. (SANTOS, 1985, p. 20) Além disso, o

próprio desconhecimento dos direitos pelo cidadão e a dificuldade de identificar seus problemas como um problema jurídico é outro ponto que deve ser considerado. Em 1963 Caplovitz publicou um estudo em que concluía que quando o extrato social do cidadão, consumidor, for mais baixo, então, as chances de que ele desconheça seus direitos são maiores, quando compra um produto defeituoso.

O esforço de criar sociedades mais justas e igualitárias centrou as atenções sobre as pessoas comuns – aqueles que se encontravam tradicionalmente isolados e impotentes ao enfrentar organizações fortes e burocracias governamentais. Nossas sociedades modernas, como assinalamos, avançaram, nos últimos anos, no sentido de prover mais direitos substantivos aos relativamente fracos – em particular, aos consumidores contra os comerciantes, ao público contra os poluidores, aos locatários contra os locadores, aos empregados contra os empregadores (e os sindicatos) e aos cidadãos contra os governos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 91)

Com menos recursos econômicos o cidadão tende a desconhecer os seus direitos. Em ocasião que há o conhecimento do problema jurídico, de violação de direito, por exemplo, a pessoa precisa querer interpor uma ação.

Os dados mostram que os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais, mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal. (SANTOS, 1985, p. 21)

Muitas vezes reconhecer o problema jurídico e desejar recorrer aos tribunais não é suficiente para o cidadão tomar uma atitude. Santos observa:

Quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contatar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais. (SANTOS, 1985, p. 21)

Assim, a discriminação quanto ao acesso à justiça é um fenômeno complexo, que envolve muitos aspectos da vida em sociedade. Ao mesmo tempo, é uma expressão de difícil definição e pode determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8) Os autores possuem como principal enfoque o acesso à justiça como sistema acessível a todos. E entendem que:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12)

Ademais, um sistema para servir a todos, autores e réus, deve ser possuir algumas características, tais como: custos baixos, informalidade, rapidez, juízes ativos e bom uso de conhecimentos técnicos e jurídicos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 93-94)

Cappelletti e Garth (1988), em obra clássica sobre o acesso à justiça, citada em tribunais e por doutrinadores, estabelecem uma teoria utilizando os conceitos de ondas de acesso à justiça. A primeira onda buscou superar barreiras de natureza econômica ao criar condições de acesso aos mais vulneráveis, isto é, garantia de acesso à justiça aos mais pobres. Nesta etapa, observa-se a criação das defensorias públicas, a assistência judiciária e a justiça gratuita, além de outras iniciativas parecidas.

Na segunda, houve a tutela judicial de direitos, que está relacionada à terceira geração de direitos – os direitos de fraternidade, direitos coletivos por excelência, como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, isto é, se manifesta ao representar direitos difusos. Isto é, busca-se efetivar direitos supraindividuais de grupos, categorias, coletividades.

Na terceira onda, observou-se progressivas reformas da assistência jurídica e buscou-se formas para representar interesses públicos. Isso foi fundamental para garantir um significativo acesso à justiça, porque informalizou procedimentos de resolução de conflitos. Segundo Cappelletti e Garth, programas de assistência judiciária disponibilizam advogados para quem não pode pagar e também conscientizam as pessoas sobre os seus direitos. Dessa forma, buscou-se técnicas corretas para tutelar direitos, houve o desenvolvimento de mecanismos de solução consensual dos litígios. Os autores observam:

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas

algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68)

As reformas, que alteraram as formas de procedimentos e a estrutura dos tribunais e até a criação de novos tribunais. Com isso, pessoas leigas ou paraprofissionais, seja juízes, seja defensores, passaram a atuar para impedir litígios ou ajudar na solução e no uso de métodos privados ou informais para a resolução desses.

Os conflitos têm repercussões coletivas e individuais, que podem ser atingidas por medidas distintas. Dessa forma, o acesso à justiça tem diversos fatores envolvidos e deve considerá-los. Ao mesmo tempo em que tivemos uma melhoria no acesso à justiça por meio da defensoria pública, por exemplo, uma melhoria na qualidade de vida e garantia da dignidade, o Poder Judiciário passou a ter uma sobrecarga e uma dificuldade de resolver com celeridade as demandas submetidas. A razoável duração de um processo é uma garantia constitucional, segundo o art. 5º, LXXVIII, que estabelece “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Sobre o assunto Zanferdini explica:

As novas exigências de uma sociedade urbana de massa, que não mais admite morosidade: jurisdicional imposta pela ordinariedade dos procedimentos, a economia de mercado e a velocidade das transações comerciais através de meios de comunicação modernos demandam, cada vez mais respostas rápidas e eficazes do Poder Judiciário, a exigir que, doutrinadores, legisladores e aplicadores do direito voltem suas atenções para os mecanismos que permitam mais rápida solução do litígio, preservando, contudo, segurança. (ZANFERDINI, 2007, p. 23)

Sadek aponta que há consenso sobre a lentidão nas decisões judiciais, porém, não há o consenso sobre as causas dessa. Aparecem muitas causas:

a legislação, o número de recursos, o formalismo, o tratamento dado às demandas individuais repetitivas, o número de juízes, a infraestrutura, o gerenciamento, o orçamento, a mentalidade de magistrados e dos demais operadores do direito. (SADEK, 2014, p. 61)

O formalismo de magistrados e operadores do direito, a

linguagem hermética, prolixa, ostentando cultura e erudição, também são apontados como causas da morosidade, provocando o retardamento das

decisões e, na maior parte das vezes, a incompreensão por parte dos jurisdicionados. (SADEK, 2014, p. 61)

É preciso analisar também os operadores do direito, sua formação, pois eles são apontados como aqueles que contribuem para a morosidade.

Acentua-se que os currículos da extensa maioria das escolas de direito são estruturados tendo por base o individualismo no processo civil, o formalismo e preceitos adversariais, tal como acontecia quando foram criadas as primeiras faculdades no início do século XIX. (SADEK, 2014, p. 62)

Isto significa dizer que há, desde a formação, a cultura da litigiosidade, da sentença, ao contrário da valorização da cultura da paz, do acordo, da conciliação e da mediação.

Assim, há meios para que o acesso à justiça seja mais democrático e haja mais celeridade, como os métodos para solução de controvérsias. Reduzir os custos e a duração do litígio é um objetivo fundamental das reformas para promover o acesso à justiça.

A acessibilidade é, ademais, promovida por mudanças que fazem os tribunais mais próximos das pessoas comuns. Para começar, é conveniente tornar o judiciário tão acessível fisicamente quanto possível, e uma possibilidade é mantê-lo aberto durante a noite, de modo que as pessoas que trabalham não sejam inibidas pela necessidade de faltar ao serviço. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 102)

Como exemplo os autores usam o tribunal de pequenas causas em East Harlem, na cidade de Nova York. Sabemos que tal prática não ocorre no Brasil, mas é uma alternativa.

Outro aspecto do acesso à justiça é a compreensão do direito, da lei, que é frequentemente difícil à população em geral.

Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 156)

Mancuso observa as preocupações existentes no Judiciário brasileiro, uma vez que os usuários passaram a viver em um contexto mais judicializado e buscam celeridade:

A política judiciária obsessivamente focada na padronização/agilização dos procedimentos, embora, a curto prazo, possa contribuir para amenizar a sobrecarga de processos, não parece apta a representar solução permanente ou duradoura, pela boa razão de que por aí se está a combater o efeito da questão judiciária nacional – a crise numérica de processos – deixando em aberto a causa, localizada no demandismo judiciário excessivo, insuflado, de um lado pela crescente litigiosidade social e, de outro, pela parca oferta e divulgação de outros meios e modos de prevenir ou resolver controvérsias, fora e além da decisão judicial de mérito, dita solução adjudicada estatal. (MANCUSO, 2015, p. 8)

Dessa forma, é fundamental recorrer a outros métodos de solução de controvérsias. Ademais, há um grande custo ao poder judiciário que precisa ser considerado. Mancuso aponta isso principalmente quando se refere à Justiça do Trabalho, pois os custos não compensam se comparados ao valor das causas. É possível observar isso pela seguinte análise feita pelo autor:

Se o Estado resolvesse pagar todas as reclamações trabalhistas, sairia mais barato do que manter a estrutura da Justiça do Trabalho em funcionamento. Em 2010, a despesa foi de R\$ 61,24 para cada brasileiro, 8,64% a mais do que no anterior (R\$ 56,37), totalizando R\$ 11,680 bilhões. Em igual período, foram pagos aos reclamantes R\$ 11,287 bilhões, ou 10,3% a mais do que em 2009. (MANCUSO, 2015, p 133-134)

Sabe-se que o pagamento das reclamações trabalhistas por parte do Estado não é uma solução, pois geraria uma celeridade ao mesmo tempo que muita injustiça. Então, simplesmente pagar as reclamações não é uma solução para a morosidade. Outra consequência da morosidade é o uso do poder Judiciário de modo oportunista, isto é, “a parte mais forte do conflito que sabe que vai perder prefere entrar na justiça e esperar cerca de dez anos não pagando juros até que a lide seja julgada”. (MANCUSO, 2015, p. 27) Cappelletti e Garth (1988) chamaram tal prática de litigância habitual. Isto é, uma pessoa que se beneficia de suas afinidades com os procedimentos do judiciário.

Há mecanismos a serem vencidos, como os recursos, quando usados como obstáculos para impedir ou postergar determinada decisão.

Essas artimanhas, além de contribuírem para alongar os processos, provocam efeitos deletérios junto à população, justificando percepções desfavoráveis sobre a justiça e sobre a prevalência da lei. (SADEK, 2014, p. 64)

Há quem litiga muito, há quem litiga e até usa de artimanhas – o que prejudica o judiciário o acesso à justiça considerando a porta de saída (Sadek, 2014) – e há quem não reclama seus direitos. A esses últimos, não conseguir acessar o Poder Judiciário acentua as desigualdades de natureza social e econômica. Assim, acumulando desigualdades a uma determinada parcela da população.

Pesquisas comparativas internacionais mostram que sociedades marcadas por elevados índices de desigualdade econômica e social apresentam alta probabilidade de que amplas camadas de sua população sejam caracterizadas pelo desconhecimento de direitos. Essa característica compromete a universalização do acesso à justiça, afastando da porta de entrada todos aqueles que sequer possuem informações sobre direitos. (SADEK, 2014, p. 58)

As desigualdades combinadas com a falta de políticas públicas, o desamparo de direitos sociais, faz com que as desigualdades se acumulem para determinada parcela da sociedade. Assim, há um sistema de exclusões que se alimenta tanto pelas limitações ao não estabelecer a proteção social e ao não proporcionar serviços públicos adequados. Sadek observa:

é flagrante o fosso que separa a igualdade prevista em lei da desigualdade na distribuição de renda e no usufruir dos bens coletivos. Essa situação dificulta ou mesmo impossibilita o conhecimento dos direitos e a busca de garantias, quando violados. Nesse sentido, são ainda ponderáveis os empecilhos a serem superados para a construção de uma sociedade mais igualitária e respeitadora dos direitos. (SADEK, 2014, p. 63)

O fortalecimento de instituições como a Defensoria Pública e o Ministério Público pela Constituição de 1988 representa um grande avanço. À Defensoria Pública cabe a assistência judicial e extrajudicial aos hipossuficientes. Ela não possui atuação em todo o território nacional, nem defensores públicos em número necessário para atender toda a população-alvo. O papel do Ministério Público consiste em vigiar e exigir o cumprimento da lei. O promotor garante a cidadania de todos. São muitas as atribuições do Ministério Público, conforme artigo 127, da Constituição: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Isto é, de uma ação penal até a garantia de direitos sociais. Assim, o Ministério Público torna-se um garantidor da cidadania e da igualdade. Sadek explica:

Neste sentido, o Ministério Público foi alçado à posição de instituição fundamental do sistema de justiça, cabendo-lhe papel de destaque no controle sobre as demais instituições públicas e na defesa da cidadania. Esta nova identidade implica inúmeros desafios, pois, se de um lado cresce a importância da instituição enquanto ator público, por outro aumenta substancialmente seu grau de responsabilidade perante as concepções e implementações de decisões assumidas pelos órgãos de poder político. Dizendo-o de outra maneira: a nova configuração do Ministério Público altera, inclusive, a concepção tradicional sobre acesso à justiça. Não se trata apenas da possibilidade de haver instituições responsáveis pela garantia de direitos e pela solução pacífica de conflitos de natureza individual, mas também da constituição de uma instituição encarregada de proteger os direitos coletivos e de investigar infrações às leis, transformando-se em participante de políticas públicas. Esta participação é ainda acentuada pela tendência de redução das áreas de discricionariedade dos agentes políticos propriamente ditos. O movimento no sentido de diminuição da capacidade de manobra dos agentes políticos no Executivo e no Legislativo propicia, em igual medida, uma ampliação do grau de participação e de responsabilidade do Ministério Público em relação à efetivação dos direitos. (SADEK, 2009, p. 176)

Assim, o Ministério Público fica responsável por ativar o Poder Judiciário, por poder implementar canais para a solução de conflitos, transformando-se em uma instituição polivalente. Por fim, é possível observar que integrantes do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, deixam de ser magistrados, promotores e defensores no sentido formal e estrito e assumem mais funções ao proporcionar o acesso à justiça e ao dialogar com a cidadania.

Ao mesmo tempo em que Sadek (2009) observa esse movimento pela cidadania nas instituições, ela pontua uma explosão de litigiosidade (2014), que coloca em xeque a “credibilidade do Poder Judiciário” e “também a qualidade da democracia brasileira”. (SADEK, 2014, p. 64) Para a análise do acesso à justiça e para que o esse seja de fato garantido, segundo a autora, é preciso analisar a porta de entrada, os meandros e a porta de saída do Judiciário e implementar soluções.

Quando se observa que o Judiciário é responsável por solucionar litígios da esfera federal, estadual e municipal, de bancos e de empresas prestadoras de serviço, ele é demandado por setores específicos e não trabalha para a garantia de direitos e para a composição de conflitos. Setores privilegiados da sociedade que demandam muito o judiciário. Dessa forma, espera-se que uma forma de inclusão e construção da cidadania possa ser por meio de métodos alternativos de solução de controvérsias.

4.1 MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS COMO MECANISMOS APTOS PARA PROPORCIONAR O ACESSO À JUSTIÇA

A distinção entre direito e justiça permeou a evolução das relações sociais impregnando sobre a dinâmica da interação entre os homens uma dimensão do absoluto, aqui representado pela aplicação austera e acontextual do positivismo. A compreensão sobre as fontes do direito avaliada, pois, sob o ângulo estrito da legalidade, não possibilita uma otimização da dimensão técnica do direito, em direção ao progresso da humanidade. Mostra-se assim imperativa a avaliação sobre o direito e a justiça enquanto palavras dotadas de um sentido comum e concebidas enquanto ferramentas para obter um equilíbrio geral do convívio em sociedade.

Na esteira de mudança de paradigma em torno do ritual de justiça calcado na predileção de caminhos lógicos de aplicação do direito, os profissionais do direito, a sociedade como um todo e o próprio legislador conferiram identidade à exigência de uma “responsabilidade moral” na forma de operar o Direito. Logo, Eduardo C. B Bittar pontua que,

na formação jurídica, não basta uma preocupação técnico-operatória, algo que a Teoria do Humanismo Realista considera aspecto insuficiente para dar conta da complexidade do Direito, devendo-se estar acompanhado da preocupação com reflexões e responsabilidade, no sentido da ação jurídica socialmente consequente. (BITTAR, 2019, p. 592)

Diante da indispensabilidade da preservação de um referencial ético comum aliado aos conflitos de interesse, pensar no direcionamento predominante da resolução contenciosa dos conflitos significa optar por uma solução meramente jurídica do conflito, notabilizado por uma sentença imposta pelo Estado-juiz e capaz de ampliar o descontentamento de uma das partes. Sobre o ritual da justiça e a construção do caminho para o desfecho do conflito, Lagrasta, Azevedo e Napoleão descrevem que a jurisdição

como atividade meramente substitutiva, elimina o conflito do ponto de vista dos seus efeitos jurídicos, mas na maioria das vezes ao invés de solucionar o conflito sociológico existente entre autor e réu, o amplia gerando maior inconformismo e em grande escala, transferência de responsabilidade pela derrota judicial. (CNJ, 2020, p. 9)

Ao privilegiar uma solução pragmática e binária, enfatizando como critério o “certo ou errado”, vê-se um distanciamento cada vez maior entre o conflito socialmente presente e o conflito judicialmente solucionado. Um grande passo para a determinação do direito para além de sua acepção positivista pode ser dado quando se assimila os verdadeiros interesses e necessidades das partes, um conflito que ao mesmo tempo é jurídico e sociológico.

Todas as barreiras sociais e econômicas de acesso ao Poder Judiciário vão aos poucos sendo transpostas com a correção progressiva de uma desigualdade histórica e cultural por meio da qual a vantagem das pessoas que possuíram recursos financeiros para suportar um longínquo litígio, cede espaço para ações de promoção da conciliação pelo próprio Poder Judiciário. Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça publica periodicamente seu relatório Justiça em Números, apresentando a performance dos tribunais brasileiros em todas as instâncias e unidades da federação no tocante à realização da autocomposição e sentenças homologatórias de acordo. No ano de 2021, ainda sob os pesados efeitos restritivos gerados pela pandemia da Covid-19, o CNJ constatou uma redução das decisões homologatórias de acordo, chegando a índice de conciliação de 15,8% (19,7% no ano de 2019). A suspensão de milhares de audiências e a acomodação de sistemas remotos ou virtuais de atendimento em substituição às audiências presenciais, exigiu uma acomodação das partes do processo como um todo às exigências ocasionadas pela crise sanitária global. (CNJ, 2021, p. 193)

O longo tempo de espera em processos judiciais é oneroso, encarece a solução judicial e a delonga “aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 20)

A adoção de mecanismos ou formas de solução consensual de conflitos, credenciam-se como possibilidades concretas de acesso à justiça. O reconhecimento e legitimidade dos métodos adequados de solução de conflitos como a arbitragem, a conciliação e a mediação, traduzem a abertura de novos horizontes para se enxergar a justiça para além dos limites introduzidos pela própria legislação. Em primeiro plano, a busca por soluções alternativas para o conflito requer uma opção dentre as formas de solução existentes, entre as quais há a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.

Meios de resolução alternativa de litígios, isto é, *alternative dispute resolution*, podem ser entendidos como “conjunto de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais”. (GOUVEIA, 2014, p. 17) É preciso considerar que esses meios são diferentes de uma decisão dada por um julgamento feito em um tribunal. Esses são classificados pela autora conforme diferentes critérios, a saber: voluntário ou obrigatório; adjudicatória ou consensual; centrado nos interesses ou nos direitos.

Os meios de resolução alternativa de litígios voluntários são: negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem voluntária. É obrigatória a arbitragem necessária. Já os métodos adjudicatórios são aqueles que atribuem o poder de decisão a um terceiro e a arbitragem é um meio típico dessa classificação. Os meios consensuais visam a solução por meio de acordo, assim, as partes devem ter a capacidade de decisão dos litígios.

Sobre a classificação dos meios de resolução alternativa de litígios quanto à classificação centrada em interesses ou direitos, há perspectivas diferentes. A ótica dos direitos baseia-se na discussão de argumentos legais das partes; ela aparece na arbitragem e na conciliação. A ótica do interesse baseia-se nos interesses das partes, “individualmente considerados, desconsiderando o que o Direito determina sobre o seu caso”. (GOUVEIA, 2014, p. 20) Dessa forma, a mediação, como método facilitador, é um meio baseado nos interesses.

A conciliação é a forma mais usada, entre os métodos alternativos, para solução de conflitos trabalhistas. (TST, 2020) A Lei nº 9.958, de 2000, criou as Comissões de Conciliação Prévia, condicionando a tentativa de conciliação prévia ao ajuizamento da ação trabalhista. Posteriormente, foi desobrigada a submissão da querela trabalhista às Comissões. O conciliador não apenas facilita o diálogo entre as partes como também orienta, auxilia e formula sugestões para encontrar soluções. Isso faz com que a conciliação gere mais segurança ao trabalhador.

Assim, a alteração da CLT por meio da Lei nº 13.467, de 2017, que incluiu a alínea “f” no artigo 652 e o artigo 855-B, possibilitou a homologação dos acordos extrajudiciais; isso fez com que esses tivessem efeito de coisa julgada, o que diminuiu a insegurança jurídica desses métodos alternativos de solução de controvérsias. Segundo Cappelletti e Garth,

a conciliação é extremamente útil para muitos tipos de demandas e partes, especialmente quando consideramos a importância de restaurar relacionamentos prolongados, em vez de simplesmente julgar as partes vencedoras ou vencidas. Mas, embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos certificar-nos de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 87)

Ao verificar os dados do índice de conciliação por Justiça especializada, nota-se o vigor da justiça trabalhista, responsável por solucionar 23% dos conflitos por ela tratados pela via conciliatória. Outro aspecto de expressivo valor a ser considerado envolve o tempo quando se avalia o tempo na fase de execução de um processo, este na ordem de 4 anos e 7 meses. Apenas em sua fase de conhecimento, a Justiça do Trabalho por exemplo gasta em torno de 8 meses em sua fase de conhecimento, o qual eleva-se para 2 anos e 1 mês quando se avalia o decurso do tempo na fase de execução. (TST, 2020) É possível ponderar diante dos dados uma falsa convicção quanto a predileção ou duração do processo pela via judicial.

Em que pese a rapidez cada vez maior dos tribunais em dar vazão ao elevado número de processos, esses ainda permanecem ativos em sua fase executória por um longo período, tornando por consequência ineficaz a prestação jurisdicional ao interesse econômico da parte vitoriosa no processo.

Os meios adequados ganham novos relevos pelos indicadores acima apresentados figurando como um “grande passo em busca de soluções mais efetivas, acessíveis e temporalmente adequadas”. (ZANFERDINI 2014, p. 112) Ademais, quanto antes se consolida a mudança de mentalidade mais promissora passa a ser a eficácia metodológica da conciliação. Em nova rodada de envolvimento do CNJ sobre o índice de conciliação da justiça brasileira em 2021, cabe inserir para avaliação as diferenças percentuais constatadas entre a conciliação obtida na fase de conhecimento (44,8% na Justiça do Trabalho) e de apenas 9,7% na fase de execução, também em processos em trâmite na mesma Justiça do Trabalho. Fica, por assim dizer, evidente que a colocação dos métodos adequados de solução de conflitos à disposição das partes envolvidas, desde o início do processo em fase pré-processual ou no momento inicial do litígio, caracteriza uma solução qualitativa bem-vinda, distante de propostas quantitativas “a serem efetivadas em “mutirões ou semanas de conciliação”, normalmente quando o processo já tramita há anos, consumiu recursos de toda a ordem de Judiciário, bem como minou a resistência da parte mais fraca”.

(ZANFERDINI, 2014, p. 112) Todas as evidências capacitam exponencialmente a conciliação e a mediação como meios a serem trilhados para a realização da justiça, bem-estar e solidariedade social em todos os conflitos apreciados.

Assim que toda a estrutura jurídica foi adaptada para a recepção dos próprios litigantes, ela assumiu diferentes feições e houve uma diversidade de técnicas voltadas a obtenção da pacificação social. Por razões vinculadas à Política Jurídica Nacional de tratamento adequado, o Conselho Nacional de Justiça elegeu como principais objetivos o “acesso à Justiça como acesso à ordem jurídica justa”, a mudança de mentalidade dos profissionais do Direito e da comunidade “diminuindo a resistência de todos em relação aos métodos consensuais de solução de conflitos” e a “qualidade do serviço prestado por conciliadores e mediadores”. (CNJ, 2020, p. 18)

Muito embora existam diferentes realidade econômicas, sociais e geográficas dos tribunais brasileiros, a implementação dos métodos consensuais de solução de conflitos pressupõe a formação ou capacitação dos conciliadores e mediadores judiciais em sintonia com a Resolução CNJ nº 125/2010. Consciente da necessidade de preservação de direitos e garantias fundamentais dos interessados, o aprendizado sobre a conduta ética do conciliador e mediador culminou na realização e transmissão dos princípios éticos, entre os quais “o dever de informação, a imparcialidade, a confidencialidade e a responsabilidade técnica”. (CNJ, 2020, p. 22)

A ordem jurídica nacional adaptou-se à introdução dos métodos de conciliação e da mediação, logo nos artigos 1º e 2º, da Lei nº 13.140/2015, dispendo sobre a mediação entre particulares enquanto meio de solução de controvérsias no âmbito da administração pública. O parágrafo único do artigo 1º, trouxe a definição legal da mediação, com ênfase dada ao auxílio e estímulo à identificação e desenvolvimento de soluções consensuais para os conflitos, por um terceiro imparcial e sem poder decisório. Coube ao Código de Processo Civil estabelecer diretrizes para o exercício da conciliação estando a petição inicial já protocolizada e a determinação por parte do magistrado para a designação de audiência prevista para este fim.

Na área trabalhista se tornou comum a mediação pela iniciativa do Tribunal Superior do Trabalho, por meio do Ato 168/TST/GP, de 4 de abril de 2016, que instituiu o procedimento de mediação e conciliação pré-processual em dissídios coletivos. No mesmo ano, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, por intermédio da Resolução 174, de 30 de setembro de 2016, deliberou, no âmbito dos Tribunais

Regionais do Trabalho, que fossem criados os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (Nupemec-JT), no prazo de seis meses, e os Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (Cejus-JT).

As polêmicas sobre as decisões de mediação diminuíram após a reforma trabalhista; ademais, com a possibilidade de homologação de decisões extrajudiciais foi possível ter mais segurança jurídica em mediações e conciliações. Além disso, observa-se que os métodos adequados de solução de controversas trabalhistas se apresentam como uma forma célere de resolver as lides. Esses métodos são ferramentas de concretização do direito fundamental ao acesso à justiça e à duração razoável do processo.

Encontra-se assegurada a possibilidade da mediação e conciliação extrajudicial e judicial. A conciliação judicial, porém, pode ser marcada pela compulsoriedade da participação das partes interessadas, desde que a audiência para este fim seja determinada pelo juiz como estabelece o artigo 334, do CPC. Aliás, a tarefa do conciliador diferencia-se daquela instituída ao mediador pois o conciliador “tenta demover as partes a solucionar o conflito acatando suas ponderações e alternativas para a resolução do conflito que, entretanto, depende da ausência das partes”. (SCAVONE JÚNIOR., 2020, p. 287) Ao destinar a seção V, do Capítulo III, para regulamentar a formação e atuação dos conciliadores e mediadores judiciais, o Código de Processo Civil orienta a atuação destes auxiliares da justiça de maneira ainda mais organizada. Exemplo disso é o teor do parágrafo 2º do artigo 165 do CPC cuja redação sinaliza a conciliação como o meio mais adequado quando não houver vínculo anterior entre as partes.

Quando se confere destaque às circunstâncias do conflito, outras observações entre a conciliação e mediação surgem, quanto à necessidade de posturas marcadas pela maior ou menor intervenção deste “terceiro facilitador” na busca pela solução do conflito. Inegavelmente a postura do conciliador mostra-se mais ativa, sendo que sua abordagem “é distinta da adotada pelo mediador de forma que, eventualmente, ele sugere soluções possíveis para a controvérsia trazida a juízo, na busca com os interessados, da possibilidade de solução consensual”. (CNJ, 2020, p. 21) Gouveia afirma para o caso português que

a conciliação e mediação distinguem-se porque a primeira é conduzida por quem tem poder adjudicatário, isto é, pelo juiz ou pelo árbitro; e a segunda

por quem não o tem, um terceiro neutro e imparcial que, frustrada a obtenção do acordo, nenhum contacto mais tem com o processo. (GOUVEIA, 2014, p. 23)

O emprego das técnicas de resolução dos conflitos, particularmente da conciliação e da mediação, delineará a atuação do facilitador. O conciliador, com sua capacitação técnica imprime relevância para identificação dos limites em sua atuação frente à vontade dos interessados, como a identificação dos sinais envolvidos com o verdadeiro conflito ou a denominada “lide sociológica”. (CNJ, 2020, p. 21) Com o aprofundamento da lide sociológica mostrar-se-á possível ao conciliador e ao mediador ponderar sua postura diante do conflito, evitando que suas manifestações sejam interpretadas como atos de constrangimento para a realização do acordo ou uma atitude de intimidação nos casos em que o acordo não encontre um equilíbrio suficientemente construído entre as partes.

No sistema processual civil brasileiro em vigor, a integração com os procedimentos de conciliação e mediação adveio com a previsão da criação dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos. Pela redação do artigo 165 do CPC esses são responsáveis pelas audiências de conciliação e mediação. Nos parágrafos 2º e 3º, do mesmo artigo, delimita-se o alcance de cada procedimento a partir da observância das características do conflito e sua conexão com a já destacada “lide sociológica”. Em síntese, observar-se o cabimento da mediação preferencialmente “quando houver vínculo social anterior prolongado entre as partes” (artigo 165, § 3º). A conciliação preferencialmente está atrelada quando não houver vínculo social prolongado, anterior entre as partes (artigo 165, § 2º). Por mais difícil que se pareça a aplicação prática de distinção legal, o conciliador e o mediador não se limitam exclusivamente à existência ou não do vínculo social anterior para fixar o procedimento alternativo de solução de conflitos, haja vista a necessidade de obter o resultado útil de seu trabalho, aqui relacionado à pacificação social e busca pelo consenso entre as partes.

No conjunto geral do movimento de acesso à justiça e do engajamento do Código de Processo Civil na descrição geral das técnicas negociais em direção ao ambiente favorável à autocomposição, o Poder Judiciário está envolvido, mesmo assim usa-se o adjetivo “alternativo”. Esse não sugere vislumbrar os métodos praticados apenas como aqueles praticados “fora do Poder Judiciário”, devendo ser

vistos também como importantes instrumentos, à disposição do próprio Poder Judiciário, para a realização do princípio constitucional do acesso à justiça, havendo uma complementariedade entre a solução adjudicada típica do Poder Judiciário e as soluções não adjudicadas. (CNJ, 2020, p. 20)

Em virtude da edição da Resolução CNJ nº 219/2016, os CEJUSCs receberam o conceito de unidade judiciária, fortalecendo a criação dos respectivos centros pelos Tribunais de Justiça dos estados brasileiros. O relatório *Justiça em números*, certifica o desenvolvimento dos CEJUSCs e o relevo crescente dado pelo judiciário brasileiro no tratamento dos conflitos. Na Justiça Estadual, ao final de 2020, existiam 1.382 CEJUSCs instalados, revelando um notório crescimento desde o ano de 2001, quando apenas 362 CEJUSCs estavam instalados em todo o Brasil. A partir de 2015 a criação de novo CEJUSCs alcançou um crescimento de 80,7% em sua estrutura, indicando a proximidade e interesse do Poder Judiciário em articular-se com os mecanismos alternativos em direção ao acesso à “ordem jurídica justa”. (CNJ, 2021, p. 191-192)

Deve-se frisar a posição adotada pelos interessados em um conflito, traduzindo seus interesses e necessidades, respondendo de maneira ao atingir objeto da controvérsia e às diferentes tentativas já empreendidas pelas partes em busca da resolução. Antes mesmo de interpretar e aplicar os métodos validados para o mecanismo da mediação e da conciliação, salienta-se o estímulo à disciplina da Lei nº 13.140/2015,

notadamente em razão de ambos os meios alternativos de solução de controvérsias terem sido previstos no Código de Processo Civil, empreendendo-se interpretação sistemática a ausência de procedimento detalhado de conciliação na legislação processual. (SCAVONE JÚNIOR, 2020, p. 294)

Conforme a Lei nº 13.140/2015, emana-se o respectivo procedimento de instalação com a designação da data marcada para reunião de mediação (artigo 17, Lei nº 13.140/2015). A sustentabilidade do procedimento de mediação associa-se a algumas medidas processualmente relevantes e coercitivamente impactantes para a dinâmica do procedimento. Como um dos exemplos destas medidas coercitivas há as consequências do não comparecimento das partes na audiência de conciliação, que acarreta a aplicação de multa de até 2% “do valor da causa ou da vantagem

econômica perseguida em favor do Estado ou da União” (artigo 334, § 8º, do CPC). Outra medida processualmente relevante e decorrente da combinação dos artigos 17, parágrafo único e 20, volta-se aos efeitos da assinatura do “termo inicial” bem como a prova de designação da reunião de mediação. É preciso reforçar que a partir do termo inicial determina-se

notadamente na mediação extrajudicial, o prazo de suspensão do prazo prescricional enquanto transcorrer o procedimento de mediação até o seu encerramento. Para esclarecer ainda mais os efeitos do referido termo, trata-se de suspensão e não de interrupção da prescrição, que volta a correr pelo prazo remanescente no caso de não haver acordo, com a lavratura do termo final. (SCAVONE JÚNIOR, 2020, p. 300)

Conferir aos interessados a possibilidade de investir em critérios autocompositivos de solução de controvérsias, como conciliação e mediação, abre caminho para adoção de procedimentos alternativos igualmente relevantes para tratamento de litígios inerentes à justiça especializada como é o caso da Justiça do Trabalho. A teoria estrutural direcionada a conflito de interesses

é inerente à relação entre capital e trabalho – vez que o empregador visa o lucro e o trabalhador, melhorias para a categoria – a negociação coletiva é uma forma democrática de tentar equilibrar os interesses construtores e respeitar a base principiológica e axiológica do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988. (ZANFERDINI; ZACARIAS, 2016, p. 2)

A correlação entre a situação econômico-financeira das empresas aliada à crescente introdução de ferramentas tecnológica redutora da mão-de-obra do homem, agravam e fragilizam os critérios de negociação contratual que alicerçam a relação de emprego, fato esse que se soma à diminuição progressiva da influência sindical na tomada de decisões conjuntas capazes de proteger os direitos sociais do trabalhador.

Depois da aprovação da Reforma Trabalhista, em 2017, ora observa-se o uso e benefício que métodos alternativos de solução de controvérsias podem proporcionar, principalmente, aos trabalhadores; ora, observa-se a prevalência do negociado sobre o legislado, suprimindo direitos sociais. Mas, como afirma Gouveia, quando analisa os meios alternativos para solução de litígios no caso português, expõe que são usados como uma das repostas à crise da justiça; porém, a doutrinadora não assente a essa ideia e afirma:

a crise da justiça é também (ou sobretudo) uma crise de qualidade da justiça – e não de quantidade ou de morosidade – e os meios de resolução alternativa de litígios pretendem ser uma resposta no âmbito da qualidade e não da quantidade. Isto é, os meios de resolução alternativa de litígios postulam uma abordagem diferente do conflito, procurando a solução mais adequada. Não se trata de fazer o mesmo mais rápido, mas o de fazer diferente e, em certos casos, melhor. (GOUVEIA, 2014, p. 25)

Com isso, ela busca demonstrar a qualidade dos métodos alternativos de solução de litígios.

Em que pese a possibilidade advinda do artigo 611 da CLT de sujeitar o acordo obtido mediante o uso das técnicas de solução alternativa de controvérsias, alguns Tribunais Regionais do Trabalho persistiram no questionamento quanto à inconstitucionalidade da ampliação da competência da Justiça do Trabalho em decidir sobre a homologação do acordo extrajudicial. O artigo 652, “f”, da CLT, não encontraria respaldo quando confrontado com o rol de competências do artigo 114 da Constituição Federal, eis que as conciliações extrajudiciais em matéria trabalhista não seriam precedidas de litígio, razão elementar para submissão da controvérsia à justiça do trabalho. Em oposição à interpretação restritiva do dispositivo constitucional mencionado procura-se consolidar também, sob a influência dos Tribunais Superiores, a interpretação preponderante do artigo 5º, XXXV, consagrador do princípio do livre acesso ao poder judiciário. Por essa razão, a sabedoria do legislador em conceder as partes a possibilidade delas próprias solucionarem extrajudicialmente seus conflitos não inibiu a competência homologatória da Justiça do Trabalho na formação do título executivo judicial.

Ao se buscar a solução do conflito pela atuação de um terceiro para arbitrar transfere-se a este um maior protagonismo com a substituição da vontade de cada uma das partes interessadas. Conjuntamente com a jurisdição e o primado da inafastabilidade da atuação do Poder Judiciário na apreciação de lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), a arbitragem viabilizou pelo consentimento dos interessados, a ruptura com o monopólio estatal na resolução dos conflitos sobre direitos disponíveis.

O fortalecimento do instituto da arbitragem veio com a Lei nº 9.307/1996, que Luiz Antonio Scavone Júnior observa

como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral

definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato, normalmente especialista na matéria controvertida. (2020, p.1)

Exteriorizada por meio de sentença, a arbitragem coloca-se tanto sob o prisma da solução alternativa dos conflitos sociais, quanto sob a forma de pacificação social por conta do caráter jurisdicional daquilo que se decide.

Esta reflexão sobre a arbitragem como um modelo heterocompositivo de solução de conflitos permite afirmar que o árbitro aplica o direito ao caso concreto com a capacidade de produzir coisa julgada material a partir de sua decisão. A própria Lei nº 9.307/1996 amplifica as consequências da sentença arbitral, sobretudo nos artigos 18 e 31, ao impossibilitar a apresentação de recurso, equiparando a decisão final do árbitro àquela proferida por outros órgãos do Poder Judiciário.

Coloca-se, portanto, em perspectiva a adoção de uma solução rápida e informal, em prazo inegavelmente inferior àquela adotado pelo Poder Judiciário sempre que a cláusula arbitral for instituída mediante a concordância das partes. Ademais, a especialização técnica do árbitro na matéria controvertida, atribui ainda mais confiança às partes interessadas na solução do conflito mediante também a escolha do direito material por elas convencionado.

Convém observar outros atributos trazidos pelo instituto da arbitragem e capaz de diferenciar esta do exercício da jurisdição estatal, ainda que ambas ilustrem a perspectiva da heterocomposição. O procedimento arbitral, por conseguinte, pode ser constituído, além da especialidade aglutinada pelo árbitro (conhecedor da matéria controvertida), pela rapidez (celeridade frente à semelhante resolução do conflito na esfera judicial), a irrecorribilidade (equivalência da sentença arbitral à sentença judicial transitada em julgado) e a confidencialidade (opção franqueada às partes interessadas, aqui distinta da publicidade corriqueira dos atos processuais nos termos do artigo 189, do Código de Processo Civil). (SCAVONE JÚNIOR. 2020, p. 6)

Matéria ainda pendente de pacificação no contexto do instituto da arbitragem, os limites da autonomia da vontade recebem tratamento restritivo quando as normas de ordem pública podem ser de alguma forma ofendidas ou receber tratamento diverso daquele outrora conferido pelo legislador.

O limite geral imposto pelo artigo 1º, da Lei nº 9.307/1996 instiga, desta maneira, uma expressa necessidade de atualização reflexiva sobre os limites materiais relativos aos litígios que contemplem direitos patrimoniais disponíveis.

Tornar um direito patrimonial “disponível” pressupõe a possibilidade deste ser passível de transação, alienação e até mesmo renúncia. Conduzido a uma hipótese material concreta, direitos não patrimoniais como à vida, igualdade ou direitos da personalidade conectados à disposição do próprio corpo ou a imagem do indivíduo, não permitem a adoção do processo arbitral. Mostra-se claro, porém, a possibilidade do litígio receber a condição de procedimento arbitral quanto a liquidação que afronta a norma indisponível resultar no acervo patrimonial da parte interessada ofendida. Ao surgir uma interpretação sobre os limites da aplicação da arbitragem sobre os direitos indisponíveis, Scavone Júnior recorre ao teor do artigo 852, do Código Civil, cuja redação sinaliza que “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”. (2020, p.16) Para o autor citado, o dispositivo legal em análise “não significa, portanto, que as questões de cunho patrimonial decorrente dos direitos indisponíveis não possam ser objeto de arbitragem”. (SCAVONE JÚNIOR, 2020, p. 16)

Assim, o grande mérito dos métodos alternativos de solução de controvérsias é o fato de trazer a cultura de pacificação, afastando-se da cultura do processo, da sentença e do litígio. Watanabe observa que a cultura brasileira é muito dependente de autoridades, as pessoas buscam que outro decidam em seu lugar, não existe, assim, esforço para resolução do próprio conflito, nem em trabalhos coletivos (2003). Há urgência de pacificação, da participação da população e da busca pela eficiência.

Gouveia, por sua vez, ao analisar a situação portuguesa e mundial assevera:

O surgimento dos meios de resolução alternativa de litígios em Portugal e no mundo está relacionado com a crise do Direito (com a crise da identificação do Direito com a lei) e da Justiça. Assim como a ideia de que o Direito se identifica com a lei levou à criação de um sistema estatal e monopolizador de Justiça, também a ideia de que o Direito surge de várias fontes (pluralismo) implica que haja instâncias diversificadas de aplicação das soluções jurídicas. (GOUVEIA, 2014, p. 28)

Nos Estados Unidos, no final da década de 60, havia o *Critical Legal Studies*, que afirmava que o Direito não consistia em um saber neutro, mas estava impregnado de ideologia; logo, escolhas jurídicas seriam também políticas. E a partir

disso, foi possível reconhecer as falhas do Direito e promover mecanismos comunitário de justiça que buscassem a autocomposição, por exemplo. Então, métodos alternativos de solução de litígios expressam, inicialmente, a busca por um pluralismo jurídico, pelo diálogo, e, em última instância, um aprofundamento e aprimoramento das relações democráticas.

A Justiça tradicional e o Estado afastados do cidadão não auxiliam o acesso à justiça, ao contrário, são formas de afastar cada vez mais as pessoas, principalmente aquelas que mais sofrem com as desigualdades sociais. Meios alternativos de solução de controvérsias surgem da crise do direito e da justiça, e, do desejo do cidadão participar da justiça, resolver seus conflitos, buscar o acesso à justiça. A oferta da justiça deve ser ampla, conflitos distintos exigem soluções diversas, então, ora métodos alternativos são os meios mais adequados, ora a via dos tribunais é a melhor forma. A Justiça é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e deve ser próxima ao cidadão.

5 REFORMA TRABALHISTA

A CLT, por décadas, consolidou a proteção do trabalhador. Quando foi elaborada o Brasil era influenciado pelas ideias do Estado de bem-estar social, ao mesmo tempo em que precisava estruturar-se para manter-se dentro da lógica do sistema capitalista. Fixou regras básicas para o operariado e estruturava-se preconizando o legislado sobre o negociado.

De modo geral a legislação brasileira é recente, mas no Brasil não ocorre o mesmo que acontece em Portugal, em que as cortes são eleitas pelo povo. Aqui temos os Poderes Legislativos e Executivos eleitos pelo povo. O primeiro, eleito, deveria legislar de modo a representar “a expressão direta da vontade popular”. (GOUVEIA, 2014, p. 27) Então, quando observamos uma reforma trabalhista do tamanho da realizada em 2017, é possível interpretar que ela não reflete a vontade popular. Temos o cidadão afastado do Estado e,

em consequência, em relação à lei. Se perguntarmos a qualquer pessoa se entende que é a si que lhe compete a feitura da lei e que delega esse poder através do voto, a reação será, no mínimo de estranheza. (GOUVEIA, 2014, p. 27)

Com a aprovação da Lei nº 13.467, em 2017, as terceirizações, flexibilizações e aumento da informalidade foram consequências que trabalhadores e a sociedade brasileira tiveram que lidar. Antunes assevera:

Essa reforma desfigura em definitivo a CLT, ao instituir o preceito do *negociado sobre o legislado*, que elimina o patamar basal dos direitos, e também ao introduzir o nefasto *trabalho intermitente [...]*, além de restringir em muito a abrangência da Justiça do Trabalho – cuja extinção é o objetivo verdadeiro do empresariado brasileiro –, entre tantos outros aspectos nefastos. Vale recordar que a Justiça do Trabalho nasceu no Brasil com a missão precípua de “conciliar o capital com o trabalho”. Na era da devastação, nem a conciliação está no universo imediato das “classes proprietárias”. Talvez seja melhor, então, defini-las como “classes predadoras”. (ANTUNES, 2018, s.p)

O governo de Michel Temer atendia aos objetivos das classes proprietárias, tinha interesse em cumprir a demanda do empresariado, assim, buscou corroer a CLT. (ANTUNES, 2018) Ademais, diante de um mundo neoliberal e de uma reestruturação

produtiva global surge um vocabulário para o mundo do trabalho de forte viés financeiro, segundo Antunes,

Nasceu, então, um novo vocabulário *empresarial* no mundo do trabalho que não para de crescer. “Sociedade do conhecimento”, “capital humano”, “trabalho em equipe”, “times ou células de produção”, “salários flexíveis”, “envolvimento participativo”, “trabalho polivalente”, “colaboradores”, “PJ”. E mais: “empreendedor”, “economia digital”, “trabalho digital”, “trabalho online” etc. Todos impulsionados por “metas” e “competências”, esse novo cronômetro da era digital que corrói e exangue cotidianamente a vida no trabalho. (ANTUNES, 2018, s.p.)

O vocabulário usado no mundo do trabalho apresenta ao senso comum modernização, atualidade, e tenta esconder a precariedade das relações trabalhistas. No Brasil, por sua vez, o Estado não foi neutro tanto que muitos teóricos chamaram a reforma trabalhista de contrarreforma, por

ser entendida como um conjunto de alterações regressivas nos direitos do mundo do trabalho, rebaixando marcos legais já conquistados em momentos anteriores pela luta da classe proletariada, provocando, via de consequência, a agudização da flexibilização e a precarização dos vínculos empregatícios. (SOUTO MAIOR, 2020, p. 186)

As alterações regulamentaram o afastamento do Estado como um ente que poderia ser mediador nas relações antagônicas entre capital e trabalho e legalizaram a perda de garantias dos trabalhadores.

A Reforma Trabalhista de 2017, Lei n. 13.467, principalmente nos artigos 507-A e 611, deslocou para o plano da autonomia da vontade coletiva a proteção social ao trabalho e a concretização da norma jurídica. Em certa medida houve uma mudança de paradigma em processos trabalhistas, pois muitas das prerrogativas processuais do trabalhador foram enfraquecidas diante da prevalência do negociado sobre o legislado. O princípio da intervenção mínima do Estado e a sobreposição de interesses econômicos contribuíram para o desequilíbrio negocial entre empregado e empregador, do ponto de vista processual.

Dessa forma, nesse capítulo, analisa-se as alterações feitas pela reforma trabalhista que de alguma forma reverberam nas questões relativas ao acesso à justiça.

5.1 REDUÇÃO DA ATUAÇÃO DO JUIZ DO TRABALHO

No artigo 8º, § 2º e 3º da CLT é possível ler:

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

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (§§ incluídos pela Lei nº 13.467, de 2017).

Os parágrafos encontram-se na parte introdutória da CLT, mas repercutem no processo do trabalho. A lei não é a única fonte do direito, uma jurisprudência também pode ser considerada uma fonte do direito. Esses parágrafos, de certa forma, restringem a força interpretativa dos tribunais e magistrados. O amplo acesso à justiça, para ser garantido, precisa permitir o livre trabalho e autonomia dos magistrados. Princípios como autonomia e independência do Poder Judiciário fazem parte da estrutura republicana e do Estado Democrático de Direito. Juízes devem interpretar a lei e todos os dispositivos do ordenamento jurídico conforme valores e princípios constitucionais, conseqüentemente, buscando o bem comum, a dignidade da pessoa humana e princípios como proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade, eficiência – como se infere nos artigos 1º ao 8º do Código de Processo Civil. Lembrando que o CPC estabelece em seu artigo 15: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. E a CLT assevera em seu artigo 769: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Assim, a crítica feita aos parágrafos 2º e 3º é pela falta de autonomia e independência dos juízes e tribunais, como órgãos do Poder judiciário, transformando-os em aplicadores de uma lei. Porém, Leite analisa a questão da seguinte forma:

Nesse passo, como contraponto à interpretação dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 8º da CLT, incluídos pela Lei 13.467/2017, lembramos o Enunciado 2 aprovado na II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho: HERMENÊUTICA APLICÁVEL À LEI 13.467/17. A hermenêutica da Lei 13.467/17 deve observar a interpretação sistemática e finalística, conforme a Constituição. Trata-se de dever do juiz, com respaldo no artigo 2º do Código de Ética da Magistratura/CNJ, bem como nos artigos 1º, 8º e 139 do Código de Processo Civil, além do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e artigos 8º, caput, e 769 da CLT. (LEITE, 2019, p. 59)

Cassar, por sua vez, termina sua análise sobre essa alteração afirmando: “É claro que a medida visou dar garantia e segurança ao empresário que se valeu das normas coletivas para reduzir direitos (flexibilização)”. (CASSAR, 2017, p. 24) Assim, é possível concluir que o Poder Legislativo ao estabelecer a lei supracitada, de alguma forma, limita o poder de atuação do Magistrado da área trabalhista.

5.2 HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

Sobre as homologações que a justiça do trabalho passou a fazer, é preciso analisar o artigo 652, “f”, e 855-B, C, D, E, vejamos:

Art. 652. Compete às Varas do Trabalho: (...).

f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.

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

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

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

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

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

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

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

O artigo 652, “f”, e o artigo 855-B ao versarem sobre a homologação do processo viabilizaram as negociações. E, por conseguinte, a prevalência do negociado sobre o legislado manifesta-se como algo possível em virtude da possibilidade de homologação de acordos extrajudiciais.

Sobre acordos e convenções coletivas temos as seguintes alterações:

Além da lei, acordos e convenções coletivas, os acordos individuais e o direito comum são agora fontes expressas do direito do trabalho ou de obrigações trabalhistas. O direito comum é subsidiário da lei (Brasil, 2017, art. 8º, § 1º); o acordo coletivo prevalece à convenção coletiva (CLT, art. 620); e ambos podem, inclusive, prevalecer à lei em determinadas matérias (rol exemplificativo nos incisos do art. 611-A, CLT). Na interpretação dos acordos e convenções coletivas, prevalece o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (CLT, art. 8º, § 3º). Há, ainda, casos em que se permite a negociação individual. Em última análise, acordos individuais entre trabalhador e empregador poderão fundamentar decisões judiciais, condicionando eventualmente direitos estabelecidos em lei e mitigando o princípio da norma mais favorável ao trabalhador. (IPEA, 2022, p. 12)

O instituto da negociação coletiva assume especial e preocupante impacto com a edição da Lei nº 13.467/2017. O conteúdo do artigo 477-A, ao estabelecer a equiparação entre dispensa individual, plúrima e coletiva, torna equivalentes modalidades de dispensa social e economicamente distintas, cujos efeitos gravitam entre o prejuízo na vida empresarial e na comunidade como um todo, subtraindo também a necessidade prévia de autorização de entidade sindical ou celebração de convenção coletiva. A controvérsia doutrinária instalada coincide justamente com o afastamento e desobrigação legal de Acordo ou Convenção Coletiva, a essência da negociação coletiva e sua virtude em mediar conflitos trabalhistas também foi ceifado com a reforma trabalhista brasileira.

Chama a atenção a prevalência do negociado sobre o legislado, a partir da Reforma Trabalhista – a transformação da maioria dos direitos contidos na CLT, que não estão previstos na Constituição, em direitos disponíveis; isso enfraquece sobremaneira o princípio da indisponibilidade dos direitos legais trabalhistas e desautoriza o princípio da prevalência da norma mais favorável e, em última análise, o princípio da vedação do retrocesso social. Cassar e Borges apontam:

é possível, por exemplo, a norma coletiva retirar a natureza salarial de qualquer sobressalário; autorizar a alteração contratual *in pejus*; alterar os requisitos da equiparação salarial para dificultá-la ainda mais; aumentar o limite de horas extras diárias (como já estudado acima); parcelar em mais

vezes o pagamento do 13º salário; parcelar em mais períodos as férias; determinar a inclusão no inciso I do art. 62 da CLT de qualquer tipo de externo; será possível, ainda, alterar o prazo legal ou determinar o parcelamento do pagamento das verbas da rescisão; diminuir a multa prevista pelo atraso no pagamento da rescisão; alterar a data de pagamento dos salários além do 5º dia útil do mês subsequente (garantido o valor do salário mínimo mensal); diminuir o adicional de transferência ou até a sua retirada; revogar estabilidades não previstas na Constituição; aumentar o prazo do contrato de experiência ou de qualquer contrato determinado; permitir mais prorrogações dos contratos determinados etc. Enfim, a negociação coletiva poderá praticar amplas flexibilizações (revogações). (CASSAR; BORGES, 2017, p. 8)

A CLT prevê a possibilidade de dissídios individuais e coletivos. Para os individuais há o rito sumaríssimo e o ordinário. Além desses, a partir da reforma, estabeleceu-se o rito de desconsideração da personalidade jurídica (art. 855-A, com remissão ao CPC) e o procedimento para homologar acordos extrajudicialmente, como jurisdição voluntária (art. 855-B a E).

Algo que precisa ser observado é: a homologação de acordo extrajudicial não permite o *jus postulandi*, pois as partes precisam estar representadas por advogados. Interessante observar a redação do artigo 855-D, pois, se o juiz considerar necessário haverá audiência; isso evita fraudes ou lides simuladas e, ao mesmo tempo, não transforma a Justiça do Trabalho em um órgão que só realiza homologações. Sobre as homologações, Cassar observa:

A Súmula 418 do TST entende que é faculdade do juiz a homologação do acordo, não tendo as partes direito líquido e certo e não tendo cabimento o mandado de segurança contra o indeferimento. A recusa deve ser fundamentada, pois este é requisito para a validade de qualquer decisão. (CASSAR, 2017, p. 113)

É praxe a realização de acordos na área trabalhista. Ademais, realizam-se inúmeras conciliações, como é possível observar na tabela:

Tabela 1 - Série histórica de conciliados (2017-2021)

Região Judiciária	Conciliados				
	2017	2018	2019	2020	2021
1ª - RJ	101.431	91.555	79.345	39.259	48.805
2ª - SP	215.172	198.982	180.727	106.349	150.455
3ª - MG	100.319	81.701	79.105	54.714	65.396
4ª - RS	81.241	73.898	65.718	39.152	44.223
5ª - BA	35.936	31.527	29.055	16.501	19.419
6ª - PE	46.009	40.733	38.944	24.173	30.063
7ª - CE	27.526	23.854	20.096	11.115	14.874
8ª - PA e AP	29.322	26.376	21.836	9.783	15.662
9ª - PR	77.828	71.876	58.368	33.972	45.769
10ª - DF e TO	18.428	16.727	16.557	7.044	9.863
11ª - AM e RR	16.205	15.002	14.278	5.573	8.922
12ª - SC	45.437	41.974	38.136	27.624	29.947
13ª - PB	13.411	9.827	8.326	5.470	8.156
14ª - RO e AC	8.667	6.763	8.087	5.294	4.890
15ª - Campinas/SP	135.591	131.154	118.092	73.725	92.808
16ª - MA	13.757	10.796	9.937	5.337	6.682
17ª - ES	10.946	9.504	9.299	6.061	6.418
18ª - GO	39.834	33.833	31.391	21.022	26.396
19ª - AL	15.207	11.851	9.544	5.105	7.311
20ª - SE	4.983	5.252	5.177	2.988	3.664
21ª - RN	9.412	8.243	6.395	4.669	5.478
22ª - PI	7.653	8.362	8.014	4.634	6.208
23ª - MT	19.072	13.979	12.311	9.209	10.422
24ª - MS	15.325	13.074	11.647	8.065	9.798
País	1.088.712	976.843	880.385	526.838	671.629

Fonte: TST, 2022, p. 50.

Tanto o procedimento ordinário quanto o sumaríssimo observam a oportunidade para que as partes realizem acordo, geralmente na parte inicial de audiências, conforme os artigos 846 e 852-E. Desde 2000 foi possível instalar comissões de conciliação prévia em sindicatos e empresas.

A alteração legislativa nos artigos 855-B, C, D, E e 652 “f” foi pensada pelos legisladores pois eles argumentavam que:

Acreditamos que as partes integrantes da relação de trabalho se beneficiarão diretamente com a alteração ora proposta. O empregado, que assistido por advogado terá suas controvérsias resolvidas em menor tempo, sem prejudicar a manutenção do vínculo existente. Da mesma forma a sociedade, pela natural diminuição dos conflitos judiciais. E, por fim, o Estado, que economizará em muito com os custos do judiciário trabalhista, que crescem dia a dia. (CORTÊ *apud* MIGLIORANZI; HABERMANN, 2017, p. 2019)

Assim, a homologação de acordos pode ser um instrumento que incentive a busca por métodos alternativos de solução de controvérsias por trazer segurança às partes.

5.3 ARBITRAGEM: DIREITOS DISPONÍVEIS

Quando houve a reforma trabalhista, em 2017, estabeleceu-se a seguinte alteração sobre a arbitragem:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Dessa forma, a arbitragem que, antes de 2017, conforme a Constituição Federal, artigo 114, §1º, era admitida pelas Cortes Trabalhistas apenas em dissídios coletivos, após 2017, passou a ser permitida em demandas individuais de trabalhadores. Trata-se de um método célere em que é possível escolher o julgador que apreciará o caso. Mas pode-se questionar se a escolha do julgador não poderia permitir vantagem a uma das partes. Essa é a primeira desvantagem observada, e a segunda é o alto custo envolvido.

O maior problema do artigo supracitado é que a arbitragem deve ser permitida para casos de direitos patrimoniais disponíveis, conforme Cassar e Borges explicam:

Os direitos trabalhistas previstos em lei são irrenunciáveis e intransacionáveis pela sua característica pública, logo, são direitos INDISPONÍVEIS. Portanto, o valor do salário recebido pelo empregado não altera a natureza jurídica do direito. Entender que os empregados que recebem mais que duas vezes o valor máximo dos benefícios previdenciários podem pactuar cláusula compromissória de arbitragem é desconhecer ou modificar o § 1º do art. 1º da Lei 9.307/1996, que só permite a arbitragem em direitos patrimoniais DISPONÍVEIS. (CASSAR; BORGES, 2017, p. 63)

Dessa forma, parece que o artigo 507-A teria tornado todos os direitos trabalhistas disponíveis, logo, ferindo os princípios do direito do trabalho.

É preciso analisar que a relação jurídica trabalhista sinaliza para a compreensão existencial dos “conflitos individuais” e dos “conflitos coletivos”. Sobre os primeiros pairou-se, em particular pela proteção conferida pela Constituição Federal de 1988, a posição de irrenunciabilidade e indisponibilidade dos direitos proclamados pela Carta Magna e estampados pela Consolidação das Leis do Trabalho. Diferente destino é dado aos conflitos coletivos, conforme o artigo 114, da Constituição Federal e a possibilidade de eleição de árbitro diante de frustrada tentativa de negociação coletiva.

Tradicionalmente delimitada a controvérsia passível de aplicação do instituto da arbitragem nos termos da Constituição Federal, coloca-se a indispensável discussão sobre a arbitragem nas relações de trabalho com a possível violação do direito fundamental à jurisdição estatal como já preconizado no artigo 5º, XXV, da Constituição, reiterando aqui a inafastabilidade da jurisdição. O denominado “efeito negativo” decorrente do afastamento da presença estatal na matéria controvertida ensejou diversos posicionamentos dos tribunais superiores, em particular do Supremo Tribunal Federal. Em um dos casos apreciado pelo STF, um recurso voltado à homologação de sentença estrangeira (SEJ. 206), suscitou debates envolvendo a possível renúncia ao exercício da garantia do direito de ação quando prepondera a cláusula arbitral. Observou-se que a impossibilidade da compulsoriedade da introdução do instituto da arbitragem não se confunde com a constitucionalidade do instituto, desde que limitado às matérias correlatas aos direitos patrimoniais disponíveis.

A realidade concebida de submissão dos conflitos coletivos de trabalho ao juízo arbitral representou a principal inovação advinda da interpretação do artigo 114, da Constituição Federal e da Lei nº 9.307/1996. Com a publicação e produção de efeitos da Lei nº 13.467/2017, a extensão e alcance do instituto da arbitragem abrangeu os contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo fixado para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (artigo 507-A, da Lei nº 13.467/2017). Com direção e amplitude definidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, a aplicação da arbitragem também aos conflitos individuais de trabalho revela a necessidade de preenchimento de alguns requisitos, extraídos pela interpretação do artigo 507-A, a saber: a iniciativa do empregado ou sua expressa concordância, remuneração percebida pelo empregado que supere

duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social e a pactuação da cláusula compromissória nos termos da Lei nº 9.307/1996.

As particularidades decorrentes da inovação legislativa afloram da necessidade de acomodação entre o caráter protetivo da legislação e da assimetria no poder de barganha disponível para as partes interessadas no conflito individual. A opção de adoção da arbitragem em razão do recebimento de remuneração diferenciada pelo trabalhador considera o padrão salarial como um elemento suficiente para a configuração de um padrão equânime de condições de negociação entre empregador e empregado.

Além de não exigir do empregado ser portador de diploma de ensino superior, a hipersuficiência não se caracteriza com o padrão de remuneração. Relevante consideração é feita por Gemignani e Gemignani:

O fato de se tratar de trabalhador que recebe salário diferenciado, por si só, não elide a notória assimetria de poder de negociação existente entre as partes no ato da contratação, situação que permanece durante a vigência do contrato de trabalho, uma vez que pautado pela subordinação do empregado e exercício do *jus variandi* pelo empregador. (2018, p. 11)

Convém reiterar que a denominada “arbitrabilidade subjetiva” surge da aplicação do artigo 1º da Lei da arbitragem às distintas relações jurídicas (inclusive as trabalhistas) e permite, em tese, ampliar o espectro de abrangência da legislação. Entretanto, a aplicação do instituto para as relações trabalhistas reacende a discussão sobre o “efeito negativo” do afastamento da jurisdição estatal. Destaca-se assim uma reflexão sobre os impactos do artigo 507 – A, da CLT, tanto sobre a jurisdição estatal como também os limites da arbitrabilidade subjetiva. Uma controvérsia imediatamente constatada envolve o potencial de uma das partes em provocar a instalação do processo arbitral em melhores condições de barganha posicional, podendo assim influenciar nas decisões do juízo arbitral. Esta possibilidade de influência explícita na fixação das regras procedimentais poderá gerar um desequilíbrio e assimetria na condição das partes interessadas na solução da controvérsia, sobretudo quando não se verifica a ampla participação dos sindicatos das categorias envolvidas. Logo, a escolha da entidade responsável pela arbitragem, a qualificação e a escolha do árbitro, a fixação de suas responsabilidades e a forma de remuneração são alguns dos elementos de potencial contribuição exercida pelos sindicatos em expressa

proteção aos direitos do trabalhador. Daniel Gemignani e Tereza Aparecida Gemignani concluem ao identificar que

não só é possível, mas desejável a inserção destes requisitos em acordos ou convenções coletivas com ampla participação dos sindicatos, tanto da categoria profissional, quanto da econômica, a fim de conferir maior segurança e transparência no procedimento. (2018, p. 11)

A evolução jurídico-constitucional contemporânea permite, para outro vetor interpretativo, considerar a legitimidade do procedimento arbitral para os conflitos trabalhistas individuais, quando o que se coloca em discussão é a arbitrabilidade objetiva trazida pelo entendimento do artigo 611-A³², da CLT. A vontade estatal em

³² Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II - banco de horas anual;
- III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
- VI - regulamento empresarial;
- VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
- VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI - troca do dia de feriado;
- XII - enquadramento do grau de insalubridade;
- XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
- XII - enquadramento do grau de insalubridade;
- XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Revogado Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)
- XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 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.

fixar um rol de matérias destinadas à atuação arbitral cria, no entender da parcela doutrinária defensora da aplicação da arbitragem nos conflitos trabalhistas, o limite necessário para a produção da segurança jurídica da sentença arbitral e a convicção da sua sintonia também com o artigo 611-B, da CLT. Os subsídios hermenêuticos trazidos pelo artigo em destaque excluem taxativamente quais matérias configuram objeto ilícito, supressão ou redução de direitos do trabalhador. Por consequência, a conjugação interpretativa do artigo 611 e suas alíneas traduziria os limites de arbitrabilidade objetiva indispensáveis para a verificação dos direitos patrimoniais disponíveis, ancorados na possibilidade legal da arbitragem.

Novamente aqui, a atuação dos sindicatos mostrar-se-ia imprescindível para garantir a eficácia material do artigo 611, da CLT, contribuindo não apenas para evitar o desvirtuamento da utilização da arbitragem ou o cumprimento forçado de matérias não ancoradas na negociação coletiva passíveis de submissão ao procedimento arbitral. Independente, portanto, de considerar-se constitucional ou não a aplicação do instituto aos conflitos individuais, reconhece-se no artigo 611-B, da CLT, as balizas relevantes aos direitos patrimoniais disponíveis, ressaltando-se que definida expressamente a caracterização da ilicitude, por direito, não tem efeitos apenas a celebração de acordo/convenção coletiva, devendo ser observada como baliza também em relação às questões passíveis de submissão à arbitragem.

Assegurar a preservação de direitos com a otimização dos resultados na pacificação dos conflitos, compreende missão de notória dificuldade, em decorrência das peculiaridades apresentadas pelos mais variados conflitos. Apenas com a incidência de uma visão crítica sobre a assimetria de acesso à Justiça, quebra do princípio da duração razoável do processo ou o inadequado tratamento às demandas individuais massificadas, conseguir-se-á projetar sobre a teoria do conflito uma reforma cultural para muito além da cultura de alteração de diplomas legislativos como esperança singular de solução dos conflitos sociais.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

Por meio de uma constatação sobre a demanda por um aprimoramento dos mecanismos de acesso à Justiça, a sociedade de forma geral passa a reconhecer que a via jurisdicional não é a única resposta, sendo que soluções isonômicas para os conflitos deixam de passar pela estrita atuação do Poder Judiciário, sem que este em momento algum venha a perder sua legitimidade constitucional de aplicação do ordenamento jurídico. Com vistas a conferir atividade aos meios adequados de solução de controvérsia, cabe destacar a lição de Flávia Zanferdini e Ticiani Lima

Importa destacar, ainda, que demandismo judicial não significa um aumento da cidadania. A sobrecarga de processos pode ocorrer por diversos fatores, como a desinformação ou oferta insuficiente de outros meios alternativos de auto e heterocomposição de conflitos. (2013, p. 298)

Encontrar, portanto, outros meios igualmente legitimados pela legislação brasileira para o acesso à justiça e resolução dos conflitos compreende um movimento que não se limita à retirada brusca e permanente de processos dos tribunais, questionando exclusivamente a eficácia do método proposto. A solução passa por mapear e selecionar o método mais adequado, capaz de prevenir o litígio e solucionar o conflito resgatando a cidadania e valorizando a democracia.

O envolvimento da parte interessada no conflito de forma mais ativa é possível graças à mudança de paradigma propiciado pela escolha dos meios alternativos de resolução de conflitos. Flávia Zanferdini reconhece como primordial esta mudança de paradigma:

a fim de se passar de um modelo competitivo e violento para um baseado na cooperação e concórdia, envolvendo pessoalmente as partes, a sociedade civil e operadores do direito, resgatando a cidadania, permitindo-se que participem ativamente na solução de seus conflitos, encontrando-se para cada litígio, a solução mais adequada. (ZANFERDINI, 2014, p. 121)

Porém, resta inquietante se a arbitragem, em âmbito trabalhista, deva ser usada, pois torna os direitos estabelecidos disponíveis. Além disso, é possível questionar, sob o enfoque do acesso à justiça, se a arbitragem proporciona e amplia esse acesso ou é um mecanismo que apenas é disponível aos mais abastados, que já possuem acesso rápido à porta de entrada do judiciário.

5.4 CUSTAS PROCESSUAIS, HONORÁRIOS PERICIAIS E BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

Analisa-se, agora, dois artigos estabelecidos pela Reforma Trabalhista, a saber: 790-B e 791-A. Esses foram declarados inconstitucionais pela ADI 5766. Porém, merecem a análise pois relacionam-se com questões que dificultam o acesso à justiça.

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

§ 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

§ 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.

§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para adiamento de valores para realização de perícias.

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

Em um sistema que historicamente visa a proteção do trabalhador, a parte hipossuficiente no litígio, merece análise a razão de ter o legislador responsabilizado o sucumbente pelos honorários periciais mesmo quando beneficiário da justiça gratuita. Conforme observado, o pagamento do ônus da sucumbência desestimula os trabalhadores a buscarem seus direitos.

Há, na doutrina especializada, quem afirme que tal previsão colocou o trabalhador beneficiário da justiça gratuita em uma situação pior do que o cidadão comum. Isso porque, na regra correspondente do CPC (art. 95, § 3º, inciso I), anterior, aliás, à Reforma Trabalhista, a perícia requerida pelo beneficiário poderá ser custeada com o orçamento público ou de empresa pública (conforme realizada por servidor da Justiça ou de órgão público ou por particular); pela CLT, os eventuais créditos do beneficiário naquele ou em outro processo poderão ser utilizados para custeá-la. As entrevistas exploratórias realizadas pela pesquisa trouxeram casos de sucumbência recíproca em que a condenação sucumbencial consumia praticamente todo o valor dos créditos concedidos ao reclamante. Não havendo créditos suficientes para que o sucumbente beneficiário da justiça gratuita arque com a condenação em honorários advocatícios, nem nesse, nem em nenhum outro processo, a exigibilidade ficará sob condição suspensiva (CLT, art. 791-A, § 4º); se o mesmo ocorrer para honorários periciais, a União arcará com o encargo (CLT, art. 790-B, § 4º). (IPEA, 2022, p. 14)

Na mesma esteira do artigo 790-B está o artigo 791-A:

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.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao 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.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrarará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subseqüentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

Até mesmo o beneficiário da justiça gratuita deverá pagar os honorários. Isso demonstra que foi desconsiderada a questão da hipossuficiência econômica e do acesso à justiça. Cappelletti e Garth, quando analisam a questão da sucumbência no Sistema Americano, afirmam:

O alto custo para as partes é particularmente óbvio sob o Sistema Americano, que não obriga o vencido a reembolsar ao vencedor os honorários despendidos com seu advogado. Mas os altos custos também agem como uma barreira poderosa sob o sistema, mais amplamente difundido, que impõe ao vencido os ônus da sucumbência. Neste caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer – o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo – ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o verificado nos Estados Unidos. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 16-17)

Questiona-se, assim, qual a razão de ter o legislador da Reforma Trabalhista para impor custos àqueles que são beneficiários da justiça gratuita? O direito do trabalho possui uma série de princípios para proteger o trabalhador e garantir a ele o acesso à justiça, considerando que ele é parte hipossuficiente na relação trabalhista. Exigir que o trabalhador comprove sua hipossuficiência econômica viola, de modo flagrante, princípio da vedação ao retrocesso social e o princípio do acesso à justiça pelo trabalhador.

É tão polêmica a questão do pagamento de honorários periciais e advocatícios pela parte, ainda que seja beneficiária da justiça gratuita, que foi questionada em Arguição de Inconstitucionalidade (AI) 10378-28.2018.5.03.0114 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5766, decisão recentemente, que será objeto de análise do próximo subtópico.

O artigo 844, § 2º também foi objeto de questionamento na ADI, mas o STF entendeu pela constitucionalidade. Vejamos o texto legal:

Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

§ 1º Ocorrendo motivo relevante, poderá o juiz suspender o julgamento, designando nova audiência.

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.

§ 4º A revelia não produz o efeito mencionado no caput deste artigo se:

I - havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação;

II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV - as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

§ 5º Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados.

É possível perceber que o legislador, com a redação do parágrafo 2º, buscou inibir as ações em que o autor não tenha uma responsabilidade sobre o comparecimento à audiência, estabelece prazo para o pagamento de custas e a quitação é pré-condição para o ajuizamento de uma nova ação. Diante da decisão do STF, ficou estabelecido que não há violação do texto constitucional e do acesso à justiça.

5.4.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 5766

A Procuradoria Geral da República (PGR) ajuizou em 28 de agosto de 2017, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que recebeu o número 5766. Foi declarada a inconstitucionalidade dos artigos 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º – da

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na redação dada pela Lei 13.467/2017 – em 21 de junho de 2022. Lembrando que também foi matéria da ADI o § 2º, do artigo 844.

O Ministro Barroso – que proferiu o voto em 2018 – baseia seu voto pautando-se em compreensões prévias que tem sobre o tema, a saber:

Três delas são as seguintes: *primeira*, em uma sociedade desigual, um dos principais papéis do Estado é contribuir para a redução da desigualdade e para o enfrentamento da pobreza - esta é uma premissa importante do modo como vejo a vida e do modo como estarei interpretando esta matéria posta em julgamento; *segunda*, o enfrentamento da pobreza e a redução da desigualdade dependem do crescimento econômico e da distribuição justa de recursos; *terceira*, as diretrizes que pautam o raciocínio que a seguir vou desenvolver são as seguintes: qual dentre as interpretações possíveis facilita o crescimento com a expansão do mercado de trabalho; e qual dentre as interpretações possíveis produz a melhor alocação dos recursos sociais, porque isso é imprescindível para a distribuição de justiça e de riquezas. A questão discutida envolve o acesso à Justiça, que é previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, que tem a seguinte dicção: "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". (BARROSO, STF, 2018, p. 12)

O Ministro Barroso pautou-se na desigualdade social e econômica existente na sociedade brasileira, na necessidade de proporcionar o acesso à justiça para garantir cidadania e a dignidade da pessoa humana e ao mesmo tempo na análise econômica do Direito e na necessidade de propiciar uma litigância saudável. Cappelletti e Garth são amplamente citados nos votos, assim como a Constituição de 1988. Essa avançou sobre a compreensão do que é o acesso à justiça, o direito de todos postularem em juízo e ainda o dever do Estado de prestar “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV). Ademais, o Ministro criticou a litigiosidade excessiva em âmbito trabalhista, mostrando como pode atrapalhar questões econômicas.

O Ministro Edson Fachin, também em 2018, afirmou que as limitações impostas pela Reforma Trabalhista esvaziaram o direito de acesso à justiça, na medida em que se desestruturou a assistência judiciária gratuita com perícias e honorários. Ao final do voto o Ministro estabeleceu:

As limitações impostas pela Lei 13.467/2017 afrontam a consecução dos objetivos e desnaturam os fundamentos da Constituição da República de 1988, pois esvaziam direitos fundamentais essenciais dos trabalhadores, exatamente, no âmbito das garantias institucionais necessárias para que lhes seja franqueado o acesso à Justiça, propulsor da busca de seus direitos

fundamentais sociais, especialmente os trabalhistas. (FACHIN, Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2018, p. 13)

Dentre os apontamentos feitos pela Ministra Rosa Weber, menciona a necessidade de cautela com os números e a compreensão que possui sobre o real sentido do acesso à justiça:

Um último argumento sobre o real significado e alcance do movimento do acesso à justiça, porquanto sua compreensão está atrelada a raciocínios e lógicas simplistas, quando não ingênuas. Os desenhos institucionais, procedimentais e as técnicas processuais pré-ordenadas na legislação não tratam de meros métodos formais de alocação e solução de disputas perante os tribunais. Mas, antes, de autêntica regulação do papel do Estado e da sua configuração, por meio dos tribunais, dos métodos de solução de disputas, e das políticas substantivas na implementação dos direitos fundamentais, na perspectiva do acesso à sua reivindicação.

O que isso quer dizer? Como afirmam, mais uma vez, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua introdução ao monumental projeto enciclopédico de direito comparado, "políticas públicas importantes estão em jogo nas decisões sobre quando encorajar as partes a litigar, como moldar suas reivindicações factuais e jurídicas e se promover uma resolução estritamente legal em oposição a um acordo negociado. O quanto a lei regula o comportamento social depende em grande parte de como a máquina da justiça é construída." (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. Introdução - Políticas, tendências e ideias no processo civil. In: CAPPELLETTI, Mauro. Enciclopédia Internacional de Direito Comparado. Vol. XVI (civil procedimento). (Tübingen: Mohr, 1987, p. 2). (WEBER, Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2018, p. 49-50)

O acesso à justiça precisa ser pensado considerando as bases do Estado, os princípios constitucionais e trabalhistas, a Constituição e a garantia da dignidade da pessoa humana. Ademais, a dignidade da pessoa humana traz valores centrais das sociedades, do Direito e do Estado. A dignidade da pessoa humana como princípio coloca o ser humano no centro. Com isso ela sai lesada quando o homem está privado de mecanismos para se afirmar socialmente. Quando o homem se afirma socialmente surge o direito do trabalho, quando um trabalho regulado, um emprego.

Os Ministros consideraram os artigos 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º, inconstitucionais pautando-se, principalmente, na violação dos artigos: 1º, III e IV³³;

³³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

artigo 5º, *caput*, LXXIV³⁴; artigo 7º³⁵ da Constituição Federal de 1988. Assim, as dificuldades de acesso à justiça impostas pelos artigos supracitados foram solucionadas; dessa forma, a partir deste ano não podemos mais compreender esses como obstáculos de acesso à justiça trabalhista.

5.5 DESOBRIGAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

Conforme nota técnica do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos (DIEESE):

Os sindicatos são organizações de representação dos interesses dos trabalhadores, criadas para compensar o poder dos empregadores na relação contratual, sempre desigual e reconhecidamente conflituosa, entre capital e trabalho. Nasceram na primeira metade do século XIX como reação às precárias condições de trabalho e remuneração a que estão submetidos os trabalhadores no capitalismo. Ao final do século XIX, os sindicatos obtiveram reconhecimento institucional nos principais países industrializados. Desde então, têm exercido papel fundamental na organização da classe trabalhadora para a luta por uma sociedade justa e democrática, pressionando pela ampliação dos limites dos direitos individuais e coletivos ainda hoje estreitos em muitos países, entre os quais o Brasil. (DIEESE, 2017, p. 2)

As organizações sindicais possuem respaldo internacional, como exemplo, pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pela ONU, que na Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabeleceu no art. 23 que: “Toda pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses”.

No Brasil, os sindicatos corroboraram para a existência de um sistema de relações de trabalho democrático, contribuíram na Constituinte com a construção do art. 7º da Constituição que garante direitos aos trabalhadores.

Segundo o CNES (Cadastro Nacional de Entidades Sindicais), existem, em 2017, no Brasil, 11.698 entidades sindicais representativas de trabalhadores, presentes em todas as unidades da Federação (...). Estima-se, de acordo

³⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

³⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

com dados da Rais (Relação Anual de Informações Sociais), que cerca de 50 milhões de trabalhadores são representados por essas entidades. (DIEESE, 2017)

Observa-se que em fevereiro de 2017, no Brasil, 11.698 entidades sindicais existiam no Brasil e estavam distribuídas da seguinte forma:

Tabela 2 - Distribuição das entidades sindicais laborais segundo regiões geográficas e unidades da Federação

Região / UF	Total	
	nº	%
Norte	796	6,8
Pará	309	2,6
Amazonas	166	1,4
Rondônia	121	1,0
Tocantins	82	0,7
Amapá	44	0,4
Acre	38	0,3
Roraima	36	0,3
Nordeste	3.139	26,8
Bahia	585	5,0
Ceará	458	3,9
Pernambuco	427	3,7
Paraíba	353	3,0
Maranhão	356	3,0
Piauí	297	2,5
Rio Grande do Norte	254	2,2
Sergipe	215	1,8
Alagoas	194	1,7
Centro-Oeste	1.185	10,1
Goiás	367	3,1
Mato Grosso do Sul	318	2,7
Mato Grosso	279	2,4
Distrito Federal	221	1,9
Sudeste	3.855	33,0
São Paulo	1.784	15,3
Minas Gerais	1.234	10,5
Rio de Janeiro	596	5,1
Espírito Santo	241	2,1
Sul	2.723	23,3
Rio Grande do Sul	1.108	9,5
Paraná	867	7,4
Santa Catarina	748	6,4
TOTAL	11.698	100,0

Fonte: DIEESE, 2017.

É perceptível a maior concentração de unidades sindicais nos estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Ademais, pela análise da tabela 2, abaixo, é possível observar que em 2017, mesmo ano em que havia 11.698 unidades sindicais, o número de trabalhadores sindicalizados era de pouco mais de 13 milhões.

Tabela 3 - População ocupada, população associada a sindicatos e taxa de sindicalização de 2012-2019

População ocupada, população associada a sindicatos e taxa de sindicalização - PNAD Contínua 2012 a 2019								
	Ano							
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total	89.233	90.715	91.945	92.163	90.776	91.073	92.333	94.642
Associadas a sindicato	14.403	14.615	14.592	14.576	13.502	13.070	11.518	10.567
Taxa de sindicalização	16,1	16,1	15,9	15,8	14,9	14,4	12,5	11,2

Fonte: AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS, 2020.

Se em 2017 havia cerca de pouco mais de 13 milhões de brasileiros sindicalizados, em 2018, o número caiu para 11,5 milhões. Isto é, houve uma queda e é possível compreender que isso se deve à reforma trabalhista.

A negociação coletiva é uma das práticas mais importante dos sindicatos. Essa possibilita a ampliação de direitos garantidos por lei, avançando nas conquistas trabalhistas. Ao trabalhador o sindicato é uma entidade que o representa e guarda os seus direitos. Como já dito anteriormente, o trabalhador é a parte mais fraca da relação capital-trabalho e as entidades dispõem de recursos para realização de seu papel. Ademais, os sindicatos possuem o papel de fiscalização dos direitos dos trabalhadores.

Antes da reforma trabalhista a contribuição sindical era obrigatória a todos que integravam determinada categoria profissional, independentemente de ser associado ou não do sindicato.³⁶ A alteração do artigo 545 da CLT fez com que a cobrança da contribuição sindical estivesse condicionada a prévia autorização do empregado. Isso asfixiou o financiamento das entidades.

O sindicato que exerce o papel de negociação salarial, por exemplo, após 2017 perdeu sua força. Ao perder sua capacidade de agir e negociar, logo, o trabalhador também sai enfraquecido da relação com o capital.

Segundo o DIEESE:

³⁶ Artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587, 602 da CLT.

Os resultados das negociações de março, com base nos instrumentos coletivos (acordos e convenções coletivas) registrados no Mediador até começo de abril, indicam a manutenção do alto patamar de reajustes abaixo da inflação observado em fevereiro. Cerca de 52% dos 231 reajustes de março, analisados pelo DIEESE, não alcançaram a inflação de 10,8%, referente à variação dos preços nos 12 meses anteriores, segundo o Índice Nacional de Preços ao Consumidor, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (INPC-IBGE). Resultados iguais ao INPC representaram cerca de 34% dos reajustes da data-base; e apenas 13,9% das negociações conquistaram aumentos reais. (DIEESE, 2022)

Assim, da mesma forma que há o enfraquecimento da capacidade de negociação, observa-se a perda salarial; os trabalhadores também perdem o respaldo jurídico de acesso à justiça oferecido por meio de advogados dos sindicatos, que possuem amplo conhecimento trabalhista.

6 A REFORMA TRABALHISTA E O COMPROMETIMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA

A pergunta a ser feita, neste capítulo, é a seguinte: houve redução na busca da via judicial para solução de conflitos trabalhistas? Houve alteração na porta de entrada e de saída, para usar o vocabulário de Sadek, nos litígios trabalhistas?

No Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2021, podemos observar, de modo geral, que o número de casos novos teve um decréscimo significativo de 2017 para 2018, e, depois, um aumento pequeno de 2020 para 2021.

Tabela 4 - Série histórica de casos novos (2017-2021)

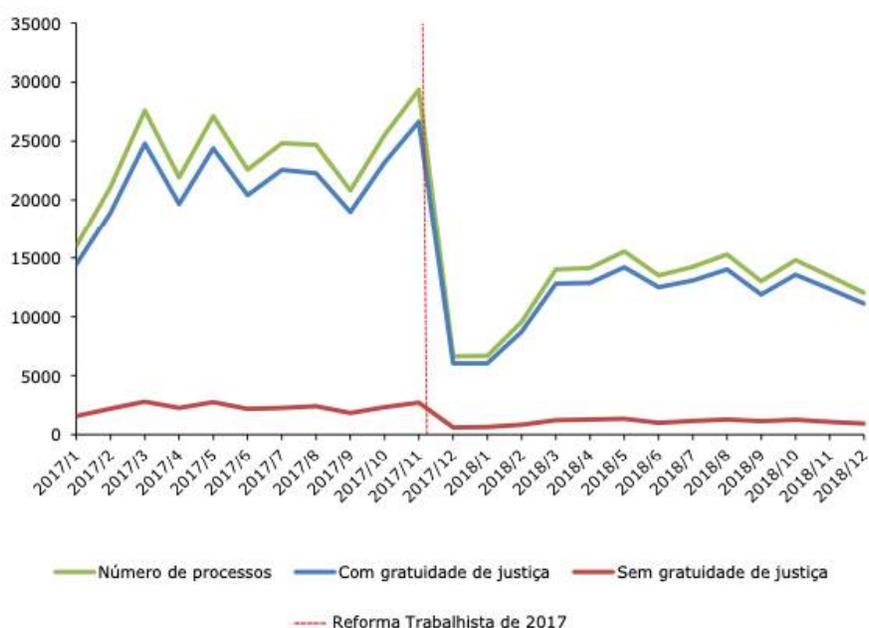
Região Judiciária	Casos Novos				
	2017	2018	2019	2020	2021
1ª - RJ	276.436	178.772	177.204	133.807	142.000
2ª - SP	441.127	308.020	332.398	273.826	305.728
3ª - MG	246.813	155.273	164.017	134.634	147.936
4ª - RS	184.992	118.967	132.687	108.565	106.035
5ª - BA	127.705	70.578	82.029	56.178	64.713
6ª - PE	102.950	68.123	72.356	58.102	58.016
7ª - CE	67.781	47.273	45.899	33.571	36.423
8ª - PA e AP	78.384	50.913	50.893	32.995	37.790
9ª - PR	156.727	89.608	99.320	82.142	82.759
10ª - DF e TO	56.304	42.664	39.883	31.944	30.574
11ª - AM e RR	53.132	34.990	34.972	21.183	20.618
12ª - SC	91.515	64.610	67.820	66.201	59.915
13ª - PB	35.814	21.748	21.892	16.241	21.384
14ª - RO e AC	25.708	16.680	21.107	18.098	16.245
15ª - Campinas/SP	329.732	223.034	242.103	208.040	209.684
16ª - MA	48.219	32.007	26.420	17.946	26.470
17ª - ES	35.859	22.911	25.997	20.613	20.424
18ª - GO	85.056	64.720	65.688	55.907	53.995
19ª - AL	31.384	19.983	20.119	13.218	16.388
20ª - SE	25.357	14.530	14.360	9.506	11.873
21ª - RN	29.884	18.180	17.651	14.421	15.550
22ª - PI	26.706	20.152	20.921	12.559	16.282
23ª - MT	40.740	27.017	26.775	22.743	21.855
24ª - MS	32.519	19.950	21.243	18.262	16.470
País	2.630.844	1.730.703	1.823.754	1.460.702	1.539.127

Fonte: TST, 2021, p. 47.

Isto é, se formos medir o acesso à justiça pela quantidade de pretensões judicializadas, pela porta de entrada, percebe-se o decréscimo após a reforma trabalhista. Pode-se inferir que a Reforma Trabalhista pode ter causado algum impacto, provocando certo medo nos litigantes por causa do pagamento de perícias e honorários advocatícios, mesmo aos que possuíam direito à justiça gratuita. O princípio da vedação ao retrocesso de direitos sociais não foi cumprido com a reforma trabalhista.

Fontainha, Rodrigues e Fernandes (2021), em artigo, analisam o impacto da reforma trabalhista de 2017 observando os fluxos no TRT1. É perceptível no gráfico elaborado pelos autores que o decréscimo processual acompanhou também o decréscimo do número de processo com gratuidade da justiça. Isso sinaliza que grande parte dos litigantes solicitam a justiça gratuita, no caso do TRT1. Não é possível fazer semelhante afirmação para todo o território nacional, pois não há esse tipo de levantamento realizado.

Gráfico 1 - Número de processos, com gratuidade de justiça (2017-2018)



Fonte: FONTAINHA; RODRIGUES; FERNANDES, 2021, p. 807.

Ao mesmo tempo, se analisarmos a conciliação como método alternativo de solução de litígios poderemos observar que os números também oscilaram. É preciso lembrar do que foi dito em capítulo anterior por Gouveia (2014), a questão da crise da justiça não pode ser avaliada do ponto de vista numérico ou do tempo, pois os meios de resolução alternativa de litígios buscam uma resposta qualitativa pela abordagem usada. Mas, ainda assim, vejamos a série histórica de casos conciliados de 2017 a 2021, que de um modo geral apresentou grande queda e, posteriormente, leve aumento:

Tabela 4 - Série histórica de conciliados (2017-2021)

Região Judiciária	Conciliados				
	2017	2018	2019	2020	2021
1ª - RJ	101.431	91.555	79.345	39.259	48.805
2ª - SP	215.172	198.982	180.727	106.349	150.455
3ª - MG	100.319	81.701	79.105	54.714	65.396
4ª - RS	81.241	73.898	65.718	39.152	44.223
5ª - BA	35.936	31.527	29.055	16.501	19.419
6ª - PE	46.009	40.733	38.944	24.173	30.063
7ª - CE	27.526	23.854	20.096	11.115	14.874
8ª - PA e AP	29.322	26.376	21.836	9.783	15.662
9ª - PR	77.828	71.876	58.368	33.972	45.769
10ª - DF e TO	18.428	16.727	16.557	7.044	9.863
11ª - AM e RR	16.205	15.002	14.278	5.573	8.922
12ª - SC	45.437	41.974	38.136	27.624	29.947
13ª - PB	13.411	9.827	8.326	5.470	8.156
14ª - RO e AC	8.667	6.763	8.087	5.294	4.890
15ª - Campinas/SP	135.591	131.154	118.092	73.725	92.808
16ª - MA	13.757	10.796	9.937	5.337	6.682
17ª - ES	10.946	9.504	9.299	6.061	6.418
18ª - GO	39.834	33.833	31.391	21.022	26.396
19ª - AL	15.207	11.851	9.544	5.105	7.311
20ª - SE	4.983	5.252	5.177	2.988	3.664
21ª - RN	9.412	8.243	6.395	4.669	5.478
22ª - PI	7.653	8.362	8.014	4.634	6.208
23ª - MT	19.072	13.979	12.311	9.209	10.422
24ª - MS	15.325	13.074	11.647	8.065	9.798
País	1.088.712	976.843	880.385	526.838	671.629

Fonte: TST, 2022, p. 50.

Algumas hipóteses podem ser cogitadas tanto para a diminuição de casos novos quanto de casos conciliados, tais como: a Pandemia de Covid-19, a lei de liberdade econômica e o fenômeno da pejetização e uberização do trabalho. Ressalta-se a dificuldade de medir, levantar dados sobre números de trabalhadores com carteira assinada, autônomos, com CNPJ, uberizados, como aponta também Droppa, Biavaschi e Teixeira afirmando que “é verdadeiro que as dificuldades de conceituar a terceirização e de medir seus impactos no mercado de trabalho são anteriores às duas leis de 2017 citadas [13.429/2017 e 13.467/2017]”. (DROPPA; BIAVASCHI; TEIXEIRA, 2021, p. 4)

Há 13.489.017 MEIs no país, de um total de 19.373.257 empresas ativas. Em 2021, foram criados mais de 3 milhões de MEIs, segundo dados do Ministério da Economia. Dessa forma, se não há relação de emprego, mas uma relação de prestação de serviço, o número de ações trabalhistas tende a cair. O mesmo é

possível interpretar por meio do fenômeno da uberização,³⁷ em que o trabalhador se transforma precariamente em empreendedor e arca com todas as consequências por trabalhar por intermédio de uma empresa regida por um algoritmo. É preciso ressaltar que todas essas alterações no mundo do trabalho são possíveis pelo respaldo do Estado, por meio da reforma trabalhista, ao mundo do capital.

O fenômeno da exclusão social acelera-se. As desigualdades aprofundam-se. O processo de cisão da classe trabalhadora intensifica-se. As organizações sindicais perdem força em meio à ampliação da terceirização, da informalidade e da legalização de formas de contratar que transformam trabalhadores em "empresários de si próprios", PJs, MEIs, "por conta própria", fazendo da simulação a legalidade (Filgueiras; Cavalcante, 2020). Os reflexos nas negociações coletivas e nos direitos conquistados são decorrências. No loca-loca das plataformas digitais, o tempo trabalhado é desencarnado (Berardi, 2020, p.191), sem direitos e sem demandas. A alardeada autonomia de trabalhadores submetidos ao comando de estruturas monopolistas é substituída pela intensificação das horas trabalhadas, da submissão e do controle (Belluzzo, 2020). Nesse cenário, as instituições fragilizam-se (Altvater, 1987). (DROPPA; BIAVASCHI; TEIXEIRA, 2021, p. 1)

Como já dito em capítulo anterior, por causa da Covid-19, o Estado ofereceu o Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda a trabalhadores que acordaram com a redução da jornada de trabalho e do salário; com a suspensão temporária do contrato de trabalho. Ele foi destinado a quem tinha vínculo empregatício. E ainda, em 2019, a Lei de Liberdade de Liberdade Econômica, nº 13.874/2019, em seu artigo 1º, § 1º e § 2º, substituiu a proteção do hipossuficiente pela proteção do investimento financeiro, subvertendo o sistema protetivo. Assim, contratar serviços por meio de PJ's, MEI ou trabalho autônomo ganhou força pelas modalidades de contratação permitidas pela Lei nº 13.429/2017. Essa modificação dificulta a ação de sindicatos, conseqüentemente, como a prestação de serviço é feita fora da empresa, então, o sindicato não possui mecanismos de fiscalização, regulamentação e instrução sobre os direitos, dificultando, assim, o acesso à justiça.

Ademais, fenômenos como da uberização, pejotização e terceirização, provocados pela reforma trabalhista, trazem outras consequências, tais como:

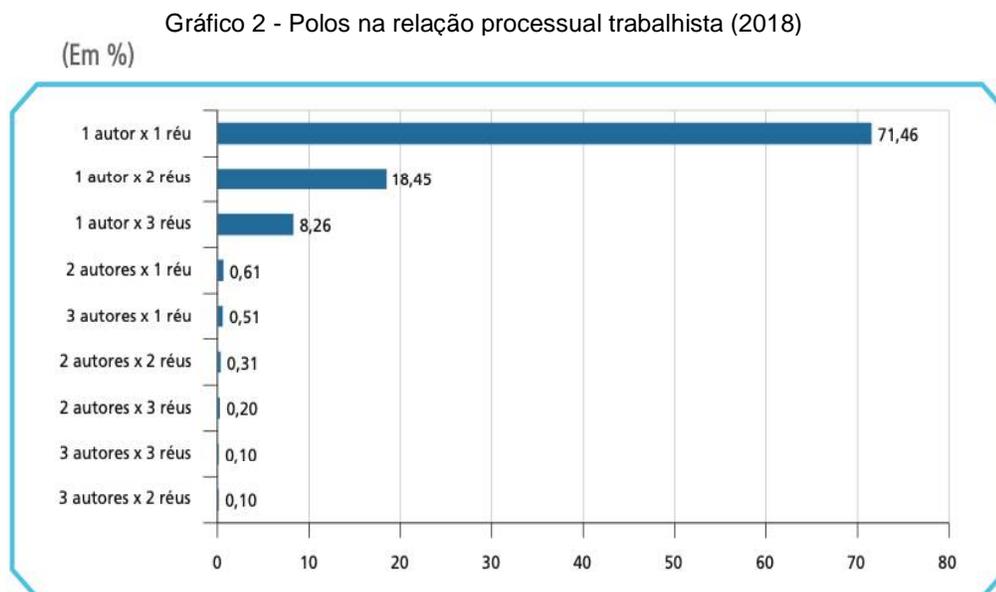
Além da transferência de riscos e custos para os trabalhadores eufemisticamente chamados de "parceiros", "colaboradores", e mesmo "empreendedores", a reforma trabalhista assegura que essas empresas possam dispor de uma mão de obra sem limites de jornada de trabalho, sem

³⁷ Descrição sobre o fenômeno da uberização. (ABÍLIO, 2020)

direitos a férias e outras proteções. Trata-se de condições que não têm relação, em si, com as tecnologias. As tecnologias apresentam o potencial de facilitar o trabalho, mas, em uma sociedade neoliberal, as novas ocupações são desreguladas pelo Estado e pelo mercado com vistas à mera redução de custos do trabalho. (LIMA; BRIDI, 2019, p. 337)

O que é possível observar é a dificuldade que temos de vislumbrar para onde foram os trabalhadores com carteira assinada, quantos continuam ou não com o mesmo tipo de vínculo empregatício.

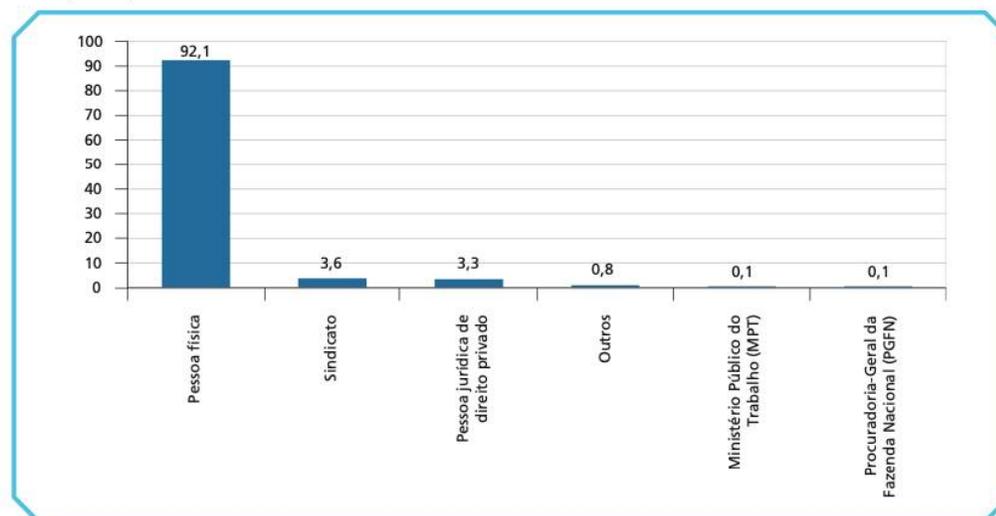
Em litígios trabalhistas, o IPEA levantou que, predominantemente, há o envolvimento de um autor e um réu. Como é possível verificar no gráfico:



Fonte: IPEA, 2022, p. 26.

Ademais, os autores dos processos geralmente são, em sua maioria, pessoas físicas, isto é, o trabalhador:

Gráfico 3 - Autores em processos trabalhistas em 2018
(Em %)



Fonte: IPEA, 2022, p. 27.

O gráfico anterior demonstra como a litigância do sindicato, que representa trabalhadores, é pequena, e possivelmente enfraquecida pela reforma trabalhista. Se em 2017 havia cerca de pouco mais de 13 milhões de brasileiros sindicalizados, em 2018, o número caiu para 11,5 milhões. A queda ano a ano de pessoas associadas a sindicatos demonstram o enfraquecimento das entidades, inclusive, porque a população que trabalha aumentou. Isso explica também porque a atuação de sindicatos como autores em litígios é pequena.

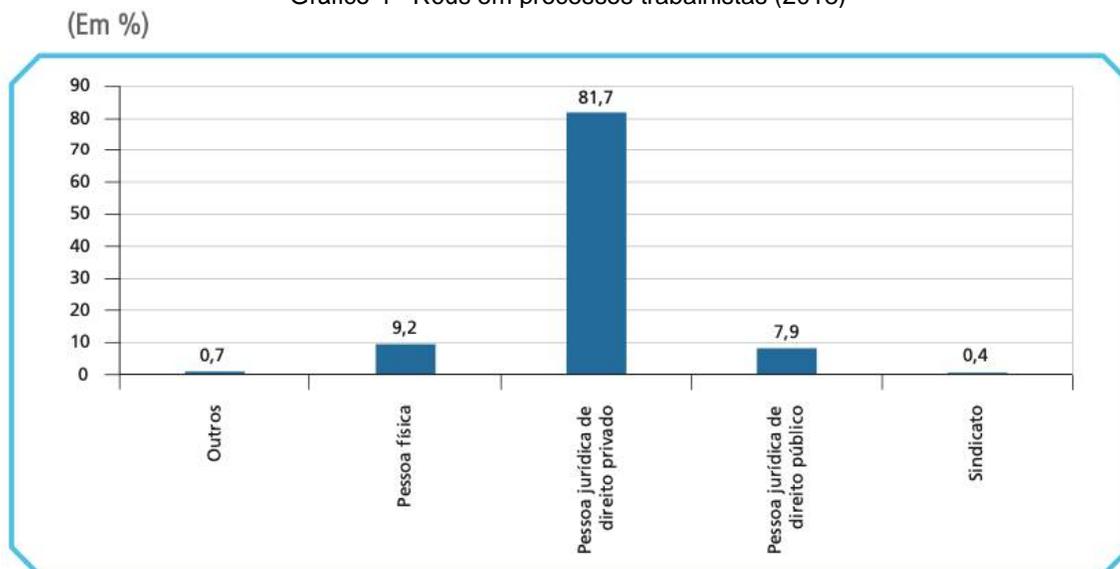
Tabela 6 - População ocupada, população associada a sindicatos e taxa de sindicalização de 2012-2019

População ocupada, população associada a sindicatos e taxa de sindicalização - PNAD Contínua 2012 a 2019								
	Ano							
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total	89.233	90.715	91.945	92.163	90.776	91.073	92.333	94.642
Associadas a sindicato	14.403	14.615	14.592	14.576	13.502	13.070	11.518	10.567
Taxa de sindicalização	16,1	16,1	15,9	15,8	14,9	14,4	12,5	11,2

Fonte: AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS, 2020.

Os réus, em sua maioria, em ações trabalhistas são pessoas jurídicas:

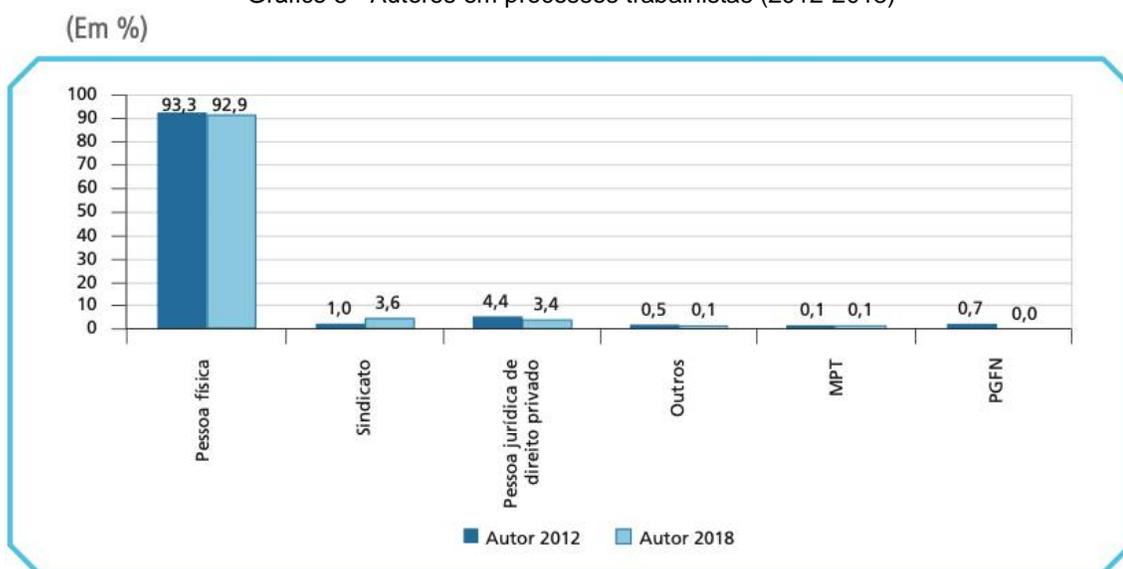
Gráfico 4 - Réus em processos trabalhistas (2018)



Fonte: IPEA, 2022, p. 27.

De modo geral antes da reforma e após a reforma trabalhista o perfil dos autores, predominantemente, continuou o mesmo, como é possível observar no próximo gráfico:

Gráfico 5 - Autores em processos trabalhistas (2012-2018)



Fonte: IPEA, 2022, p. 28.

Surpreendentemente, a atuação de sindicatos como autores dos litígios aumentou de 2012 a 2018. Isso, de certa forma, poderia derrubar o argumento de que a instituição sindicato enfraqueceu. Porém, é nítida a diminuição de trabalhadores sindicalizados. Galvão, Castro, Krein e Teixeira, apontam as consequências para as estruturas dos sindicatos:

a reforma mexe com as estruturas sindicais, especialmente por (1) alterar as bases de representação; (2) minar as bases de financiamento das entidades; (3) redefinir o papel dos sindicatos, retirando atribuições e introduzindo novas, de modo a comprometê-lo com a “competitividade” da empresa e oferecer “segurança” para que as práticas patronais não sejam questionadas no judiciário. (GALVÃO; CASTRO; KREIN; TEIXEIRA, 2019, p. 267)

O trabalhador ao mesmo tempo em que fica desobrigado a contribuir, também perde proteção pois a ação sindical está enfraquecida. Trata-se de um processo em que o capital recebe alguma vantagem pelo enfraquecimento de direitos. A ocupação dos autores de ações trabalhistas não demonstram que esses possuem alto nível de especialização e salarial, pelo contrário, vejamos:

Tabela 7 - Ocupação do primeiro autor (2012-2018)

(Em %)

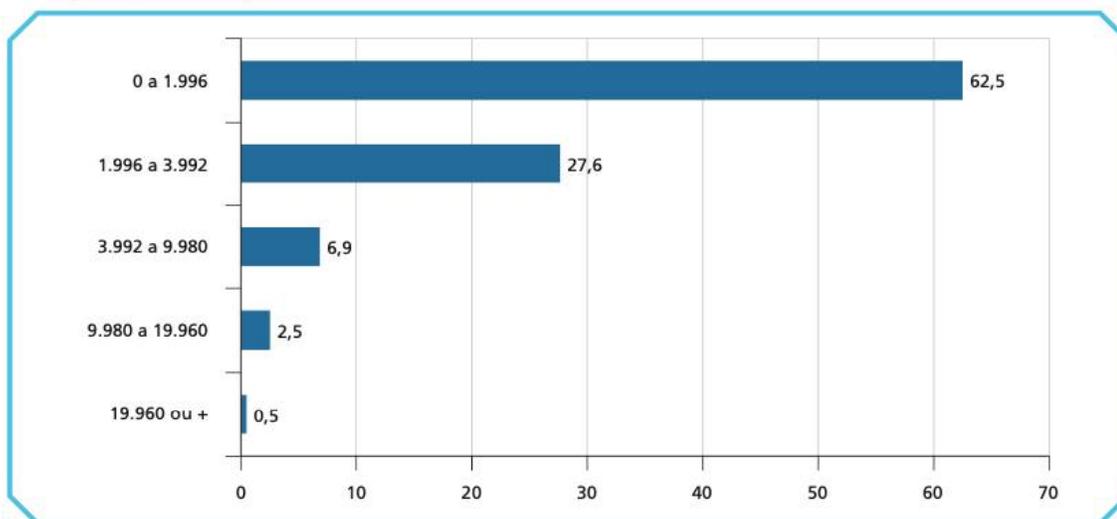
Ocupação do autor	2012	2018
Membros superiores do poder público, dirigentes de organizações de interesse público e de empresas, gerentes	2	5
Profissionais das ciências e das artes	2	8
Técnicos de nível médio	5	9
Trabalhadores agropecuários, florestais e da pesca	7	5
Trabalhadores da produção de bens e serviços industriais	36	27
Trabalhadores de serviços administrativos	6	11
Trabalhadores dos serviços, vendedores do comércio em lojas e mercados	34	33
Trabalhadores em serviços de reparação e manutenção	8	2
Total	100	100

Fonte: IPEA, 2022, p. 35.

É possível observar que trabalhadores do setor da produção de bens e serviços industriais e trabalhadores dos serviços, vendedores do comércio em lojas e mercados são os que mais buscam o Poder Judiciário. E em relação ao salário dos

litigantes, é possível analisar que a maior parte possui salários que não somam 2 salários-mínimos.

Gráfico 6 - Último salário do autor (2018)



Fonte: IPEA, 2022, p. 34

A maior parte (62,5%) dos autores recebe salário de até R\$ 1.996. Salários acima de R\$ 10 mil não chegam a 3% dos casos, dos quais apenas 0,5% possuem salários maiores do que R\$ 20 mil (IPEA, 2022, p. 34). Os dados apresentados pelo IPEA demonstram o que Cappelletti e Garth afirmam sobre os autores individuais e a faixa de renda:

Os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 28)

No Brasil, não é possível afirmar que quem recebe um salário de R\$ 1.996 seja pobre, pois outras variantes são analisadas. Mas, o que chama a atenção no indicador é que se trata de autores que recebem até R\$ 1.996. Assim, provavelmente, muitos devem ser beneficiários da justiça gratuita.

O IPEA também identificou, observando o cenário em 2012 e 2018, que

A presença do advogado particular aumentou no período (de 85,2% para 89,2%), enquanto a de advogado de sindicatos caiu (de 9,3% para 8,5%). A presença de partes sem representantes reduziu-se a menos da metade (de

4,8% para 2,2%). Observou-se a presença de núcleos de prática jurídica, mas tanto os advogados dativos quanto os defensores públicos passaram a ser insignificantes. (IPEA, 2022, p. 34)

Isso demonstra a perda da força dos sindicatos, uma vez que caiu a atuação de advogados de sindicatos nos litígios e o aumento dos advogados particulares, que encarecem o processo e o acesso à justiça aos trabalhadores.

Como fator complicador dos esforços para atacar as barreiras ao acesso, deve-se enfatizar que esses obstáculos não podem simplesmente ser eliminados um por um. Muitos problemas de acesso são interrelacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro. Por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogado em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal "reforma". (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 29)

No Brasil, com a reforma trabalhista, não foi observada a diminuição de custo do processo dispensando o advogado, ao contrário, a presença desse foi maior, isso não diminui o custo da justiça, nem proporciona acesso à justiça. Porém, o artigo 791 da CLT permite reclamar por conta própria por meio de uma reclamação verbal.

Quando as partes tentaram outras formas de litigar, a pesquisa do IPEA analisou:

Nas raras ocasiões em que as partes intentaram um mecanismo institucionalizado de conciliação prévia, os casos foram encaminhados aos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania (Cejuscs) (34,8%), a mecanismo existente na própria empresa (21,7%), aos sindicatos (21,7%) ou a algum outro órgão do Poder Judiciário estruturado de modo diverso ao Cejusc (17,4%). (IPEA, 2022, p. 43)

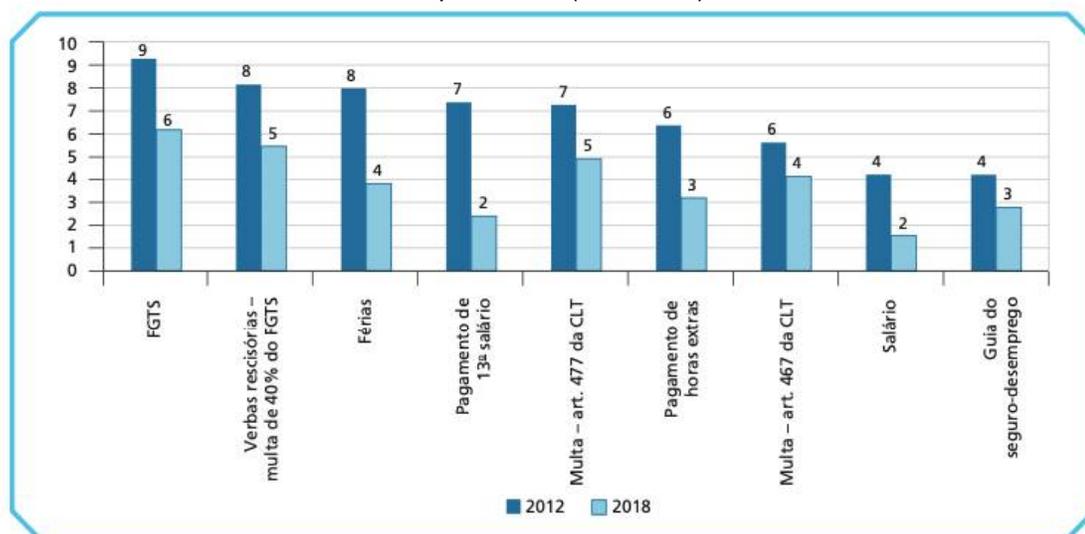
Observa-se, então, como a conciliação prévia pode funcionar como uma importante forma de acesso à justiça, proporcionando a resolução do conflito em tempo razoável. Ademais, dentre os métodos alternativos foi a forma mais usada. Já quando as demandas são encaminhadas ao Judiciário, quanto aos ritos notou-se:

Concretizada afinal a reivindicação de direitos ao Judiciário, o demandante geralmente adota os instrumentos mais comuns: a ação reclamatória trabalhista pelo rito ordinário (61,3% dos casos) ou a correspondente de rito sumaríssimo (29,3%). (IPEA, 2022, p. 43)

Isso demonstra que a maior parte das causas ultrapassavam 40 salários-mínimos, por isso a opção pelo rito ordinário, mais complexo e demorado. Já no rito sumaríssimo as causas variam de 2 a 40 salários-mínimos. Outras questões processuais diferem os ritos, mas o valor é o principal ponto a se optar por um rito ou outro.

Outro aspecto que merece observação é motivo pelo qual há o litígio. Como veremos em gráfico, na sequência, trata-se, principalmente, de questões que fazem parte da rotina de pagamentos das empresas, como FGTS, férias, verbas rescisórias e multa de 40% de FGTS, pagamento de 13º salário, entre outras.

Gráfico 7 - Percentual das pretensões mais comumente apresentadas em relação à quantidade total de pretensões (2012-2018)



Fonte: IPEA, 2022, p. 47.

Visualizamos que há diferenças entre o que era mais pretendido em 2012 e o que é mais pretendido em 2018. Mas as questões relativas ao FGTS predominam tanto em 2012 quanto em 2018. São questões rotineiras da área trabalhista.

É possível interpretar que o extrato social que mais litiga, no Brasil, não possui renda superior a dois salários-mínimos, dessa forma, não é um extrato da população abastado. Não podemos afirmar, ao mesmo tempo, que aqueles que mais litigam fazem a “litigância habitual” e tumultuam o judiciário trabalhista. Não temos referência numérica nacional de como é o acesso à justiça dos hipossuficientes economicamente e dos que necessitam de acesso à justiça gratuita. Mas,

A condição objetiva de quem depende do trabalho para sobreviver é de submeter-se à violência contra o corpo, contra a vontade e contra a autonomia, mesmo em um ambiente de trabalho que possa ser considerado saudável ou diferenciado, a partir dos parâmetros contemporâneos. Ao não questionarmos a possibilidade mesma de troca de capital por tempo de vida, colocamos todas as pessoas que precisam trabalhar para sobreviver (ou dependem de sistemas de seguridade social exatamente porque não têm condições de realizar essa troca) em situação de violência estrutural. Portanto, essa violência é ao mesmo tempo suportada e negada, não apenas pelo conjunto de aparelhos (escola, igreja, Estado) que reproduzem a ideologia da liberdade e da igualdade, mas pelos próprios violentados, como condição (subjéctiva e inconsciente) de sobrevivência.

A Justiça do Trabalho é lugar privilegiado de explicitação desse sofrimento que decorre da violência estrutural da troca entre capital e trabalho e tem justamente a função de desvelá-la e limitá-la. Isso representa bem mais do que determinar o pagamento de horas extras ou das verbas resilitórias. (SOU MAIOR; SEVERO, 2020, p. 2787-2788)

A justiça do trabalho tem, por assim dizer, o espaço para ser um instrumento de democracia, pois ela é capaz de corrigir, quando chega até ela a desigualdade entre capital e trabalho. Galvão, *et al* observam sobre a reforma trabalhista que “a lógica da reforma é reduzir os custos do trabalho, rebaixando os salários e os direitos dos trabalhadores, o que contribuirá para agravar ainda mais a desigual distribuição da riqueza entre capital e trabalho”. (2017, p. 44) Assim, a justiça do trabalho ainda pode ser um espaço para que o cidadão tenha voz, um espaço de cidadania, apesar das tentativas desmobilizadoras dos legisladores.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva do direito do trabalho como um direito social, observa-se a importância da intervenção do Estado para a garantia de direitos sociais, e também a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana na área trabalhista.

A Reforma trabalhista e a Lei de Liberdade Econômica interferiram nas relações trabalhistas, enfraquecendo o direito do trabalho, como um direito social. Houve um deslocamento de paradigma; a proteção social ao trabalho deslocou-se para o plano da autonomia da vontade. As prerrogativas processuais do trabalhador foram enfraquecidas diante da prevalência do negociado sobre o legislado.

Sob a perspectiva do acesso à justiça, com a reforma trabalhista de 2017, foi possível observar alterações em relação ao acesso e à efetivação da justiça. Os artigos 790-B e 791-A, considerados inconstitucionais por recente ADI do STF, podem ser tomados como exemplos de uma legislação que dificultou o ingresso em juízo principalmente de pessoas hipossuficientes economicamente e que dependem da justiça gratuita.

Ao viabilizar a homologação de acordos, toma-se a perspectiva da razoável duração do processo no Poder Judiciário, e da necessidade de desafogar esse. Dessa forma, trata-se de um ponto positivo o uso da mediação, da conciliação e da arbitragem. Porém, a arbitragem, com a Lei nº 13.467, de 2017, no artigo 507-A, tornou todos os direitos trabalhistas disponíveis, ferindo o cânone essencial da indisponibilidade de diversos direitos do trabalhador. A mediação e a conciliação revelam-se mais adequadas para a área trabalhista, pois não ferem as questões principiológicas do direito do trabalho.

Consideramos a função tutelar do direito do trabalho, pois o trabalhador é a parte mais fraca na relação jurídica. Com isso, essa função está sob a perspectiva de direitos humanos e constitucionais, ela visa corrigir as desigualdades entre os atores representantes do capital e do trabalho, por meio do sistema normativo. Após a reforma trabalhista podemos observar o decréscimo significativo de 2017 para 2018 de pretensões judicializadas e também de conciliações realizadas. Não é possível afirmar que o decréscimo de litígios significou um comprometimento do acesso à justiça. Mas observamos o espaço da Justiça do Trabalho como um espaço de cidadania e democracia, que não pode ser perdido pelos trabalhadores.

Quando se desobriga o trabalhador a pagar a contribuição sindical há um enfraquecimento da entidade que poderia representar e negociar pelo trabalhador, assim, ele perde um elemento protetivo, principalmente, os mais pobres, com menos escolaridade.

Nesse momento ainda não se faz possível identificar todas as consequências da reforma trabalhista para o acesso à justiça, mas o aumento de CNPJs, isto é, o fenômeno da pejetização, que ocorreu, certamente interfere na análise feita. E é preciso observar o crescimento exponencial de MEIS e o que ocorrerá nos próximos anos, no âmbito trabalhista, pois entre empresa e prestador de serviço não há vínculo trabalhista. Indaga-se se esse novo empreendedor que surge na sociedade brasileira é conhecedor de seus direitos e sabe gerenciar sua carreira profissional. O quadro revela mais uma forma de precarização da relação trabalhista, desobrigando a empresa, o capital, de suas responsabilidades.

Por fim, a reforma trabalhista reforça, sob a ótica do acesso à justiça, a distância existente entre os cidadãos e a administração da justiça. Proporcionar acesso à justiça é uma forma de reduzir desigualdades econômicas, sociais e culturais. Faz-se necessário chamar o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário para agir; é preciso incentivar a cultura de pacificação, principalmente através da conciliação e da mediação, em âmbito trabalhista, formas aptas a propiciar uma justiça rápida e com menos formalidade.

Verificou-se, destarte, no Brasil, um flagrante problema quanto ao princípio de vedação ao retrocesso de direitos sociais. Há desigualdades combinadas com a falta de políticas públicas e com o desamparo de direitos sociais; isso faz com que as desigualdades se acumulem para determinada parcela da sociedade. Assim, há um sistema de exclusões que se alimenta tanto pelas limitações ao não estabelecer a proteção social e ao não proporcionar serviços públicos adequados como o acesso à justiça. O Estado deu respaldo ao mundo do capital quando realizou a reforma trabalhista, desprotegendo os direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador just-in-time?1. **Estudos Avançados** [online]. 2020, v. 34, n. 98 [Acessado 5 Novembro 2022], pp. 111-126. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3498.008>. Acesso em: 10 out. 2022.

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. **Em 2019, mesmo com expansão da ocupação, sindicalização segue em queda no Brasil**. 26 de agosto de 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28666-em-2019-mesmo-com-expansao-da-ocupacao-sindicalizacao-segue-em-queda-no-brasil>. Acesso em: 10 out. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Tânia. **Caixas de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2016.

ALMEIDA, Victor Hugo de; GOMES, João Raul Penariol Fernandes. O Direito e a Justiça do Trabalho frente aos desafios impostos pelo atual contexto socioeconômico e tecnológico brasileiro. In: GRILLO, Sayonara et. al. (Coord.). **Direito do Trabalho: Perenidade e Atualidade**, Campinas: Lacier, 2022.

ALVARENGA, Darlan. Número de brasileiros com carteira assinada é o menor desde 2021, mostra IBGE. **Portal G1**, Economia, São Paulo, 26 fev. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/02/26/numero-de-brasileiros-com-carteira-assinada-e-o-menor-desde-2012-mostra-ibge.ghtml>. Acesso em: 22 mar. 2022.

ANTUNES, Ricardo (org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006.

ANTUNES, Ricardo. A sociedade da terceirização total. **Revista da ABET**, v. 14, n. 1, 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/25698>. Acesso em: 22 jun. 2020.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018.

AZEVEDO, André Gomma (Org). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Estudos em arbitragem, mediação e negociação Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2004.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BACELLAR, Roberto; LAGRASTA, Valéria. (Coord.) **Conciliação e mediação: ensino em construção** São Paulo: Enfam/Ipam, 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BELTRAMELLI NETO, Silvio; COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira (Coord.). **Reforma trabalhista na visão dos procuradores do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2018.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Introdução ao estudo do direito**: humanismo, democracia e justiça. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BOARDMAN, Susan; HOROTITZ, Sandra. Constructive conflict management and social problems: an introduction. **Journal of Social Issues**, v. 30, p 1-12, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOCHENEK, Antônio César. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça**: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CJF, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Leonardo Dias; CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à reforma Trabalhista**. 2. ed. São Paulo: Método, 2018.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1º maio 1943. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. **Medida Provisória n. 808** de 14 de novembro de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808impresao.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Conciliações na Justiça do Trabalho**. 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/conciliacoes>. Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2021**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/18640430/30889144/RGJT+2021.pdf/16c678c9-7136-51ba-2d62-cae4c5a4ab4d?t=1656603252811>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766**, número único 9034419-08.2017.1.00.0000. Ministro Relator Roberto Barroso, 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 8 jul. 2022.

CAIXA. **Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda**. 2021. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/beneficios-trabalhador/beneficio-emergencial/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 8 jul. 2022.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el Proceso Civil**. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1995.

CAPLOVITZ, D. **The Poor Pay More**. New York: Free Press, 1963.

CAPPELLETTI, Mauro. Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study, 73 **Michigan Law Review**, 1975. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol73/iss5/2>. Acesso em: 15 nov. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

CANOTILHO. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho**: curso e discurso. Aracaju: Evocati, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Método, 2018.

COMPARATO, Fabio Konder. **Função social da propriedade e dos bens de produção. Direito empresarial – estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Acesso à justiça**: os métodos não adversariais, a Política Nacional de Solução Adequada de Conflitos e a ética do conciliador e do mediador. Brasília, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Teoria do conflito, formas e métodos de tratamento dos conflitos**. Brasília, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Brasília, 2021.

COSTA, Natasha Mirella Melo; RAZABONI JÚNIOR, Ricardo Bispo. Flexibilização das normas trabalhistas e seus aspectos positivos e negativos. In: **Revista Aporia Jurídica**. Revista Jurídica do curso de Direito da Faculdade CEGACE. 6. ed. v.1, p. 373-387, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/view/65/54>. Acesso em: 07 abr. 2022.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DEMARCHI, Juliana. **Mediação – proposta de implementação no processo civil brasileiro**. 2007. 239 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Processo Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1.

DIEESE. **Reajustes salariais em março de 2022**. 2022. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimnegociacao/2022/boletimnegociacao19.html>. Acesso em: 10 out. 2022.

DIEESE. **A Importância da Organização Sindical dos Trabalhadores**. Abril de 2017. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec177ImportanciaSindicatos.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1.

DROPPA, Alisson; BIAVASCHI, Magda Barros; TEIXEIRA, Marilane Oliveira. A terceirização no contexto da reforma trabalhista: conceito amplo e possibilidades metodológicas. **Caderno CRH** [online]. 2021, v. 34. Disponível em: <https://doi.org/10.9771/ccrh.v34i0.45060>. Acesso em: 4 nov. 2022.

ECKHOFF, Torstein. The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict-Resolution. **Acta Sociologica**, vol. 10, n. 1/2, 1966, pp. 148–72. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4193650>. Acesso em: 15 nov. 2022.

HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2009.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; FREITAS, Marco Antônio de; TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. **Reforma trabalhista: enunciados aprovados**. 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, 2017. XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Conamat, 2018. Brasília: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra, 2018. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 22 nov. 2022.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. São Paulo: Imago, 1994.

FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao Trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. Orientador: Cássio Mesquita Barros Júnior. 2006. 373 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. Disponível em:

<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp011774.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2020.

FONTAINHA, Fernando; RODRIGUES, Paulo; FERNANDES, Pedro de Araujo. A Reforma Trabalhista de 2017 e seus efeitos: análise do fluxo processual do TRT1. **Opinião Pública**. 2021, v. 27, n. 3, pp. 797-821. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1807-01912021273797>. Acesso em: 20 nov. 2022.

GALVÃO, Andréia; Krein, José Dari; BIAVASCHI, Magda Barros; TEIXEIRA, Marilane Oliveira. **Dossiê reforma trabalhista**. Campinas: Cesit/ie/Unicamp. 2017. Disponível em: <https://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie-14set2017.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

GALVÃO, Andréia; CASTRO, Bárbara; KREIN, José Dari; TEIXEIRA, Marilane Oliveira. Reforma Trabalhista: precarização do trabalho e os desafios para o sindicalismo. **Caderno CRH, [S. l.]**, v. 32, n. 86, p. 253–269, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/crh/article/view/30691>. Acesso em: 10 nov. 2022.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma trabalhista**. Salvador: Juspodivm, 2017.

GOMES, Fábio Rodrigues; TUPINAMBÁ, Carolina (Coord.). **A reforma trabalhista: o impacto nas relações de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. A arbitragem no direito trabalhista: um desafio a ser enfrentado. In: **Revista CEJ**. Brasília, Ano XXII, n.75, 2018), p. 7-17.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

GRANCONATO, Márcio; MONTEIRO, Carlos Augusto Marcondes de Oliveira (Coord.). **Reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Foco Jurídico, 2017.

HABERMANN, Raíra Tuckmantel; MIGLIORANZI, Juliana Migot. **Comentários à reforma trabalhista**. Leme: Habermann Editora, 2017.

IPEA. **Texto para discussão**. 2022. Rio de Janeiro. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11212/1/td_2769_web.pdf. Acesso em: 11 out. 2022.

IPEA. **Mercado de trabalho: conjuntura e análise**, 2021. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/210512_bmt_71_nota_tecnica_a3.pdf. Acesso em: 3 jan. 2022.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito Processual do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. México: Porrúa, 1960.

LAGRASTRA, Valéria; BACELLAR, Roberto (Coord.) **Conciliação e Mediação – ensino em construção**. São Paulo: IPAM, 2016.

LAGRASTRA, Valéria. Introdução aos Meios Adequados de Solução dos Litígios – Mediação e Conciliação – Técnicas e Ferramentas. In CHIMENTI, Ricardo Cunha. (Coord.). **Manual para EaD do Curso de Juizados Especiais – Módulo I – da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados**. Brasília: ENFAM, 2017.

LAGRASTRA, Valéria. **Mediação Judicial: Análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Coleção ADRs. São Paulo: Gen/Forense Editora, 2012.

LANGER, André. O conceito de trabalho em André Gorz. Disponível em: http://vinculando.org/brasil/conceito_trabalho/conceito_de_trabalho.html. 2004. Acesso em: 04 fev. 2022.

LASSALLE, Ferdinand. **CPC: repercussões no processo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEAL, Leonardo José Peixoto; MAIA, Cinthia Meneses. A função social da empresa como forma de proteção do empregado. **Revista Jurídica**, v. 3, n. 52, Curitiba, p. 534-533, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.52.24.pdf. Acesso em: 31 mar. 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LIMA, Jacob Carlos; BRIDI, Maria Aparecida da Cruz. Trabalho Digital e Emprego: a reforma trabalhista e o aprofundamento da precariedade. **Caderno CRH, [S. l.]**, v. 32, n. 86, p. 325-341, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/crh/article/view/30561>. Acesso em: 10 nov. 2022.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 40, n. 160 out./dez. 2003, p. 49-64.

MACHADO, José Carlos Soares; GOUVEIA, Mariana França. **Resolução Alternativa de Litígios**. Coimbra: Almedina, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Fabiano. **Direitos humanos**. São Paulo: Método, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 39.

MORAES FILHO, Evaristo. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MORAIS FILHO, Evaristo de. **Contrato de Trabalho**. São Paulo: Max Limonad, 1944.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho - Relações Individuais e Coletivas do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. Competência ambiental para a negociação coletiva: pressupostos para o desenvolvimento humano e para a ressignificação do Direito do Trabalho. **Direito e Desenvolvimento**, v. 7, n. 2, João Pessoa, p. 96-113, jun. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.26843/direitoedesenvolvimento.v7i2.319>. Acesso em: 07 abr. 2022.

PARMEGIANE, Daniele; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. A indisponibilidade dos direitos trabalhistas e a prevalência da autonomia da vontade frente a reforma trabalhista. In: ZULMAR FACHIN, Abelar Baptista Pereira Filho; MARCATO, Gisele

Caversan Beltrami. **Direito Constitucional Contemporâneo**: Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito. 1. ed. Jacarezinho: UENP, 2018. Disponível em: <https://siacrid.com.br/repositorio/2018/direito-constitucional-contemporaneo.pdf#page=61>. Acesso em: 07 abr. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípio de Direito do Trabalho**. 3. ed. Traduzido por Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.

ROSEMBERG, Marshall. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Agora, 2006.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, (101), 55-66, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i101p55-66>. Acesso em: 10 out. 2022.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In LIVIANU, R., coord. **Justiça, cidadania e democracia** [online]. p. 170-180. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. v. 37. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985,

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antoni Bittar. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem, mediação, conciliação e negociação**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado** 4, São Paulo, 2006.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**, 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SOUTO MAIOR, Nivea Maria Santos. A Reforma Trabalhista e a (Des) Construção da Legislação Social no Brasil. **Revista Da ABET**, 19(1), 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1676-4439.2020v19n1.44874>. Acesso em: 10 out. 2022.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**. Belo Horizonte, p. 289-332, nov. 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. A Justiça do Trabalho como instrumento de Democracia. **Revista Direito e Práxis**. 2020, v. 11, n. 04, pp. 2773-2801. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50494>. Acesso em: 10 nov. 2022.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituição de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v. 3, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TERRA, Ricardo Ribeiro. A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana. In: **Filosofia política**. Porto Alegre: LP&M, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. v. 1, 60. ed. Rio de Janeiro: 2019.

URY, William; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen. **Resolução de Conflitos**. Lisboa: Editora Actual, 2009.

ZANDER. Payment into Court. In: **New Law Journal**, 1975.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Tendência universal de sumarização do processo civil e a busca pela tutela de urgência proporcional. 2007. 310 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp040946.pdf>. Acesso em: 09 out. 2022.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos e a Democratização da Justiça. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. v. 5. n. 1 (2012). Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/158>. Acesso em: 8 jul. 2022.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; LIMA, Ticiani Garbellini Barbosa. Sociedade litigiosa: buscando soluções inconventionais para resolver conflitos massificados. **Revista Paradigma**, [S. l.], n. 22, 2014. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/295>. Acesso em: 8 jul. 2022.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MAZZO, Fernando Henrique Machado. Do movimento de acesso à justiça às preocupações sobre o aumento da litigiosidade de massa. **Revista Meritum**, v. 10, p. 77-100, 2015. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/3369/1814>. Acesso em: 20 out. 2022.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; ZACARIAS, Fabiana. A negociação coletiva como instrumento de concretização direitos na demissão coletiva e sua efetividade como meio autocompositivo de resolução de conflitos. **Revista Paradigma**, v. 25, p. 134-153, 2016. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/134-153>. Acesso em: 20 out. 2022.

WATANABE, Kazuo. **Mediação**: um projeto inovador. v. 22. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003.