

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO
TRABALHO I**

ELCIO NACUR REZENDE

MARIA AUREA BARONI CECATO

RODRIGO GARCIA SCHWARZ

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende; Maria Aurea Baroni Cecato; Rodrigo Garcia Schwarz – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-594-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

Apresentação

A presente publicação, concebida no marco do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de Salvador - BA, sob o tema “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”, oferece ao leitor, através dos diversos artigos apresentados no Grupo de Trabalho "DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I", a diversidade e a pluralidade das experiências e do conhecimento científico dos quais se extrai, no seu conjunto, o "espírito", ou seja, o sentido e a essência do Direito do Trabalho na atualidade, a partir da apreensão do que está sendo produzido, no âmbito da cultura jurídica brasileira, a respeito do Direito do Trabalho. Trata-se, portanto, de uma amostra significativa que revela, no seu conjunto, a partir de distintas vozes e de distintos espaços e experiências, os rumos não só da pesquisa científica a respeito do Direito do Trabalho no Brasil, mas do próprio Direito do Trabalho enquanto ciência, ordenamento e práxis no Brasil, e das correspondentes instituições político-jurídicas e das suas possibilidades de produção de justiça social, em termos históricos, axiológicos, filosófico-normativos e teórico-dogmáticos.

Somam-se, assim, as vozes de Ailsa Costa de Oliveira, Alice Aparecida Dias Akegawa, Andre Geraldo Santos Cardoso de Mesquita, André Luiz Staack, Anna Marcella Mendes Garcia, Antonio Donizetti de Resende, Candy Florencio Thome, Christine de Sousa Veviani, Clarisse Inês de Oliveira, Danielle Costa de Souza Simas, Danielle de Mello Basso, Diego Gabriel Oliveira Budel, Elcio Nacur Rezende, Erica Ribeiro Guimarães Amorim, Fernanda Maria Afonso Carneiro, Fernanda Netto Estanislau, Gabriela Rangel da Silva, Irineu Francisco Barreto Junior, Isabel Christine Silva de Gregori, Joshua Gomes Lopes, Luciana Ferreira Lima, Marcelo José Ferlin D'Ambroso, Maria Aurea Baroni Cecato, Mariana Reis Caldas, Mauricio de Melo Teixeira Branco, Melissa Mika Kimura Paz, Nathália Facco Rocha, Renato de Araújo Ribeiro, Rodrigo Garcia Schwarz, Valena Jacob Chaves Mesquita e Victor Jácomo da Silva em torno dessas discussões, fundadas na perspectiva das dimensões materiais e eficaciais do direito fundamental ao trabalho decente, assim compreendido o trabalho exercido em condições compatíveis com a dignidade humana, e, portanto, do Direito do Trabalho enquanto possibilidade de produção de justiça social e concomitante instrumento efetivo de superação das muitas vulnerabilidades históricas que ainda assolam o nosso povo e a nossa democracia.

São vinte os artigos aqui apresentados: (1) A influência dos grupos de pressão na reforma trabalhista; (2) Entre empregados e empregadores: visão moderna das “cidadanias” de

Aristóteles; (3) Reforma trabalhista: a inversão do diálogo das fontes; (4) As alterações trazidas pela Lei nº 13.467/17 ao acesso à justiça: os impactos da reforma trabalhista à efetividade da justiça do trabalho no Brasil; (5) A execução trabalhista e a Lei nº 13.467/2017: o desafio da efetividade processual; (6) A necessidade de reafirmação do direito do trabalho com base na doutrina marxista; (7) A exploração contínua: o uso das tecnologias da informação e comunicação nas relações de trabalho do século XXI; (8) A reforma trabalhista (Lei 13.647/17) e o teletrabalho: avanços e retrocessos; (9) O teletrabalho e a supressão de seus direitos na reforma trabalhista; (10) A inserção na CLT do título II-A – do dano extrapatrimonial pela Lei 13.467/2017 e sua interpretação conforme a Constituição Federal de 1988; (11) A dispensa coletiva trabalhista à luz dos deveres de socialidade e eticidade do contratos; (12) A questão agrária como obstáculo à erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil; (13) A tutela do trabalhador migrante no Brasil; (14) Manutenção da escravidão na casa grande: trabalho doméstico análogo ao de escravo no Brasil; (15) Análise da discriminação racial no Brasil e seu impacto nas relações de trabalho; (16) Função social e solidária da empresa e relações de trabalho: inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho; (17) A importância do meio ambiente laboral adequado à pessoa com deficiência; (18) Meio ambiente do trabalho e poluição labor-ambiental; (19) A interface dos direitos laborais e previdenciários com os acidentes do trabalho na sociedade contemporânea; (20) Responsabilidade civil do empregador concernente ao meio ambiental laboral – a necessidade de uma nova análise contemporânea decorrente da reforma trabalhista de 2017 no tocante ao teletrabalho.

Nesses artigos, são tratadas distintas questões de crescente complexidade e de crescente relevância para o próprio delineamento dos campos de ação e das possibilidades do Direito do Trabalho da atualidade: dos direitos e princípios fundamentais no trabalho à erradicação do trabalho infantil, à eliminação do trabalho forçado e à promoção da igualdade de condições e de oportunidades no trabalho, envolvendo múltiplos coletivos tradicionalmente subincluídos nos mundos do trabalho, às questões do meio ambiente do trabalho, da limitação do tempo de trabalho, da saúde e da intimidade no trabalho e dos novos horizontes do Direito do Trabalho em tempos de crises, com a abordagem das novas morfologias das relações de trabalho, dos processos de desregulamentação do trabalho e de precarização e flexibilização do Direito do Trabalho - sobretudo a partir, no Brasil, da recente Lei nº 13.467, de 2017 -, das novas tecnologias e de seus impactos sobre os mundos do trabalho, dos próprios marcos renovados do direito processual do trabalho na efetivação do Direito do Trabalho e, assim, do acesso à Justiça do Trabalho e da efetividade desta, e, portanto, e especialmente, das novas formas de inclusão e exclusão nos mundos do trabalho, com ênfase para os mecanismos de aplicação e de promoção do Direito do Trabalho e para os novos arranjos de proteção do trabalho, reafirmando-se a fundamentalidade do Direito do Trabalho.

Dá a especial significação desse conjunto de artigos, que fornece ao leitor, contribuindo com diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo, uma considerável amostra do que vem sendo o agir e o pensar no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, das dimensões materiais e eficaciais do direito fundamental ao trabalho decente e da promoção da justiça social.

Parabéns às/aos autoras/es pela importante contribuição!

Ao leitor, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Os coordenadores,

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende (Escola Superior Dom Helder Câmara)

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato (Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ)

Prof. Dr. Rodrigo Garcia Schwarz (Universidade do Oeste de Santa Catarina)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**REFORMA TRABALHISTA: A INVERSÃO DO DIÁLOGO DAS FONTES.
LABOR REFORM: THE REVERSAL OF THE DIALOGUE OF SOURCES.**

Clarisse Inês de Oliveira

Resumo

Com a reforma trabalhista aprovada pela Lei 13.467/2017, diversas alterações foram introduzidas a fim de incentivar a negociação direta entre os Sujeitos coletivos do Direito, afastando a aplicação das normas de natureza cogente a fim de prevalecer o negociado entre as partes, prestigiando uma lógica privatista de pactuação. Toma-se como marco teórico o doutrinador alemão Erik Jayme, Autor da tese do Diálogo das Fontes, onde uma codificação alienígena a um Direito especializado pode servir de fundamento legal para colmatar omissões, seja de natureza axiológica, seja de natureza ontológica, prestigiando um pluralismo jurídico onde o diálogo é a base do consenso.

Palavras-chave: Reforma, Diálogo, Fontes, Negociado, legislado

Abstract/Resumen/Résumé

With the labor reform approved by Law 13467/17, various changes were introduced in order to encourage direct negotiation among the collective subjects of the law, rejecting the application of the norms of cogente nature in order to prevail the negotiated between the parties, privatization of pact. The author is the author of the thesis of the Dialogue of the Sources, where an alien codification to a specialized Law can serve as a legal basis to fill omissions, either of an axiological nature or of an ontological nature, prescribing a pluralism where dialogue is the basis of consensus.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Reform, Dialogue, Sources, Negotiated, legislation

I - Introdução

Com a proposta de reforma trabalhista aprovada no Brasil pela Lei 13.467/2017, diversas alterações foram introduzidas a fim de incentivar a negociação direta entre os Sujeitos coletivos do Direito do Trabalho, afastando a aplicação das normas de natureza cogente e de ordem pública a fim de prevalecer o negociado entre as partes.

Seguindo as reformas neoliberais que já se verificaram em Países Ibéricos, como a Espanha, o Brasil propõe a flexibilização dos direitos sociais ao argumento de geração de empregos e, para tanto, a proposta retira da tutela estatal diversos direitos sociais fundamentais para realocá-los nas mãos dos entes sindicais representantes dos empregadores e dos empregados, gerando muitas vezes precarização do trabalho face à atual conjuntura econômica refratária à negociação coletiva por parte dos Sindicatos, com índices de desemprego estruturais¹ e forte demanda de mão de obra, diminuindo o poder de barganha dos trabalhadores.

Por outro prisma, ao tempo em que privilegia o negociado sobre o legislado, afastando a ingerência do Estado para prestigiar uma lógica privatista de pactuação, aos moldes do espírito da lei do Código Civil de 1916, que enfatizava a lógica formalista da cláusula contratual em detrimento da real intenção das partes, a reforma, por seu turno, cria critérios objetivos ao magistrado trabalhista para precificar a indenização por dano moral, parametrizando valores de acordo com o legislador reformista., transformando o trabalhador na única categoria de cidadão cuja indenização por dano extrapatrimonial será precificada de acordo com os novos padrões legislativos a entrarem em vigência a partir de 11.11.17, dado o período da *vacatio legis*.

Toma-se como marco teórico na abordagem da presente pesquisa o doutrinador alemão Erik Jayme, Autor da tese do Diálogo das Fontes, onde uma codificação alienígena a um Direito especializado pode servir de fundamento legal para colmatar omissões, seja de

¹ 14,2 milhões de desempregados no primeiro trimestre de 2017 cf. site <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/sipd/default.shtm>>.

natureza axiológica, seja de natureza ontológica, prestigiando um pluralismo jurídico onde o diálogo é a base do consenso.

O fundamento da teoria do diálogo das fontes reside, em síntese, na idéia de que as normas surgem para serem aplicadas como um sistema e não para serem excluídas umas pelas outras. O intérprete da norma deve verificar dentro do ordenamento como um todo qual ou quais se aplicam ao caso concreto, não somente dentro dos microssistemas jurídicos apreciados, em leitura harmônica e integrativa.

Invertendo-se a lógica do diálogo das fontes, temos no presente caso uma infiltração de uma fonte do Direito, de natureza contratual e privatista, a afastar a natureza de norma cogente do Direito do Trabalho, havendo estranhamento na gênese da nova fonte normativa por outra, *ius laboral*, tradicional e embrionária, cujos direitos fundamentais erigidos à categoria constitucional são protegidos por normas de natureza cogente.

Nesse sentido, a pesquisa busca investigar através de método exploratório e de levantamento bibliográfico, os impactos da reforma trabalhista nos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, verificando as consequências que poderão advir após novembro do corrente ano, através da Lei 13.467/2017, a denominada Reforma Trabalhista.

A justificativa da pesquisa é demonstrada pela relevância do tema e, dado o frescor da matéria, desafia a Academia a investigar os efeitos deletérios na coletividade de trabalhadores brasileiros que podem se afastar da tutela estatal em uma relação dual tradicionalmente iníqua ante o poderio econômico do empresariado face à hipossuficiência do trabalhador para dar ensejo à aplicação do negociado sobre o legislado, sem obediência ao Princípio do não retrocesso social contido no *caput* do art. 7º da Constituição da República de 1988.

Pretende a presente pesquisa, portanto, investigar alguns tópicos da Lei 13.467/2017, também denominada reforma trabalhista, que restou aprovada sem a prévia deliberação com a Sociedade Civil, afastando a tutela do Estado para prevalecer uma nova ordem de valores, de natureza contratual e civilista.

A análise legislativa em paralelo ao atual momento político brasileiro proporciona as bases para se entender a mudança de norte do espírito que embalou a Lei reformista, em oposição aos Princípios Protetivos previstos na CFRB/88 no extenso rol do art.

7º, desafiando um estudo analítico da Reforma, entendendo toda e qualquer gênese legiferante como fruto do panorama político e econômico de seu tempo.

II – Cenário político e econômico da proposta de reforma trabalhista no Brasil

A reforma trabalhista no Brasil foi implementada pós processo de impedimento da ex-presidenta Dilma Rousseff e levada a efeito pelo atual Governo de Michel Temer, que iniciou uma série de providências de iniciativa legiferante por parte do Poder Executivo de modo a alterar o alcance dos direitos sociais até então normatizados, alguns erigidos à categoria de direitos constitucionais fundamentais, ao argumento de que se fazia necessária uma reforma em prol de uma empregabilidade e de crescimento econômico.

As alterações propostas modificam o conteúdo do contrato social coletivo pactuado em 1988 refletido na Constituição Federal de 1988, privilegiando diversos direitos sociais e trabalhistas no contexto dos artigos 6º e 7º da CFRB/88 que prestigiaram o Princípio do não retrocesso social, ao admitir outros direitos sociais que visem à melhoria da classe trabalhadora, além daqueles normatizados.

O papel do Direito pós promulgação da Constituição Cidadã de 1988 visou à hermenêutica constitucional trabalhista que ergueu uma barreira entre o empresariado e o empregado (SUPIOT, 1994), de modo a minorar desigualdades entre o trabalhador hipossuficiente e o empresário, equilibrando uma relação histórica e economicamente desigual.

Essa ruptura do pacto social de 1988 com conseqüente relativização dos direitos fundamentais sociais pode ser explicada em parte por Autores como Boaventura de Sousa Santos, que evidencia a carência de força política das classes populacionais para garantir a continuidade das medidas estatais de proteção social construídas ao longo do século. Vejamos.

A escolha entre as diferentes possibilidades institucionais no horizonte regulatório vai transformando-se ao sabor do processo político. Portanto, não se deve atribuir a ineficácia do direito regulatório às limitações que são inerentes ao processo de regulação, pois tais limitações são estratégicas e dependem, em especial, do poder político. O padrão de eficácia altera-se de acordo com as políticas econômicas e sociais (SANTOS/2002).

O argumento de que o trabalhador merece deixar de ser tratado como tutelado para exercer sua autonomia de vontade e livremente pactuar os direitos e cláusulas advindas do contrato de trabalho esbarram em diversas contradições e se contrapõem aos Princípios norteadores do Direito do Trabalho, tutelar por excelência e envolto de normas de natureza Pública e cogente visando justamente à proteção do empregado hipossuficiente.

Nesse diapasão, a presente pesquisa visa a abordar como metodologia de trabalho uma análise crítica da Lei 13.467/2017 em cotejo ao espírito da lei que inspirou a Constituição da República de 1988, traçando um paralelo entre os Princípios inspiradores dos dois projetos políticos propostos.

Serão analisados alguns aspectos trazidos à tona no contexto da denominada reforma trabalhista, cuja mudança no texto celetista é significativa e altera pilares de proteção do Direito do Trabalho, afastando a idéia norteadora iuslaboral de proteção, sem pretender extenuar a análise, o que demanda mais espaço do que o permitido no presente artigo.

A novel lei prevê o aumento da carga horária de trabalho, trabalho intermitente, aumento da terceirização e possibilidade de pagamento de menores pisos salariais em relação aos existentes, mediante a ótica do negociado sobre o legislado, ou seja, o que for negociado entre os sujeitos coletivos de trabalho, representando pelos Sindicatos (e em alguns casos até mesmo por negociação individual, como no caso da homologação do banco de horas), pode prevalecer sobre lei se assim dispuserem as partes.

Argumenta-se que tais medidas são necessárias para aumentar o número de empregos, mas, contraditoriamente, não se aborda a questão da diminuição da jornada de trabalho, o que inclusive é objeto de um projeto de emenda constitucional, a PEC 89/2015 até a presente data não votada.

Alega-se ainda que o pequeno empresário restará incentivado a empregar, contudo, um dos efeitos imediatos na macro economia com a redução dos salários será a diminuição da circulação do crédito, o que pode comprometer todo um ciclo de conseqüências muito maiores que o micro cosmo imediatista empresarial.

Conceitos como grupo econômico contido no art. 2º parágrafo 2º da CLT passaram a ser relativizados com a possibilidade de introdução do parágrafo terceiro², que permite à grande empresa “mãe” gerir todos os ativos do grupo empresarial, repassando o passivo às pequenas empresas do grupo, abertas muitas vezes para assunção de dívidas de natureza fiscal, trabalhista e previdenciária, sem lastro de garantia a seus credores, caracterizando uma verdadeira blindagem empresarial que o art. 2º parágrafo 2º da CLT historicamente pretendeu reverter.

O tempo de serviço à disposição do empregador também restou alterado, empregando nova redação ao art. 4º da CLT, que exclui da contagem da jornada os cinco minutos que extrapolam o início ou fim da jornada, modificando os termos do art. 58 § 1º da CLT, para incluir a seguinte redação:

“§ 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:

I	–	práticas	religiosas;
II	–		descanso;
III	–		lazer;
IV	–		estudo;
V	–		alimentação;
VI	–	atividades de relacionamento	social;
VII	–	higiene	pessoal;
VIII	–	troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa”.	

Note-se que tal projeto de lei visa a favorecer o grande empresário que possui vários empregados, o que dificulta o dever de fiscalização adstrito ao *iusvariandi* do empregador, possibilitando maior margem de negativa de contagem de jornada contados a partir da “livre escolha do empregado” em permanecer na empresa em caso de “insegurança

²Proposta do § 3º ao art. 2º. da CLT: Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrante”.

nas vias públicas” ou condições climáticas, o que por si só já encontra inconstitucionalidade nos termos do art. 144 da CRFB que determina que a segurança pública é dever do Estado³.

Por outro aspecto, resta institucionalizado o famoso “*free lancer*” ou o vulgarmente conhecido “bico” de acordo com o art. 443 da CLT § 3º:

O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Por trabalho intermitente devemos entender aquele ocasional, esporádico, no qual o trabalhador recebe pelas horas efetivamente trabalhadas, sem previsão de dias e horários e sem qualquer segurança jurídica ao empregado, podendo ser aplicada a qualquer atividade, não havendo sequer a segurança de recebimento do salário mínimo.

A transformação de empregados efetivos para intermitentes é uma realidade facilmente constatável e se refere à diminuição da qualidade na prestação de serviços e mesmo no aumento do risco em matéria de segurança e medicina do trabalho.

A Justiça do Trabalho, por sua vez, também restou atingida pelas medidas, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, na concretização da melhor hermenêutica das normas trabalhistas consolidada nas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais que muitas vezes vêm pacificar situações nebulosas ou que vêm apresentar alguma medida punitiva para determinada legislação sem a respectiva penalidade legal, o que ocorreu por exemplo no caso da Súmula 450, ao dispor que:

É devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador

³ Art. 144 CRFB – A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...].

tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal.

Note-se que a Súmula 450 do TST veio a apaziguar uma situação que causava grande questionamento por parte dos trabalhadores, uma vez que o art. 145 da CLT não trazia qualquer penalidade legal ao descumprimento da norma, o que veio trazer um alento àqueles que efetivamente gozavam as férias sem receber previamente pelas mesmas.

Contudo, dado o papel de interpretação progressista levado a efeito pelo TST, considerando que o *caput* do artigo 7º da CFRB de 1988 permite a entrada em nosso ordenamento jurídico de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores urbanos e rurais, algumas correntes empresariais iniciaram uma crítica de rechaço ao Tribunal pela “insegurança jurídica” que tais Súmulas imprimiam à hermenêutica do Direito do Trabalho.

Veja-se que em verdade o TST atribuiu a mesma penalidade do art. 137 da CLT ao art. 145, sob pena de tornar a imposição legal deste último em letra morta, ante a ausência de coação normativa.

Nesse diapasão, temos diversas Súmulas do TST que possuem sem dúvida índole legiferante, como a Súmula 372 que determina a incorporação da gratificação de função recebida pelo empregado há mais de dez anos⁴, o que comumente é objeto de críticas por parte dos reformistas ante o caráter legislativo de tais Enunciados, o que resta vedado em sede de Poder Judiciário, mas considerando os preceitos de não retrocesso social, da efetivação da tutela das normas constitucionais (HESSE, 2009) e de incentivo à ampliação dos direitos sociais autorizada pelo *caput* do art. 6º, é certo que a atuação do Tribunal Superior do Trabalho ao editar tais Súmulas muitas vezes podem desagradar aos interesses do capital ao tempo em que propõe uma efetividade das normas constitucionais de índole trabalhista.

Da mesma forma, pela dicção da proposta do art. 8º § 3º:

⁴ Súmula 372 TST – I Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo ao seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira.

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.

A interpretação das normas iuslaborais à luz de conceitos do Direito Civil resta bastante evidenciado na análise da nova proposta terminológica do art. 8º, a começar pela extinção da assertiva “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”, permitindo por consequência, as interpretações de cunho civilista e que igualam as partes pactuantes no mesmo patamar de igualdade.

A interpretação das normas coletivas pelo aspecto formal afasta toda a hermenêutica própria do Direito Coletivo do Trabalho, trazendo uma análise restritiva das cláusulas de convenção e acordos coletivos, que podem trazer prejuízos à classe trabalhadora, que muitas vezes recorrem ao próprio Judiciário Trabalhista para questionar cláusulas que julguem desfavoráveis a seus interesses individuais, o que encontra resguardo no Princípio constitucional de inafastabilidade do Poder Judiciário consagrado no art. 5º XXXV da CRFB⁵.

A justificativa da implementação de medidas de austeridade se justifica para Autores como Antonio Casimiro Ferreira como “o padrão que liga” as estruturas criadas no ambiente de um retorno ao liberalismo econômico deletério, pois “configura um modelo político-econômico punitivo em relação aos indivíduos, orientado pela crença de que os excessos do passado devem ser reparados pelo sacrifício presente e futuro, enquanto procede a implementação de um arrojado projeto de erosão dos direitos sociais e de liberalização econômica da sociedade” (FERREIRA 2012:13).

Nesse sentido, o fenômeno observado no Direito do Trabalho é o oposto do pensado pelo Autor alemão Erick Jayme, ao propor um diálogo das fontes como forma consensual de se repensar um pluralismo jurídico, onde outras normas advindas do Direito não especializado serão bem vindas naquilo que não se opuser aos Princípios norteadores ius laborais.

⁵ Art. 5º XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

*O direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos ('Zersplietierung'), manifesta-se no pluralismo de sujeito a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. **Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o 'doublecoding', e onde os valores são muitas vezes antinômicos.** Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos 'espaços de excelência'(JAYME, Erik. Identitéculturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, 1995, II, Kluwer, Haia, p. 36 e ss.).⁶*

As infiltrações trazidas pela codificação civilista não restaram debatidas com a Sociedade Civil a contento, uma vez que a reforma de cunho contratual foi aprovada em regime de urgência sem maiores objeções, relativizando direitos fundamentais sociais que poderão ser livremente pactuados entre as partes.

Temos que ao invés de um diálogo a proposta de reforma trabalhista ganha ares de interferência, afastando as normas cogentes de ordem pública trabalhista para permitir o negociado sobre o legislado, abrindo as portas para que pilares trabalhistas como piso salarial e jornada de trabalho sejam livremente pactuadas pelas partes, afastando a ingerência estatal e permitindo a livre contratação de cunho civilista pelos sujeitos de Direito do Trabalho.

Uma infiltração dá lugar ao diálogo, mas naquilo em que interessa aos interesses do capital, pois como analisaremos a seguir, diversas foram as inovações que propiciaram a prevalência do negociado sobre o legislado em relação às normas protegidas por norma estatal, o que já havia sido observado pela dicção do artigo 15 do novo Código de Processo Civil⁶, ao dispor que o Código Processual seria fonte subsidiária do Direito Processual Trabalhista, enquanto a interpretação originária do at. 8º parágrafo 1º da CLT

⁶ Art. 15 CPC. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

exigia que o Direito comum seria fonte subsidiária somente em caso de omissão e não colisão com os princípios norteadores do Direito do Trabalho.

A questão da parametrização do dano de ordem moral, a ser indexado pelo juiz do trabalho de acordo com critérios objetivos, por exemplo, aproxima o Direito do Trabalho da ingerência estatal ao indexar valores para fixação de uma indenização, impondo parâmetros pre-fixados de dosimetria, não cabendo mais ao magistrado trabalhista a análise do conteúdo probatório dos autos que levou ao pedido indenizatório, trazendo uma imposição legislativa.

Verifica-se de plano que, em todos os outros aspectos reformistas, pretendeu o legislador um afastamento da ingerência estatal, colocando o trabalhador como parte negociante lado a lado com o empresário, em algumas situações até mesmo de forma individual e não coletiva, como a proposta de se autorizar a implementação do banco de horas por acordo individual, afastando-se a participação do ente sindical.

Sem olvidar a questão do enfraquecimento do sindicato ao se prescindir a participação sindical, é certo que a reforma trabalhista ao buscar parâmetros objetivos de indenização, precificou os critérios de indenização da seguinte forma, de acordo com a proposta reformista:

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

Observe-se que a proposta de reforma afastou a proteção do Estado da privacidade do empregado, o que é algo controvertido, na medida em que permite ao empregador monitorar o empregado. A privacidade, portanto, restou afastada do bem jurídico tutelado pelo Estado, ante o rol *numerus clausus* proposto pelo legislador reformista. Ainda segundo a previsão de reforma:

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Desta vez, o legislador reformista privilegiou a proteção jurídica ao patrimônio não econômico do empregador, o que não guarda qualquer relação com o texto celetista de outrora. Afinal, a proteção jurídica do legislador celetista sempre visou à proteção do empregado hipossuficiente, sendo mesmo uma inovação normativa nunca antes vista em matéria de legislação ius laboral.

Essa proteção jurídica ao patrimônio não econômico da empresa pode soar como uma advertência moral ao empregado, sabendo que poderá ser sancionado na mácula do bom nome empresarial, sem, contudo, haver correspondência em relação ao empregado. Seguindo a mesma linha de raciocínio:

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Ao estender a responsabilidade civil à proporção da ação ou omissão do dano causado, o legislador pretendeu atribuir o ônus do pagamento da indenização ao real causador do dano, que em muitas situações pode não ser o tomador de serviços e sim o empregador, ou, ainda, repartir tal responsabilidade.

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.
§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.”

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:
I – a natureza do bem jurídico tutelado;
II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
III – a possibilidade de superação física ou psicológica;
IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
VII – o grau de dolo ou culpa;
VIII – a ocorrência de retratação espontânea;
IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
X – o perdão, tácito ou expresso;
XI – a situação social e econômica das partes envolvidas;
XII – o grau de publicidade da ofensa.

Nesse aspecto, o legislador reformista impôs várias limitações às condenações de ordem moral na esfera trabalhista, o que não se verifica nas demais esferas do Judiciário.

A omissão à tentativa de reação pela ofensa moral termina a ser elencada como uma excludente do ressarcimento ante a configuração do perdão tácito, o que não deixa de guardar surpresa na seara trabalhista, onde é comum que os empregados relevem as ofensas de ordem moral configuradas no cotidiano laboral ante o receio da perda do emprego.

Contudo, uma alteração importante trazida com a reforma diz respeito à precificação do dano moral, tabelado de acordo com o salário contratual do trabalhador ofendido, o que não se verifica em qualquer esfera do Judiciário senão no âmbito trabalhista e permite que empregados com melhores remunerações recebam indenizações de ordem moral mais vantajosas, sendo certo que não se sente menos ofendido um trabalhador da esfera doméstica, por exemplo, cujos salários são tradicionalmente mais baixos.

A redação da proposta da reforma para esse tópico dispõe:

“§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:
I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Com o tabelamento das indenizações por dano moral, temos que, nos casos de acidentes de trabalho, eventualmente até com o falecimento do empregado, não serão indenizados seus familiares, dada a previsão do dano em ricochete anteriormente sumulada

pelo Enunciado 392 do TST⁷, ou seja, aquele que resvala em outra pessoa que não a do atingido, com mais de sessenta mil reais, uma vez que a renda média mensal de um empregado no mercado da construção civil, por exemplo, hoje está na margem de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais)⁸.

Isso significa que a dignidade da pessoa humana de quem ganha menos possui menos projeção indenizatória de quem ganha mais, o que nem mesmo na esfera civilista possui previsão legal, levando a um tratamento anti isonômico indenizatório em relação aos empregados menos abastados, que frequentemente se submetem às mais diversas condutas de natureza empresarial face ao receio da perda do emprego, escamoteando muitas vezes a dor, a ofensa íntima ante o bem maior, a preservação do emprego.

Não deixa de surpreender a iniciativa legislativa em parametrizar o dano impondo ao magistrado trabalhista um critério legal enquanto a maioria das reformas propostas incentiva o negociado sobre o legislado e afasta a interferência estatal. Denota-se com isso uma tentativa de criar um teto máximo indenizatório em prol de uma segurança jurídica, ainda que tal teto fique aquém de um patamar ideal em casos de reparação por acidentes do trabalho, por exemplo.

E prossegue em seu parágrafo 2º:

“§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor”.

⁷ **Súmula nº 392 do TST**

DANO MORAL E MATERIAL. RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido.

⁸ Cf. < <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/sipd/default.shtm>>.

O legislador não esqueceu de estender o mesmo tratamento ao trabalhador quando a indenização tiver sentido inverso, o que longe está de ser comemorado, uma vez que, com a proposta, muitos trabalhadores sepultarão em seus interiores diversas queixas de ordem moral.

Não se deve esquecer que o ambiente de trabalho hoje no Brasil, impulsionado pelos altos índices de desemprego⁹ e de recessão econômica, não são favoráveis à negociação sindical pela grande oferta de trabalho excluída do mercado, com trabalhadores terceirizados se submetendo a metas de trabalho a casa dia mais vorazes ante o risco de perder o precarizado emprego que ainda possui.

A ausência de manifestação por más condições de empregabilidade pode ser um fator decisivo no silêncio do trabalhador, ante a possibilidade real de ainda vir a ser processado judicialmente por denegrir o bom nome empresarial.

Prossegue ainda o parágrafo 3º:

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

Nessa toada, o legislador reformista deixou escapar às mãos uma excelente oportunidade de refrear o ímpeto do mau empregador reincidente na mesma infração trabalhista, para somente considerá-la como reincidência o caso em que configurem as mesmas partes.

Em um paralelo com o Direito Penal, por exemplo, é considerado reincidente o sujeito que pratica o mesmo delito por duas vezes, não havendo previsão de identidade de partes.

Contudo, para o legislador reformista, tal reincidência somente se configura na mesma pessoa do empregado, que deve sofrer em duplicidade a ofensa à sua honra para haver um aumento da penalidade, o que dificulta a configuração do parágrafo terceiro e privilegia o mau empregador contumaz.

Verificamos portanto que nos poucos momentos que o legislador impôs a ingerência do Estado, afastando a lógica privatista de resolução de conflitos, esta o foi para

9

minorar ou dificultar o exercício de direito trabalhistas de ordem fundamental, impondo limites indenizatórios ao magistrado trabalhista, como o reparo à ofensa da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

III – Conclusão

A denominada reforma trabalhista abarca vários aspectos que, em síntese buscam autonomia da vontade das partes, afastando o trabalhador da condição de “tutelado” para que este exerça uma intangível maioria cívica.

A presente pesquisa analisou documentalmente alguns artigos propostos pela reforma, não a sua totalidade, que não comportaria análise em apenas um trabalho.

Pelas regras impostas ao livre mercado, não é incomum que empresas ameacem dispensar coletivamente trabalhadores sob o pretexto de crise econômica ou de que não mais suportam os encargos trabalhistas e, nesse diapasão, direitos sociais fundamentais contidos no rol dos artigos 6º e 7º da Constituição da República acabam por ser relativizados em um contexto privatista, cuja aplicação sempre se deu de forma subsidiária em casos omissos e, ainda, naquilo que não conflitar com as normas de natureza protetiva do Direito do Trabalho, conforme art. 769 da CLT.

Em um cenário inoportuno para a negociação, onde os sujeitos coletivos do Direito do Trabalho, autorizados pela Constituição da República a representar os trabalhadores na defesa de seus direitos fundamentais, conforme art. 7º. XXVI da CFRB¹⁰, acuados com a promessa (ou ameaça?) de dispensas em massa, terminem por referendar cláusulas coletivas de trabalho em prejuízo dos empregados, como a anuência de bancos de horas (permitida pela reforma até mesmo sem a anuência sindical) em detrimento do pagamento de horas extraordinárias e pisos salariais aquém de reposições de perdas inflacionárias.

A condição de “privilégio” da maioria cívica do trabalhador escamoteia a condição de hipossuficiência econômica diante do empresariado que pode subjugar direitos

¹⁰ Cf. Art. 7º inciso XXVI CFRB - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho

fundamentais erigidos à tutela constitucional, como a relativização das férias, da jornada de trabalho e do piso salarial, onde sequer o mínimo poderá ser observado.

Nesse sentido, a proposta de se “olhar para o futuro” se contrapõe ao olhar do passado, onde os direitos fundamentais sociais eram livremente pactuados entre as partes como sujeitos de direitos contratantes, sem ainda se opor o Estado e sem qualquer proteção a direitos fundamentais como piso salarial e jornada.

Ante a reforma trabalhista que se avizinha, a efetividade das normas fundamentais trabalhistas se distancia ainda mais de seu sentido protetivo, para dar azo à livre negociação de cunho civilista, sem qualquer ingerência estatal.

Finaliza-se a presente pesquisa com a indagação de que a reforma trabalhista propõe uma infiltração de natureza contratual a fórceps, contrariando a proposta de um diálogo das fontes, onde regras de natureza civilista poderiam acolmatar hiatos na hipótese de não conflitar com as regras de natureza especial trabalhista e em caso de omissão da norma ius laboral, como determina o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A denominada “Reforma” impôs um novo marco regulatório não debatido com a Sociedade Civil e de índole civilista, cujos efeitos deletérios nos direitos fundamentais trabalhistas ainda serão sentidos, principalmente se considerarmos que há normas constitucionais sequer regulamentadas, como a proteção contra a dispensa arbitrária¹¹.

Nesse sentido, a novel Lei vai de encontro com os Princípios Protetivos do Direito do Trabalho, com a introdução de diversos artigos que poderiam ter ampla aplicabilidade no âmbito do Direito Civil, onde os sujeitos de Direito se encontram em pé de igualdade e não há desnível na relação jurídica.

Introduzir na Lei trabalhista diversos artigos de inspiração liberal é contrariar a principiologia do diálogo das fontes para fazer valer uma imposição da fonte de natureza civilista, desnaturando todo o sentido da norma protetiva laboral.

IV - Referências bibliográficas

¹¹ **Art. 7.º, inciso I:** relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

ALEMAO, Ivan. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr. 2004.

BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. “Transformações do Capitalismo e desarmamento da crítica” e “Rumo a dispositivos conexionistas de Justiça?” São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FERREIRA, António Casimiro. *Para uma concepção decente e democrática do trabalho e dos seus direitos: (Re)pensar o direito das relações laborais*. In: **A Globalização e as ciências sociais**. Boaventura de Souza Santos (org.) 2ª ed., São Paulo, Cortez, 2002.

_____. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre. Editor Sergio Antonio Fabris. 2009

JAYME, Erick. *Direito internacional privado e cultura pós-moderna*. Cadernos do PPGD/UFRGS 1, n. 1, p. 59-68, mar. 2003.

JAYME, Erick. *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*. Revista dos Tribunais, v. 759. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Os processos de globalização*. In: *A Globalização e as Ciências Sociais*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 25-102.

_____. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo. *Relações Coletivas de Trabalho – configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, cap. II. 2008.

SUPIOT, A. *Critique dudroitdu travail*. Paris: Puf, 1994.

Sítios eletrônicos consultados:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=33868>>

Consulta realizada aos 26.05.17.

<<http://www6g.senado.gov.br/busca/?q=5483+de+2001>> Consulta realizada aos 26.05.17.

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629027>>

Consulta realizada aos 05.06.17.

<<http://www.tst.jus.br/web/guest/processos-do-tst>> Consulta realizada aos 05.06.17.

http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/indicadores_2017.php

Consulta realizada aos 05.06.17.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.