

ISSN 1679-8694



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS/SP**

Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência

Campinas

n. 63

p. 1 - 332

jul./dez.

2023

AS VIRTUDES DA REFORMA TRABALHISTA DE 2017

THE VIRTUES OF THE 2017 LABOR REFORM

CALVET, Otavio Torres*

Resumo: Neste artigo se apresentam virtudes e modificações positivas da Reforma Trabalhista trazida pela Lei n. 13.467/2017, tendo-se como palavra-chave a responsabilidade, e seus principais eixos de desenvolvimento - o ativismo judicial, a autonomia da vontade e o uso da Justiça do Trabalho. Pondera-se sobre a razão da resistência sofrida pela nova legislação, além de se fazer um balanço da regulação do trabalho subordinado e dos caminhos do Direito do Trabalho para que a harmonia das relações sociais seja alcançada.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Reforma Trabalhista. Responsabilidade.

Abstract: This article presents virtues and positive modifications of the Labor Reform brought by Law 13.467/2017, with responsibility as the keyword, and its main development axes - judicial activism, autonomy of will and the use of Labor Justice. It considers the reason for the resistance suffered by the new legislation, in addition to taking stock of the regulation of subordinated work and the paths of Labor Law so that the harmony of social relations is achieved.

Keywords: Labor law. Labor Reform. Responsibility.

*Juiz da 11ª Vara do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região - Rio de Janeiro/RJ. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social, da Universidade de São Paulo (GETRAB-USP). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Diretor da Associação Brasileira de Magistrados do Trabalho (ABMT). Professor da Escola Superior da Advocacia Pública - PGE/RJ.

Desde que a Lei n. 13.467 foi promulgada, em 13 de julho de 2017, minha vida mudou. Passei de protetor dos pobres sensível à causa trabalhista contra a exploração do capital a um perverso representante da burguesia, da elite, com sua dívida histórica produtora de desigualdade, assumindo o lado patronal da luta de classes.

E por qual motivo? Porque, como Magistrado, desde o início defendi que a regra é o Poder Judiciário aplicar a nova lei. Concordemos subjetivamente com ela, ou não, a lei deve ser aplicada, salvo se houver afronta direta ao texto constitucional.

Partindo dessa premissa, fui capaz de analisar o novo diploma legal sem a vontade de invalidá-lo, não me intrometendo nas escolhas do legislador para a regulação do trabalho humano subordinado. Ao contrário, imbuído do espírito de presumir a constitucionalidade de todo o texto legal, como deve ser, procurei encontrar a lógica que levou o Congresso Nacional a realizar tamanha modificação na nossa antiga Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Claro que é fácil buscar argumentos para realizar o afastamento da norma que nos desagrada, basta discorrer (longamente) a partir de princípios constitucionais abstratos, óbvio, escolhendo os da nossa preferência, para, em digressões mais sociológicas do que jurídicas, encontrar alguma afronta à Constituição Federal (CF/1988), tudo sob uma capa de cientificidade para convencer o jurisdicionado.

Na área trabalhista temos inúmeros exemplos, geralmente se socorrendo do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, deixando-se de lado, propositalmente, a livre iniciativa, a liberdade econômica e, pior, o próprio princípio da legalidade, considerados como valores “patronais”.

Confesso que é difícil, como Magistrado, não ser seduzido por este modelo de aplicação do Direito do Trabalho, no qual a lei é apenas um obstáculo para a realização daquilo que o julgador idealiza como modelo de justiça, no caso, de “justiça social”, o que quer que isso signifique.

Desapegar desse superpoder, portanto, não é tarefa simples. Mexe-se com a identidade do julgador, suas convicções pessoais, seus desejos e sonhos de carreira, sua vaidade, seu sentido de trabalho como membro de Poder, de forma que a travessia geralmente depende de um remédio externo. Na área trabalhista, regra geral, esse remédio é ministrado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Sim, o STF. Não que os julgamentos ali deixem de se utilizar da mesma técnica pós positivista que gera uma enorme insegurança jurídica para a sociedade, mas porque em matéria trabalhista os valores “patronais” surgiram na lógica da interpretação do ordenamento jurídico, indo ao encontro da modernização buscada pela Reforma de 2017.

A pedra de toque é o reconhecimento, repetido em inúmeras reclamações constitucionais sobre “pejotização”, franquias, “uberização”, terceirização, transportadores autônomos de cargas, advogados associados e representantes comerciais, que anulam decisões da Justiça do Trabalho, de que novos modelos de trabalho e gestão empresarial são capazes de gerar aos prestadores de serviços a mesma dignidade que se imagina angariar com o emprego celetista, priorizando-se a escolha do próprio interessado pela relação que mais lhe condiz.

Esse ar de modernidade, difícil de encontrar dentro da própria Justiça do Trabalho, igualmente se verificou em diversos julgamentos no STF questionando a constitucionalidade de dispositivos da Reforma Trabalhista, quase todos confirmando as escolhas do legislador.

Uma lei que produziu tamanha modificação em um sistema tradicional ser quase integralmente reconhecida como constitucional revela alguma virtude, a qual procuraremos elucidar neste artigo que a maioria, imagino, não lerá apenas por conta de seu título, conhecedor da resistência ideológica à modernização das leis trabalhistas.

A análise que sempre fiz da Reforma inicia por uma palavra-chave que, a meu ver, norteou a lógica das mudanças efetuadas: responsabilidade. E, para mim, esta responsabilidade se fez presente em três principais eixos, um direcionado à Magistratura, por conta da insegurança jurídica, o segundo, aos empregados individualmente e coletivamente, com o aumento da autonomia da vontade, e, finalmente, aos usuários da Justiça do Trabalho, com as consequências da litigância aventureira e de má-fé.

Iniciando pelo que me afeta diretamente, pois além de acadêmico sou Magistrado, como já se percebeu, a Reforma claramente buscou dar um freio na produção da jurisprudência trabalhista, acertando em diversos pontos e exagerando em alguns deles.

O primeiro aspecto que deixa clara a atuação do Poder Legislativo quanto à produção da Justiça do Trabalho foram as diversas mudanças legais que afetaram diretamente súmulas construídas a partir de entendimentos que, para muitos, não possuíam suporte no ordenamento jurídico ou eram flagrantemente ilegais.

Talvez o exemplo mais significativo seja a mudança feita no art. 468 da CLT, com o acréscimo do § 2º, para aniquilar a Súmula n. 372 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Referido verbete contém uma construção jurisprudencial extremamente criticável, pois criou um princípio que jamais fez parte da doutrina trabalhista, o da “estabilidade financeira”.

Por tal súmula um empregado que exerce cargo de confiança por pelo menos dez anos e, sem justo motivo, deixa de ocupá-lo por

determinação do empregador, simplesmente possui o direito de incorporar a gratificação de função até então percebida.

Note-se que não há, na legislação trabalhista, qualquer dispositivo para amparar tal tese, ao contrário. O antigo parágrafo único do art. 468 da CLT, atual § 1º, sempre fixou que a conduta do empregador de realizar a reversão do empregado do cargo de confiança para o efetivo não configuraria alteração unilateral, ou seja, trata-se de uma conduta permitida pelo ordenamento jurídico.

Como a lei nada fala sobre a manutenção ou não da gratificação de função percebida, ao invés de simplesmente se pensar o óbvio, que o empregado só recebe a gratificação por estar exercendo a função, criou-se o entendimento por analogia ao serviço público federal, que previa a incorporação dos chamados “quintos” na Lei n. 8.112/1990, em seu original art. 62.

Percebam que aplicar a empregados da área privada regra criada para servidores públicos estatutários, por um procedimento análogo, constitui-se em algo comprometido no nascedouro, pois não há semelhança em tais vínculos jurídicos de trabalho. Pior de tudo é que, em 1997, o acima citado art. 62 foi simplesmente modificado, suprimindo para os servidores públicos o referido direito.

O que mais espanta nisso tudo é o fato de quase ninguém ter deixado de aplicar a Súmula n. 372, criando situação no mínimo curiosa: os originais destinatários da incorporação (servidores) não mais possuíam o direito, e os destinatários analógicos, sem base legal, mantiveram-no. Ao menos até 2017, com a Reforma. Vinte anos de injustiça finalmente reparados.

Além desses exemplos pontuais de mudança da legislação para atacar entendimentos da Justiça do Trabalho (lembro agora de outros: intervalos intrajornada, tempo à disposição, horas extras em compensação etc.), a Reforma produziu ao menos três regras diretamente direcionadas à redução do ativismo judicial.

A primeira, concernente à positivação do princípio da legalidade para a área trabalhista, como que a lembrar para os Tribunais Regionais e Superior que existe na Constituição um comando que garante um direito fundamental ao cidadão, o de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF/1988).

Basta verificar o § 2º incluído no art. 8º da CLT:

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. (BRASIL, 2017).

Em outras palavras: Justiça do Trabalho, não invente nada que não esteja no ordenamento jurídico.

Para garantir a efetividade desse dispositivo, o legislador, a meu ver, chegou a exagerar, afrontando a autonomia do Poder Judiciário ao modificar o art. 702, item I, letra “f”, impondo requisitos para a criação e alteração de súmulas e outros enunciados da jurisprudência.

No sentido que opino já decidiu o TST, o qual reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo, aguardando-se, entretanto, o resultado final da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.188, que, em 3 de julho de 2023, teve seu julgamento interrompido por pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, não existindo maioria firmada pelo STF até o momento.

Independentemente do resultado final, o legislador conseguiu, na prática, ao menos por seis anos, impedir o processo de criação de súmulas ou qualquer tipo de enunciado de jurisprudência pela Justiça do Trabalho, afetando o ativismo judicial de que tanto se critica a área trabalhista.

Por último, o legislador da Reforma criou e positivou o princípio da intervenção mínima do Poder Judiciário nas decisões que envolvem a análise das normas coletivas (convenções e acordos coletivos de trabalho), conforme art. 8º, § 3º, e art. 611-A, § 1º, da CLT.

Como se observa do texto legal,

Art. 8º [...]

[...]

§ 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 n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (BRASIL, 2017).

Significa dizer que não cabe, ao Magistrado, imiscuir-se nas escolhas realizadas pelos atores sociais quando da realização da negociação coletiva, não sendo possível anular uma norma simplesmente porque do resultado dela o julgador discorda, entendendo ter sido a escolha realizada pela coletividade de trabalhadores simplesmente ruim.

Essa autocontenção imposta pelo legislador aos Tribunais trabalhistas, que fixo como o exemplo mais claro de que o parlamento não deseja o grau de intervenção antigamente praticado pela Justiça do Trabalho na esfera da autonomia da vontade dos atores sociais, além de ser uma tentativa de reduzir o ativismo judicial, conecta-se com o segundo

vetor desta minha análise, o elogio à autonomia da vontade dos trabalhadores, tanto coletiva quanto individual, esta com certas restrições.

O segundo eixo da análise, por óbvio, tem que se iniciar com o famoso “negociado sobre o legislado”, questão antiga de debate entre nós e que provoca enorme polarização, simplesmente porque afeta o que a maioria sempre desejou para o Direito do Trabalho brasileiro, a possibilidade de máxima intervenção do poder público na regulação do trabalho subordinado.

Vendida na mídia como a destruição dos direitos trabalhistas, a possibilidade de maior flexibilização a partir da negociação coletiva reduziria a garantia de direitos fixados por lei e, aliada ao princípio da intervenção mínima acima exposto, também a garantia de atuação da Magistratura do trabalho na suposta preservação desse estado de coisas.

Não é à toa que a mudança sofreu tanta crítica. A um só tempo afetou o imaginário coletivo de que o trabalhador brasileiro está protegido por lei e, à vista de qualquer ameaça, o Juiz do Trabalho está ali para ampará-lo, ficando imune às escolhas feitas por ele próprio. Algo como proteger o empregado dele mesmo, confundindo-se hipossuficiência com incapacidade.

A verdade é que a negociação coletiva, reconhecida na Constituição Federal como direito fundamental dos trabalhadores (art. 7º, XXVI), constitui a mais poderosa arma na evolução das conquistas trabalhistas, como, aliás, o chamado Primeiro Mundo já reconhece de há muito, seguindo a principiologia fixada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Sim, está lá na Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho, em seu item 2: “[...] a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2023).

O problema é que no Brasil, pasmem, não possuímos liberdade sindical plena e, pelo visto, sequer havia vontade para o estabelecimento efetivo da negociação coletiva, o que somente foi possível através da Reforma Trabalhista e com a atuação firme do STF.

Em qualquer país onde se respira liberdade, há o lógico estabelecimento de mecanismos para que os trabalhadores possam, através de suas representações coletivas (sindicatos), realizar a negociação para a autorregulação dos seus interesses, sendo papel do Estado fixar, através de legislação de ordem pública, os direitos trabalhistas que compõem o mínimo existencial para qualquer trabalhador.

E foi exatamente isso que a Reforma estabeleceu: no art. 611-B da CLT os direitos mínimos, infensos a qualquer tipo de negociação, seja coletiva, seja individual, e no art. 611-A da CLT um rol exemplificativo

dos conteúdos que podem ser objeto de negociação, sendo evidente que o limite maior sempre será a própria Constituição.

Ao invés de celebrar este avanço, e mais, essa conquista de poder, o movimento sindical brasileiro, de uma forma geral, acompanhado provavelmente pela maioria da Magistratura, a julgar pelos “Enunciados” aprovados em duvidosa Jornada promovida por uma associação de classe, fez de tudo para que a inconstitucionalidade dessas novas regras fosse declarada.

O STF, mais uma vez, foi decisivo para a modernização do Direito do Trabalho brasileiro, pois findou por fixar tese vinculante pela validade do negociado sobre o legislado, viabilizando o avanço dos direitos trabalhistas independentemente da vontade do legislador de ocasião.

Uma tremenda assunção de poder para os sindicatos, pois agora eles possuem maior liberdade para a fixação dos direitos das categorias que representam, tendo que assumir a responsabilidade inerente às escolhas que farão. Um incremento à autonomia coletiva da vontade.

Talvez, nesta seara, o grande problema tenha sido o pacote completo para o sindicalismo, com a abrupta modificação de sua principal fonte de custeio, a contribuição sindical compulsória, que passou a facultativa, aliado ao fim da ultratividade, à preponderância do acordo coletivo sobre a convenção coletiva de trabalho, à criação da representação de trabalhadores nas empresas e ao fim da homologação das rescisões contratuais.

Visto por um ângulo negativo, facilmente a narrativa midiática da destruição, da deforma, da precarização, consegue espaço na sociedade, ainda mais porque seduz qualquer tipo de vitimização do polo mais vulnerável em um já clássico embate de forças, verdadeiro combustível para o conflito da gênese trabalhista, a luta de classes.

O argumento pode ser assim composto: trata-se de uma lei neoliberal, que atende à voracidade do capital, suprimindo a um só tempo a principal fonte de custeio dos sindicatos ao passo que permite o negociado sobre o legislado, buscando enfraquecer a classe trabalhadora nas negociações para provocar a redução de direitos trabalhistas, abandonando não apenas as conquistas históricas existentes na legislação, mas também as das próprias normas coletivas com o fim da ultratividade, fomentando o sindicalismo de empresa ao prever a prevalência do acordo coletivo, por ser mais fácil burlar os interesses dos trabalhadores localmente, pulverizando o movimento sindical, criando-se novas lideranças através da representação dos trabalhadores na própria empresa desvinculadas do sindicato.

Discurso sedutor. Mas será verdadeiro? Podemos enunciar as mesmas modificações de forma positiva: a Reforma Trabalhista avança

na busca da liberdade sindical, acabando com uma das piores amarras corporativistas criadas por um governo ditatorial, a contribuição sindical compulsória, ao passo que “empodera” os sindicatos através do negociado sobre o legislado, fazendo valer um direito fundamental previsto na Constituição, incentivando a negociação preconizada pela OIT como um dos seus fundamentos através do fim da ultratividade e, mais, criando nova instância de proteção aos trabalhadores através da representação dentro das empresas, e permitindo que acordos coletivos, representativos dos interesses diretos dos trabalhadores, tenham prevalência sobre convenções genéricas que não atendem às necessidades locais.

Qual vertente devemos escolher? Questão de opinião e de visão de mundo. Eu fico com a segunda, pois todas as modificações acima mencionadas encontram respaldo no princípio da liberdade sindical, norteador do Direito Coletivo do Trabalho.

No fundo, a grande escolha é pelo tipo de regulamentação que se deseja para o trabalho humano subordinado, com grau maior ou menor de intervenção estatal. Alguma intervenção, óbvio, é necessária. A discussão gira em torno do grau, que fique claro.

Quanto à autonomia individual da vontade, a Reforma Trabalhista trouxe diversas passagens autorizadas do exercício de maior liberdade pelo próprio trabalhador, indicando a compreensão da diferença entre hipossuficiência e incapacidade, como antes aqui comentado.

Ninguém ignora a diferença de forças entre empregado e empregador, faz parte do próprio modo de ser da relação de emprego, questão estruturante da criação do Direito do Trabalho. O princípio da proteção continua sendo o norte de nossa ciência, e tão necessário quanto antes. O problema é tratar tal princípio como algo absoluto, o que em nenhum ramo do Direito seria considerado acertado.

Utilizar a necessidade de proteção como uma espécie de imunizante para as condutas dos empregados conduziu a exageros que findaram gerando exatamente o oposto. Não é difícil de perceber que, por conta da ideia de condição mais benéfica, norma mais favorável, incorporação de direitos contratuais e da máxima “liberalidade com habitualidade gera cláusula contratual tácita”, a maior prevenção trabalhista que um empregador pode adotar é justamente não conceder ao empregado nada além do que é obrigado por lei.

Quantas e quantas ações pedindo natureza salarial de benefícios concedidos, tempo à disposição pelo período de lanche facultado ao empregado, horas extras por concessão de transporte, e por aí vai. E se o empregador se arrepender ou não puder mais pagar os benefícios criados, a única solução segura é a dispensa, pois qualquer outra coisa pode ser questionada na Justiça do Trabalho.

A cultura trabalhista tende a tratar o empregado como alguém incapaz de fazer escolhas, deslocando-o da própria sociedade em que vive, pois em diversas outras áreas o fato de uma pessoa ser trabalhadora não impede que livremente exercite suas faculdades, como um divórcio extrajudicial, realização de financiamentos imobiliários etc.

Reduzimos a autonomia individual da vontade a quase zero, permitindo basicamente a escolha do trabalhador para firmar o contrato e para sua extinção. Dentro do contrato, praticamente nada poderia ser objeto de avença, pois o empregado subordinado estaria sob o jugo do empregador, que possui o poder diretivo.

A hipossuficiência, entretanto, não está ligada à subordinação. Esta é uma qualidade da energia de trabalho, que é pactuada entre as partes, na qual o empregado aceita receber ordens criando para o empregador o poder de direção. Já a vulnerabilidade concernente à hipossuficiência diz respeito à manifestação da vontade, motivo pelo qual o Direito do Trabalho tem por base uma legislação de ordem pública que não pode ser objeto de ato de disposição das partes.

A rigor, nada diferente do que existe no Direito Civil, como se observa do art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil, no qual se fixa a natureza cogente das regras que estabelecem as restrições à liberdade contratual, diante da função social dos contratos.

Ora, existir uma base mínima de direitos, o mínimo existencial que já mencionei neste artigo, não impede, ao contrário, justifica, a possibilidade de observância da manifestação da vontade das partes naquilo que está para além dessa base; claro, desde que não existam vícios sociais ou de consentimento.

O fato é que em tese o empregado sempre pode realizar escolhas válidas para os conteúdos que não são imperativos, como estabelece o art. 444 da CLT, mas a dificuldade sempre esteve em delimitarmos tais patamares de direitos.

A Reforma Trabalhista, além de deixar mais clara esta distinção, entre o que é e o que não é cogente, nos termos do art. 611-B da CLT, criou diversas regras específicas para viabilizar maior segurança jurídica em pontos nodais, que geram inúmeras reclamações trabalhistas.

Como exemplo, o pacto da jornada de doze por trinta e seis (12x36). Antes da Reforma, o entendimento majoritário e sumulado do TST era no sentido de que apenas por lei ou norma coletiva poderia haver o estabelecimento deste tipo de regime de trabalho.

A prática, entretanto, sempre mostrou que a classe trabalhadora, em algumas categorias, preferia o estabelecimento de tal jornada por alguns motivos: permitir novos empregos nos dias de folga, reduzir a necessidade de deslocamento casa-trabalho (em alguns centros urbanos,

pode-se perder de cinco a seis horas por dia com os trajetos de ida e volta), viabilizar maior convívio familiar e social.

Além disso, efetuadas as contas das horas efetivamente trabalhadas em tal regime, facilmente se percebe que não há grande diferença para quem labora na jornada padrão, tudo a indicar, portanto, várias vantagens que podem ser desejadas pelos trabalhadores.

A nova lei, portanto, autorizou seu estabelecimento por acordo individual, o que causou nova narrativa de precarização e desmonte do Direito do Trabalho, a qual no momento já se encontra superada por outra decisão do STF, pois reconhecida a constitucionalidade do art. 59-A da CLT.

Da mesma forma, permitiu a Reforma o pacto individual para a criação de banco de horas de até seis meses, adoção de teletrabalho, realização de contrato de trabalho intermitente, extinção do contrato por mútuo consentimento e, talvez, a que tenha mais impactado o imaginário trabalhista: o empregado “hipersuficiente”.

Lembro quando, logo depois da entrada em vigor da Lei n. 13.467, ter sido convidado para ministrar aula em curso de pós-graduação no qual o coordenador, muito meu amigo, possui uma linha praticamente oposta à que defendo. Claro que aceitei, pois o simples fato da divergência de pensamentos em um curso de formação permite o crescimento de todos.

Foi curioso. O primeiro tema era justamente a modificação introduzida pelo parágrafo único do art. 444 da CLT, o qual permite ao empregado que receba salário igual ou superior a duas vezes o teto do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), e possua nível superior, o exercício da autonomia individual da vontade em grau muito superior ao empregado que não alcança tais requisitos.

Foram mais de trinta minutos apanhando da turma sobre o debate da constitucionalidade da norma, com argumentos jurídicos, e outros nem tanto, por parte dos alunos. Apreendi ali uma certa raiva pelo fato de eu não ver inconstitucionalidade na nova lei, como se eu fosse um traidor da causa.

Em meu pensamento, o Direito do Trabalho cuida, basicamente, desta questão: até que ponto deve haver intervenção estatal em uma relação privada de interesses, qual o limite que deve ser imposto para o exercício da autonomia individual da vontade, ou seja, o quanto da liberdade de um cidadão na condição de trabalhador devemos suprimir.

Logo, a regra geral, para mim, é garantir que a autonomia da vontade seja livremente exercitada, devendo o Estado criar mecanismos para garantir seu uso sem vícios. Nesse sentido, temos de há muito toda a legislação sobre os vícios da vontade, bem como as restrições à liberdade

contratual na medida que se entenda necessário, tudo conforme as escolhas do legislador.

Na área trabalhista não havia distinção, em tal aspecto, aos diversos tipos de empregados. Tratávamos um cidadão trabalhador sem qualquer grau de instrução que percebe salário-mínimo da mesma forma que altos executivos com salários literalmente milionários. De fato, não fazia sentido essa forma de aplicar as escolhas sobre os direitos trabalhistas.

A diferenciação realizada pelo legislador, portanto, viabilizou um tratamento diverso para quem é realmente diferente, a quem pode, garantido o mínimo existencial, realizar escolhas sobre os direitos que não estão ligados, necessariamente, à sua sobrevivência digna. Nada mais natural.

Confesso que não gosto dos critérios escolhidos pelo legislador, acho que o valor do salário deveria ser maior para criarmos tal distinção, mas isso é apenas a minha vontade, a minha percepção subjetiva, que por certo não invalida a vontade do legislador que se positivou na vontade da lei.

E para coroar a estranheza do pessoal trabalhista, a Reforma ainda permitiu que empregados com remuneração superior ao valor acima mencionado, mesmo que sem nível superior, resolvam seus conflitos via arbitragem, o que a um só tempo impactou a cultura da área e o setor da Magistratura, o qual se viu ameaçado com a perda de poder.

Também logo após a Reforma tive a oportunidade de participar de grupos de estudos sobre a arbitragem trabalhista, da qual sempre fui entusiasta, pois acredito que todos os mecanismos que permitam aos próprios atores sociais resolver seus conflitos de interesses devem ser fomentados, com o apoio da própria Magistratura.

Nunca tive medo da perda de competência ou de ficar sem trabalho. São vinte e seis anos de exercício do cargo com uma constante carga sobre-humana de processos. Por ano, são quase três milhões de novos casos (em 2022, o número chegou a 2.808.497), para cerca de quatro mil Magistrados. Façam as contas. Trabalho não faltará.

A demora, o gasto, a insegurança, a publicidade, entre outros fatores, podem claramente justificar a escolha de um empregado pela arbitragem, desde que os valores envolvidos a justifiquem. E não há motivo para imaginar que a decisão de um juiz investido de jurisdição será melhor ou pior que a de um árbitro escolhido livremente pelos interessados.

Existe uma resistência, portanto, mais por disputa de interesses e medo de mudança, vez que não há razão lógica para se ter medo da criação da arbitragem trabalhista. Tudo não passa da dificuldade em se

aceitar novidades, talvez abrindo mão de certos posicionamentos enraizados na mentalidade *pseudo* protetora dos atores da nossa área, o que traz o último, e talvez mais impactante, eixo da Reforma no quesito responsabilidade: o uso da Justiça do Trabalho.

Só quem estava na ativa no dia 11 de novembro de 2017 pode testemunhar. Dia da entrada em vigor da Reforma Trabalhista e, portanto, da temida responsabilidade pela litigância na Justiça do Trabalho. De todos os pontos, o mais importante: honorários de sucumbência.

Para quem não é da área talvez seja difícil de entender. O processo do trabalho sempre foi marcado como um instrumento capaz de viabilizar o acesso à Justiça do trabalhador, primando pela simplicidade e celeridade.

Algumas regras foram criadas especificamente para o nosso ramo, como a competência territorial focada no local de trabalho do empregado, a possibilidade de ajuizamento de ação de forma oral e sem contratação de advogado, o tratamento diferenciado ao empregador em caso de ausência à audiência (arquivamento para o reclamante e revelia para o reclamado), dentre outras.

E desse caldo surgiu a regra, coerente com o sistema, de não haver sucumbência na Justiça do Trabalho, pois a despesa com advogados sempre foi considerada uma faculdade da parte, salvo quando a assistência judiciária fosse prestada pelo sindicato de classe.

Aliado a isso, os critérios para a concessão de gratuidade a trabalhadores sempre foram muito generosos, bastando ao reclamante declarar a miserabilidade, até por seu advogado facultativo, para a obtenção do benefício, confundindo-se acesso à Justiça com isenção de responsabilidade.

Sim, por anos vivenciamos essa lástima para a prática ética das ações trabalhistas. Milhões de ações ajuizadas por supostos miseráveis que, apesar da faculdade, na esmagadora maioria litiga com a assistência de advogados (em contratos de risco), buscando algum ganho sem qualquer consequência pela perda. Já o reclamado, via de regra o empregador, simplesmente para se defender e obter uma improcedência, ou seja, o atestado de que nada fez de errado, assume os custos da contratação de advogados e da simples participação no processo. Mesmo ganhando, o empregador perde.

Com a Reforma Trabalhista esses dois fatores foram modificados, resultando na queda, de um dia para o outro, de cerca de 30% na quantidade de ações, e, de forma não mensurada, na redução da quantidade de pedidos em cada feito. Não raro as ações trabalhistas possuem pedidos cumulados, aqueles que efetivamente a pessoa tem certeza de ganho com outros que podem ser uma boa tentativa.

A gratuidade passou a ser presumida para uma determinada faixa salarial (40% do teto do RGPS), exigindo-se a necessidade de comprovação da condição de miserabilidade para quem percebe valor superior. Ao perdedor da ação trabalhista, seja reclamante ou reclamado, além dos gastos próprios, há a condenação em honorários de sucumbência a favor do advogado da parte contrária, permitindo-se que os valores recebidos na própria ação, ou em outras, seja utilizado para o pagamento dessa dívida, que também possui natureza alimentar.

Novamente a narrativa midiática tomou o lugar da racionalidade, apregoando-se que esses dois elementos afetavam o acesso à Justiça do Trabalho. O que ninguém falava, entretanto, é que para o ajuizamento da ação nunca se cobrou nada, apenas houve a fixação de responsabilidade em caso de perda. Liberdade com responsabilidade, nada mais democrático, certo?

Errado. Para o STF, e aqui vai um dos poucos pontos de discordância quanto aos julgamentos trabalhistas do Supremo, o fato de o empregado sucumbir não pode justificar que haja imediata afetação de seus ganhos na ação trabalhista para fazer frente ao trabalho dos advogados da parte contrária.

O julgamento da ADI 5766 foi propalado na mídia como o fim da sucumbência trabalhista, o que está longe de ser verdade. A rigor, a única mudança foi a impossibilidade de fixação automática do desconto do valor dos honorários sucumbenciais devido aos advogados da parte reclamada do crédito trabalhista obtido pela parte reclamante.

Existe ainda a sucumbência para quem possui o benefício da gratuidade de justiça, mas o crédito do advogado permanece suspenso até que haja prova de que a condição de miserabilidade não mais persiste. E essa condição, apesar do texto legal, para a maioria dos Magistrados não precisa ser provada, basta ser declarada como antigamente, utilizando-se entendimento a partir do Código de Processo Civil (CPC) e se fazendo letra morta da modificação legal.

Na prática, portanto, basta alegar que é miserável para não sofrer a sucumbência trabalhista, sustentando tal condição por dois anos, até a extinção do crédito do advogado da outra parte.

A consequência prática? Só quem está ali no *front* pode falar: o número de ações aumentou, os pedidos multiplicaram. Coincidência? Definitivamente não. Até admito que a sucumbência poderia ter sido fixada de forma mais inteligente, preservando alguns créditos como os rescisórios, mas simplesmente voltar à ideia de litigância sem consequência é péssimo para a sociedade.

Gratuidade de justiça, no sentido econômico, como sabemos, é um mito. Alguém paga essa conta. E no nosso caso a conta é

alta. O orçamento da Justiça do Trabalho em 2022 foi de cerca de R\$ 23,5 bilhões, com arrecadação próxima a apenas R\$ 5 bilhões; o saldo, portanto, sai do bolso de todos nós.

Óbvio que o serviço da Justiça deve ser custeado pelo Estado. O problema é sabermos o quanto e qual a eficiência desse investimento, sempre pensando se não há formas melhores para se atingir o mesmo objetivo.

Atribuir responsabilidade em alguma medida ao litigante, sem dúvida, não apenas permite a regulação desse gasto como eleva o uso ético do processo, pois as pessoas tendem a postular apenas o que efetivamente entendem ser seu direito e, mais, desde que possam provar suas alegações.

De outro lado, a Reforma ampliou a necessidade de fixação dos valores de cada pedido formulado, a qual antes existia apenas no rito sumaríssimo, o que permitiu não apenas que todos vislumbrassem os riscos dos pleitos formulados, mas também a própria fixação da sucumbência em caso de improcedência da ação de forma justa.

Antes da Reforma, era comum a atribuição de valor um pouco superior a quarenta salários-mínimos para fugir do rito sumaríssimo, com condenações muitas vezes milionárias. Difícil de explicar para os leigos.

Virtuosa, portanto, a tentativa de estabelecimento de uma litigância responsável, comedida e transparente. Pena que tudo tende a ruir pelos “entendimentos” que insistem em argumentos que burlam o texto legal. Vale mencionar ainda a inclusão na CLT relativa à litigância de má-fé, instituto ainda usado timidamente pela Magistratura.

Gratuidade mais rigorosa, sucumbência recíproca e indicação dos valores dos pedidos foram, portanto, verdadeira revolução no uso da Justiça do Trabalho, os quais infelizmente a cada dia são deixados de lado, seja pela decisão já mencionada pelo Supremo, seja pela construção de que basta ao empregado declarar a miserabilidade e que a indicação dos valores é mera estimativa, não vinculando o litigante. A resistência trabalhando para o atraso.

Outra novidade amplamente celebrada por quem vislumbra uma nova Justiça do Trabalho foi a criação da homologação judicial de acordo extrajudicial. Ao lado da arbitragem já comentada, o fomento à realização de acordos extrajudiciais constituiu importante avanço para a concretização dos métodos alternativos de solução dos conflitos trabalhistas.

Não é preciso muito esforço, depois de tudo o que já foi dito, para ver que a Magistratura trabalhista em peso torceu o nariz para a inovação, que a rigor não possui nada de novo, sentindo mais uma vez o risco da perda de poder e, por último, da própria extinção da Justiça do

Trabalho. Interesse e medo, componentes inseparáveis de quem se diz progressista revolucionário, mas não passa de um retrógrado reacionário.

A verdade é que na área trabalhista jamais existiu segurança jurídica para que empregados e empregadores pudessem realizar a auto-composição de seus conflitos, pois qualquer tipo de acordo celebrado extrajudicialmente facilmente seria anulado na Justiça sob a alegação de vício decorrente da condição de hipossuficiente do trabalhador. Aquela máxima que confunde vulnerabilidade com incapacidade, como se um empregado não pudesse fazer escolhas sobre os créditos que entende ter direito.

A prática levou o mercado, portanto, a buscar alternativas para viabilizar a solução negociada de conflitos individuais trabalhistas sem o risco de anulação e, com isso, o empregador ser chamado a pagar tudo novamente, mantendo sempre em estado de conflituosidade os vínculos de empregos encerrados.

Foi a época da chamada “casadinha”. Expediente de duvidosa ética no qual, apesar de já resolvido o conflito de antemão, as partes combinavam o ajuizamento de uma reclamação trabalhista para, em Juízo, celebrar o acordo sob a chancela judicial, geralmente obtendo a quitação geral.

Curiosamente, a Magistratura não se mostrava reticente para conferir a liberação geral do devedor com força de coisa julgada ao homologar o acordo judicial, geralmente apenas inquirindo o reclamante acerca da vontade de celebrar o pacto como trazido pelas partes. Confirmados os valores, homologação com quitação geral.

Quanto ao acordo extrajudicial, paradoxalmente existe ainda severa resistência para a concessão da mesma liberação do devedor, mesmo com a participação do juiz na homologação, o que somente pode ser justificado do ponto de vista psicológico ou político, mas nunca do jurídico.

Juridicamente não há como se imaginar a diferença de tratamento para os efeitos de uma homologação judicial para um acordo celebrado desde sua origem às vistas do Magistrado, ou aquele gerado pela vontade das partes extrajudicialmente. A rigor, os requisitos de validade e os efeitos são rigorosamente os mesmos.

Psicologicamente é possível compreender a diferença de tratamento, muito embora com ela eu não concorde. Trata-se de uma espécie de dependência da intervenção estatal como fator de segurança. Tanto as partes estão acostumadas com a participação do poder público na solução dos seus interesses, quanto o próprio juiz não confia nos atores privados, sequer nos advogados, presumindo a má-fé que pode levar à enganação o vulnerável trabalhador.

Politicamente, fica óbvia a escolha feita por diversos Tribunais: preservação de poder. Reduzir a importância do acordo extrajudicial, que em tese não poderia conferir quitação geral, e reforçar o acordo judicial como única instância capaz de produzir tal efeito é, no fundo, uma forma de manter abarrotada a Justiça do Trabalho. E quanto mais ações, mais juízes, mais orçamento, mais poder.

A grande virtude dessa modificação, portanto, foi possibilitar uma transição lenta para o que seria óbvio. A autocomposição como método preferencial para a solução dos conflitos trabalhistas, com o cuidado da preservação da manifestação da vontade livre, sem vícios, do trabalhador vulnerável, papel que pode tranquilamente ser exercido pela advocacia.

Creio que, para o futuro, se a resistência trabalhista não cuidar de destruir o que ainda temos, evoluiremos para um sistema de instâncias extrajudiciais para a solução dos conflitos individuais sob a batuta dos advogados, deixando para a Justiça do Trabalho apenas o que efetivamente faz parte de sua vocação, a última palavra quando todos os outros meios falharam.

Expostos os três principais eixos de desenvolvimento da responsabilidade buscada pela Reforma Trabalhista, ativismo judicial, autonomia da vontade e uso da Justiça do Trabalho, resta patente o motivo pelo qual a nova legislação sofreu tantos ataques e foi objeto de tanta resistência pelas estruturas clássicas do mundo trabalhista.

Passados seis anos de vigência da nova norma, não se vislumbrou o falado retorno à escravidão nem a precarização ou destruição dos direitos trabalhistas, e, sejamos sinceros, tampouco a geração de empregos na magnitude propalada pelos legisladores reformistas.

Vejo as virtudes da Reforma como uma espécie de freio de arrumação em pontos que não mais se justificavam dentro da regulação do trabalho humano subordinado, restando ainda muito a fazer para que o Direito do Trabalho brasileiro esteja apto a produzir a harmonia das relações sociais, evitando a indústria dos conflitos, abrangendo a maioria dos trabalhadores e efetivamente concretizando a justiça social tão decantada em textos doutrinários.

Se uma lição pode ser tirada de tudo o que aconteceu com a Lei n. 13.467/2017, é a de que tentar ignorar a evolução do mercado de trabalho sob um manto narrativo protetivo, demonizando qualquer nova forma de regulação que não a antiga fórmula celetista, impedindo o diálogo e a construção das mudanças necessárias, gerará como consequência fatal ficarmos à mercê de janelas de oportunidades políticas para parir a fórceps as novas modalidades que deveriam ser concebidas com cuidado para ninguém precisar sofrer nesse processo.

Fica o ensinamento. Não fizemos no amor, passamos pela dor. Que as virtudes da Reforma Trabalhista possam nortear a construção da justiça social desejada por todos, aliando o grau de liberdade possível aos atores trabalhistas com a consequente responsabilidade por seus atos. Intervenção na medida adequada, sem debilitar o destinatário da proteção nem vilipendiar o real garantidor de todo esse sistema: o empresário.

E que fique o alerta aos revolucionários de plantão: sem capitalismo não há Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 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. **DOU**, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento (1998). **OIT Brasília**, Brasília, 2023. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/WCMS_336958/lang--pt/index.htm.