

TESES ADMITIDAS PELA COMISSÃO CIENTÍFICA

I - TEMA: REFORMA TRABALHISTA B) DIREITO MATERIAL

1. TESE

Autora: Hilda Maria Brzezinski da Cunha Nogueira

Responsável pela defesa: Hilda Maria Brzezinski da Cunha Nogueira

EMENTA: FONTES E PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO DO TRABALHO. NÃO REVOGAÇÃO PELA NOVA LEI DOS ARTIGOS 8º, CAPUT, 444, CAPUT E 468 DA CLT. Ao manter íntegro o *caput* do art. 8º, o *caput* do art. 444, e o art. 468, todos da CLT a reforma trabalhista mantém intactos os princípios gerais do direito do trabalho, principalmente o "protetor", "irrenunciabilidade de direitos", e "primazia da realidade", e as normas que o contrariam devem ser rechaçadas.

FUNDAMENTAÇÃO

Os princípios do Direito do Trabalho representam anos de estudo e construção acadêmica, espelhada na doutrina e jurisprudência. Os princípios orientadores do Direito do Trabalho constituem a espinha dorsal de tal ramo autônomo das ciências jurídicas e sociais, que seguem a seguir relatados. São princípios orientadores do Direito do Trabalho:

1. Princípio da Proteção que consta com três subprincípios:
 - Princípio In dubio pro operário;
 - Princípio da Norma mais favorável;
 - Princípio da Condição mais benéfica;
2. Princípio Irrenunciabilidade dos direitos;
3. Princípio da Continuidade da relação de emprego;
4. Princípio da primazia da realidade;
5. Princípio da razoabilidade;
6. Princípio da boa-fé;
7. Princípio da não discriminação.

A Doutrina Especializada indica outros princípios, a saber:

- Princípio da inalterabilidade contratual lesiva;
- Princípio da intangibilidade salarial.

Tais princípios têm total aplicação e devem nortear o entendimento e balizar a jurisprudência.

A não revogação do *caput* do art. 8º, do *caput* do art. 444 e do art. 468 da CLT indica que permanecem como orientadores do Direito do Trabalho o princípio da proteção (e seus subprincípios), o princípio da irrenunciabilidade de direitos e, por consequência, as normas que os contrariam devem ser rechaçadas.

2. TESE

Autora: Marlene T. Fuverki Suguimatsu

Responsável pela defesa: Marlene T. Fuverki Suguimatsu

EMENTA: DIREITO COMUM - APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO DIREITO DO TRABALHO - REQUISITOS: OMISSÃO DA CLT E COMPATIBILIDADE COM NORMAS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE DIREITO DO TRABALHO. INTELIGÊNCIA DO ART. 8º, § 1º DA CLT, DE ACORDO COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.467/2017.

FUNDAMENTAÇÃO

O parágrafo único do art. 8º da CLT, que vigorará até 14/11/2017, possui a seguinte redação (negritei):

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, **naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.**

A Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista) excluiu o parágrafo único do art. 8º, para incluir 3 parágrafos, entre os quais o § 1º que vigorará a partir de 14/11/2017, com a seguinte redação:

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

Como se verifica, foi suprimida a expressão "**naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste**".

No entanto, a meu juízo, a alteração **não modifica** a necessidade de se atender aos **dois critérios** que sempre balizaram a adoção de normas do Direito comum no Direito do Trabalho: a **omissão** na CLT e a **compatibilidade** com normas e princípios fundamentais do Direito do Trabalho.

O § 1º modificado (que se relaciona com o direito material do trabalho) deve ser interpretado em conjunto com o art. 769 da CLT (destinado às regras de direito processual), que não foi modificado pela Lei nº 13.467/2017 e prossegue estabelecendo os critérios da omissão e da compatibilidade.

Essa linha interpretativa deve continuar balizando a interpretação e a aplicação das normas de Direito comum a este ramo específico do Direito, em razão das suas particularidades e da imprescindível postura da magistratura de preservar o máximo possível a autonomia do Direito do Trabalho, por meio da valorização de suas regras e seus princípios próprios.

3. TESE

Autora: Ilse Marcelina Bernardi Lora

Responsável pela defesa: Ilse Marcelina Bernardi Lora

EMENTA: ANÁLISE PELA JUSTIÇA DO TRABALHO DE CONVENÇÕES E ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO. RESTRIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. Restrição do âmbito de análise, pela Justiça do Trabalho, de convenções e acordos coletivos de trabalho. Incompatibilidade do §3º do art. 8º da CLT, introduzido pela Lei 13.467/17, com o direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que consagra o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Declaração de inconstitucionalidade mediante controle difuso.

RESUMO: A Lei nº 13.467/17 promoveu a inserção do §3º no art. 8º, da CLT, do §3º, limitando o âmbito de análise, pela Justiça do Trabalho, de acordos e convenções coletivas de trabalho exclusivamente à conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico. Também estabeleceu que a atuação do Judiciário Trabalhista deve ser guiada pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. O dispositivo é inconstitucional, na medida em que afronta o princípio do acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que pressupõe efetiva, justa e tempestiva tutela jurisdicional, sendo considerado o mais básico dos direitos fundamentais.

FUNDAMENTAÇÃO

A Lei nº 13.467/2017 promoveu a inserção, no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, do §3º, delimitando a análise, pela Justiça do Trabalho, quando do exame de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente à "conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)", e prescrevendo que a Justiça Especializada deverá balizar "sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva".

Manifesta a inconstitucionalidade do dispositivo, na medida em que representa afronta a direito fundamental expressamente previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O preceito contempla o princípio do acesso à justiça, também chamado princípio do acesso ao Judiciário ou princípio do acesso à ordem jurídica justa. A doutrina explica que a vagueza da expressão acesso à justiça viabiliza atribuir-lhe dois sentidos. O primeiro conferindo ao significante justiça a mesma acepção e natureza que o de Poder Judiciário, tornando semelhantes as expressões acesso à justiça e ao Judiciário, e o segundo, com base em perspectiva axiológica do vocábulo justiça, entende o acesso a ela como o ingresso a determinada ordem de valores e direitos fundamentais para a pessoa humana. "A formulação do princípio optou pela segunda significação. Justifica-se tanto por ser mais abrangente, como pelo fato de o acesso à justiça, enquanto princípio, inserir-se no movimento para a efetividade dos direitos sociais." (PORTANOVA, 2005, p. 112)

O acesso à justiça deve ser havido como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, sendo considerado como o mais básico dos direitos humanos (MAILLART; SANCHES, 2012, p.584).

Proibida a autotutela, somente admitida em casos excepcionais, ao Estado, que detém o monopólio da jurisdição, incumbe colocar à disposição dos cidadãos meios eficazes para a invocação da tutela jurisdicional. Ao comentar o art. 5º, inciso XXXV, da

Constituição Federal, afirma Silva (2012, p. 134) que o princípio da proteção judiciária, também denominado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, representa a mais importante garantia dos direitos subjetivos. Dito princípio encontra alicerce no princípio da separação dos poderes, havido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais.

É cediço que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inc. XXXV do art. 5º da CF, não garante apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que proporcione a eficiente e oportuna defesa contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagrou a máxima amplitude da tutela jurisdicional, englobando tanto a possibilidade de defesa de direitos individuais quanto dos direitos coletivos. No que respeita à abrangência, a Constituição somente subtrai à tutela jurisdicional, conforme previsto no art. 142, §2º, a revisão do mérito de punições militares. Inclusive as chamadas questões políticas estão submetidas ao controle jurisdicional, bastando a tanto que a partir delas se verifique utilização abusiva de prerrogativas políticas e desrespeito aos direitos fundamentais. A Carta Magna permite, entretanto, aos particulares submeter, voluntariamente, certos litígios à solução arbitral. "O que a Constituição veda é a interdição da apreciação do Poder Judiciário pelo próprio Estado." (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 712-713)

Não se pode considerar efetiva a tutela jurisdicional que tem seus limites fixados em lei infraconstitucional que interdita a atividade do Poder Judiciário, sendo dado a este, em especial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, proclamar a absoluta incompatibilidade do §3º do art. 8º da CLT, introduzido pela Lei 13.467/17, com o direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

MAILLART, Adriana Silva; SANCHES, Samyra Dal Farra Napolini. **O direito fundamental de acesso à justiça e suas implicações para o direito fundamental ao desenvolvimento.** In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da; SMORTO, Guido. **Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa.** Joaçaba: Editora Unoesc, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Sistema Constitucional Brasileiro, *In Curso de Direito Constitucional.* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel . 2ª ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

4. TESE:

Autor: Leonardo Vieira Wandelli

Responsável pela defesa: José Alexandre Barra Valente

EMENTA: LEI 13.467/2017. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DO ART. 477-A DA CLT, POR VIOLAÇÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO. STF-ADI 1480-DF. DISPOSITIVOS GERAIS RELATIVOS À PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA DEPENDEM DE LEI COMPLEMENTAR. PROTEÇÃO INSUFICIENTE E RETROCESSO.

FUNDAMENTAÇÃO

Cuida-se de avaliar a constitucionalidade do art. 477-A introduzido pela Lei 13.467/2017, verbis:

“Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.”

O dispositivo pretende atribuir equiparação normativa geral para todas as formas de despedida imotivada, aduzindo, ademais, que quaisquer dessas despedidas não precisam autorização prévia da entidade sindical ou celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

1- INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

Ao regular a matéria de forma geral, por lei ordinária, o legislador de 2017 malfez a reserva de lei complementar já assentada pelo STF a este respeito, quando do julgamento da ADI 1480-DF:

E M E N T A: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA

PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS (...) SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. (...) CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - (...) TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001 PP-00429 EMENT VOL-02031-02 PP-00213)

A mudança da jurisprudência do STF, a partir de 2008, no sentido de que os tratados internacionais, ao menos quando versarem sobre direitos humanos, têm estatura supra-legal, estando acima da legislação ordinária, não altera o entendimento no sentido de que a regulação da proteção dos trabalhadores contra a despedida arbitrária ou sem justa causa depende de lei complementar e de que tal reserva constitucional não pode ser violada por lei ordinária ou norma a ela equivalente. Daí, a flagrante inconstitucionalidade formal do novel art. 477-A da CLT introduzido pela Lei 13.467/2017.

Além disso, tal alteração, ao revés de cumprir o mandamento constitucional de proteção CONTRA a despedida arbitrária ou sem justa causa, malgrado a mora legislativa de já quase três décadas, legisla no sentido de desproteger integralmente os trabalhadores, autorizando despedidas imotivadas, inclusive coletivas e, neste caso, sem qualquer necessidade de negociação coletiva. Nesse sentido, incorre na figura típica da proteção insuficiente dos direitos fundamentais, constitucionalmente vedada.

No mesmo sentido, pretende, ao fazê-lo, retroceder em relação ao entendimento já consagrado na jurisprudência, com esteio em normas de caráter supra-legal e constitucional, no sentido de que a validade das despedidas coletivas depende de prévia negociação coletiva:

DESPEDIDA EM MASSA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER, SEM PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COM O SINDICATO PROFISSIONAL.

Ao contrário da tese adotada pelo Regional, a ausência de regulamentação do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, que protege a relação de emprego "contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória", não autoriza o empregador a despedir em massa os trabalhadores, sem observar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho humano. Não se pode olvidar, ainda, que a despedida coletiva deve ser apreciada à luz do artigo 170, inciso III, da Constituição Federal, que consagra a função social da propriedade. Esses princípios nortearam a jurisprudência da Seção Especializada em Dissídios Coletivos, que, nos ED-RODC - 30900-12.2009.5.15.0000, da relatoria do Exmo. Ministro Mauricio Godinho Delgado, fixou "a premissa, *para casos futuros*, de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores", observados os fundamentos supra". O referido Órgão julgador, em decisões posteriores, firmou o entendimento de que a prévia negociação com o sindicato profissional constitui requisito para a validade da dispensa coletiva, ou seja, despedidas procedidas unilateralmente pelo empregador não possuíam eficácia. Desse modo, a SDC confirmou decisões proferidas em dissídios coletivos instaurados pelos sindicatos profissionais, que exigiam a estipulação de normas e condições para as demissões coletivas, negando provimento aos recursos ordinários interpostos pelos suscitados (empregadores). Acrescenta-se que esta Corte, em acórdãos proferidos em ação civil pública, adotou a tese de que a despedida em massa de trabalhadores, sem negociação prévia com o sindicato dos empregados, acarreta dano moral coletivo a ser indenizado pelo empregador. Portanto, a consequência da ausência de participação do sindicato profissional é a nulidade da despedida coletiva. Contudo, no caso, o Ministério Público do Trabalho não pleiteia a declaração de nulidade da despedida coletiva efetuada unilateralmente pela ré, sem prévia negociação com o sindicato profissional, mas que a ré se abstenha de efetuar dispensas sem cumprir o citado requisito. Por outro lado, consta do pedido formulado pelo *Parquet*, na petição inicial, que as demissões em massa sejam precedidas de negociação com o sindicato ou perante o Ministério do Trabalho e Emprego. Entretanto, no seu recurso de revista, não defendeu a necessidade de intervenção do Órgão do Poder Executivo nas demissões em massa procedidas pela ré, mas apenas a participação prévia do sindicato profissional. Desse modo, em face da ausência de devolutibilidade, não há como julgar procedente o pedido em relação à formalização das demissões em massa perante o Ministério do Trabalho e Emprego. Recurso de revista **conhecido e parcialmente provido. Processo: RR - 141300-56.2008.5.03.0067 Data de Julgamento: 30/03/2016, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/04/2016**

Nesse sentido, o retrocesso na implementação da proteção em face das despedidas coletivas, uma vez alcançado determinado patamar de implementação tanto do art. 7º, I, quanto da implementação do direito ao trabalho, em sua dimensão de proteção em face da despedida injusta de que tratam o art. 7º do PIDESC e o art. 7º do Protocolo de San Salvador, viola a obrigação de progressividade e não retrocesso que disciplina a implementação dos direitos sociais, tanto em sede constitucional, a partir do princípio de melhoria (art. 7º, caput da Constituição), quanto em sede dos tratados internacionais de direitos humanos vigentes no plano nacional.

Se o Estado, descumprindo sua obrigação de implementação progressiva, suprime, sem substituição equivalente, uma medida jurídica de proteção ao direito ao trabalho, inclusive quanto à proteção em face da privação injustificada de trabalho, comete, com isso, uma infração ao seu dever de respeito. Neste sentido, o item 14, a, dos Princípios de Maastrich considera violatória "a derrogação ou suspensão da legislação necessária para o desfrute contínuo de um direito econômico, social e cultural do qual já se usufrui". No

caso específico da proteção contra a despedida injustificada, tendo por referência o PIDESC, a Observação Geral 18 do CDESC já alerta, em seu parágrafo 34, que:

En cuanto a los demás derechos del Pacto, existe la intuición generalizada de que las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho al trabajo no son permisibles. Estas medidas regresivas son, entre otras, la denegación del acceso al trabajo a ciertos individuos o grupos, se base tal discriminación en la legislación o en la práctica, la suspensión de la legislación necesaria para el ejercicio del derecho al trabajo, o la aprobación de leyes o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo. Un ejemplo de ello sería la instauración del trabajo forzado o **la revocación de una legislación que proteja al asalariado contra el despido improcedente. Dichas medidas constituirían una violación de la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho al trabajo.** (grifou-se)

A par de uma violação de uma obrigação de direito internacional do Brasil, signatário do PIDESC, bem como do Protocolo de São Salvador, que impõem a implementação progressiva, sujeitando o país a sanções internacionais, a referida alteração legislativa significaria, no âmbito interno, uma violação da proibição de retrocesso na implementação do próprio direito fundamental ao trabalho, vedação esta que decorre do princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais, consagrado no art. 5º, § 1º, da Constituição, que impõe a obrigação de imediato desenvolvimento e concretização do direito fundamental na maior medida possível.¹ Se há divergências doutrinárias quanto à extensão dessa vedação, que não pode, desde logo, ser compreendida como proibição de toda e qualquer diminuição, ajuste ou modificação da forma de implementação de um direito fundamental, por outro lado, há razoável consenso em que essa garantia abriga contra a redução ou supressão dos avanços legislativos já alcançados que viabilizem a efetividade do núcleo essencial de um direito fundamental.²

No dizer de Canotilho,

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.³

Este argumento foi reconhecido no voto vista proferido na ADI n. 1625/DF, que versa sobre a constitucionalidade do decreto presidencial 2.100 que denunciou a Convenção 158, pelo Ministro Joaquim Barbosa:

“Se se atribui o carácter supralegal aos tratados de direitos humanos e se se reconhece à Convenção 158 da OIT o status de tratado de direitos humanos, chega-se facilmente à conclusão de que o Poder Executivo não podia, sem a intervenção do Congresso, denunciar o referido tratado. Isso porque, estar-se-ia permitindo que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo. Mais que isso, estar-se-ia permitindo que o Poder

¹ SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 454 e ss.

² Idem, ibidem.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª Ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 333.

Executivo, por sua vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional.”⁴

⁴ Diário da Justiça nº 110, de 16/06/2009.

5. TESE

Autora: Marlene T. Fuverki Suguimatsu

Responsável pela defesa: Marlene T. Fuverki Suguimatsu

EMENTA: SALÁRIO. PARCELAS DE NATUREZA SALARIAL. CARÁTER MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO DO § 1º DO ART. 457 DA CLT, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.467/2017.

FUNDAMENTAÇÃO

O § 1º do art. 457 da CLT com redação dada pela Lei nº 1.999/1953 e que vigorará até 14/11/2017, dispõe (grifos acrescidos):

§ 1º - Integram o salário não só a **importância fixa** estipulada, como também as **comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos** pagos pelo empregador.

A Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista) alterou a redação desse dispositivo que passará a vigorar a partir de 14/11/2017, da seguinte forma:

§ 1º Integram o salário a **importância fixa** estipulada, as **gratificações legais** e as **comissões** pagas pelo empregador.

A interpretação predominante na jurisprudência e na doutrina acerca do § 1º do art. 457 da CLT sempre foi a de que as verbas nominadas possuem caráter meramente exemplificativo, porque diversas outras parcelas com natureza salarial não estão indicadas no § 1º do art. 457, a exemplo do adicional de horas extras e os demais adicionais legais.

O elenco continua **exemplificativo**, como na atual redação. Perdeu-se, contudo, a oportunidade de atualizar o parágrafo para deixar claro que **todos os adicionais** (hora extra, noturno, insalubridade, periculosidade, transferência, etc...) **também integram o salário** por se tratarem de retribuição direta pelo trabalho prestado (conforme *caput* do art. 457 da CLT), em condições especiais, e devem ser considerados para todos os efeitos legais. Essa interpretação pode ser extraída do próprio texto da Lei da Reforma, que acentua o caráter salarial do adicional de insalubridade do art. 394-A, introduzido na CLT.

A alteração da redação do § 1º do art. 457 da CLT não afasta o caráter meramente exemplificativo das parcelas por ele indicadas e só não serão consideradas salários as verbas que a Lei expressamente definiu como sendo de natureza diversa.

6. TESE

Autora: Sandra Cristina Zanoni Cembraneli Correia

Responsável pela defesa: Sandra Cristina Zanoni Cembraneli Correia

EMENTA: HORAS IN ITINERE - SUPRESSÃO PELA LEI Nº 13.467/2017 - VEDAÇÃO DE RETROCESSO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. A redação dada ao § 2º do art. 58 pela Lei nº 13.467/2017 não exclui as horas *in itinere*, dentre o rol de direitos do trabalhador, conforme princípio de vedação de retrocesso.

FUNDAMENTAÇÃO

A redação do § 2º do art. 58 da CLT, conforme redação dada pela Lei nº 10.243/2001, estabelecia os seguintes requisitos para o reconhecimento das horas *in itinere*:

- o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno,
- por qualquer meio de transporte,
- não será computado na jornada de trabalho,
- **salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público,**
- o empregador fornecer a condução.

A redação do § 2º do art. 58 da CLT, conforme redação dada pela Lei nº 13.467/2017, elencou os seguintes elementos acerca do tema:

- o tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno,
- caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador,
- não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

Historicamente, o conceito de horas *in itinere* sempre teve base o critério do local de trabalho de **difícil acesso ou não servido por transporte público regular**, conforme Súmula n. 90 do TST.

A nova redação do § 2º do art. 58 da CLT não menciona a expressão acima negritada, o que permite a conclusão de que, efetivamente, o trabalhador que labora em lugar de difícil acesso e/ou não servido por transporte público regular faz jus às horas *in itinere*.

Pretendeu-se, em verdade, o legislador tratar apenas daquelas situações em que o local de trabalho não é de difícil acesso, ou, mesmo sendo, é servido por transporte público regular.

Assim, como a nova regra do § 2º do art. 58 da CLT não veda a contagem na jornada do tempo relativo ao transporte do empregado fornecido pelo **empregador quando o local de trabalho é de difícil acesso ou não servido por transporte público regular**, deixou ao intérprete margem para o trabalho hermenêutico, à luz da Constituição.

Nesse sentido, a meu juízo, deve-se interpretar a nova redação do § 2º do art. 58, tendo em vista o princípio da vedação de retrocesso social.

Calha, a propósito, o ensinamento de Luiz Roberto Barroso:

"... o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente".

Conclui o Ministro do STF:

"A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente".⁵

O reconhecimento das horas *in itinere*, efetivava os direitos fundamentais à saúde e à integridade física, na medida em que, com a sua integração à jornada, permitia que o trabalhador permanecesse menor tempo à disposição do empregador.

A questão deve ser analisada, sobretudo, em relação às situações dos trabalhadores rurais, que, muitas vezes, viajam quilômetros por dia, por meio de transporte fornecido pelo empregador, para laborar em local de difícil acesso, não servido por transporte público e, muitas vezes, não tem sequer conhecimento do local onde irá prestar os serviços ao longo da jornada.

⁵ Interpretação e aplicação da Constituição. 6ª ed. SP: Saraiva, 2006, p. 380-381.

7. TESE

Autor: Cassio Colombo Filho

Responsável pela defesa: Cassio Colombo Filho

EMENTA: Reforma trabalhista – danos extrapatrimoniais – são inconstitucionais por afronta direta aos art. 1º, III (Princípio da Dignidade da Pessoa Humana) e art. 5º, V e X (princípio geral de reparação – reparação integral), os seguintes pontos da lei 13.467/2017:

- a) Art. 223-A – regulamentação do assunto exclusivamente pela CLT;
- b) Art. 223-B – limitação dos danos morais ao ofendido (impossibilidade de dano moral em ricochete para familiares das vítimas);
- c) Art. 223 – G cumulação de indenizações e tarifação das indenizações.

FUNDAMENTAÇÃO

O “DILEMA DO BONDE” E A REFORMA TRABALHISTA

No ensino jurídico, precisamente na disciplina “Filosofia do Direito”, para discutir questões relacionadas à “ética” e “moral”, alguns professores trabalham com os alunos o chamado “dilema do bonde”.

Trata-se de um experimento de pensamento, idealizado pela filósofa inglesa PHILIPPA FOOT (Oxford), posteriormente analisado por JUDITH JARVIS THOMSON (Yale) e, mais recentemente por PETER UNGER (Oxford) e MICHAEL SANDEL (Harvard).

Em síntese, eis a questão: um bonde desgovernado dirige-se em direção a cinco trabalhadores que reparam os trilhos, e cujo impacto resultará em suas mortes. O espectador percebe tal situação e está num ponto no qual há um dispositivo de desvio de trilhos. Se operá-lo desvia o bonde para outro trilho, onde atua apenas um trabalhador, que também será morto. O que fazer? Desviar o bonde ou não?

A análise de tal problema e as propostas de solução envolvem discussões sobre ética, consequencialismo, utilitarismo, deontologia, virtude, etc., o que não é o objetivo deste ensaio, que apenas parte de um problema conhecido para analisar as consequências da tragédia sobre a ótica das diretrizes de responsabilidade civil – danos extrapatrimoniais, à luz das novas disposições legais impostas pela chamada “reforma trabalhista”, implantada pela Lei 13.467 de 13-07-2017.

Hipótese 1:

Suponha que sua opção foi a de não mexer nos trilhos e o bonde da fictícia empresa “BONDES DO BRASIL S/A” atinge as seguintes cinco pessoas, matando todas:

- 1ª) **AA** - auxiliar de serviços gerais empregado da empresa do bonde – salário R\$ 1.200,00 – 40 anos – vivia em regime de união estável, tinha 3 filhos menores de 18 anos;
- 2ª) **BB** - auxiliar de serviços gerais empregado da empresa do bonde – salário R\$ 1.200,00 – 40 anos – era casado e tinha um filho menor de 18 anos;
- 3ª) **CC** - encarregado empregado da empresa do bonde – salário R\$ 3.500,00 – 56 anos – era casado e tinha duas filhas maiores de 18 anos e casadas;
- 4ª) **DD** - engenheiro responsável pelo canteiro de obras, sócio de uma empresa prestadora de serviços de acompanhamento - rendimento médio mensal declarado ao fisco – R\$ 7.000,00 – 47 anos – era casado e tinha dois filhos menores de 18 anos;
- 5ª) **EE** - entregador de marmitas, filho de uma merendeira que fornecia refeições aos trabalhadores, mediante pagamento direto pelos mesmos – trabalhava sem salário fixo

Desenvolvia seu trabalho para ajudar nos ganhos e composição da renda familiar – 16 anos.

Fique bem claro que **AA**, **BB** e **CC** eram empregados, **DD** era terceirizado e **EE** apenas fazia uma entrega no local.

É lógico que a “BONDES S/A” responde civilmente pelos prejuízos que causou e, obviamente, vai ter de indenizá-los.

Com base em tais premissas, passa-se à análise das possibilidades de reparações decorrentes do infortúnio, e os direitos das vítimas, apenas no aspecto extrapatrimonial.

EE

Deu um baita azar! Estava de passagem, fazendo uma entrega. Não tinha qualquer relação com a BONDES, que tem responsabilidade objetiva extracontratual no caso, já que o infortúnio se deu em seu canteiro de obras.

Em decorrência de sua atividade e dos riscos a ela inerentes, a BONDES, como qualquer estabelecimento, tinha o dever de prover a segurança em seu canteiro de obras, tanto para os trabalhadores, como para qualquer pessoa que por ali transitasse.

Neste caso, para reconhecimento do direito à reparação se verifica apenas a existência de nexo de causalidade e dano.

Em tese, seus familiares em primeiro grau – pais terão direito às seguintes indenizações por **danos “em ricochete”**:

- **danos materiais** – prejuízos (despesas hospitalares, enterro) e lucros cessantes (pensão temporária decorrente da perda de renda);

- **danos morais** – decorrentes da dor da perda do filho.

Não há propriamente uma tabela, mas o Superior Tribunal de Justiça – STJ normalmente tem concedido indenizações por danos morais aos familiares (danos em ricochete) em cerca de 400 salários mínimos (<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Couto-e-Silva-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>), valor este que pode ser majorado ou diminuído se analisados outros aspectos do caso.

Pois bem. Partindo-se de precedentes de menor valor monetário do STJ a indenização por **danos morais em ricochete** deverá ser arbitrada pela Justiça Comum Estadual em, no mínimo, R\$ 200.000,00 (100 salários mínimos para cada um dos pais - RECURSO ESPECIAL REsp 792416 SP 2005/0178291-5 STJ).

Ou seja, se ficar barato, a BONDES vai ter que desembolsar no mínimo R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para indenizar por **danos morais em ricochete** a família de EE.

Partindo de outros julgados e da jurisprudência média do STJ, tal valor pode chegar facilmente a R\$ 400.000,00 ou mais.

DD

Engenheiro, prestador de serviços terceirizado. Aqui também há responsabilidade objetiva patronal, não só porque tinha o dever de promover a segurança para qualquer pessoa em seu canteiro de obras, com também e especialmente pelas disposições da Lei 6.019/74 com redação 13.429/2017 que acrescentou o § 3º do art. 5º-A, com a seguinte redação: “§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.”

Neste caso se verifica a existência de nexo de causalidade, dano e culpa (falha na segurança).

Em tese, cônjuge e seus descendentes, terão direito às seguintes indenizações por **danos “em ricochete”**:

- **danos materiais** - prejuízos (despesas hospitalares, enterro) e lucros cessantes (pensão temporária decorrente da perda de renda);
- **danos morais** – decorrentes da dor da perda do marido/pai.

Partindo-se das mesmas premissas do item anterior e precedentes do STJ a indenização por **danos morais em ricochete** deverá ser arbitrada pela Justiça Comum Estadual em no mínimo R\$ 200.000,00 (100 salários mínimos para cônjuge e R\$ 50.000,00 para cada filho) e R\$ 400.000,00, podendo chegar a bem mais.

Ou seja, se ficar barato, a BONDES vai ter que desembolsar no mínimo R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para indenizar por **danos morais em ricochete** a família de DD, e a indenização pode facilmente passar de R\$ 1.000.000,00, se parametrizada por outros julgados do STJ.

AA, BB e CC

Trabalhadores empregados em atividade cujo enquadramento como “de risco” é questionável – auxiliares de reparos e encarregado de montagem e manutenção de trilhos. Por isso, partamos da premissa que a responsabilidade patronal é subjetiva.

Logo, o pedido de indenização terá de unir os quatro elementos (*ação ou omissão, somados à culpa ou dolo, nexo e o consequente dano*), ou seja, demandará estabelecimento de nexos de causalidade e dano (praticamente incontroversos), e poderá gerar acirrada discussão sobre atuação culposa do empregador, que, com certeza vai alegar caso fortuito, responsabilidade do motorneiro, etc., e tentar a todo custo isentar-se de responsabilidade.

Eventual indenização devida será por força das normas do direito civil – responsabilidade contratual, concernente aos **danos materiais** – prejuízos (despesas hospitalares, enterro) e lucros cessantes (pensão temporária decorrente da perda de renda).

Já os danos imateriais ganharam um complicador com a reforma trabalhista (Lei 13.467), que assim dispôs nos art. 223-A e 223-B:

‘Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.’

‘Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.’

Se a pessoa física ou jurídica é *titular exclusiva do direito à reparação imaterial* e as relações de trabalho são unicamente regidas por tais normas, conclui-se que seus familiares não terão direito à reparação por danos extrapatrimoniais, mesmo que reconhecida culpa ou dolo patronal!!!!!!

O quadro abaixo mostra o paradoxo criado pela situação e tratamento diferenciado entre empregados e não empregados.

Personagem	Relação com a empresa Bondes	Estimativa de valor de indenização por danos morais para familiares
AA	Empregado auxiliar de sv. gerais	-----
BB	Empregado auxiliar de sv. gerais	-----
CC	Encarregado de montagem e manutenção de linha	-----
DD	Terceirizado Engenheiro responsável técnico	R\$ 200.000,00 a R\$ 1.000.000,00
EE	Entregador – sem relação direta	R\$ 200.000,00 a R\$ 400.000,00

Após análise da situação, resta a indagação: é justa a solução da lei para este caso? Parentes de terceirizados e terceiros sem relação direta com a empresa têm direito a reparação por danos morais pela dor da perda de seus entes próximos e os empregados não?

Penso que nem os dirigentes da empresa “BONDES DO BRASIL” achariam justa a solução...

Mas a análise pode se tornar mais peculiar se cuidarmos da indenização de vítimas sobreviventes, e para isso analisa-se outra situação, mantendo os mesmos personagens.

Hipótese 2:

Suponha que a opção do espectador foi a de não mexer nos trilhos e o bonde da fictícia empresa “BONDES DO BRASIL S/A” atinge cinco pessoas mas não as mata. Causa-lhes gravíssimas lesões, que gerarão sequelas incuráveis (paraplegia, perda de membros, deficiência por lesões cerebrais, etc.).

Nossos personagens continuam sendo os empregados **AA**, **BB**, e **CC**, o engenheiro terceirizado **DD**, e o entregador de marmitas **EE**.

Vamos às considerações sobre o destino de cada um.

EE

Reitera-se: estava de passagem, fazendo uma entrega. Não tinha qualquer relação com a BONDES, que tem responsabilidade objetiva extracontratual no caso, já que o infortúnio se deu em seu canteiro de obras.

Em decorrência de sua atividade e dos riscos a ela inerentes, a BONDES, como qualquer estabelecimento, tinha o dever de prover a segurança em seu canteiro de obras, tanto para os trabalhadores, como para qualquer pessoa que por ali transitasse.

Neste caso, para reconhecimento do direito à reparação se verifica apenas a existência denexo de causalidade, dano e grau da lesão, e efeitos.

Em tese, **EE**, terá direito às seguintes indenizações:

- **danos materiais** – prejuízos (despesas hospitalares, tratamento, remédios, prótese) e lucros cessantes (pensão vitalícia decorrente da incapacidade);
- **danos morais** – decorrentes da dor/sofrimento pelo acidente, tratamento e sequelas;
- **danos estéticos** – decorrentes de cicatrizes, deformidades ou perda de partes do corpo ou funcionalidades;
- **danos em ricochete para familiares** – pelo trauma de ter de conviver com um filho permanentemente lesionado, e até por prejuízos se tiverem que deixar seu trabalho para cuidar da vítima.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ normalmente tem concedido indenizações por danos morais às vítimas com lesões graves e permanentes em cerca de 400 salários mínimos para danos morais e 200 salários mínimos para danos estéticos - (STJ, 4ª T., REsp 519.258), valores estes que podem ser até majorados.

Igualmente, partindo-se de precedentes mínimos do STJ a indenização por danos morais em ricochete deverá ser arbitrada pela Justiça Comum Estadual em no mínimo R\$ 30.000,00 (30 salários mínimos para cada um dos pais – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1130300 / SP 2009/0146020-1 (STJ).

Ou seja, se ficar barato, a BONDES vai ter que desembolsar no mínimo R\$ 660.000,00 (seiscentos e sessenta mil reais) para indenizar por danos morais EE e sua família.

Partindo de outros julgados e da jurisprudência média do STJ, tal valor pode chegar facilmente a R\$ 1.000.000,00 ou mais.

DD

Engenheiro, prestador de serviços terceirizado. Aqui, também, há responsabilidade objetiva patronal, não só porque tinha o dever de promover a segurança para qualquer pessoa em seu canteiro de obras, com também e especialmente pelas disposições da Lei 6.019/74 com redação 13.429/2017 que acrescentou o § 3º do art. 5º-A, com a seguinte redação: “§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.”

Neste caso se verifica a existência de nexo de causalidade, dano e culpa (falha na segurança).

Em tese, **DD**, terá direito às seguintes indenizações:

- **danos materiais** - prejuízos (despesas hospitalares, tratamento, remédios, prótese) e lucros cessantes (pensão vitalícia decorrente da incapacidade);
- **danos morais** – decorrentes da dor/sofrimento pelo acidente, tratamento e sequelas;
- **danos estéticos** – decorrentes de cicatrizes, deformidades ou perda de partes do corpo ou funcionalidades;
- **danos em ricochete para familiares** – pelo trauma de ter de conviver com um marido/pai permanentemente lesionado, e até por prejuízos se tiverem que deixar seu trabalho para cuidar da vítima.

Partindo-se das mesmas premissas do item anterior e precedentes do STJ a indenização por danos morais deve ser arbitrada em 400 salários mínimos, danos estéticos - 200 salários mínimos; e danos em ricochete em R\$ 100.000,00, podendo chegar a bem mais.

Ou seja, se ficar barato, a BONDES vai ter que desembolsar, no mínimo, R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) para indenizar por danos morais, estéticos e em ricochete que pode facilmente passar de R\$ 1.000.000,00, se parametrizada por outros julgados do STJ.

AA, BB e CC

Trabalhadores empregados em atividade cujo enquadramento como “de risco” é questionável – auxiliares de reparos e encarregado de montagem e manutenção de trilhos. Por isso, partamos da premissa que a responsabilidade patronal é subjetiva.

Logo, o pedido de indenização terá de unir os quatro elementos (*ação ou omissão, somados à culpa ou dolo, nexo e o conseqüente dano*), ou seja, demandará estabelecimento de nexo de causalidade e dano (praticamente incontroversos), e poderá gerar acirrada discussão sobre atuação culposa do empregador, que, com certeza vai alegar caso fortuito, responsabilidade do motorneiro, etc., e tentar a todo custo isentar-se de responsabilidade.

Eventual indenização devida será por força das normas do direito civil – responsabilidade contratual, concernente aos danos materiais (prejuízos (despesas hospitalares, enterro) e lucros cessantes (pensão temporária decorrente da perda de renda).

Já os danos imateriais ganharam um complicador com a reforma trabalhista (Lei 13.467), que assim dispôs nos art. 223-A e 223-B:

‘Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.’

‘Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.’

Aqui serve exatamente o mesmo argumento: se a pessoa física ou jurídica é *titular exclusiva do direito à reparação imaterial*, e as relações de trabalho são unicamente regidas por tais normas, conclui-se que seus familiares não terão direito à reparação por danos extrapatrimoniais, mesmo que reconhecida culpa ou dolo patronal!!!!!!

E mais, além do parágrafo primeiro do art. 223-G vedar a acumulação de danos extrapatrimoniais, os tarifou conforme texto abaixo:

§ 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.

Por tal razão, se fixados em patamares máximos e observada a remuneração de cada um dos trabalhadores, se gravemente feridos e com lesões permanentes os auxiliares de serviços gerais **AA** e **BB** receberão R\$ 60.000,00 cada e o encarregado **CC** receberá R\$ 175.000,00.

O quadro a seguir mostra o paradoxo criado pela situação e tratamento diferenciado entre empregados e não empregados.

Perso-nagem	Relação com a empresa Bondes	Remune-ração ou ganho médio em R\$	Indenização por danos morais	Indenização por danos estéticos	Indeni-zação por danos em ricochete
AA	Empregado auxiliar de sv. gerais	1.200,00	60.000,00	--X--	--X--
BB	Empregado auxiliar de sv. gerais	1.200,00	60.000,00	--X--	--X--
CC	Encarregado de montagem e manutenção de linha	3.500,00	175.000,00	--X--	--X--
DD	Terceirizado Engenheiro responsável técnico	7.000,00	400.000,00	200.000,00	60.000,00
EE	Entregador – sem relação direta	--X--	400.000,00	200.000,00	100.000,00

Para deixar mais claro observe-se o seguinte comparativo:

Personagem	Relação com BONDES	Indenizações por danos extrapatrimoniais em R\$
AA	empregado	60.000,00
BB	empregado	60.000,00
CC	empregado	175.000,00
DD	terceirizado	660.000,00

EE	sem relação	700.000,00
----	-------------	------------

Após análise da situação resta a indagação: é justa a solução da lei para este caso? Pessoas sem relação direta com a empresa, parentes de terceirizados e terceiros sem relação direta com a empresa, têm direitos diferentes e muito superiores aos dos empregados?

Impressiona também a disparidade de valores decorrente do tratamento diferenciado que a lei faz em cada caso.

Mais uma vez penso que nem os dirigentes da empresa “BONDES DO BRASIL” achariam justa a solução...

Diante de tão flagrante injustiça na solução apontada, analisam-se alguns aspectos que denotam patente inconstitucionalidade nas disposições relativas aos danos extrapatrimoniais na Lei 13.476.

1ª – LIMITAÇÃO DOS DANOS ÀS VÍTIMAS DIRETAS – FIM DOS DANOS MORAIS EM RICOCHETE.

Os danos em ricochete têm fundamento nos art. 5º inc. V e X da Constituição da República e art. 186 (dever geral de reparação) e 948 do Código Civil - reparação dos familiares da vítima, que são indenizados por suas perdas e dor, e não têm relação direta ou de trabalho com o empregador que causou danos ao seu parente.

Se o relacionamento dos parentes e empresa é meramente civil, seus direitos indenizatórios não podem ser limitados pela legislação trabalhista.

Apesar das lesões das vítimas terem ocorrido numa relação de trabalho, os danos de seus parentes têm natureza extracontratual.

Além disso, é evidente que o tratamento diferenciado de parentes de vítimas empregadas e não empregadas acarreta ofensa ao princípio da isonomia, pois permite o tratamento de iguais desigualmente, e ofende a “dignidade da pessoa humana”, na medida em que dispensa atenção menor a alguns (art. 1º III da Constituição da República).

“Parente de vítima” é “parente de vítima”, e pouco importa se quem causou o dano era empregador ou não, se tinha relação contratual ou extracontratual com a vítima. Parente é indenizado porque é parente e sofre porque é ser humano.

Logo, a limitação dos art. 223-A e 223-B da Lei 13.467 da aplicação exclusiva da lei trabalhista para os infortúnios do trabalho e indenização unicamente à vítima, ofende a letra dos art. 1º, III e 5º, V da Constituição Federal, invade a esfera de direitos extracontratuais, limitando-os por contrato, e não pode ter o condão de revogar os art. 186 e 948 do Código Civil.

2ª – TARIFAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS - IMPOSSIBILIDADE

O “preço da dor”, a apuração do valor dos danos morais é dos mais complexos assuntos, causa de infundáveis discussões em todos os tribunais que apreciam esta questão.

A indenização por dano moral não repara o dano, mas sim propicia uma compensação pelo dano sofrido.

Diante da necessidade de reconhecimento da dignidade da pessoa humana, e para cumprimento das funções *compensatória*, *indenitária*, e *concretizadora* das indenizações, nosso direito adotou a “teoria da reparação integral” e instituiu regra mediante o art. 944, do CCB, segundo a qual: “A indenização mede-se pela extensão do dano.”

Logo, não se admite a tarifação dos danos, pois em cada causa, deve ser medida sua extensão.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou expressamente sobre este assunto mais de uma vez, sendo emblemático o entendimento externado no RE 396.386 (rel. min.

Carlos Velloso, DJ 13.08.2004), cuja ementa tem o seguinte teor: "CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b." Posteriormente, a Lei de Imprensa foi definitivamente "derrubada" pelo STF na ADPF 130/DF, na qual foi rechaçado o dano moral tarifado.

Agora a Lei 13.467 tenta ressuscitar esta discussão já sepultada e colocar parâmetros no que não pode ser tabelado.

Portanto, evidente a inconstitucionalidade da tarifação dos danos morais prevista no art. 223-G, § 1º, por ofensa ao art. 1º, III, da Constituição da República, violação ao "Princípio da Reparação Integral" e afronta ao art. 944, do Código Civil Brasileiro, que regulou inteiramente o assunto.

3ª – INCONSISTÊNCIA DO TABELAMENTO – OFENSA À ISONOMIA.

Ainda que se permitisse a tarifação dos danos morais, o que se admite apenas por amor ao argumento, o tabelamento proposto não subsistiria, pois como aqui demonstrado, além de ofender a dignidade da pessoa humana, ela propicia discriminação odiosa, na medida em que a vida de trabalhadores melhor remunerados vale mais que a dos humildes.

A dor pela lesão de um gerente ou encarregado pode ser compensada com valor maior que a de um "auxiliar de serviços gerais"?

Além disso, pode acarretar indenizações em valores pífios, que obviamente descaracterizarão a finalidade *concretizadora* de qualquer indenização.

Aqui também nítida a inconstitucionalidade por violência aos art. 1º III e 5º, da Constituição da República.

CONCLUSÃO

O tratamento às indenizações extrapatrimoniais dispensado pela Lei 13.467 é flagrantemente iníquo e inconstitucional quando as tarifa e exclui das relações de trabalho os danos morais de familiares (em ricochete).

No caso do "dilema do bonde", nunca pode ser dada a opção ao espectador de escolher a consequência economicamente mais vantajosa, pois quando se lida com vidas, necessária a preservação de nossa dignidade humana, sob pena de desrespeito aos valores fundamentais de qualquer regime democrático e estado de direito, e o que é pior, o auto-desrespeito.

Não podemos admitir este desserviço a nós mesmos.

8. TESE (APENSADA À TESE 7 DE AUTORIA DE CASSIO COLOMBO FILHO)

Autora: Ilse Marcelina Bernardi Lora

Responsável pela defesa: Ilse Marcelina Bernardi Lora

EMENTA: TÍTULO II-A DA CLT, INSERIDO PELA LEI Nº 13.467/17. AFRONTA AO CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO. A fixação, pelo legislador ordinário, de critérios rígidos, exclusivos e apriorísticos para o exame pelos juízes do trabalho do alcance e dimensão dos danos extrapatrimoniais, bem como para a fixação do valor da indenização, desconsidera os mais elementares preceitos que orientam a conformação do conteúdo das leis, com destaque para a efetividade das normas constitucionais, da força normativa da Constituição, as teorias acerca dos limites e restrições dos direitos fundamentais e, especialmente, a absoluta impossibilidade de ultrajar o conteúdo essencial do direito fundamental ao trabalho digno.

RESUMO: Ao inserir no texto da CLT o Título II-A e estabelecer, no art. 223-A, que "Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título", o legislador infraconstitucional afrontou o conteúdo essencial do direito fundamental ao trabalho digno. A fixação, pelo legislador ordinário, de critérios rígidos, exclusivos e apriorísticos para o exame pelos juízes do trabalho do alcance e dimensão dos danos extrapatrimoniais, bem como para a fixação do valor da indenização, evidencia extravagante e aflitiva insciência, em razão de que foram desconsiderados os mais elementares preceitos que orientam a conformação do conteúdo das leis, com destaque para a efetividade das normas constitucionais e da força normativa da Constituição, a denominada nova hermenêutica constitucional, as teorias consolidadas acerca dos limites e restrições dos direitos fundamentais e, especialmente, a absoluta inviabilidade de ultrajar o conteúdo essencial do direito fundamental ao trabalho digno.

FUNDAMENTAÇÃO

A Lei nº 13.467/17 inseriu no texto da CLT o Título II, estabelecendo, no art. 223-A que "Aplicam-se à reparação de danos de natureza patrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título".

Neste particular aspecto, o legislador infraconstitucional demonstrou extraordinária e inquietante insciência, em razão de que foram desconsiderados os mais elementares preceitos que orientam a conformação do conteúdo das leis, com destaque para a efetividade das normas constitucionais e da força normativa da Constituição, a denominada nova hermenêutica constitucional, as teorias consolidadas acerca dos limites e restrições dos direitos fundamentais e, em especial, a absoluta inviabilidade de afrontar, nos termos supostamente desejados, o conteúdo essencial do direito fundamental ao trabalho digno.

A efetividade das normas constitucionais alcança a aspiração de máxima efetivação, na vida real, do ideário normativo abstratamente previsto. O princípio da força normativa da constituição, na seara da interpretação constitucional, exprime a pretensão de primazia dos pressupostos da constituição na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, assegurando sua eficácia e preservação. (SARLET, 2013, p. 193-195)

A nova hermenêutica constitucional, por sua vez, envolve as conexões entre valores, princípios e regras e a teoria dos direitos fundamentais, construída sobre o fundamento da dignidade humana. O reconhecimento dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pela Constituição e a reconhecença pela ordem jurídica de sua normatividade, integram a esfera de reaproximação entre Direito e Ética. A prática dos

princípios, da proeminência dos direitos fundamentais e do resgate da Ética, devem refletir sobre o trabalho de juízes, advogados e membros do Ministério Público, sobre o agir do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. "Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade". (BARROSO, 2006, p. 336-337)).

O preâmbulo da Constituição Federal revela o intenso comprometimento com a justiça social, o que é corroborado pelos princípios fundamentais previstos no Título I da Carta Magna, dentre os quais ganha relevo a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I), havida fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. O princípio em questão é autêntico fio condutor relativamente aos diversos direitos fundamentais, "reforçando a existência de uma recíproca complementariedade entre os direitos civis e políticos (por muitos designados de direitos individuais ou de liberdade) e os direitos sociais, na medida em que os direitos sociais (ainda que não todos e não da mesma forma) expressam parcelas do conteúdo e dimensões do princípio da dignidade humana". (SARLET, 2013, p. 556).

Os direitos fundamentais sociais contemplam parâmetros para a interpretação e aplicação do amplo conjunto de normas que forma o arcabouço jurídico, onde se inserem aquelas que regulam as relações de trabalho. A própria Constituição Federal retrata a preocupação com essa natureza de direitos, tendo consagrado a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica.

Na condição de direitos de defesa, os direitos fundamentais representam instrumento para coibir a intervenção indevida no Estado na esfera de liberdade do indivíduo e contra medidas legais restritivas. "Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são *direitos de defesa (Abwehrrechte)*, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas." (MENDES, 2007, p. 2)

Os direitos fundamentais, entretanto, não são absolutos, sujeitando-se a limites, impostos pela própria necessidade de equilibrar interesses divergentes. A análise das restrições dos direitos fundamentais exige a identificação de seu âmbito de proteção. Para a definição do âmbito de proteção, necessário analisar a norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista: a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude da proteção e b) o exame das possíveis restrições previstas expressamente na Constituição (expressa restrição constitucional) e a verificação das reservas legais de índole restritiva. A reserva legal pode ser simples ou qualificada. Nesta, a Constituição não se limita a exigir previsão em lei para autorizar restrição ao âmbito de proteção, determinando, também, as condições especiais, os fins e os meios a serem empregados. Tratando-se de direitos fundamentais sem reserva legal expressa, não é dado ao legislador, como regra geral, ir além dos limites fixados no próprio âmbito de proteção. A ação do legislador, no exercício de seu poder de restrição e conformação, é limitada pela própria Constituição, que impõe a proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, além de exigir clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas. O princípio da proteção do núcleo essencial busca evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental que poderia ocorrer em razão de restrições impróprias ou desproporcionais (MENDES, 2007, p. 2).

No que respeita ao direito fundamental ao trabalho digno, Comparato (2013, p. 35-36) explica que, a exemplo do que ocorreu com o *Gulag* soviético e o *Lager* nazista, que foram monstruosas máquinas de despersonalização de seres humanos, a transmutação das pessoas em coisas ocorreu de forma menos ostentosa, mas não menos funesta, com o incremento do sistema capitalista de produção. Houve a inversão total da relação pessoa-coisa. Enquanto ao capital é conferida por assim dizer personificação e elevação à

dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é reduzido à condição de mercadoria, de simples insumo no processo de produção, para ser, no final, na etapa de culminância do capitalismo financeiro, dispensado e banido ao lixo social como peça descartável.

Para Delgado (2006, p. 23), o trabalho deve ser entendido em sua acepção ética, o que implica dizer que o homem deve ter garantido, por intermédio do trabalho digno, sua consciência de liberdade, a fim de que lhe seja possível desenvolver-se e realizar-se em sua identidade como pessoa trabalhadora. O trabalho pode ser, concomitantemente, instrumento de auxílio na edificação da identidade social do homem e fator de destruição de sua existência, ocorrendo a última hipótese nas situações em que não são propiciadas condições mínimas para a execução das atividades em condições de dignidade. Não sendo asseguradas ao trabalhador “condições mínimas de saúde e de segurança no trabalho, por exemplo, não há espaço para o exercício do direito fundamental ao trabalho digno, que será mera abstração.”

A Constituição Federal brasileira de 1988 conferiu especial relevo ao trabalho, entrelaçando-os com os valores e princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social e do valor social do trabalho. O texto constitucional descreve as várias dimensões do princípio da dignidade, com destaque para o art. 170, quando determina que a ordem econômica assegure a todos existência digna, e para o art. 193, quando exige que a ordem social tenha por objetivos o bem-estar e a justiça social. Insiste referido texto na aplicação multidimensional do princípio da dignidade humana, o que permite à pessoa humana afirmar-se como sujeito de direitos no meio social, circunstância que exige a integridade dos direitos individuais e a promoção dos direitos sociais. Merece ênfase ainda o princípio da justiça social, com repercussão sobre as dimensões econômico-sociais. Além disso, o valor social do trabalho foi guindado à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, o que implica afirmar que o texto constitucional determinou conteúdo para o Direito, para a sociedade e para o Estado em torno do valor trabalho. Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 expôs novos paradigmas relativamente ao direito fundamental ao trabalho digno, abrindo possibilidades normativas de concretização do Estado Democrático de Direito, orientador da ordem constitucional brasileira (DELGADO, 2006, p. 79-80).

Por tudo isso, pretender estabelecer, por meio de lei ordinária, critérios rígidos e apriorísticos para o exame pelos juízes do alcance e dimensão dos danos extrapatrimoniais, vedando o recurso às demais fontes do Direito, com destaque para a Constituição Federal, significa completa subversão dos cânones elementares da ciência jurídica. Ainda, fixar os valores da indenização, considerando o último salário contratual do ofendido, representa a coisificação do trabalhador conduzida a seu paroxismo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em 21.07.2017.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTR, 2006.

MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª ed. rev. e ampl. 3ª tir. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2^a ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.